

Revista da

Escola da
Magistratura
e
EM

Tribunal Regional do Trabalho

2ª Região - São Paulo/SP

Luís Roberto **BARROSO**

Ivani Contini **BRAMANTE**

Albert **CARAVACA**

Jorge Pinheiro **CASTELO** e Nelson Albino Neto

Luciano Athayde **CHAVES**

Rodrigo F. M. **CHAVES**

Érica Paula Barcha **CORREIA**

Dimitri **DIMOULIS** e Soraya Regina Gasparetto Lunardi

Regina Maria Vasconcelos **DUBUGRAS**

José Eduardo **FARIA**

Estêvão **MALLET**

Claudio Cesar Grizi **OLIVA**

Fabício Lopes **OLIVEIRA**

Sebastião Geraldo de **OLIVEIRA**

Ingo Wolfgang **SARLET**

Ano 2 - nº 02

Setembro - 2007

**Escola da Magistratura do
Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**

2007

**DIREÇÃO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª
REGIÃO**

Presidente

Desembargador Antonio José Teixeira de Carvalho

Vice-Presidente Administrativo

Desembargador Delvio Buffulin

Vice-Presidente Judicial

Desembargadora Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva

Corregedor Regional

Desembargador Decio Sebastião Daidone

DIREÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA

Diretor

Desembargador Antonio José Teixeira de Carvalho

Coordenadores

Desembargadora Lizete Belido Barreto Rocha

Juiz Carlos Roberto Husek

Juiz Salvador Franco de Lima Laurino

Juíza Patrícia Therezinha de Toledo

**REVISTA DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO**

Revista da Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região
- nº 2 (set.2007) -
- São Paulo -
- Semestral -
- Revista oficial do TRT da 2ª Região – São Paulo -

Fórum Trabalhista “Ruy Barbosa”
Av. Marquês de São Vicente, 235 – 10º andar – Torre A
São Paulo – SP
01139-001
Fone (11) 3525-9221
E-mail: escmagistratura@trt02.gov.br

**Palavra do Desembargador Presidente do
 Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região para a revista da
 EMATRA**

Quem atua no Tribunal Regional do Trabalho da 2.ª Região e conhece a nossa realidade sabe que esta Corte responde pela mais significativa parcela dos números apresentados pela Justiça do Trabalho no Brasil. Além de enorme a quantidade de feitos apreciados, também são extremamente variadas as atividades empresariais de onde advêm os conflitos a nós submetidos.

Por estes motivos, são muito ecléticos os cursos e palestras desenvolvidos pela Coordenação da Escola da Magistratura desta Corte, visando o aprimoramento de juízes e servidores. Da mesma forma, os temas aqui discutidos adquirem importância para outros Regionais à medida que apontam para discussões de vanguarda, temas que ainda despontam nas lides obreiras e que sugerem a jurisprudência que se formará.

Logo, é grata a minha satisfação ao apresentar a Revista da Escola da Magistratura contendo as realizações desta gestão. À certeza de sua importância para os operadores do Direito, soma-se nossa gratidão aos coordenadores da Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 2.ª Região: a Desembargadora Lizete Belido Barreto Rocha e os juízes Carlos Roberto Husek, Salvador Franco de Lima Laurino e Patrícia Therezinha de Toledo.



Antonio José Teixeira de Carvalho
 Desembargador Presidente do Tribunal

AGRADECIMENTOS

Em seu segundo número, a Revista da Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região reúne artigos de Magistrados, Professores, Membros do Ministério Público, Advogados e tantos outros doutrinadores que enriqueceram o debate jurídico em nossas atividades do ano de 2007.

Amplia-se, desse modo, o acesso às atividades da Escola, cumprindo-se um dos maiores objetivos da instituição, que é a divulgação do trabalho científico e do pensamento acadêmico em prol do aprimoramento dos juízes e de todos os cultores do Direito.

Mais uma vez, os nossos agradecimentos são dirigidos a cada um daqueles que, além das palestras proferidas, honraram-nos com artigos vinculados aos temas de suas participações nas atividades do ano de 2007.



Desembargadora Lizete Belido Barreto Rocha

Coordenadora da Escola da Magistratura
do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região

SUMÁRIO

<p>·“Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)” BARROSO, Luís Roberto</p>	<p>11</p>
<p>·“Reconhecimento de Vínculo Empregatício e Obrigações Previdenciárias” BRAMANTE, Ivani Conti</p>	<p>53</p>
<p>·“Execução Fiscal Trabalhista: Princípio da Congruência e Acordos após o Trânsito em Julgado da Sentença” CARAVACA, Albert</p>	<p>61</p>
<p>·“Execução das Contribuições Previdenciárias na Justiça do Trabalho” – Execução de Contribuição Previdenciária de Decisão Declaratória. Prescrição e Decadência CASTELO, Jorge Pinheiro Castelo e Nelson Albino Neto</p>	<p>73</p>
<p>·“A Reforma Processual e o Cumprimento da Sentença no Processo do Trabalho: Citação do Devedor, Multa de 10% e Novas Formas de Expropriação” CHAVES, Luciano Athayde</p>	<p>105</p>
<p>·“A Arrecadação da Contribuição Previdenciária na Justiça do Trabalho é Levada em Consideração para o Cálculo de Benefícios Devidos ao Trabalhador? Situação Atual e Propostas de Aprimoramento” CHAVES, Rodrigo F. M.</p>	<p>127</p>
<p>·“O Recolhimento das Contribuições Previdenciárias na Justiça do Trabalho e a Relação Jurídica Previdenciária” CORREIA, Érica Paula Barcha</p>	<p>137</p>
<p>·“Construção do Processo Constitucional-objetivo” DIMOULIS, Dimitri e Soraya Regina Gasparetto Lunardi</p>	<p>147</p>
<p>·“O Direito Fundamental à Não Discriminação” DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos</p>	<p>165</p>
<p>·“Pluralismo Jurídico e Regulação” (oito tendências do direito contemporâneo) FARIA, José Eduardo</p>	<p>179</p>

·“Breves Notas sobre a Interpretação das Decisões Judiciais” MALLET , Estêvão	191
·“Contribuições Previdenciárias na Justiça do Trabalho” OLIVA , Claudio Cesar Grizi	211
·“Item I da Súmula 368 do TST – Ponderações acerca de seus Impasses e Potenciais Soluções” OLIVEIRA , Fabrício Lopes	219
·“Atualidades sobre a Indenização por Dano Moral Decorrente do Acidente do Trabalho” OLIVEIRA , Sebastião Geraldo de	237
·“A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro” SARLET , Ingo Wolfgang	271
·Enunciados Aprovados na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho – Brasília, 23/11/2007	311
ÍNDICE REMISSIVO DAS EMENTAS	327

Luís Roberto Barroso

Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito pela Yale Law School e Doutor livre-docente pela UERJ.

Este trabalho foi escrito, em sua maior parte, durante minha estada na Universidade de San Francisco (USFCA). Sou grato a Jack Garvey pelo convite e por ter tornado a vida mais fácil durante minha estada por lá. Sou igualmente grato a Nelson Diz, Ana Paula de Barcellos e Cláudio Pereira de Souza Neto por haverem lido os originais e formulado críticas e sugestões valiosas, bem como a Eduardo Mendonça, Teresa Melo e Danielle Lins pela ajuda inestimável na pesquisa e na revisão do texto.

NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

(O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)

Sumário: Introdução. Parte I. Neoconstitucionalismo e transformações do direito constitucional contemporâneo. I. Marco histórico. II. Marco filosófico. III. Marco teórico. 1. A força normativa da Constituição. 2. A expansão da jurisdição constitucional. 3. A nova interpretação constitucional. Parte II. A constitucionalização do Direito. I. Generalidades. II. Origem e evolução do fenômeno. III. A constitucionalização do Direito no Brasil. 1. O direito infraconstitucional na Constituição. 2. A constitucionalização do direito infraconstitucional. 3. Constitucionalização do Direito e seus mecanismos de atuação prática. IV. Alguns aspectos da constitucionalização do Direito. 1. Direito civil. 2. Direito administrativo. 3. Direito penal. V. Constitucionalização e judicialização das relações sociais. Conclusão

INTRODUÇÃO

“Chega de ação. Queremos promessas”.
 Anônimo

Assim protestava o grafite, ainda em tinta fresca, inscrito no muro de uma cidade, no coração do mundo ocidental. A espirituosa inversão da lógica natural dá conta de uma das marcas dessa geração: a velocidade da transformação, a profusão de idéias, a multiplicação das novidades. Vivemos a perplexidade e a angústia da

aceleração da vida. Os tempos não andam propícios para doutrinas, mas para mensagens de consumo rápido. Para *jingles*, e não para sinfonias. O Direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a *injustiça* passeia pelas ruas com passos firmes³ e a *insegurança* é a característica da nossa era⁴.

Na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar. Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma. Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos *pós* e *neo*: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus.

O artigo que se segue procura estudar as causas e os efeitos das transformações ocorridas no direito constitucional contemporâneo, lançando sobre elas uma visão positiva e construtiva. Procura-se oferecer consolo e esperança. Alguém dirá que parece um texto de auto-ajuda. Não adianta: ninguém escapa do seu próprio tempo.

Parte I

NEOCONSTITUCIONALISMO E TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

Nos três tópicos que se seguem, empreende-se o esforço de reconstituir, de maneira objetiva, a trajetória percorrida pelo direito constitucional nas últimas décadas, na Europa e no Brasil, levando em conta três marcos fundamentais: o histórico, o teórico e o filosófico. Neles estão contidas as idéias e as mudanças de paradigma que mobilizaram a doutrina e a jurisprudência nesse período, criando uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral.

I. Marco histórico

O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. A seguir, breve exposição sobre cada um desses processos.

A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª. Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição

³ Bertold Brecht, Elogio da dialética. In: *Antologia poética*, 1977.

⁴ John Kenneth Galbraith, *A era da incerteza*, 1984.

e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria.

A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã⁵), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional.

No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito.

Mais que isso: a Carta de 1988 tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país. E não foram tempos banais. Ao longo da sua vigência, destituiu-se por *impeachment* um Presidente da República, houve um grave escândalo envolvendo a Comissão de Orçamento da Câmara dos Deputados, foram afastados Senadores importantes no esquema de poder da República, foi eleito um Presidente de oposição e do Partido dos Trabalhadores, surgiram denúncias estridentes envolvendo esquemas de financiamento eleitoral e de vantagens para parlamentares, em meio a outros episódios. Em nenhum desses eventos houve a cogitação de qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional. Nessa matéria, percorremos em pouco tempo todos os ciclos do atraso⁶.

Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar

⁵ A Constituição alemã, promulgada em 1949, tem a designação originária de "Lei Fundamental", que sublinhava seu caráter provisório, concebida que foi para uma fase de transição. A Constituição definitiva só deveria ser ratificada depois que o país recuperasse a unidade. Em 31 de agosto de 1990 foi assinado o Tratado de Unificação, que regulou a adesão da República Democrática Alemã (RDA) à República Federal da Alemanha (RFA). Após a unificação não foi promulgada nova Constituição. Desde o dia 3 de outubro de 1990 a Lei Fundamental vigora em toda a Alemanha.

⁶ V. Luis Roberto Barroso, Doze anos da Constituição brasileira de 1988: uma breve e acidentada história de sucesso. In: *Temas de direito constitucional*, t. I, 2002.

o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um *sentimento constitucional* no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.

II. Marco filosófico

O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo⁷.

O jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. Fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações. Considerado metafísico e anti-científico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª. Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito⁸.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico

⁷ Autores pioneiros nesse debate foram: John Rawls, *A theory of justice*, 1980; Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1977; Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1993. V. Albert Calsamiglia, *Postpositivismo*, *Doxa* 21:209, 1998, p. 209: “En un cierto sentido la teoría jurídica actual se puede denominar postpositivista precisamente porque muchas de las enseñanzas del positivismo han sido aceptadas y hoy todos en un cierto sentido somos positivistas. (...) Denominaré postpositivistas a las teorías contemporáneas que ponen el acento en los problemas de la indeterminación del derecho y las relaciones entre el derecho, la moral y la política”.

⁸ Para um estudo mais aprofundado do tema, com referências bibliográficas, v. Luís Roberto Barroso, *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. In: *Temas de direito constitucional*, t. III.

hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia⁹.

III. Marco teórico

No plano teórico, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. A seguir, a análise sucinta de cada uma delas.

1. A força normativa da Constituição

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.

Com a reconstitucionalização que sobreveio à 2^a. Guerra Mundial, este quadro começou a ser alterado. Inicialmente na Alemanha¹⁰ e, com maior retardo, na Itália¹¹. E, bem mais à frente, em Portugal¹² e na Espanha¹³. Atualmente, passou a ser

⁹ V. Ricardo Lobo Torres, *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: Valores e princípios constitucionais tributários*, 2005, p. 41: "De uns trinta anos para cá assiste-se ao retorno aos valores como caminho para a superação dos positivismos. A partir do que se convencionou chamar de 'virada kantiana' (*kantische Wende*), isto é, a volta à influência da filosofia de Kant, deu-se a reaproximação entre ética e direito, com a fundamentação moral dos direitos humanos e com a busca da justiça fundada no imperativo categórico. O livro *A Theory of Justice* de John Rawls, publicado em 1971, constitui a certidão do renascimento dessas idéias".

¹⁰ Trabalho seminal nessa matéria é o de Konrad Hesse, *La fuerza normativa de la Constitución*. In: *Escritos de derecho constitucional*, 1983. O texto, no original alemão, correspondente à sua aula inaugural na cátedra da Universidade de Freiburg, é de 1959. Há uma versão em língua portuguesa: *A força normativa da Constituição*, 1991, trad. Gilmar Ferreira Mendes.

¹¹ V. Ricardo Guastini, *La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico*. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003.

premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado. A propósito, cabe registrar que o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial na matéria não eliminou as tensões inevitáveis que se formam entre as pretensões de normatividade do constituinte, de um lado, e, de outro lado, as circunstâncias da realidade fática e as eventuais resistências do *status quo*.

O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo enfrentado as resistências previsíveis¹⁴. Além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, padecia o país de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional. Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata. Coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada.

2. A expansão da jurisdição constitucional

Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais.

¹² V. J.J.Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, 1991, p. 43 e ss..

¹³ Sobre a questão em perspectiva geral e sobre o caso específico espanhol, vejam-se, respectivamente, dois trabalhos preciosos de Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 1991; e *La constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica*, 2003.

¹⁴ Luís Roberto Barroso, A efetividade das normas constitucionais: por que não uma Constituição para valer?. In: *Anais do Congresso Nacional de Procuradores de Estado*, 1986; e tb. *A força normativa da Constituição: Elementos para a efetividade das normas constitucionais*, 1987, tese de livre-docência apresentada na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, publicada sob o título *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 1990 (data da 1ª. edição). Na década de 60, em outro contexto e movido por preocupações distintas, José Afonso da Silva escreveu sua célebre tese *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1968.

Assim se passou, inicialmente, na Alemanha (1951) e na Itália (1956), como assinalado. A partir daí, o modelo de tribunais constitucionais se irradiou por toda a Europa continental. A tendência prosseguiu com Chipre (1960) e Turquia (1961). No fluxo da democratização ocorrida na década de 70, foram instituídos tribunais constitucionais na Grécia (1975), na Espanha (1978) e em Portugal (1982). E também na Bélgica (1984). Nos últimos anos do século XX, foram criadas cortes constitucionais em países do leste europeu, como Polônia (1986), Hungria (1990), Rússia (1991), República Tcheca (1992), Romênia (1992), República Eslovaca (1992) e Eslovênia (1993). O mesmo se passou em países africanos, como Argélia (1989), África do Sul (1996) e Moçambique (2003). Atualmente na Europa, além do Reino Unido, somente a Holanda e Luxemburgo ainda mantêm o padrão de supremacia parlamentar, sem adoção de qualquer modalidade de *judicial review*. O caso francês será objeto de menção à parte.

No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. A denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta), destinada ao controle por via principal – abstrato e concentrado –, foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965. Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura¹⁵. A ela somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade¹⁶ e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental¹⁷.

No sistema constitucional brasileiro, o Supremo Tribunal Federal pode exercer o controle de constitucionalidade (i) em ações de sua competência originária (CF, art. 102, I), (ii) por via de recurso extraordinário (CF, art. 102, III) e (iii) em processos objetivos, nos quais se veiculam as ações diretas¹⁸. De 1988 até abril de 2005 já haviam sido ajuizadas 3.469 ações diretas de inconstitucionalidade (ADIn), 9 ações

¹⁵ Desde a sua criação até a configuração que lhe foi dada pela Constituição de 1969, o direito de propositura da “representação de inconstitucionalidade” era monopólio do Procurador-Geral da República. A Constituição de 1988 rompeu com esta hegemonia, prevendo um expressivo elenco de legitimados ativos no seu art. 103.

¹⁶ Introduzida pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993. V, ainda, Lei nº 9.868, de 10.11.1999.

¹⁷ V. Lei nº 9.882, de 3.12.99. Antes da lei, prevalecia o entendimento de que o mecanismo não era aplicável.

¹⁸ As ações diretas no direito constitucional brasileiro são a ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, a), a ação declaratória de constitucionalidade (arts. 102, I, a, e 103, § 4º) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º). Há, ainda, duas hipóteses especiais de controle concentrado: a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º) e a ação direta interventiva (art. 36, III). Sobre o tema do controle de constitucionalidade no direito brasileiro, v. dentre muitos: Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade*, 1990; Clèmerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2000; Ronaldo Poletti, *Controle da constitucionalidade das leis*, 2001; Lênio Luiz Streck, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, 2002; Zeno Veloso, *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, 2003; e Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2004.

declaratórias de constitucionalidade e 69 argüições de descumprimento de preceito fundamental. Para conter o número implausível de recursos extraordinários interpostos para o Supremo Tribunal Federal, a Emenda Constitucional nº 45, que procedeu a diversas modificações na disciplina do Poder Judiciário, criou a figura da *repercussão geral* da questão constitucional discutida, como requisito de admissibilidade do recurso¹⁹.

3. A nova interpretação constitucional

A interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica. Tal circunstância é uma decorrência natural da força normativa da Constituição, isto é, do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, compartilhando de seus atributos. Porque assim é, aplicam-se à interpretação constitucional os elementos tradicionais de interpretação do Direito, de longa data definidos como o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico. Cabe anotar, neste passo, para adiante voltar-se ao tema, que os critérios tradicionais de solução de eventuais conflitos normativos são o hierárquico (lei superior prevalece sobre a inferior), o temporal (lei posterior prevalece sobre a anterior) e o especial (lei especial prevalece sobre a geral).

Sem prejuízo do que se vem de afirmar, o fato é que as especificidades das normas constitucionais (*v. supra*) levaram a doutrina e a jurisprudência, já de muitos anos, a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Tais princípios, de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade²⁰.

Antes de prosseguir, cumpre fazer uma advertência: a interpretação jurídica tradicional não está derrotada ou superada como um todo. Pelo contrário, é no seu âmbito que continua a ser resolvida boa parte das questões jurídicas, provavelmente a maioria delas. Sucede, todavia, que os operadores jurídicos e os teóricos do Direito se deram conta, nos últimos tempos, de uma situação de carência: as categorias tradicionais da interpretação jurídica não são inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional. A partir daí deflagrou-se o processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e

¹⁹ A EC nº 45/2004 introduziu o § 3º do art. 102, com a seguinte dicção: "§ 3º. No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros".

²⁰ V. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2003.

categorias, agrupados sob a denominação de *nova interpretação constitucional*, que se utiliza de um arsenal teórico diversificado, em um verdadeiro sincretismo metodológico²¹. Procede-se, a seguir, a uma breve comparação entre os dois modelos.

A interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se sobre duas grandes premissas: (i) quanto ao *papel da norma*, cabe a ela oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; (ii) quanto ao papel do *juiz*, cabe a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida. Vale dizer: a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato. No modelo convencional, as normas são percebidas como *regras*, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante *subsunção*²².

Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao *papel da norma*, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao *papel do juiz*, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.

Estas transformações noticiadas acima, tanto em relação à norma quanto ao intérprete, são ilustradas de maneira eloqüente pelas diferentes categorias com as quais trabalha a nova interpretação. Dentre elas incluem-se as cláusulas gerais, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação. Abaixo uma breve nota sobre cada uma delas.

As denominadas *cláusulas gerais* ou conceitos jurídicos indeterminados contêm termos ou expressões de textura aberta, dotados de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as

²¹ No caso brasileiro, como no de outros países de constitucionalização recente, doutrina e jurisprudência ainda se encontram em fase de elaboração e amadurecimento, fato que potencializa a importância das referências estrangeiras. Esta é uma circunstância histórica com a qual precisamos lidar, evitando dois extremos indesejáveis: a subserviência intelectual, que implica na importação acrítica de fórmulas alheias e, pior que tudo, a incapacidade de reflexão própria; e a soberba intelectual, pela qual se rejeita aquilo que não se tem. Nesse ambiente, não é possível utilizar modelos puros, concebidos alhures, e se esforçar para viver a vida dos outros. O sincretismo – desde que consciente e coerente – resulta sendo inevitável e desejável. Em visão aparentemente diversa, v. Virgílio Afonso da Silva, *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação constitucional*, 2005.

²² Identificada a norma aplicável, procede-se ao enquadramento do fato no relato da regra jurídica, pronunciando-se a conclusão. Um raciocínio, portanto, de natureza silogística, no qual a norma é a premissa maior, o fato relevante é a premissa menor e a conclusão é a sentença.

circunstâncias do caso concreto. A norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com locuções como ordem pública, interesse social e boa fé, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma. Como a solução não se encontra integralmente no enunciado normativo, sua função não poderá limitar-se à revelação do que lá se contém; ele terá de ir além, integrando o comando normativo com a sua própria avaliação²³.

O reconhecimento de normatividade aos *princípios* e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo (v. *supra*). Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. A definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade. Como se percebe claramente, a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem. Também aqui, portanto, impõe-se a atuação do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance²⁴.

A existência de *colisões de normas constitucionais*, tanto as de princípios como as de direitos fundamentais²⁵, passou a ser percebida como um fenômeno natural – até porque inevitável – no constitucionalismo contemporâneo. As Constituições modernas são documentos dialéticos, que consagram bens jurídicos que se contrapõem. Há choques potenciais entre a promoção do desenvolvimento e a proteção ambiental, entre a livre-iniciativa e a proteção do consumidor. No plano dos direitos fundamentais, a liberdade religiosa de um indivíduo pode conflitar-se com a de outro, o direito de

²³ As cláusulas gerais não são uma categoria nova no Direito – de longa data elas integram a técnica legislativa – nem são privativas do direito constitucional – podem ser encontradas no direito civil, no direito administrativo e em outros domínios. Não obstante, elas são um bom exemplo de como o intérprete é co-participante do processo de criação do Direito. Um exemplo real, amplamente divulgado pela imprensa: quando da morte da cantora Cássia Eller, disputaram a posse e guarda do seu filho, à época com cinco anos, o avô materno e a companheira da artista. O critério fornecido pela Constituição e pela legislação ao juiz era o de atender ao “melhor interesse do menor”. Sem o exame dos elementos do caso concreto e sua adequada valoração, não era possível sequer iniciar a solução do problema.

²⁴ Tome-se, como exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana e veja-se a divergência quanto à sua interpretação, manifestada por dois juristas da nova geração, criados no mesmo ambiente acadêmico. Ana Paula de Barcellos situa o mínimo existencial no âmbito da dignidade humana e dele extrai os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002, p. 305). Dessa posição diverge Daniel Sarmento, por entender inadequada a escolha de algumas prestações sociais, com exclusão de outras que, a seu ver, são igualmente direitos fundamentais, como o direito à “saúde curativa” (*Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 114).

²⁵ Note-se que há direitos fundamentais que assumem a forma de princípios (liberdade, igualdade) e outros a de regras (irretroatividade da lei penal, anterioridade tributária). Ademais, há princípios que não são direitos fundamentais (livre-iniciativa).

privacidade e a liberdade de expressão vivem em tensão contínua, a liberdade de reunião de alguns pode interferir com o direito de ir e vir dos demais²⁶. Quando duas normas de igual hierarquia colidem em abstrato, é intuitivo que não possam fornecer, pelo seu relato, a solução do problema. Nestes casos, a atuação do intérprete criará o Direito aplicável ao caso concreto.

A existência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de *ponderação*²⁷. A subsunção, por óbvio, não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Tampouco podem ser úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos – hierárquico, cronológico e da especialização – quando a colisão se dá entre disposições da Constituição originária. Neste cenário, a ponderação de normas, bens ou valores (v. *infra*) é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele (i) fará *concessões recíprocas*, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à *escolha* do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. Conceito-chave na matéria é o princípio instrumental da *razoabilidade*.

Chega-se, por fim, à *argumentação*²⁸, à razão prática, ao controle da racionalidade das decisões proferidas, mediante ponderação, nos *casos difíceis*, que são aqueles que comportam mais de uma solução possível e razoável. As decisões que envolvem a atividade criativa do juiz potencializam o dever de fundamentação, por não estarem inteiramente legitimadas pela lógica da separação de Poderes – por esta última, o juiz limita-se a aplicar, no caso concreto, a decisão abstrata tomada pelo legislador. Para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação nessas situações, o intérprete deverá, em meio a outras considerações: (i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as

²⁶ Sobre o tema das restrições aos direitos fundamentais, v. Jane Reis Gonçalves Pereira, *Direitos fundamentais e interpretação constitucional: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*, 2004, tese de doutoramento apresentada ao programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

²⁷ Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1997; Robert Alexy: *Teoría de los derechos fundamentales*, 1997, Daniel Sarmento, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, 2000.

²⁸ Sobre o tema, v. Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, *Traité de argumentation: A nova retórica*, 1996 (1ª. edição do original *Traité de l'argumentation: La nouvelle rhétorique*, 1958); Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, 1989 (1ª. edição do original *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978); Manuel Atienza, *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*, 2002; Margarida Maria Lacombe Camargo, *Hermenêutica e argumentação*, 2003; Antônio Carlos Cavalcanti Maia, *Notas sobre direito, argumentação e democracia*. In: Margarida Maria Lacombe Camargo (org.), *1988-1998: uma década de Constituição*, 1999.

conseqüências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos²⁹.

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

Parte II

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

I. Generalidades

A locução *constitucionalização do Direito* é de uso relativamente recente na terminologia jurídica e, além disso, comporta múltiplos sentidos. Por ela se poderia pretender caracterizar, por exemplo, qualquer ordenamento jurídico no qual vigorasse uma Constituição dotada de supremacia. Como este é um traço comum de grande número de sistemas jurídicos contemporâneos, faltaria especificidade à expressão. Não é, portanto, nesse sentido que está aqui empregada. Poderia ela servir para identificar, ademais, o fato de a Constituição formal incorporar em seu texto inúmeros temas afetos aos ramos infraconstitucionais do Direito. Trata-se de fenômeno iniciado, de certa forma, com a Constituição portuguesa de 1976, continuado pela Constituição espanhola de 1978 e levado ao extremo pela Constituição brasileira de 1988. Embora esta seja uma situação dotada de características próprias, não é dela, tampouco, que se estará cuidando³⁰.

A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico³¹. Os valores, os fins públicos

²⁹ Sobre o tema, v. Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade judicial*, 2005. V. tb. Neil MacCormick, *Legal reasoning and legal theory*, 1978.

³⁰ Embora não se possa negar que a presença, na Constituição, de normas cujo conteúdo pertence a outros ramos do Direito (civil, administrativo, penal) influencie a interpretação do direito infraconstitucional correspondente. Votar-se-á ao ponto mais à frente.

³¹ Alguns autores têm utilizado os termos *impregnar* e *impregnação*, que em português, no entanto, podem assumir uma conotação depreciativa. V. Louis Favoreu – notável divulgador do direito constitucional na França, falecido em 2004 –, *La constitutionnalization du droit*. In: Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, *La constitutionnalisation des branches du droit*, 1998, p. 191: “Quer-se designar

e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares. Veja-se como este processo, combinado com outras noções tradicionais, interfere com as esferas acima referidas.

Relativamente ao *Legislativo*, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à *Administração Pública*, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao *Poder Judiciário*, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os *particulares*, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais.

II. Origem e evolução do fenômeno

O estudo que se vem empreendendo até aqui relata a evolução do direito constitucional na Europa e no Brasil ao longo das últimas décadas. Este processo, que passa pelos marcos históricos, filosóficos e teóricos acima expostos, conduz ao momento atual, cujo traço distintivo é a constitucionalização do Direito. A aproximação entre constitucionalismo e democracia, a força normativa da Constituição e a difusão da jurisdição constitucional foram ritos de passagem para o modelo atual³². O leitor atento

aqui, principalmente, a constitucionalização dos direitos e liberdades, que conduz a uma impregnação dos diferentes ramos do direito, ao mesmo tempo que levam à sua transformação". E, também, Ricardo Guastini, La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: El caso italiano. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 49: "Por 'constitucionalización del ordenamiento jurídico' propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento al término del qual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente 'impregnado' por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales".

³² Alguns autores procuraram elaborar um catálogo de condições para a constitucionalização do Direito. É o caso de Ricardo Guastini, La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: El caso italiano. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 50 e ss., que inclui entre elas: (i) uma Constituição rígida; (ii) a garantia jurisdicional da Constituição; (iii) a força vinculante da Constituição; (iv) a "sobreinterpretação" da Constituição (sua interpretação extensiva, com o reconhecimento de normas implícitas); (v) a aplicação direta das normas constitucionais; (vi) a interpretação das leis conforme a Constituição; (vii) a influência da Constituição sobre as relações políticas.

já terá se dado conta, no entanto, de que a seqüência histórica percorrida e as referências doutrinárias destacadas não são válidas para três experiências constitucionais marcantes: as do Reino Unido, dos Estados Unidos e da França. O caso francês será analisado um pouco mais à frente. Um breve comentário é pertinente sobre os outros dois.

No tocante ao Reino Unido, os conceitos não se aplicam. Embora tenha sido o Estado precursor do modelo liberal, com limitação do poder absoluto e afirmação do *rule of the law*, falta-lhe uma Constituição escrita e rígida, que é um dos pressupostos, como o nome sugere, da constitucionalização do Direito. Poder-se-ia argumentar, é certo, que há entre os britânicos uma Constituição histórica e que ela é, inclusive, mais rígida que boa parte das Cartas escritas do mundo. Ou reconhecer o fato de que o Parlamento inglês adotou, em 1998, o “Human Rights Act”, incorporando ao direito interno a Convenção Européia de Direitos Humanos³³. Mas mesmo que se concedesse a esses argumentos, não seria possível superar um outro: a inexistência do controle de constitucionalidade e, mais propriamente, de uma jurisdição constitucional no sistema inglês³⁴. No modelo britânico vigora a supremacia do Parlamento, e não da Constituição.

Já quanto aos Estados Unidos, a situação é exatamente oposta. Berço do constitucionalismo escrito e do controle de constitucionalidade, a Constituição americana – a mesma desde 1787 – teve, desde a primeira hora, o caráter de documento jurídico, passível de aplicação direta e imediata pelo Judiciário. De fato, a normatividade ampla e a judicialização das questões constitucionais têm base doutrinária em *O Federalista* e precedente jurisprudencial firmado desde 1803, quando do julgamento do caso *Marbury v. Madison* pela Suprema Corte. Por esta razão, a interpretação de todo o direito posto à luz da Constituição é característica histórica da experiência americana, e não singularidade contemporânea³⁵. O grande debate doutrinário nos

³³ A nova lei somente entrou em vigor em 2000.

³⁴ A propósito, e em desenvolvimento de certo modo surpreendente, deve ser registrada a aprovação do Constitutional Reform Act, de 2005, que previu a criação de uma Suprema Corte (In: www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/20050004.htm, visitado em 8 ago. 2005). Assinale-se a curiosidade de, não existindo uma Constituição escrita, ter sido aprovado, não obstante, um ato que a reforma.

³⁵ Veja-se, a este propósito, exemplificativamente, a jurisprudência que se produziu em matéria de direito processual penal, pela submissão do *common law* dos Estados aos princípios constitucionais. Em *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 1961, considerou-se ilegítima a busca e apreensão feita sem mandado, como exigido pela 4ª. Emenda. Em *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335, 1963, entendeu-se que a 6ª. emenda assegurava a todos os acusados em processo criminal o direito a um advogado. Em *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966, impôs-se à autoridade policial, na abordagem de um suspeito, que comunique a ele que a) tem o direito de permanecer calado; b) tudo que disser poderá e será usado contra ele; c) tem direito a consultar-se com um advogado antes de depor e que este poderá estar presente ao interrogatório; d) caso não tenha condições financeiras para ter um advogado, um poderá ser-lhe designado. V. Kermit L. Hall, *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*, 1999; Paul C. Bartholomew e Joseph F. Menez, *Summaries of leading cases on the Constitution*, 1980; Duane Lockard e Walter F. Murphy, *Basic cases in constitutional law*, 1992. Para uma análise objetiva e informativa sobre este e outros aspectos, em língua portuguesa, v. José Alfredo de Oliveira

Estados Unidos é acerca da legitimidade e dos limites da atuação do Judiciário na aplicação de valores substantivos e no reconhecimento de direitos fundamentais que não se encontrem expressos na Constituição (v. infra).

Há razoável consenso de que o marco inicial do processo de constitucionalização do Direito foi estabelecido na Alemanha. Ali, sob o regime da Lei Fundamental de 1949 e consagrando desenvolvimentos doutrinários que já vinham de mais longe, o Tribunal Constitucional Federal assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham uma outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores³⁶. O sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou a algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Tais normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do Direito, público ou privado, e vinculam os Poderes estatais. O primeiro grande precedente na matéria foi o caso Lüth³⁷, julgado em 15 de janeiro de 1958³⁸.

Baracho Júnior, *Interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal*. In: José Adércio Leite Sampaio, *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, 2003.

³⁶ Sobre a questão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais na literatura em língua portuguesa, v. José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 2001, p. 149, Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 1998, p. 214, e Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 371.

³⁷ Os fatos subjacentes eram os seguintes. Erich Lüth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, incitava ao boicote de um filme dirigido por Veit Harlan, cineasta que havia sido ligado ao regime nazista no passado. A produtora e a distribuidora do filme obtiveram, na jurisdição ordinária, decisão determinando a cessação de tal conduta, por considerá-la em violação do § 826 do Código Civil (BGB) (“Quem, de forma atentatória aos bons costumes, infligir dano a outrem, está obrigado a reparar os danos causados”). O Tribunal Constitucional Federal reformou a decisão, em nome do direito fundamental à liberdade de expressão, que deveria pautar a interpretação do Código Civil.

³⁸ *BverfGE* 7, 198. Tradução livre e editada da versão da decisão publicada em Jürgen Schwabe, *Cinquenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, 2003, p. 132-37: “Os direitos fundamentais são antes de tudo direitos de defesa do cidadão contra o Estado; sem embargo, nas disposições de direitos fundamentais da Lei Fundamental se incorpora também uma ordem objetiva de valores, que como decisão constitucional fundamental é válida para todas as esferas do direito. (...) Esse sistema de valores – que encontra seu ponto central no seio da comunidade social, no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade da pessoa humana... – oferece direção e impulso para o legislativo, a administração e o judiciário, projetando-se, também, sobre o direito civil. Nenhuma disposição de direito civil pode estar em contradição com ele, devendo todas ser interpretadas de acordo com seu espírito. (...) A expressão de uma opinião, que contém um chamado para um boicote, não viola necessariamente os bons costumes, no sentido do § 826 do Código Civil. Pode estar justificada constitucionalmente pela liberdade de opinião, ponderadas todas as circunstâncias do caso”.

Esta decisão é comentada por inúmeros autores nacionais, dentre os quais: Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 1998, p. 220-2, onde descreve brevemente outros dois casos: “Blinkfüer” e “Wallraff”; Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 141 e ss.; Jane Reis Gonçalves Pereira, *Direitos fundamentais e interpretação constitucional: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*, p. 416 e ss.; e Wilson Steinmetz, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, 2004, p. 105 e ss..

A partir daí, baseando-se no catálogo de direitos fundamentais da Constituição alemã, o Tribunal Constitucional promoveu uma verdadeira “revolução de idéias”³⁹, especialmente no direito civil. De fato, ao longo dos anos subseqüentes, a Corte invalidou dispositivos do BGB, impôs a interpretação de suas normas de acordo com a Constituição e determinou a elaboração de novas leis. Assim, por exemplo, para atender ao princípio da igualdade entre homens e mulheres, foram introduzidas mudanças legislativas em matéria de regime matrimonial, direitos dos ex-cônjuges após o divórcio, poder familiar, nome de família e direito internacional privado. De igual sorte, o princípio da igualdade entre os filhos legítimos e naturais provocou reformas no direito de filiação⁴⁰. De parte isso, foram proferidos julgamentos interessantes em temas como uniões homossexuais (homoafetivas)⁴¹ e direito dos contratos⁴².

Na Itália, a Constituição entrou em vigor em 1º de janeiro de 1948. O processo de constitucionalização do Direito, todavia, iniciou-se apenas na década de 60, consumando-se nos anos 70. Relembre-se que a Corte Constitucional italiana somente veio a se instalar em 1956. Antes disso, o controle de constitucionalidade foi exercido, por força da disposição constitucional transitória VII, pela jurisdição ordinária, que não lhe deu vitalidade. Pelo contrário, remonta a esse período a formulação, pela Corte de Cassação, da distinção entre normas *preceptivas*, de caráter vinculante e aplicáveis pelos tribunais, e normas de *princípio* ou *programáticas*, dirigidas apenas ao legislador e não aplicáveis diretamente pelo Judiciário. Assim, pelos nove primeiros

³⁹ Sabine Corneloup, Table ronde: Le cas de l’Allemagne. In: Michel Verpeaux, *Code civil e constitution(s)*, 2005, p. 85.

⁴⁰ Sabine Corneloup, Table ronde: Le cas de l’Allemagne. In: Michel Verpeaux, *Code civil e constitution(s)*, 2005, p. 87-8, com identificação de cada uma das leis. A jurisprudência referida na seqüência do parágrafo foi localizada a partir de referências contidas nesse texto.

⁴¹ Em um primeiro momento, em nome do princípio da igualdade, uma lei de 16 de fevereiro de 2001 disciplinou as uniões homossexuais, pondo fim à discriminação existente. Em um segundo momento, esta lei foi objeto de arguição de inconstitucionalidade, sob o fundamento de que afrontaria o art. 6º, I da Lei Fundamental, pelo qual “o casamento e a família são colocados sob proteção particular do Estado”, ao legitimar um outro tipo de instituição de direito de família, paralelo ao casamento heterossexual. A Corte não acolheu o argumento, assentando que a nova lei nem impedia o casamento tradicional nem conferia à união homossexual qualquer privilégio em relação à união convencional (1 BvF 1/01, de 17 jul. 2002, com votos dissidentes dos juízes Papier e Hass, v. sítio www.bverfg.de, visitado em 4 ago. 2005).

⁴² Um contrato de fiança prestada pela filha, em favor do pai, tendo por objeto quantia muitas vezes superior à sua capacidade financeira foi considerado nulo por ser contrário à moral (*BverfGE* t. 89, p. 214, *apud* Sabine Corneloup, Table ronde: Le cas de l’Allemagne. In: Michel Verpeaux, *Code civil e constitution(s)*, 2005, p. 90); um pacto nupcial no qual a mulher, grávida, renunciou a alimentos em nome próprio e em nome da criança foi considerado nulo, por não poder prevalecer a liberdade contratual quando há dominação de uma parte sobre a outra (1 BvR 12/92, de 6 fev 2001, unânime, v. sítio www.bverfg.de, visitado em 4 ago. 2005); um pacto sucessório que impunha ao filho mais velho do imperador Guilherme II o dever de se casar com uma mulher que preenchesse determinadas condições ali impostas foi considerado nulo por violar a liberdade de casamento (1 BvR 2248/01, de 22 mar 2004, unânime, v. sítio www.bverfg.de visitado em 4 ago. 2005).

anos de vigência, a Constituição e os direitos fundamentais nela previstos não repercutiram sobre a aplicação do direito ordinário⁴³.

Somente com a instalação da Corte Constitucional – e, aliás, desde a sua primeira decisão – as normas constitucionais de direitos fundamentais passaram a ser diretamente aplicáveis, sem intermediação do legislador. A Corte desenvolveu um conjunto de técnicas de decisão⁴⁴, tendo enfrentado, durante os primeiros anos de sua atuação, a arraigada resistência das instâncias ordinárias e, especialmente, da Corte de Cassação, dando lugar a uma disputa referida, em certa época, como “guerra das cortes”⁴⁵. A exemplo do ocorrido na Alemanha, a influência da constitucionalização do Direito e da própria Corte Constitucional se manifestou em decisões de inconstitucionalidade, em convocações à atuação do legislador e na reinterpretação das normas infraconstitucionais em vigor.

De 1956 a 2003, a Corte Constitucional proferiu 349 decisões em questões constitucionais envolvendo o Código Civil, das quais 54 declararam a inconstitucionalidade de dispositivos seus, em decisões da seguinte natureza: 8 de invalidação, 12 interpretativas e 34 aditivas⁴⁶ (sobre as características de cada uma delas, v. nota ao parágrafo anterior). Foram proferidos julgados em temas que incluíram adultério⁴⁷, uso do nome do marido⁴⁸ e direitos sucessórios de filhos ilegítimos⁴⁹, em

⁴³ Sobre o tema, v. Vezio Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizione di principio*, 1952; José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1968; Ricardo Guastini, *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso italiano*. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003; e Thierry Di Manno, *Code Civil e Constituion en Italie*. In: Michel Verpeaux (org.), *Code Civil e Constitution(s)*, 2005.

⁴⁴ Além das decisões declaratórias de inconstitucionalidade, a Corte utiliza diferentes técnicas, que incluem: 1) *decisões interpretativas*, que correspondem à interpretação conforme a Constituição, podendo ser (a) com *recusa* da arguição de inconstitucionalidade, mas afirmação da interpretação compatível ou (b) com *aceitação* da arguição de inconstitucionalidade, com declaração de inconstitucionalidade da interpretação que vinha sendo praticada pela jurisdição ordinária, em ambos os casos permanecendo em vigor a disposição atacada; 2) *decisões manipuladoras*, nas quais se dá a aceitação da arguição de inconstitucionalidade e, além da declaração de invalidade do dispositivo, a Corte vai além, proferindo (a) *sentença aditiva*, estendendo a norma à situação nela não contemplada, quando a omissão importar em violação ao princípio da igualdade; e b) *sentença substitutiva*, pela qual a Corte não apenas declara a inconstitucionalidade de determinada norma, como também introduz no sistema, mediante declaração própria, uma norma nova. Sobre o tema, v. Ricardo Guastini, *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso italiano*. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 63-7.

⁴⁵ Thierry Di Manno, *Table ronde: Le cas de l’Italie*. In: Michel Verpeaux, *Code civil e constitution(s)*, 2005, p. 107.

⁴⁶ Thierry Di Manno, *Table ronde: Le cas de l’Italie*. In: Michel Verpeaux, *Code civil e constitution(s)*, 2005, p. 103.

⁴⁷ Sentença 127/1968, j. 16 dez 1968, Rel. Bonifácio, v. sítio www.cortecostituzionale.it, visitado em 4 ago. 2005. A Corte invalidou o artigo do Código Civil (art. 151, 2) que tratava de maneira diferente o adultério do marido e o da mulher. O da mulher sempre seria causa para separação, ao passo que o do homem somente em caso de “injúria grave à mulher”.

⁴⁸ Sentença 128/1970, j. 24 jun 1970, Rel. Mortati, v. sítio www.cortecostituzionale.it, visitado em 4 ago. 2005. A Corte proferiu sentença aditiva para permitir à mulher retirar o nome do marido após a separação

meio a outros. No plano legislativo, sob influência da Corte Constitucional, foram aprovadas, ao longo dos anos, modificações profundas no direito de família, inclusive em relação ao divórcio, no direito à adoção e no direito do trabalho. Estas alterações, levadas a efeito por leis especiais, provocaram a denominada “descodificação” do direito civil⁵⁰.

Na França, o processo de constitucionalização do Direito teve início muito mais tarde e ainda vive uma fase de afirmação. A Constituição de 1958, como se sabe, não previu o controle de constitucionalidade, quer no modelo europeu, quer no americano, tendo optado por uma fórmula diferenciada: a do controle prévio, exercido pelo Conselho Constitucional em relação a algumas leis, antes de entrarem em vigor⁵¹. De modo que não há no sistema francês, a rigor técnico, uma verdadeira jurisdição constitucional. Não obstante, alguns avanços significativos e constantes vêm ocorrendo, a começar pela decisão de 16 de julho de 1971⁵². A ela seguiu-se a Reforma de 29 de

(ocorrida por culpa do marido), o que não era previsto pelo art. 156 do Código Civil.

⁴⁹ Sentença 55/1979, j. 15 jun 1979, Rel. Amadei, v. sítio www.cortecostituzionale.it, visitado em 4 ago. 2005. A Corte declarou a inconstitucionalidade do art. 565 do Código Civil, na parte em que excluía do benefício da sucessão legítima os filhos naturais reconhecidos.

⁵⁰ N. Irti, *L'età della decodificazione*, 1989. V., tb., Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, 1997, p. 5.

⁵¹ Na sua concepção original, o Conselho Constitucional destinava-se, sobretudo, a preservar as competências de um Executivo forte contra as invasões do Parlamento. Suas funções principais eram três: a) o controle dos regimentos de cada uma das câmaras (Assembléia Nacional e Senado), para impedir que se investissem de poderes que a Constituição não lhes atribui, como ocorrido na III e na IV Repúblicas; b) o papel de “justiça eleitoral”, relativamente às eleições presidenciais, parlamentares e aos referendos; c) a delimitação do domínio da lei, velando pela adequada repartição entre as competências legislativas e regulamentares. Esta última função se exercia em três situações: a do art. 41, relacionada à invasão pela lei parlamentar de competência própria do governo; a do art. 61, alínea 2, que permitia ao primeiro-ministro provocar o controle acerca da inconstitucionalidade de uma lei, após sua aprovação, mas antes de sua promulgação; e a do art. 37, alínea 2, relativamente à modificabilidade, por via de decreto, de leis que possuíssem caráter regulamentar. Com a reforma constitucional de 1974, o controle de constitucionalidade das leis passou a ser a atividade principal do Conselho, aproximando-o de uma corte constitucional. V. Louis Favoreu, *La place du Conseil Constitutionnel dans la Constitution de 1958*. In: www.conseil-constitutionnel.fr, visitado em 26 jul. 2005; François Luchaire, *Le Conseil Constitutionnel*, 3 vs., 1997; John Bell, *French constitutional law*, 1992.

⁵² Objetivamente, a decisão nº 71-44 DC, de 16.07.71 (In: www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144dc.htm, visitado em 26 jul. 2005), considerou que a exigência de autorização prévia, administrativa ou judicial, para a constituição de uma associação violava a liberdade de associação. Sua importância, todavia, foi o reconhecimento de que os direitos fundamentais previstos na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e no preâmbulo da Constituição de 1946, incorporavam-se à Constituição de 1958, por força de referência constante do preâmbulo desta, figurando, portanto, como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis. Esta decisão reforçou o prestígio do Conselho Constitucional, que passou a desempenhar o papel de protetor dos direitos e liberdades fundamentais. Além disso, consagrou o “valor positivo e constitucional” do preâmbulo da Constituição e firmou a idéia de “bloco de constitucionalidade”. Essa expressão significa que a Constituição não se limita às normas que integram ou se extraem do seu texto, mas inclui outros textos normativos, que no caso eram a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e o Preâmbulo da Constituição de 1946, bem como os princípios fundamentais das leis da República, aos quais o referido preâmbulo fazia referência. Sobre a importância dessa decisão, v. Léo Hamon, *Contrôle de constitutionnalité et*

outubro de 1974, ampliando a legitimidade para suscitar-se a atuação do Conselho Constitucional⁵³. Aos poucos, começam a ser incorporados ao debate constitucional francês temas como a *impregnação* da ordem jurídica pela Constituição, o reconhecimento de força normativa às normas constitucionais e o uso da técnica da interpretação conforme a Constituição⁵⁴. Tal processo de constitucionalização do Direito, cabe advertir, enfrenta a vigorosa resistência da doutrina mais tradicional, que nele vê ameaças diversas, bem como a usurpação dos poderes do Conselho de Estado e da Corte de Cassação⁵⁵.

III. A constitucionalização do Direito no Brasil

1. O direito infraconstitucional na Constituição

A Carta de 1988, como já consignado, tem a virtude suprema de simbolizar a travessia democrática brasileira e de ter contribuído decisivamente para a consolidação do mais longo período de estabilidade política da história do país. Não é pouco. Mas não se trata, por suposto, da Constituição da nossa maturidade institucional. É a Constituição das nossas circunstâncias. Por vício e por virtude, seu texto final

protection des droits individuels, *Dalloz*, 1974, p. 83-90; G. Haimbowgh, Was it France's Marbury v. Madison?, *Ohio State Law Journal* 35:910, 1974; J.E. Beardsley, The Constitutional council and Constitutional liberties in France, *American Journal of Comparative Law*, 1972, p. 431-52. Para um comentário detalhado da decisão, v. L. Favoreu e L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 2003. Especificamente sobre bloco de constitucionalidade, v. Michel de Villiers, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 2001; e Olivier Duhamel e Yves Mény, *Dictionnaire constitutionnel*, 1992.

⁵³ A partir daí, o direito de provocar a atuação do Conselho Constitucional, que antes recaía apenas sobre o Presidente da República, o Primeiro-Ministro, o Presidente da Assembléia Nacional e o Presidente do Senado estendeu-se, também, a sessenta Deputados ou sessenta Senadores. O controle de constitucionalidade tornou-se um importante instrumento de atuação da oposição parlamentar. Entre 1959 e 1974, foram proferidas apenas 9 (nove) decisões acerca de leis ordinárias (por iniciativa do Primeiro-Ministro e do Presidente do Senado) e 20 (vinte) acerca de leis orgânicas (pronunciamento obrigatório). De 1974 até 1998 houve 328 provocações (*saisine*) ao Conselho Constitucional. Os dados constam de Louis Favoreu, *La place du Conseil Constitutionnel dans la Constitution de 1958*. In: www.conseil-constitutionnel.fr, visitado em 26 jul.2005.

⁵⁴ V. Louis Favoreu, *La constitutionnalisation du droit*. In: Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, *La constitutionnalisation des branches du droit*, 1998, p. 190-2.

⁵⁵ Veja-se a discussão do tema em Guillaume Drago, Bastien François e Nicolas Molfessis (org.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, 1999. Na conclusão do livro, que documenta o Colóquio de Rennes, de setembro de 1996, François Terré, ao apresentar o que corresponderia à conclusão do evento, formulou crítica áspere à ascensão da influência do Conselho Constitucional: "Les perpétuelles incantations que suscitent l'État de droit, la soumission de l'État à des juges, sous l'influence conjuguée du kelsenisme, de la mauvaise conscience de l'Allemagne Fédérale et de l'américanisme planétaire sont lassantes. Des contrepoids s'imposent. Puisque le Conseil constitutionnel est une juridiction, puisque la règle du double degré de juridiction e le droit d'appel sont devenus paroles d'évangile, il est naturel et urgent de faciliter le recours au referendum afin de permettre plus facilement au peuple souverain de mettre, lè cās échéant, un terme aux errances du Conseil constitutionnel" (p. 409).

expressa uma heterogênea mistura de interesses legítimos de trabalhadores, classes econômicas e categorias funcionais, cumulados com paternalismos, reservas de mercado e privilégios corporativos. A euforia constituinte – saudável e inevitável após tantos anos de exclusão da sociedade civil – levaram a uma Carta que, mais do que analítica, é prolixa e corporativa⁵⁶.

Quanto ao ponto aqui relevante, é bem de ver que todos os principais ramos do direito infraconstitucional tiveram aspectos seus, de maior ou menor relevância, tratados na Constituição. A catalogação dessas previsões vai dos princípios gerais às regras miúdas, levando o leitor do espanto ao fastio. Assim se passa com o direito administrativo, civil, penal, do trabalho, processual civil e penal, financeiro e orçamentário, tributário, internacional e mais além. Há, igualmente, um título dedicado à ordem econômica, no qual se incluem normas sobre política urbana, agrícola e sistema financeiro. E outro dedicado à ordem social, dividido em numerosos capítulos e seções, que vão da saúde até os índios.

Embora o fenômeno da constitucionalização do Direito, como aqui analisado, não se confunda com a presença de normas de direito infraconstitucional na Constituição, há um natural espaço de superposição entre os dois temas. Com efeito, na medida em que princípios e regras específicos de uma disciplina ascendem à Constituição, sua interação com as demais normas daquele subsistema muda de qualidade e passa a ter um caráter subordinante. Trata-se da constitucionalização das fontes do Direito naquela matéria. Tal circunstância, nem sempre desejável⁵⁷, interfere com os limites de atuação do legislador ordinário e com a leitura constitucional a ser empreendida pelo Judiciário em relação ao tema que foi constitucionalizado.

2. A constitucionalização do direito infraconstitucional

Nos Estados de democratização mais tardia, como Portugal, Espanha e, sobretudo, o Brasil, a constitucionalização do Direito é um processo mais recente, embora muito intenso. Verificou-se, entre nós, o mesmo movimento translativo ocorrido inicialmente na Alemanha e em seguida na Itália: a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico. A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos.

⁵⁶ Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, *Doze anos da Constituição brasileira de 1988*. In: *Temas de direito constitucional*, t. I, 2002.

⁵⁷ Tanto a doutrina como a jurisprudência, no plano do direito penal, têm condenado, por exemplo, a constitucionalização da figura dos “crimes hediondos” (art. 5º, XLIII). V., por todos, João José Leal, *Crimes hediondos – A Lei 8.072 como expressão do direito penal da severidade*, 2003.

Do centro do sistema jurídico foi deslocado o velho Código Civil. Veja-se que o direito civil desempenhou no Brasil – como alhures – o papel de um direito geral, que precedeu muitas áreas de especialização, e que conferia certa unidade dogmática ao ordenamento. A própria teoria geral do direito era estudada dentro do direito civil, e só mais recentemente adquiriu autonomia didática. No caso brasileiro, deve-se registrar, o Código Civil já vinha perdendo influência no âmbito do próprio direito privado. É que, ao longo do tempo, na medida em que o Código envelhecia, inúmeras leis específicas foram editadas, passando a formar microsistemas autônomos em relação a ele, em temas como alimentos, filiação, divórcio, locação, consumidor, criança e adolescente, sociedades empresariais. A exemplo do que se passou na Itália, também entre nós deu-se a “descodificação” do direito civil⁵⁸, fenômeno que não foi afetado substancialmente pela promulgação de um novo Código Civil em 2002, com vigência a partir de 2003⁵⁹.

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretção de seus institutos sob uma ótica constitucional⁶⁰.

À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também

⁵⁸ Sobre o caso italiano, v. Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, 1997, p. 6: “O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional”. Sobre o caso brasileiro, vejam-se, dentre outros: Maria Celina B. M. Tedepino, A caminho de um direito civil constitucional, *Revista de Direito Civil* 65:21; e Gustavo Tedepino, *O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: Premissas para uma reforma legislativa*. In: Gustavo Tedepino (org.), *Problemas de direito civil-constitucional*, 2001.

⁵⁹ O novo Código Civil, com início de vigência em 2003, foi duramente criticado por setores importantes da doutrina civilista. Gustavo Tedepino referiu-se a ele como “retrógrado e demagógico” acrescentando: “Do Presidente da República, espera-se o veto; do Judiciário que tempere o desastre”(Revista trimestral de direito civil 7, 2001, Editorial). Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, consideraram inconstitucional o projeto de Código Civil, em parecer publicado sob o título Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição, *Revista trimestral de direito civil* 4:243, 2000, por não traduzir a supremacia da dignidade humana sobre os aspectos patrimoniais e por violar o princípio da vedação do retrocesso. Em sentido contrário, v. Judith Martins Costa, *O direito privado como um “sistema em construção”*. In: www.jus.com.br, visitado em 4 ago. 2005; e Miguel Reale, *Visão geral do novo Código Civil*. In: www.jus.com.br, visitado em 4 ago. 2005 e *O novo Código Civil e seus críticos*. In: www.jus.com.br, visitado em 4 ago. 2005.

⁶⁰ J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, 1991, p. 45: “A principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo”. V. também, Paulo Ricardo Schier, *Filtragem constitucional*, 1999.

interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Lei Maior. Aplica-se a Constituição:

a) *Diretamente*, quando uma pretensão se fundar em uma norma do próprio texto constitucional. Por exemplo: o pedido de reconhecimento de uma imunidade tributária (CF, art. 150, VI) ou o pedido de nulidade de uma prova obtida por meio ilícito (CF, art. 5º, LVI);

b) *Indiretamente*, quando uma pretensão se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões:

(i) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque se não for, não deverá fazê-la incidir. Esta operação está sempre presente no raciocínio do operador do Direito, ainda que não seja por ele explicitada;

(ii) ao aplicar a norma, o intérprete deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.

Em suma: a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.

3. A constitucionalização do Direito e seus mecanismos de atuação prática

A constitucionalização do Direito, como já antecipado, repercute sobre os diferentes Poderes estatais. Ao legislador e ao administrador, impõe deveres negativos e positivos de atuação, para que observem os limites e promovam os fins ditados pela Constituição. A constitucionalização, no entanto, é obra precípua da jurisdição constitucional, que no Brasil pode ser exercida, difusamente, por juízes e tribunais, e concentradamente pelo Supremo Tribunal Federal, quando o paradigma for a Constituição Federal. Esta realização concreta da supremacia formal e axiológica da Constituição envolve diferentes técnicas e possibilidades interpretativas, que incluem:

a) o reconhecimento da revogação das normas infraconstitucionais anteriores à Constituição (ou à emenda constitucional), quando com ela incompatíveis;

b) a declaração de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais posteriores à Constituição, quando com ela incompatíveis;

c) a declaração da inconstitucionalidade por omissão, com a conseqüente convocação à atuação do legislador⁶¹;

⁶¹ Isso quando não prefira o Supremo Tribunal produzir uma decisão integrativa, a exemplo da sentença aditiva do direito italiano. Esta atuação envolve a sempre controvertida questão da atuação como legislador positivo (v. *infra*).

d) a interpretação conforme a Constituição, que pode significar:

(i) a leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes;

(ii) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, que consiste na exclusão de uma determinada interpretação possível da norma – geralmente a mais óbvia – e a afirmação de uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição⁶².

Aprofunde-se um pouco mais o argumento, especialmente em relação à interpretação conforme a Constituição. O controle de constitucionalidade é uma modalidade de interpretação e aplicação da Constituição. Independentemente de outras especulações, há consenso de que cabe ao Judiciário pronunciar a invalidade dos enunciados normativos incompatíveis com o texto constitucional, paralisando-lhes a eficácia. De outra parte, na linha do conhecimento convencional, a ele não caberia inovar na ordem jurídica, criando comando até então inexistente. Em outras palavras: o Judiciário estaria autorizado a invalidar um ato do Legislativo, mas não a substituí-lo por um ato de vontade própria⁶³.

Pois bem. As modernas técnicas de interpretação constitucional – como é o caso da interpretação conforme a Constituição – continuam vinculadas a esse pressuposto, ao qual agregam um elemento inexorável. A interpretação jurídica dificilmente é unívoca, seja porque um mesmo enunciado, ao incidir sobre diferentes circunstâncias de fato, pode produzir normas diversas⁶⁴, seja porque, mesmo em tese,

⁶² Relativamente a esta segunda possibilidade, v. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2004, p. 189.

⁶³ Nesse sentido, v. STF, *DJU* 15 abr. 1988, Rp 1.417-DF, Rel. Min. Moreira Alves: “Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF – em sua função de Corte Constitucional – atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo”. Passa-se ao largo, nesta instância, da discussão mais minuciosa do tema, que abriga inúmeras complexidades, inclusive e notadamente em razão do reconhecimento de que juizes e tribunais, em múltiplas situações, desempenham uma atividade de co-participação na criação da norma.

⁶⁴ A doutrina mais moderna tem traçado uma distinção entre enunciado normativo e norma, baseada na premissa de que não há interpretação em abstrato. *Enunciado normativo* é o texto, o relato contido no dispositivo constitucional ou legal. *Norma*, por sua vez, é o produto da aplicação do enunciado a uma determinada situação, isto é, a concretização do enunciado. De um mesmo enunciado é possível extrair diversas normas. Por exemplo: do enunciado do art. 5º, LXIII da Constituição – o *preso* tem direito de permanecer calado – extraem-se normas diversas, inclusive as que asseguram o direito à não auto-incriminação ao *interrogado* em geral (STF, *DJU* 14 dez. 2001, HC 80.949, Rel. Min. Sepúlveda Pertence) e até ao *depoente* em *CPI* (STF, *DJU* 16 fev. 2001, HC 79.812, Rel. Min. Celso de Mello). Sobre o tema, v. Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, 1969, p. 270 e ss.; Friedrich Müller, Métodos de trabalho do direito constitucional, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Edição especial comemorativa dos 50 anos da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*, 1999, p. 45 e ss.; Riccardo Guastini, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, 1996, p. 82-3; e Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, 2003, p. 13.

um enunciado pode admitir várias interpretações, em razão da polissemia de seus termos. A interpretação conforme a Constituição, portanto, pode envolver (i) uma singela determinação de sentido da norma, (ii) sua não incidência a uma determinada situação de fato ou (iii) a exclusão, por inconstitucional, de uma das normas que podem ser extraídas do texto. Em qualquer dos casos, não há declaração de inconstitucionalidade do enunciado normativo, permanecendo a norma no ordenamento. Por esse mecanismo se reconciliam o princípio da supremacia da Constituição e o princípio da presunção de constitucionalidade. Naturalmente, o limite de tal interpretação está nas possibilidades semânticas do texto normativo⁶⁵.

IV. Alguns aspectos da constitucionalização do Direito

1. Direito civil⁶⁶

As relações entre o direito constitucional e o direito civil atravessaram, nos últimos dois séculos, três fases distintas, que vão da indiferença à convivência intensa. O marco inicial dessa trajetória é a Revolução Francesa, que deu a cada um deles o seu objeto de trabalho: ao direito constitucional, uma Constituição escrita, promulgada em 1791; ao direito civil, o Código Civil napoleônico, de 1804. Apesar da contemporaneidade dos dois documentos, direito constitucional e direito civil não se integravam nem se comunicavam entre si. Veja-se cada uma das etapas desse processo de aproximação lenta e progressiva:

⁶⁵ Na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão: “Ao juiz não é permitido mediante ‘interpretação conforme a Constituição’ dar um significado diferente a uma lei cujo teor e sentido resulta evidente” (1 BvL 149/52-33, 11 jun. 1958); na do Supremo Tribunal Federal brasileiro: “se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legis-lativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo” (STF, DJU 15 abr. 1988, Rp 1.417-7/DF, Rel. Min. Moreira Alves).

⁶⁶ Pietro Perlingieri, *Perfis de direito civil*, 1997; Maria Celina Bodin de Moraes: A caminho de um direito civil constitucional, *Revista de Direito Civil* 65:23, 1993; A constitucionalização do direito civil, *Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro* 17:76, 1999; Danos à pessoa humana: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais, 2003; Conceito de dignidade humana: Substrato axiológico e conteúdo normativo. In: Ingo Wolfgang Sarlet, *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 2003; Gustavo Tepedino: *Temas de direito civil*, 2004; *Problemas de direito civil constitucional* (coord.), 2000; O direito civil e a legalidade constitucional. In: *Revista Del Rey Jurídica* 13:23, 2004; Luiz Edson Fachin: *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo* (coord.), 1998; *Teoria crítica do direito civil*, 2000; Heloísa Helena Barboza, Perspectivas do direito civil brasileiro para o próximo século, *Revista da Faculdade de Direito, UERJ*, 1998-99; Teresa Negreiros: *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, 1998; *Teoria do contrato: Novos paradigmas*, 2002; Judith Martins Costa (org.), *A reconstrução do direito privado*, 2002; Paulo Luiz Neto Lobo, Constitucionalização do direito civil, *Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro* 17:56, 1999; Renan Lotufo, *Direito civil constitucional*, cad. 3, 2002; Michel Verpeaux (org.), *Code Civil et Constitution(s)*, 2005.

1ª. fase: *Mundos apartados*

No início do constitucionalismo moderno, na Europa, a Constituição era vista como uma Carta *Política*, que servia de referência para as relações entre o Estado e o cidadão, ao passo que o Código Civil era o documento *jurídico* que regia as relações entre particulares, freqüentemente mencionado como a “Constituição do direito privado”. Nessa etapa histórica, o papel da Constituição era limitado, funcionando como uma convocação à atuação dos Poderes Públicos, e sua concretização dependia, como regra geral, da intermediação do legislador. Destituída de força normativa própria, não desfrutava de aplicabilidade direta e imediata. Já o direito civil era herdeiro da tradição milenar do direito romano. O Código napoleônico realizava adequadamente o ideal burguês de proteção da propriedade e da liberdade de contratar, dando segurança jurídica aos protagonistas do novo regime liberal: o contratante e o proprietário. Esse modelo inicial de incomunicabilidade foi sendo progressivamente superado.

2ª. fase: *Publicização do direito privado*

O Código napoleônico e os modelos que ele inspirou – inclusive o brasileiro – baseavam-se na liberdade individual, na igualdade formal entre as pessoas e na garantia absoluta do direito de propriedade. Ao longo do século XX, com o advento do Estado social e a percepção crítica da desigualdade material entre os indivíduos, o direito civil começa a superar o individualismo exacerbado, deixando de ser o reino soberano da *autonomia da vontade*. Em nome da solidariedade social e da função social de instituições como a propriedade e o contrato, o Estado começa a interferir nas relações entre particulares, mediante a introdução de *normas de ordem pública*. Tais normas se destinam, sobretudo, à proteção do lado mais fraco da relação jurídica, como o consumidor, o locatário, o empregado. É a fase do *dirigismo contratual*, que consolida a publicização do direito privado⁶⁷.

3ª. fase: *Constitucionalização do direito civil*

“Ontem os Códigos; hoje as Constituições. A revanche da Grécia contra Roma”⁶⁸. A fase atual é marcada pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, de onde passa a atuar como o filtro axiológico pelo qual se deve ler o direito civil. Há regras específicas na Constituição, impondo o fim da supremacia do marido no casamento, a plena igualdade entre os filhos, a função social da propriedade. E

⁶⁷ Sobre o tema, v. Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*, 1999, p. 26; e Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, v. I, 2004, p. 18.

⁶⁸ A primeira parte da frase (“Ontem os Códigos; hoje as Constituições”) foi pronunciada por Paulo Bonavides, ao receber a medalha Teixeira de Freitas, no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1998. O complemento foi feito por Eros Roberto Grau, ao receber a mesma medalha, em 2003, em discurso publicado em avulso pelo IAB: “Ontem, os códigos; hoje, as Constituições. A revanche da Grécia sobre Roma, tal como se deu, em outro plano, na evolução do direito de propriedade, antes justificado pela origem, agora legitimado pelos fins: a propriedade que não cumpre sua função social não merece proteção jurídica qualquer”.

princípios que se difundem por todo o ordenamento, como a igualdade, a solidariedade social, a razoabilidade. Não é o caso de se percorrerem as múltiplas situações de impacto dos valores constitucionais sobre o direito civil, especificamente, e sobre o direito privado em geral⁶⁹. Mas há dois desenvolvimentos que merecem destaque, pela dimensão das transformações que acarretam.

O primeiro deles diz respeito ao *princípio da dignidade da pessoa humana* na nova dogmática jurídica. Ao término da 2ª. Guerra Mundial, tem início a *reconstrução* dos direitos humanos⁷⁰, que se irradiam a partir da dignidade da pessoa humana⁷¹, referência que passou a constar dos documentos internacionais e das Constituições democráticas⁷², tendo figurado na Carta brasileira de 1988 como um dos *fundamentos* da República (art. 1º, III). A dignidade humana impõe limites e atuações positivas ao Estado, no atendimento das necessidades vitais básicas⁷³, expressando-se em diferentes dimensões⁷⁴. No tema específico aqui versado, o princípio promove uma

⁶⁹ Para este fim, v. Gustavo Tepedino (org.), *Problemas de direito civil constitucional*, 2000, obra coletiva na qual se discute a constitucionalização do direito civil em domínios diversos, incluindo o direito das obrigações, as relações de consumo, o direito de propriedade e o direito de família. Sobre o tema específico da boa-fé objetiva, vejam-se Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*, 1999; e Teresa Negreiros, *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, 1998.

⁷⁰ Este é o título do celebrado trabalho de Celso Lafer, *A reconstrução dos direitos humanos*, 1988. Sobre o tema, v. tb. Antônio Augusto Cançado Trindade, *A proteção internacional dos direitos humanos: Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, 1991.

⁷¹ O conteúdo jurídico da dignidade humana se relaciona com a realização dos direitos fundamentais ou humanos, nas suas três dimensões: individuais, políticos e sociais. Sobre o tema, vejam-se Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios: O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002; Ingo Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 2004; José Afonso da Silva, *Dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*, *Revista de Direito Administrativo* 212:89, 1998; Carmen Lúcia Antunes Rocha, *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*, *Revista Interesse Público* 4:2, 1999. Vejam-se dois excertos representativos do entendimento dominante: José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa*, 1998, p. 102: “[O] princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais”; e Daniel Sarmento, *A ponderação de interesses na Constituição brasileira*, 2000, p. 59-60, “O princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado”.

⁷² Como, e.g., na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, na Constituição italiana de 1947, na Constituição alemã de 1949, na Constituição portuguesa de 1976 e na Constituição espanhola de 1978.

⁷³ Sobre o tema, v. Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002, p. 305: “O conteúdo básico, o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade. (...) Uma proposta de concretização do mínimo existencial, tendo em conta a ordem constitucional brasileira, deverá incluir os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça”.

⁷⁴ Em denso estudo, Maria Celina Bodin de Moraes, *Conceito de dignidade humana: Substrato axiológico e conteúdo normativo*. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 2003, decompõe o conteúdo jurídico da dignidade humana em quatro princípios: igualdade,

*despatrimonialização*⁷⁵ e uma *repersonalização*⁷⁶ do direito civil, com ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em sua dimensão física quanto psíquica.

O segundo desenvolvimento doutrinário que comporta uma nota especial é a *aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas*⁷⁷. O debate remonta à decisão do caso *Lüth* (v. *supra*), que superou a rigidez da dualidade público-privado ao admitir a aplicação da Constituição às relações particulares, inicialmente regidas pelo Código Civil. O tema envolve complexidades e não será aprofundado aqui. As múltiplas situações suscetíveis de ocorrerem no mundo real não comportam solução unívoca⁷⁸. Nada obstante, com exceção da jurisprudência norte-americana (e, mesmo assim, com atenuações), há razoável consenso de que as normas constitucionais se aplicam, em alguma medida, às relações entre particulares. A divergência nessa matéria reside, precisamente, na determinação do modo e da intensidade dessa incidência. Doutrina e jurisprudência dividem-se em duas correntes principais:

a) a da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais, mediante atuação do legislador infraconstitucional e atribuição de sentido às cláusulas abertas;

integridade física e moral (psicofísica), liberdade e solidariedade.

⁷⁵ O termo foi colhido em Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, 1997, p. 33. Aparentemente, o primeiro a utilizá-lo foi Carmine Donisi, Verso la 'depatrimonializzazione' del diritto privato. In: *Rassegna di diritto civile* 80, 1980 (conforme pesquisa noticiada em Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 115).

⁷⁶ Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição, *Revista trimestral de direito civil* 4:243, 2000: "(A) aferição da constitucionalidade de um diploma legal, diante da *repersonalização* imposta a partir de 1988, deve levar em consideração a prevalência da proteção da dignidade humana em relação às relações jurídicas patrimoniais". A respeito da *repersonalização* do direito civil, v. também Adriano de Cupis, *Diritti della personalità*, 1982.

⁷⁷ Sobre este tema, v. duas teses de doutorado desenvolvidas no âmbito do Programa de Pós-graduação em Direito Público da UERJ, ambas aprovadas com distinção e louvor e publicadas em edição comercial: Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004; e Jane Reis Gonçalves Pereira, *Direitos fundamentais e interpretação constitucional*, 2005. Aliás, trabalhos de excelente qualidade têm sido produzidos sobre a matéria, dentre os quais Wilson Steinmetz, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, 2004; Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 2003; Rodrigo Kaufmann, *Dimensões e perspectivas da eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, 2003 (dissertação de mestrado apresentada à Universidade de Brasília); Luis Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, 2004, mimeografado, tese de livre-docência apresentada na Universidade de São Paulo – USP; André Rufino do Vale, *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*, 2004; e Thiago Luis Santos Sombra, *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas*, 2004.

⁷⁸ Vejam-se, exemplificativamente, algumas delas: a) pode um clube de futebol impedir o ingresso em seu estádio de jornalistas de um determinado veículo de comunicação que tenha feito críticas ao time (liberdade de trabalho e de imprensa)?; b) pode uma escola judaica impedir o ingresso de crianças não judias (discriminação em razão da religião)?; c) pode o empregador prever no contrato de trabalho da empregada a demissão por justa causa em caso de gravidez (proteção da mulher e da procriação)?; d) pode o locador recusar-se a firmar o contrato de locação porque o pretendente locatário é muçulmano (de novo, liberdade de religião)?; e) pode um jornalista ser demitido por ter emitido opinião contrária à do dono do jornal (liberdade de opinião)?

b) a da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, mediante um critério de ponderação entre os princípios constitucionais da livre iniciativa e da autonomia da vontade, de um lado, e o direito fundamental em jogo, do outro lado.

O ponto de vista da aplicabilidade direta e imediata afigura-se mais adequado para a realidade brasileira e tem prevalecido na doutrina. Na ponderação a ser empreendida, como na ponderação em geral, deverão ser levados em conta os elementos do caso concreto. Para esta específica ponderação entre autonomia da vontade *versus* outro direito fundamental em questão, merecem relevo os seguintes fatores: a) a igualdade ou desigualdade material entre as partes (*e.g.*, se uma multinacional renuncia contratualmente a um direito, tal situação é diversa daquela em que um trabalhador humilde faça o mesmo); b) a manifesta injustiça ou falta de razoabilidade do critério (*e.g.*, escola que não admite filhos de pais divorciados); c) preferência para valores existenciais sobre os patrimoniais; d) risco para a dignidade da pessoa humana (*e.g.*, ninguém pode se sujeitar a sanções corporais)⁷⁹.

O processo de constitucionalização do direito civil, no Brasil, avançou de maneira progressiva, tendo sido amplamente absorvido pela jurisprudência e pela doutrina, inclusive civilista. Aliás, coube a esta, em grande medida, o próprio fomento da aproximação inevitável⁸⁰. Ainda se levantam, aqui e ali, objeções de naturezas diversas, mas o fato é que as resistências, fundadas em uma visão mais tradicionalista do direito civil, dissiparam-se em sua maior parte. Já não há quem negue abertamente o impacto da Constituição sobre o direito privado⁸¹. A sinergia com o direito constitucional potencializa e eleva os dois ramos do Direito, em nada diminuindo a tradição secular da doutrina civilista.

⁷⁹ Para um aprofundamento do tema, v. Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004; e Jane Reis Gonçalves Pereira, *Direitos fundamentais e interpretação constitucional*, 2005.

⁸⁰ No caso da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, esta é uma das principais linhas do Programa de Pós-graduação em Direito Civil, onde foram pioneiros doutrinadores como Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barbosa. Na Universidade Federal do Paraná, destacam-se os trabalhos do Professor Luiz Edson Fachin. Na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, da Professora Judith Martins Costa. Na PUC de São Paulo, do Professor Renan Lotufo. Na Universidade Federal de Alagoas, Paulo Netto Lôbo.

⁸¹ Gustavo Tepedino, O direito civil e a legalidade constitucional, *Revista Del Rey Jurídica* 13:23, 2004: "Ao contrário do cenário dos anos 80, não há hoje civilista que negue abertamente a eficácia normativa da Constituição e sua serventia para, ao menos de modo indireto, auxiliar na interpretação construtiva da norma infraconstitucional". Em seguida, em preciosa síntese, identifica o autor as quatro objeções mais frequentes à aplicação da Constituição às relações de direito civil: a) não cabe ao constituinte, mas ao legislador, que constitui uma instância mais próxima da realidade dos negócios, a regulação da autonomia privada; b) a baixa densidade normativa dos princípios constitucionais propiciaria excessiva discricionariedade aos magistrados; c) a estabilidade milenar do direito civil restaria abalada pela instabilidade do jogo político-constitucional; d) o controle axiológico das relações de direito civil, para além dos limites claros do lícito e do ilícito, significaria desmesurada ingerência na vida privada.

2. Direito administrativo⁸²

O direito constitucional e o direito administrativo têm origem e objetivos comuns: o advento do liberalismo e a necessidade de limitação do poder do Estado. Nada obstante, percorreram ambos trajetórias bem diversas, sob influência do paradigma francês. De fato, o direito constitucional passou o século XIX e a primeira metade do século XX associado às categorias da política, destituído de força normativa e aplicabilidade direta e imediata (v. *supra*). O direito administrativo, por sua vez, desenvolveu-se como ramo jurídico autônomo e arrebatou a disciplina da Administração Pública. A existência de uma jurisdição administrativa dissociada da atuação judicial e o prestígio do Conselho de Estado francês deram ao direito administrativo uma posição destacada no âmbito do direito público⁸³, associando-o à continuidade e à estabilidade das instituições⁸⁴. Somente após a 2ª. Guerra Mundial, com o movimento de constitucionalização, esta situação de preeminência iria se modificar.

⁸² Sobre as transformações do direito administrativo na quadra atual, v. Diogo de Figueiredo Moreira Neto: *Sociedade, Estado e administração pública*, 1996; *Mutações do direito administrativo*, 2000; e *Direito regulatório*, 2003; Caio Tácito, O retorno do pêndulo: Serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *Revista de direito administrativo* 202:1, 1995; Eros Roberto Grau, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 1990; Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, 1998; Maria Sylvania di Pietro, *Parcerias na Administração Pública, concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*, 1999; Carlos Ari Sundfeld, *Direito administrativo ordenador*, 2003; Patrícia Batista, *Transformações do direito administrativo*, 2003; Marcos Juruena, *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*, 2000; Paulo Modesto, A reforma da previdência e a definição de limites de remuneração e subsídio dos agentes públicos no Brasil. In: *Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*, 2004; Humberto Ávila, Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: *O direito público em tempos de crise – Estudos em homenagem a Ruy Rubem Ruschel*, 1999; Alexandre Aragão, *Agências Reguladoras*, 2002; Gustavo Binenbojm, Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: Um novo paradigma para o direito administrativo, *Revista de direito administrativo* 239:1, 2005. V. tb. Luís Roberto Barroso: Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista. In: *Temas de direito constitucional*, t. I, 2002; A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. In: *Temas de direito constitucional*, t. II, 2003; Regime constitucional do serviço postal. Legitimidade da atuação da iniciativa privada. In: Idem; *Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática*. In: Idem; Para a formação da doutrina administravista no Brasil, preste-se a homenagem devida e merecida a Miguel Seabra Fagundes, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 1ª edição de 1957, e Hely Lopes Meirelles, *Curso de direito administrativo brasileiro*, 1ª edição de 1964. Caio Tácito, além de escritos e inúmeros pareceres, dirige desde 1993 a Revista de Direito Administrativo, a mais antiga e prestigiosa publicação na matéria. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Elementos de direito administrativo*, 1ª edição de 1980, e, depois, *Curso de direito administrativo*, teve influência decisiva no desenvolvimento de um direito administrativo na perspectiva da cidadania e não da Administração.

⁸³ Sobre o tema, v. Patrícia Batista, *Transformações do direito administrativo*, 2003, p. 36-7.

⁸⁴ A propósito, v. o célebre artigo de Georges Vedel, Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif. In: *Mélanges Waline*, 1974. Sobre o tema, v. também Louis Favoreu, La constitutionnalisation du droit. In: Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, *La constitutionnalisation des branches du droit*, 1998, p. 182.

Não se vai reconstituir o histórico da relação entre o direito constitucional e o direito administrativo, que é feito pelos administrativistas em geral⁸⁵ e desviaria o foco da análise que aqui se quer empreender. Na quadra presente, três conjuntos de circunstâncias devem ser considerados no âmbito da constitucionalização do direito administrativo: a) a existência de uma vasta quantidade de normas constitucionais voltadas para a disciplina da Administração Pública; b) a seqüência de transformações sofridas pelo Estado brasileiro nos últimos anos; c) a influência dos princípios constitucionais sobre as categorias do direito administrativo. Todas elas se somam para a configuração do modelo atual, no qual diversos paradigmas estão sendo repensados ou superados.

A presença de dispositivos sobre a Administração Pública nas Constituições modernas tem início com as Cartas italiana e alemã, em precedentes que foram ampliados pelos Textos português e espanhol. A Constituição brasileira de 1988 discorre amplamente sobre a Administração Pública (v. *supra*), com censurável grau de detalhamento e contendo um verdadeiro estatuto dos servidores públicos. Nada obstante, contém algumas virtudes, como a dissociação da função administrativa da atividade de governo⁸⁶ e a enunciação expressa de princípios setoriais do direito administrativo, que na redação original eram os da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. A Emenda Constitucional nº 19, de 4.06.98, acrescentou ao elenco o princípio da eficiência⁸⁷. A propósito, a tensão entre a eficiência, de um lado, e a legitimidade democrática, de outro, é uma das marcas da Administração Pública na atualidade⁸⁸.

De parte isso, deve-se assinalar que o perfil constitucional do Estado brasileiro, nos domínios administrativo e econômico, foi alterado por um conjunto amplo de reformas econômicas, levadas a efeito por emendas e por legislação infraconstitucional, e que podem ser agrupadas em três categorias: a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro, a flexibilização de monopólios estatais e a desestatização. Tais transformações modificaram as bases sobre as quais se dava a atuação do Poder Público, tanto no que diz respeito à prestação de serviços públicos como à exploração de atividades econômicas. A diminuição expressiva da atuação empreendedora do Estado transferiu sua responsabilidade principal para o campo da

⁸⁵ V. por todos, Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 1993, p. 31. Para uma visão severamente crítica da origem e evolução do direito administrativo, v. Gustavo Binenbojm, Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo, *Revista de Direito Administrativo* 239:1, 2005.

⁸⁶ V. Patrícia Batista, *Transformações do direito administrativo*, 2003, p. 74.

⁸⁷ A Lei nº 9.784, de 29.01.99, que regula o processo administrativo no plano federal, enuncia como princípios da Administração Pública, dentre outros, os da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

⁸⁸ V. Luís Roberto Barroso, Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: *Temas de direito constitucional*, t. II, 2003, p. 303-4.

regulação e fiscalização dos serviços delegados à iniciativa privada e das atividades econômicas que exigem regime especial. Foi nesse contexto que surgiram as agências reguladoras, via institucional pela qual se consumou a mutação do papel do Estado em relação à ordem econômica⁸⁹.

Por fim, mais decisivo que tudo para a constitucionalização do direito administrativo, foi a incidência no seu domínio dos princípios constitucionais – não apenas os específicos, mas sobretudo os de caráter geral, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Também aqui, a partir da centralidade da dignidade humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade das relações entre Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais⁹⁰. Dentre eles é possível destacar:

a) a *redefinição da idéia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado*

Em relação a este tema, deve-se fazer, em primeiro lugar, a distinção necessária entre interesse público (i) *primário* – isto é, o interesse da sociedade, sintetizado em valores como justiça, segurança e bem-estar social – e (ii) *secundário*, que é o interesse da pessoa jurídica de direito público (União, Estados e Municípios), identificando-se com o interesse da Fazenda Pública, isto é, do erário⁹¹. Pois bem: o interesse público secundário jamais desfrutará de uma supremacia *a priori* e abstrata em face do interesse particular. Se ambos entrarem em rota de colisão, caberá ao intérprete proceder à ponderação desses interesses, à vista dos elementos normativos e fáticos relevantes para o caso concreto⁹².

⁸⁹ As agências reguladoras, como categoria abstrata, não receberam disciplina constitucional. O texto da Constituição, todavia, faz menção a duas delas: a de telecomunicações (art. 21, XI) e a de petróleo (art. 177, § 2º, III).

⁹⁰ Sobre este tema específico, v. os projetos de doutoramento de Gustavo Binenbojm, *Direitos fundamentais, democracia e Administração Pública*, 2003, e de Arícia Corrêa Fernandes, *Por uma releitura do princípio da legalidade administrativa e da reserva de Administração*, 2003, ambos apresentados ao Programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sob minha orientação. V. tb. V. Patrícia Batista, *Transformações do direito administrativo*, 2003; e Gustavo Binenbojm, Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo, *Revista de Direito Administrativo* 239:1, 2005.

⁹¹ Esta classificação, de origem italiana, é pouco disseminada na doutrina e na jurisprudência brasileiras. V. Renato Alessi, *Sistema Istituzionale del diritto administrativo italiano*, 1960, p. 197, *apud* Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 2003, p. 57. Depois de Celso Antônio, outros autores utilizaram esta distinção. V. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, 1997, p. 429 e ss..

⁹² Para um aprofundamento dessa discussão, v. meu prefácio ao livro de Daniel Sarmento (org.), *Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*, 2005. V. tb., naturalmente, o próprio livro, do qual constam textos de grande valia sobre o tema, escritos por Humberto Ávila, Paulo Ricardo Schier, Gustavo Binenbojm, Daniel Sarmento e Alexandre Aragão. O texto de Humberto Ávila foi pioneiro na discussão da matéria. Sob outro enfoque, merece referência o trabalho de Fábio Medina Osório, *Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito brasileiro?*, *Revista de Direito Administrativo* 220:107, 2000.

b) a vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária

Supera-se, aqui, a idéia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse. O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário. O princípio da legalidade transmuda-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem.

c) a possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo

O conhecimento convencional em matéria de controle jurisdicional do ato administrativo limitava a cognição dos juízes e tribunais aos aspectos da legalidade do ato (competência, forma e finalidade) e não do seu mérito (motivo e objeto), aí incluídas a conveniência e oportunidade de sua prática. Já não se passa mais assim. Não apenas os princípios constitucionais gerais já mencionados, mas também os específicos, como moralidade, eficiência e, sobretudo, a razoabilidade-proporcionalidade permitem o controle da discricionariedade administrativa (observando-se, naturalmente, a contenção e a prudência, para que não se substitua a discricionariedade do administrador pela do juiz)⁹³.

Um último comentário se impõe nesse passo. Há autores que se referem à mudança de alguns paradigmas tradicionais do direito administrativo como caracterizadores de uma *privatização do direito público*, que passa a estar submetido, por exemplo, a algumas categorias do direito das obrigações. Seria, de certa forma, a mão inversa da *publicização do direito privado*. Na verdade, é a aplicação de princípios constitucionais que leva determinados institutos de direito público para o direito privado e, simetricamente, traz institutos de direito privado para o direito público. O fenômeno em questão, portanto, não é nem de publicização de um, nem de privatização de outro, mas de constitucionalização de ambos. Daí resulta uma diluição do rigor da dualidade direito público-direito privado, produzindo áreas de confluência e fazendo com que a distinção passe a ser antes quantitativa do que qualitativa⁹⁴.

⁹³ Sobre princípios constitucionais da Administração Pública, v. Carmen Lúcia Antunes Rocha, *Princípios constitucionais da Administração Pública*, 1994; Romeu Bacellar, *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*, 1998; Juarez Freitas, *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 1999; Ruy Samuel Espíndola, *Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: Anotações em torno de questões contemporâneas, Interesse Público* 21:57, 2003.

⁹⁴ Não é possível aprofundar o tema, que é rico e intrincado, sem um desvio que seria inevitavelmente longo e descabido nas circunstâncias. Vejam-se, sobre a questão: Pietro Perlingieri, *Perfis de direito civil*, 1997, p. 17; Maria Celina Bodin de Moraes, A caminho de um direito civil constitucional, *Revista de Direito Civil* 65:23, 1993, p. 25; e Gustavo Tepedino, Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil*, 2004, p. 19: "Daí a inevitável alteração dos confins entre o direito público e o direito privado, de tal sorte que a distinção deixa de ser qualitativa

3. Direito penal

A repercussão do direito constitucional sobre a disciplina legal dos crimes e das penas é ampla, direta e imediata, embora não tenha sido explorada de maneira abrangente e sistemática pela doutrina especializada. A Constituição tem impacto sobre a validade e a interpretação das normas de direito penal, bem como sobre a produção legislativa na matéria. Em primeiro lugar, pela previsão de um amplo catálogo de garantias, inserido no art. 5º (v. *supra*). Além disso, o texto constitucional impõe ao legislador o dever de criminalizar determinadas condutas⁹⁵, assim como impede a criminalização de outras⁹⁶. Adicione-se a circunstância de que algumas tipificações previamente existentes são questionáveis à luz dos novos valores constitucionais ou da transformação dos costumes⁹⁷, assim como podem ser excepcionadas em algumas de suas incidências concretas, se provocarem resultado constitucionalmente indesejável⁹⁸.

A constitucionalização do direito penal suscita um conjunto instigante e controvertido de idéias, a serem submetidas ao debate doutrinário e à consideração da jurisprudência. Boa parte do pensamento jurídico descrê das potencialidades das

e passa a ser quantitativa, nem sempre se podendo definir qual exatamente é o território do direito público e qual o território do direito privado. Em outras palavras, pode-se provavelmente determinar os campos do direito público ou do direito privado pela prevalência do interesse público ou do interesse privado, não já pela inexistência de intervenção pública nas atividades de direito privado ou pela exclusão da participação do cidadão nas esferas da administração pública. A alteração tem enorme significado hermenêutico, e é preciso que venha a ser absorvida pelos operadores”.

⁹⁵ Como, por exemplo, nos casos de racismo, tortura, ação de grupos armados contra a ordem constitucional, crimes ambientais e violência contra a criança, dentre outras referências expressas. V. arts. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV, 7º, X, 225, § 3º e 227, § 4º.

⁹⁶ Como por exemplo: “Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”; “Art. 5º. (...) XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização (...); XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”.

⁹⁷ É o caso de tipos previstos no Código Penal (CP), como os de sedução (art. 217), adultério (art. 240) ou de escrito obsceno, assim descrito: “Art. 234. Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa”.

⁹⁸ Duas decisões do Supremo Tribunal Federal exemplificam o argumento. Na primeira, concedeu-se *habeas corpus* em favor de um jovem acusado de estupro, por haver mantido relação sexual com uma menina de 12 anos. Por maioria, decidiu a Corte que a presunção de violência do art. 224 do CP é relativa e que o crime não se configurava, à vista de elementos do caso concreto – consentimento da vítima e sua aparência de ter mais de 14 anos – que tornariam extremamente injusta a aplicação literal do dispositivo do Código Penal (STF, DJU 20 set. 1996, HC 73662-MG, Rel. Min. Marco Aurélio). Num outro caso, a Corte trancou a ação penal promovida contra ex-Prefeita Municipal, pela contratação de boa-fé, mas sem concurso público, de um único gari. O fundamento utilizado foi a *insignificância jurídica do ato apontado como delituoso, gerando falta de justa causa para a ação penal* (STF, DJU 11 set. 1998, HC 77003-4, Rel. Min. Marco Aurélio). Sobre o tema da interpretação conforme a equidade, de modo a evitar a incidência iníqua de determinada regra, v. Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005.

penas privativas de liberdade, que somente deveriam ser empregadas em hipóteses extremas, quando não houvesse meios alternativos eficazes para a proteção dos interesses constitucionalmente relevantes⁹⁹. Os bens jurídicos constitucionais obedecem a uma ordenação hierárquica, de modo que a gravidade da punição deve ser graduada em função dessa lógica¹⁰⁰. A disciplina jurídica dada a determinada infração ou a pena aplicável não deve *ir além* nem tampouco *ficar aquém* do necessário à proteção dos valores constitucionais em questão. No primeiro caso, haverá inconstitucionalidade por falta de razoabilidade ou proporcionalidade¹⁰¹; no segundo, por omissão em atuar na forma reclamada pela Constituição¹⁰².

Uma hipótese específica de constitucionalização do direito penal suscitou candente debate na sociedade e no Supremo Tribunal Federal: a da legitimidade ou não da interrupção da gestação nas hipóteses de feto anencefálico. Na ação constitucional ajuizada pediu-se a interpretação conforme a Constituição dos dispositivos do Código Penal que tipificam o crime de aborto, para declarar sua não

⁹⁹ O presente parágrafo beneficia-se da discussão de idéias trazidas por Valéria Caldi de Magalhães, *Constitucionalização do direito e controle de constitucionalidade das leis penais: Algumas considerações*, mimeografado, 2005, trabalho de final de curso apresentado na disciplina *Interpretação Constitucional*, do Programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Averbou a autora: “Ao mesmo tempo em que o funda e autoriza, a Constituição reduz e limita o direito penal, na medida em que só autoriza a criminalização de condutas que atinjam de modo sensível um bem jurídico essencial para a vida em comunidade. Este é o papel do direito penal: atuar como última *ratio*, quando seja absolutamente necessário e não haja outros mecanismos de controle social aptos a impedir ou punir aquelas lesões”.

¹⁰⁰ Lênio Luiz Streck e Luciano Feldens, *Crime e Constituição*, 2003, p. 44-5: “No campo do Direito Penal, em face dos objetivos do Estado Democrático de Direito estabelecidos expressamente na Constituição (erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais e regionais, direito à saúde, proteção do meio-ambiente, proteção integral à criança e ao adolescente, etc.), os delitos que devem ser penalizados com (maior) rigor são exatamente aqueles que, de uma maneira ou outra, obstaculizam/dificultam/impedem a concretização dos objetivos do Estado Social e Democrático. Entendemos ser possível, assim, afirmar que os crimes de sonegação de tributos, lavagem de dinheiro e corrupção (para citar apenas alguns) merecem do legislador um tratamento mais severo que os crimes que dizem respeito às relações meramente interindividuais (desde que cometidos sem violência ou grave ameaça)”.

¹⁰¹ É o caso da disciplina penal dada pela Lei nº 9.677/98 (Lei dos Remédios) à adulteração de cosméticos. O delito é equiparado à adulteração de medicamentos que, por sua vez, prevê penas mínimas superiores à do crime de homicídio para a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (CP, art. 273 e § 1º, a). Sobre o tema, v. Miguel Reale Júnior, *A inconstitucionalidade da Lei dos Remédios*, *Revista dos Tribunais* 763:415, 1999. Outro exemplo é o da Lei nº 9.437/97, que em seu art. 10 pune com penas idênticas o porte de arma de fogo e o porte de arma de brinquedo. Sobre a proporcionalidade no âmbito do direito penal, v. Ingo Sarlet, *Constituição e proporcionalidade: O direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*, *Revista de Estudos Criminais* 12:86, 2003.

¹⁰² Valéria Caldi de Magalhães, *Constitucionalização do direito e controle de constitucionalidade das leis penais: algumas considerações*, mimeografado, 2005, p. 15, considera de “duvidosa constitucionalidade” a previsão legal de extinção da punibilidade de crimes contra a ordem tributária, em razão do pagamento do tributo antes e, até mesmo, após o recebimento da denúncia. A matéria é disciplinada pelo art. 34 da Lei nº 9.249/95 e pelo art. 9º da Lei nº 10.684/2003.

incidência naquela situação de inviabilidade fetal. A grande questão teórica em discussão era a de saber se, ao declarar a não incidência do Código Penal a uma determinada situação, porque isso provocaria um resultado inconstitucional, estaria o STF interpretando a Constituição – que é o seu papel – ou criando uma nova hipótese de não punibilidade do aborto, em invasão da competência do legislador¹⁰³.

Não é propósito desse estudo, voltado para uma análise panorâmica, percorrer caso a caso o impacto da Constituição sobre os diferentes segmentos do Direito. A constitucionalização, como já observado, manifesta-se de maneira difusa pelos diferentes domínios, ainda que em graus variados. As idéias gerais apresentadas são válidas, portanto, para todos os ramos, aí incluídos o direito do trabalho, o direito comercial, o direito ambiental, o direito processual e assim por diante.

V. Constitucionalização e judicialização das relações sociais

A constitucionalização, na linha do argumento aqui desenvolvido, expressa a irradiação dos valores constitucionais pelo sistema jurídico. Esta difusão da Lei Maior pelo ordenamento se dá por via da jurisdição constitucional, que abrange a aplicação direta da Constituição a determinadas questões; a declaração de inconstitucionalidade de normas com ela incompatíveis; e a interpretação conforme a Constituição, para atribuição de sentido às normas jurídicas em geral. No caso brasileiro, deve-se enfatizar, a jurisdição constitucional é exercida amplamente: do juiz estadual ao Supremo Tribunal Federal, todos interpretam a Constituição, podendo, inclusive, recusar aplicação à lei ou outro ato normativo que considerem inconstitucional¹⁰⁴.

Ao lado desse exercício amplo de jurisdição constitucional, há um outro fenômeno que merece ser destacado. Sob a Constituição de 1988, aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira. Em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios

¹⁰³ STF, ADPF nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio. Por 7 votos a 4, o STF decidiu conhecer da ação e apreciar-lhe o mérito. Alguns dos argumentos apresentados pela autora da ação, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde foram os seguintes: (i) atipicidade do fato: pelo direito positivo brasileiro, a vida se extingue pela morte encefálica; o feto anencefálico não chega sequer a ter vida cerebral (princípio da legalidade); (ii) exclusão da punibilidade: o Código Penal determina a não punição nos casos de risco de morte para a mãe e de estupro; tais situações, por envolverem feto com potencialidade de vida, são mais drásticas do que a da anencefalia, que só não foi prevista expressamente por inexistirem recursos tecnológicos de diagnóstico, quando da elaboração do Código Penal, em 1940 (interpretação evolutiva); (iii) violação do princípio da dignidade da pessoa humana, tanto na versão da integridade física quanto psíquica, pela imposição de sofrimento imenso e inútil à mulher, obrigando-a a levar a termo uma gestação inviável.

¹⁰⁴ A Constituição de 1988 manteve o sistema eclético, híbrido ou misto, combinando o controle *por via incidental e difuso* (sistema americano), que vinha desde o início da República, com o controle *por via principal e concentrado*, implantado com a EC nº 16/65 (sistema continental europeu). V. Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2004.

direitos. Em seguida, pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual. Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo. Isso conduz a um último desenvolvimento de natureza política, que é considerado no parágrafo abaixo.

Uma das instigantes novidades do Brasil dos últimos anos foi a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes.

Pois bem: em razão desse conjunto de fatores – constitucionalização, aumento da demanda por justiça e ascensão institucional do Judiciário –, verificou-se no Brasil uma expressiva *judicialização* de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final¹⁰⁵. Vejam-se abaixo, ilustrativamente, alguns dos temas e casos que foram objeto de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal ou de outros tribunais, em período recente:

(i) Políticas públicas: a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição dos inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça);

(ii) Relações entre Poderes: determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebra de sigilos e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal;

(iii) Direitos fundamentais: legitimidade da interrupção da gestação em certas hipóteses de inviabilidade fetal;

(iv) Questões do dia-a-dia das pessoas: legalidade da cobrança de assinaturas telefônicas, a majoração do valor das passagens de transporte coletivo ou a fixação do valor máximo de reajuste de mensalidade de planos de saúde.

Os métodos de atuação e de argumentação dos órgãos judiciais são, como se sabe, *jurídicos*, mas a natureza de sua função é inegavelmente *política*, aspecto que é reforçado pela exemplificação acima. Sem embargo de desempenhar um poder político, o Judiciário tem características diversas das dos

¹⁰⁵ O tema é ainda pouco explorado na doutrina. V., no entanto, o trabalho-pesquisa elaborado por Luiz Werneck Vianna, Maria Alice de Carvalho, Manuel Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos, *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, 1999. E também, para duas visões diversas, Luiz Werneck Vianna (org.), *A democracia e os três Poderes no Brasil*, 2002, e Rogério Bastos Arantes, *Ministério Público e política no Brasil*, 2002. Para uma análise crítica desses dois trabalhos, v. Débora Alves Maciel e Andrei Koerner, Sentidos da judicialização da política: Duas análises, *Lua Nova* 57:113, 2002.

outros Poderes. É que seus membros não são investidos por critérios eletivos nem por processos majoritários. E é bom que seja assim. A maior parte dos países do mundo reserva uma parcela de poder para que seja desempenhado por agentes públicos selecionados com base no mérito e no conhecimento específico. Idealmente preservado das paixões políticas, ao juiz cabe decidir com imparcialidade, baseado na Constituição e nas leis. Mas o poder de juízes e tribunais, como todo poder em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade.

Nesse ponto se coloca uma questão que só mais recentemente vem despertando o interesse da doutrina no Brasil, que é a da legitimidade democrática da função judicial, suas possibilidades e limites. Relativamente ao controle de constitucionalidade das normas, já há alguma literatura recente¹⁰⁶. No tocante ao controle de constitucionalidade de políticas públicas, o tema só agora começa a ser desbravado¹⁰⁷. Vale a pena investir uma energia final nessa matéria.

Em sentido amplo, a jurisdição constitucional envolve a interpretação e aplicação da Constituição, tendo como uma de suas principais expressões o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. No Brasil, esta possibilidade vem desde a primeira Constituição republicana (controle incidental e difuso), tendo sido ampliada após a Emenda Constitucional nº 16/65 (controle principal e concentrado). A existência de fundamento normativo expresso, aliada a outras circunstâncias, adiou o debate no país acerca da legitimidade do desempenho pela corte constitucional de um papel normalmente referido como *contra-majoritário*¹⁰⁸: órgãos e agentes públicos não eleitos têm o poder de afastar ou conformar leis elaboradas por representantes escolhidos pela vontade popular.

Ao longo dos últimos dois séculos, impuseram-se doutrinariamente duas

¹⁰⁶ No direito comparado, no qual o tema é discutido de longa data, v., exemplificativamente: Hamilton, Madison e Jay, *The federalist papers*, 1981 (a publicação original foi entre 1787 e 1788), especialmente *O Federalista nº 78*; John Marshall, voto em *Marbury v. Madison* [5 U.S. (1 Cranch)], 1803; Hans Kelsen, *Quién debe ser el defensor de la Constitución*, 1931; Carl Schmitt, *La defensa de la constitución*, 1931; John Hart Ely, *Democracy and distrust*, 1980; Alexander Bickel, *The least dangerous branch*, 1986; Ronald Dworkin, *A matter of principle*, 1985; John Rawls, *A theory of justice*, 1999; Jürgen Habermas, *Direito e democracia: Entre facticidade e validade*, 1989; Bruce Ackerman, *We the people: Foundations*, 1993; Carlos Santiago Nino, *La Constitución de la democracia deliberativa*, 1997. Na literatura nacional mais recente, vejam-se: Bianca Stamato Fernandes, *Jurisdição constitucional*, 2005; Gustavo Binenbojm, *A nova jurisdição constitucional brasileira*, 2004; Cláudio de Souza Pereira Neto, *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*, 2002; José Adércio Leite Sampaio, *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, 2002.

¹⁰⁷ V. Ana Paula de Barcellos, *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*, *Revista de direito administrativo* 240, 2005; e Marcos Maselli Pinheiro Gouvêa, *O controle judicial das omissões administrativas*, 2003. Abordagens iniciais da questão podem ser encontradas em Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2003; e Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2004.

¹⁰⁸ A expressão “dificuldade contra-majoritária” (*the counter-majoritarian difficulty*) foi cunhada por Alexander Bickel, *The least dangerous branch*, 1986, p. 16, cuja 1ª. edição é de 1962.

grandes linhas de justificação desse papel das supremas cortes/tribunais constitucionais. A primeira, mais tradicional, assenta raízes na soberania popular e na separação de Poderes: a Constituição, expressão maior da vontade do povo, deve prevalecer sobre as leis, manifestações das maiorias parlamentares. Cabe assim ao Judiciário, no desempenho de sua função de aplicar o Direito, afirmar tal supremacia, negando validade à lei inconstitucional. A segunda, que lida com a realidade mais complexa da nova interpretação jurídica, procura legitimar o desempenho do controle de constitucionalidade em outro fundamento: a preservação das condições essenciais de funcionamento do Estado democrático. Ao juiz constitucional cabe assegurar determinados valores substantivos e a observância dos procedimentos adequados de participação e deliberação¹⁰⁹.

A questão do controle das políticas públicas envolve, igualmente, a demarcação do limite adequado entre matéria constitucional e matéria a ser submetida ao processo político majoritário. Por um lado, a Constituição protege os direitos fundamentais e determina a adoção de políticas públicas aptas a realizá-los. Por outro, atribuiu as decisões sobre o investimento de recursos e as opções políticas a serem perseguidas a cada tempo aos Poderes Legislativo e Executivo. Para assegurar a supremacia da Constituição, mas não a hegemonia judicial, a doutrina começa a voltar sua atenção para o desenvolvimento de parâmetros objetivos de controle de políticas públicas¹¹⁰.

O papel do Judiciário, em geral, e do Supremo Tribunal, em particular, na interpretação e na efetivação da Constituição, é o combustível de um debate permanente na teoria/filosofia¹¹¹ constitucional contemporânea, pelo mundo afora.

¹⁰⁹ Sobre o tema, vejam-se Cláudio Pereira de Souza Neto, *Jurisdição, democracia e racionalidade prática*, 2002; José Adércio Leite Sampaio, *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, 2002; Bianca Stamato, *Jurisdição constitucional*, 2005.

¹¹⁰ V., especialmente, Ana Paula de Barcellos, Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas, *Revista de direito administrativo* 240, 2005. Em duas passagens, sintetiza a autora, de maneira feliz, os dois pólos da questão: “Em um Estado democrático, não se pode pretender que a Constituição invada o espaço da política em uma versão de substancialismo radical e elitista, em que as decisões políticas são transferidas, do povo e de seus representantes, para os reis filósofos da atualidade: os juristas e operadores do direito em geral”. Porém de outra parte: “Se a Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas jurídicas, dotadas de superioridade hierárquica e de centralidade no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade de definição das políticas públicas – que irá ou não realizar esses fins – deve estar totalmente infensa ao controle jurídico. Em suma: não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo” (grifos no original).

¹¹¹ Os conceitos de teoria e de filosofia constitucional não se confundem, mas vêm se aproximando, como notou Cláudio Pereira de Souza Neto, A teoria constitucional e seus lugares específicos: Notas sobre o aporte reconstrutivo. In: *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*, 2005, p. 87 e ss.: “Tradicionalmente, a teoria da constituição se destinava à identificação, análise e descrição do que ‘é’ uma constituição. Hoje, contudo, abrange também o campo das indagações que versem sobre o que a constituição ‘deve ser’, i. e., incorpora dimensões racional-normativas, as quais se situam na seara do que se vem denominando ‘filosofia constitucional’”.

Como as nuvens, o tema tem percorrido trajetórias variáveis, em função de ventos circunstanciais, e tem assumido formas as mais diversas: ativismo *versus* contenção judicial; interpretativismo *versus* não-interpretativismo; constitucionalismo popular *versus* supremacia judicial. A terminologia acima deixa trair a origem do debate: a discussão existente sobre a matéria nos Estados Unidos, desde os primórdios do constitucionalismo naquele país. A seguir uma palavra sobre a experiência americana.

A atuação pró-ativa da Suprema Corte, no início da experiência constitucional americana, foi uma bandeira do pensamento conservador. Não há surpresa nisso: ali se encontrou apoio para a política da segregação racial¹¹² e para a invalidação das leis sociais em geral¹¹³, culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte¹¹⁴. A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, nas presidências Warren e Burger, produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais¹¹⁵, incluindo negros, presos e mulheres, bem como questões relativas a privacidade e aborto¹¹⁶.

¹¹² Em *Dred Scott vs. Sandford* [60 U.S. (10 How.) 393], julgado em 1857, a Suprema Corte considerou serem inconstitucionais tanto as leis estaduais como as federais que pretendessem conferir cidadania aos negros, que eram vistos como seres inferiores e não tinham proteção constitucional. Na mais condenada decisão do constitucionalismo americano, a Suprema Corte alinhou-se com a defesa da escravidão. Muitos anos se passaram até que o Tribunal recuperasse sua autoridade moral e política. V. Nowack, Rotunda e Young, *Constitutional law*, 2000, p. 687.

¹¹³ A partir do final do século XIX, a Suprema Corte fez-se intérprete do pensamento liberal, fundado na idéia do *laissez faire*, pelo qual o desenvolvimento é melhor fomentado com a menor interferência possível do Poder Público. A decisão que melhor simbolizou esse período foi proferida em 1905 no caso *Lochner vs. New York* (198 U.S. 45), na qual, em nome da liberdade de contrato, considerou-se inconstitucional uma lei de Nova York que limitava a jornada de trabalho dos padeiros. Sob o mesmo fundamento, a Suprema Corte invalidou inúmeras outras lei. Esse período ficou conhecido como era *Lochner*.

¹¹⁴ Eleito em 1932, após a crise de 1929, Franklin Roosevelt deflagrou o *New Deal*, programa econômico e social caracterizado pela intervenção do Estado no domínio econômico e pela edição de ampla legislação social. Com base na doutrina desenvolvida na era *Lochner*, a Suprema Corte passou a declarar inconstitucionais tais leis, gerando um confronto com o Executivo. Roosevelt chegou a enviar um projeto de lei ao Congresso, ampliando a composição da Corte – *Court-packing plan* –, que não foi aprovado. A Suprema Corte, no entanto, veio a mudar sua orientação e abdicou do exame do mérito das normas de cunho econômico e social, tendo por marco a decisão proferida em *West Coast vs. Parrish* (300 U.S. 379), datada de 1937.

¹¹⁵ Veja-se o registro dessa mudança em Larry D. Kramer, *Popular constitutionalism*, circa 2004, *California Law Review* 92:959, 2004, p. 964-5: “(The Warren Court), for the first time in American history, gave progressives a reason to see the judiciary as a friend rather than a foe. This had never been a problem for conservatives. Going all the way back to the Federalist era, conservatives had always embraced an idea of broad judicial authority, including judicial supremacy, and they continued to do so after Chief Justice Warren took over. For them, the problem with the Warren Court was simply that its decisions were wrong. (...) Beginning with Robert Bork’s 1968 attack on the Court in *Fortune Magazine*, many conservatives started to assail the Court using the traditionally liberal rhetoric of counter-majoritarianism”.

¹¹⁶ Earl Warren presidiu a Suprema Corte de 1953 a 1969; Warren Burger, de 1969 a 1986. Algumas decisões emblemáticas desses períodos foram: *Brown vs. Board of Education* (1954), que considerou

Pelos anos seguintes, o debate central na teoria constitucional norte-americana contrapôs, de um lado, liberais (ou progressistas), favoráveis ao *judicial review* e a algum grau de ativismo judicial, e, de outro, conservadores, favoráveis à autocontenção judicial e a teorias como originalismo e não-interpretativismo¹¹⁷. De algum tempo para cá, em razão do amplo predomínio republicano e conservador, com reflexos na jurisprudência da Suprema Corte, alguns juristas liberais vêm questionando o que denominam “supremacia judicial” e defendendo um ainda impreciso constitucionalismo popular, com a “retirada da Constituição dos tribunais”¹¹⁸.

O debate, na sua essência, é universal e gravita em torno das tensões e superposições entre constitucionalismo e democracia. É bem de ver, no entanto, que a idéia de democracia não se resume ao princípio majoritário, ao governo da maioria. Há outros princípios a serem preservados e há direitos da minoria a serem respeitados. Cidadão é diferente de eleitor; governo do povo não é governo do eleitorado¹¹⁹. No geral, o processo político majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E, muitas vezes, só restará o Judiciário para preservá-los¹²⁰. O *deficit* democrático do Judiciário, decorrente da dificuldade contra-majoritária,

inconstitucional a política de segregação racial nas escolas públicas; *Griswold vs. Connecticut* (1965), que invalidou lei estadual que incriminava o uso de pílula anticoncepcional, reconhecendo um direito implícito à privacidade; e *Roe vs. Wade* (1973), que considerou inconstitucional lei estadual que criminalizava o aborto, mesmo que antes do terceiro mês de gestação. No domínio do processo penal, foram proferidas as decisões marcantes já mencionadas (v. *supra*), em casos como *Gideon vs. Wainwright* (1963) e *Miranda vs. Arizona* (1966)

¹¹⁷ A crítica de viés conservador, estimulada por longo período de governos republicanos, veio embalada por uma corrente doutrinária denominada de *originalismo*, defensora da idéia pouco consistente de que a interpretação constitucional deveria ater-se à intenção original dos criadores da Constituição. Sobre o tema, v. Robert Bork, *The tempting of América*, 1990, e William Rehnquist, *The notion of a living Constitution*, *Texas Law Review* 54:693, 1976. Em sentido oposto, v. Morton J. Horwitz, *Foreword: the Constitution of change: legal fundamentality without fundamentalism*, *Harvard Law Review* 107:30, 1993, e Laurence Tribe, *American constitutional law*, 2000, p. 302 e s. Para uma análise ampla dessa temática em língua portuguesa, v. Bianca Stamato, *Jurisdição constitucional*, 2005.

¹¹⁸ Vejam-se alguns textos escritos nos últimos anos. Em favor do “popular constitutionalism”, v.: Larry D. Kramer, *The people themselves: Popular constitutionalism and judicial review*, 2004; Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the courts*, 1999; Jeremy Waldron, *The dignity of legislation*, 1999; Richard D. Parker, “Here the people rule”: *A popular constitutionalist manifest*, 1994. Em defesa do “judicial review”, v.: Christopher L. Eisgruber’s, *Constitutional self-government*, 2001; Erwin Chemerinsky, *In defense of judicial review: A reply to professor Kramer*, *California Law Review* 92:1013, 2004; Frederick Schauer, *Judicial supremacy and the modest Constitution*, *California Law Review* 92: 1045.

¹¹⁹ Christopher L. Eisgruber, *Constitutional self-government and judicial review: A reply to five critics*, *University of San Francisco Law Review* 37:115, 2002, p. 119-31.

¹²⁰ A jurisdição constitucional legitimou-se, historicamente, pelo inestimável serviço prestado às duas idéias centrais que se fundiram para criar o moderno Estado democrático de direito: constitucionalismo (i.e., poder limitado e respeito aos direitos fundamentais) e democracia (soberania popular e governo da maioria). O papel da corte constitucional é assegurar que todos estes elementos convivam em harmonia, cabendo-lhe, ademais, a atribuição delicada de estancar a vontade da maioria quando atropela o procedimento democrático ou vulnera direitos fundamentais da minoria. Um bom exemplo foi a decisão do STF reconhecendo o direito público subjetivo, assegurado às minorias legislativas, de ver instaurada

não é necessariamente maior que o do Legislativo, cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas, dentre as quais o uso da máquina administrativa, o abuso do poder econômico, a manipulação dos meios de comunicação¹²¹.

O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o *deficit* de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais¹²². Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional.

No Brasil, só mais recentemente se começam a produzir estudos acerca do ponto de equilíbrio entre supremacia da Constituição, interpretação constitucional pelo Judiciário e processo político majoritário. O texto prolixo da Constituição, a disfuncionalidade do Judiciário e a crise de legitimidade que envolve o Executivo e o Legislativo tornam a tarefa complexa. Os diversos outros ingredientes da vivência brasileira espantam os riscos de tédio ou marasmo, embora provoquem sustos paralísantes. A difícil tarefa de construir as instituições de um país que se atrasou na história exige energia, idealismo e imunização contra a amargura. Não adianta: ninguém escapa do seu próprio tempo.

Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI dos Bingos). Diante da inércia dos líderes partidários em indicar representantes de suas agremiações, a Corte concedeu mandado de segurança para que o próprio Presidente do Senado designasse os nomes faltantes. V. *Inf. STF* 393, MS 24.831, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22 jun. 2005.

¹²¹ V. Vital Moreira, O futuro da Constituição. In: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho, *Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, 2001, p. 323: "Na fórmula constitucional primordial, 'todo poder reside no povo'. Mas a verdade é que, na reformulação de Sternberger, 'nem todo o poder vem do povo'. Há o poder econômico, o poder mediático, o poder das corporações sectoriais. E por vezes estes poderes sobrepoem-se ao poder do povo".

¹²² Luís Roberto Barroso, Disciplina legal dos direitos do acionista minoritário e do preferencialista. Constituição e espaços de atuação legítima do Legislativo e do Judiciário. In: *Temas de direito constitucional*, t. III, 2005, p. 314-5: "Como já referido, porém, a Constituição não ocupa, nem pode pretender ocupar todos os espaços jurídicos dentro do Estado, sob pena de asfixiar o exercício democrático dos povos em cada momento histórico. Respeitadas as regras constitucionais e dentro do espaço de sentido possível dos princípios constitucionais, o Legislativo está livre para fazer as escolhas que lhe pareçam melhores e mais consistentes com os anseios da população que o elegeu.

A disputa política entre diferentes visões alternativas e plausíveis acerca de como dar desenvolvimento concreto a um princípio constitucional é própria do pluralismo democrático. A absorção institucional dos conflitos pelas diversas instâncias de mediação, com a conseqüente superação da força bruta, dá o toque de civilidade ao modelo. Mas não é possível pretender derrotar a vontade majoritária, em espaço no qual ela deva prevalecer, pela via oblíqua de uma interpretação jurídica sem lastro constitucional. Ao agir assim, o intérprete estaria usurpando tanto o papel do constituinte quanto do legislador".

CONCLUSÃO

O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988. O ambiente filosófico em que floresceu foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional.

Fruto desse processo, a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance. A constitucionalização, o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais.

Tal fato potencializa a importância do debate, na teoria constitucional, acerca do equilíbrio que deve haver entre supremacia constitucional, interpretação judicial da Constituição e processo político majoritário. As circunstâncias brasileiras, na quadra atual, reforçam o papel do Supremo Tribunal Federal, inclusive em razão da crise de legitimidade por que passam o Legislativo e o Executivo, não apenas como um fenômeno conjuntural, mas como uma crônica disfunção institucional.

Ivani Contini Bramante

Juíza do TRT-2ª Região, Professora do
 Direito do Trabalho e Previdenciário da Faculdade de
 Direito do São Bernardo do Campo, Mestre e Doutora pela
 Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

RECONHECIMENTO DE VINCULO EMPREGATÍCIO E OBRIGAÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

1. DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA EXECUTAR AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

Quando o fato gerador das contribuições previdenciárias é verificado nos autos de ação trabalhista firma-se a competência da Justiça especializada, por força constitucional, para execução *ex-officio* ou por provocação da autarquia previdenciária das contribuições previdenciárias.

Com efeito, estatuí o artigo 114, inciso VIII, da Carta Federal:

Art. 114. Compete a Justiça do Trabalho processar e julgar

VIII- a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a e II e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir.

Ademais, a Lei 10.035, de 25.10.2000, alterou a redação d artigo 876, da CLT, acrescentando-lhe o parágrafo único, relativamente à cobrança de contribuição previdenciária nas reclamações trabalhistas, *ver bis*:

Parágrafo único. Serão executados ex officio os créditos previdenciários devidos em decorrência de decisão proferida pelos Juízes e Tribunais do Trabalho, resultantes de condenação ou homologação de acordo.

A Lei 11.457 de 16.03. 2007 alterou, novamente, a redação do parágrafo único do artigo 876, da CLT:

Parágrafo único. Serão executados ex-officio as contribuições sociais devidas em decorrência de decisão judicial proferida pelos Juízes e Tribunais do Trabalho resultantes de condenação ou homologação de acordo, inclusive sobre os salários pagos durante o período contratual reconhecido.

Neste sentido, temos ainda, o artigo 276, § 7º, do Decreto 3.048/99, assim redigido:

Se da decisão resultar reconhecimento de vínculo empregatício, deverão ser exigidas as contribuições, tanto do empregador como do reclamante, para todo o período reconhecido, ainda

que o pagamento das remunerações a ele correspondentes não tenham sido reclamadas na ação, tomando-se por base de incidência, na ordem, o valor da remuneração paga, quando conhecida, da remuneração paga a outro empregado de categoria ou função equivalente ou semelhante, do salário normativo da categoria ou do salário mínimo mensal, permitida a compensação das contribuições patronais eventualmente recolhidas.

Destarte, ainda que as contribuições não tenham sido reivindicadas na ação ou; ainda que não constem da sentença condenatória ou; ainda que no processo de conhecimento não haja pronunciamento a respeito, o interesse público que suscita a matéria obriga o Juiz a proceder à determinação do recolhimento.

Ainda, o Juiz está autorizado a determinar, de ofício, a prática dos demais atos necessários, tendentes à correção integral da irregularidade, inclusive quanto à obrigação da autarquia previdenciária arrecadadora de retificar o salário de contribuição do trabalhador e dos dados constantes do CNIS, para fins de repercussão nos benefícios previdenciários.

2. OBRIGAÇÕES PREVIDENCIÁRIAS NAS RECLAMAÇÕES TRABALHISTAS

A apuração de os valores salariais (diferenças salariais em geral, decorrentes de reajustes, horas extras, promoção, equiparação salarial, adicionais de insalubridade, periculosidade, hora noturna, de transferência, etc...) e ou o reconhecimento do vínculo empregatício, nas reclamações trabalhistas geram três obrigações previdenciárias distintas:

A primeira trata da obrigação do recolhimento das contribuições previdenciárias. Inteligência dos artigos. 114, inciso VIII; 195 I e II; 201 § 11, da CF e; artigo 43 da Lei 8.212/91, artigo 276, § 7º, do Decreto 3048/99 e; art. 876, § único da CLT.

A segunda, diz respeito à direta responsabilidade da empresa pelo recolhimento das contribuições previdenciárias referentes aos salários pagos durante o período em que reconhecido o labor, tendo em conta a irregularidade perpetrada retratada na omissão quanto registro em CTPS e oportuna arrecadação. Inteligência do artigo 121, II CTN, e artigos 30, I, e 33 parágrafo 5º, da Lei 8212/91.

A terceira, referente à obrigação da autarquia previdenciária de retificação do salário de contribuição e dos dados do CNIS. Isto porque, os ganhos salariais do empregado, com a devida arrecadação das contribuições previdenciárias repercute, necessariamente, em benefícios previdenciários. Inteligência do artigo 201, § 11, da CF; artigo 28 da Lei 8212/91; artigos 28, 29, 29-A e 38 da Lei 8213/91.

Referidas obrigações decorrem do sistema previdenciário fundado nos princípios da filiação obrigatório, do caráter contributivo e do atrelamento do direito aos benefícios de acordo com os valores e o tempo de contribuição.

3. DA NOVA SISTEMÁTICA DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO E REPERCUSSÃO NOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

A Carta Federal, em seu artigo 201, § 11, com redação dada pela Emenda Constitucional 20/98 comanda que:

“Os ganhos habituais do empregado. A qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão nos benefícios, nos casos e na forma da lei”.

O art. 29, § 3º, da Lei 8213/91, (*Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99*) também regula matéria quando estatui que o salário de benefício consiste nos ganhos habituais:

“§ 3º Serão considerados para cálculo do salário de benefício os ganhos habituais do segurado empregado, a qualquer título, sob forma de moeda corrente ou de utilidades, sobre os quais tenha incidido contribuições previdenciárias, exceto o décimo terceiro salário (gra-tificação natalina)”.

Conforme artigo 28, da Lei 8212/91, entende-se por salário de contribuição para o empregado e trabalhador avulso a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tem-po à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa (*Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97*).

Em complemento, o art. 29, da Lei 8213/91, estatui que o salário de benefício consiste (*Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99*):

“I - para os benefícios de que tratam as alíneas b e c do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários de contribuição correspondentes a oitenta por cen-to de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário (Inciso acrescentado pela Lei 9.876, de 26.11.99);

II - para os benefícios de que tratam as alíneas a, d, e e h do inciso I do art. 18, na mé-dia aritmética simples dos maiores salários de contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo (Inciso acrescentado pela Lei 9.876, de 26.11.99).

§ 3º Serão considerados para cálculo do salário de benefício os ganhos habituais do segurado empregado, a qualquer título, sob forma de moeda corrente ou de utilidades, sobre os quais tenha incidido contribuições previdenciárias, exceto o décimo terceiro salário (gra-tificação natalina) (Redação dada pela Lei 8.870, de 15.4.94).

§ 4º Não será considerado, para o cálculo do salário de benefício, o aumento dos salários de contribuição que exceder o limite legal, inclusive o voluntariamente concedido nos 36

(trinta e seis) meses imediatamente anteriores ao início do benefício, salvo se homo-logado pela Justiça do Trabalho, resultante de promoção regulada por normas gerais da em-presa, admitida pela legislação do trabalho, de sentença normativa ou de reajustamento salarial obtido pela categoria respectiva.

§ 5º Se, no período básico de cálculo, o segurado tiver recebido benefícios por incapacidade, sua duração será contada, considerando-se como salário-contribuição, no período, o salário de benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal, reajustado nas mesmas épocas e bases dos benefícios em geral, não podendo ser inferior ao valor de 1 (um) salário mínimo.

Reafirme-se, de acordo com o sistema previdenciário vigente o segurado recebe benefícios previdenciários (salário de benefício) de acordo com os valores e tempo de contribuição (salário de contribuição).

Respeitado o teto legal, o empregado contribui com base no valor do salário que recebe e nas parcelas sujeitas à contribuição. Para apurar o valor de um benefício, a primeira tarefa é buscar o salário de benefício do segurado.

O conceito de salário de benefício é relacionado ao salário de contribuição, que é aquele sobre o qual o segurado contribui para a Previdência Social. Cada contribuição do segurado incide mensalmente sobre um valor, que é o salário de contribuição. A média do salário de contribuição de um dado período é que constitui o salário de benefício.

Deste modo, quanto maior o valor e quanto mais tempo o contribuinte recolher, mais receberá a título de benefício previdenciário, uma vez que revogado o sistema anterior, mediante o qual, o aumento do salário de contribuição nos meses precedentes ao pedido do benefício era um problema para a Previdência e, muitas vezes, redundava em prejuízo ao próprio trabalhador.

O novo regime passou a ser aplicado imediatamente aos novos segurados inscritos. Para os segurados inscritos anteriormente, só serão considerados os salários de contribuição posteriores a julho de 1994. Ou seja, apuram-se os salários de contribuição a partir de julho de 1994. Após, verificam-se as 80% maiores contribuições e, feita a atualização, aplica-se a média aritmética simples (somam-se os salários de contribuição di-vidindo-se pelo número apurado). Em se tratando de aposentadoria por tempo de contribuição, ainda, é aplicável o fator previdenciário.

Com efeito, é do salário de contribuição que se extrai o valor do salário de benefício para, a seguir, calcular a renda mensal inicial do benefício previdenciário.

Assim, ocorrido o fato gerador, surge à necessidade identificação do valor sobre o qual irá incidir a alíquota para pagamento da contribuição previdenciária: a base de cálculo. Esse valor, no direito previdenciário, denomina-se salário de contribuição. O salário de contribuição é importante não só do ponto de vista de arrecadação de contribuições previdenciárias, mas também, sob o ângulo do cálculo de benefícios.

Conclui-se, pois, todos os ganhos salariais, inclusive aqueles obtidos em ação trabalhista, passam a compor o salário de contribuição.

4. DA OBRIGAÇÃO DE RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIOS SOBRE OS VALORES SALARIAIS OU SALÁRIOS PAGOS NO PERÍODO DO VINCULO EMPREGATÍCIO

Na hipótese de condenação em valores salariais e ou, reconhecimento judicial de vínculo empregatício entre as partes, torna-se devida a execução dos valores previdenciários atinentes ao valores condenatórios ou, sobre os salários pagos durante o período em que reconhecida à existência da relação de emprego.

Assim, uma vez reconhecido o vínculo de emprego com o empregador a prestação de serviços remunerados é considerado fato gerador da obrigação de recolhimento previdenciários.

Quanto ao fundamento do fato gerador e obrigação do recolhimento das contribuições previdenciárias o artigo 195, I, “a” e II da Carta Magna, estabelece que o financiamento da Seguridade Social também é suportado pelo recolhimento das contribuições incidentes sobre:

I- Do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada, na forma da lei, incidente sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício.

II- do trabalhador e dos demais segurados da previdência social (...)

O artigo 201, caput estabelece os princípios do caráter contributivo de da filiação obrigatória, uma vez que determina:

“a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória (...)

Portanto, presentes os requisitos dos artigos 2º e 3º da CLT, o empregador que deixa de cumprir a sua obrigação de anotar a CTPS do empregado (artigo 29 da CLT), retira do trabalhador a condição de segurado obrigatório da Previdência, ocasionando-lhe prejuízos quanto ao direito de gozo de benefícios previdenciários.

Esses prejuízos alcançam, inclusive, a contagem de tempo para o gozo dos benefícios previdenciários. A extensão do dano mais se agrava se consideradas as disposições do artigo 201, parágrafo 7º, CF, com redação dada da Emenda Constitucional 20/98, que alterou a sistemática da contagem por *tempo de serviço* em *tempo de contribuição*.

A conduta da empresa que absorve mão de obra, sob a condição de trabalho subordinado, sem o devido registro na CTS e ou sem respeitar os encargos

previdenciários gera evasão de receita previdenciária, em prejuízo para toda a Sociedade, a par de suprimir ou retardar o direito do trabalhador de futura percepção de benefícios previdenciários.

Equivale dizer, o não recolhimento das contribuições previdenciárias causam gravame não só ao sistema da seguridade social, fundado no regime da solidariedade, mas, também ao trabalhador. Isto porque, os benefícios previdenciários (salário de benefício) são deferidos e calculados de acordo com o tempo e o valor da contribuição (salário de contribuição).

5. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA NO RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DO PERÍODO DO RECONHECIMENTO DO VINCULO

O artigo 33, da Lei 8212/91 estatui que:

§ 5º - o desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feita oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou de arrecadar em desacordo com o disposto nesta Lei.

Destarte, a prestação sem serviços subordinado, sem a devida anotação na CTPS, constitui irregularidade que atrai a responsabilidade do empregador na seara previdenciária.

A empresa fica diretamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, referentes ao período em que reconhecido o labor, uma vez que se omitiu quanto ao devido registro em CTPS e oportuna arrecadação (artigo 121, II CTN, e artigos. 30, I, e 33 parágrafo 5º, da Lei 8212/91).

6. OBRIGAÇÃO DA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA DE RETIFICAÇÃO DO SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO E DOS DADOS DO CNIS PARA FINS DE REPERCUSSÃO NOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

Ao lado da obrigação do recolhimento das contribuições previdenciárias, é mister assinalar a obrigação da autarquia previdenciária de retificar o salário de contribuição do período do recolhimento judicial.

A execução do crédito previdenciário, nos autos da ação trabalhista, traz conseqüências benéficas para o trabalhador, uma vez que o recolhimento das contribuições previdenciárias gera o correlato direito ao futuro gozo de benefício previdenciário.

Nesse sentido, a Lei 10.403, de 08 de janeiro de 2002, dispõe sobre a utilização, pelo INSS, de informações do CNIS (Cadastro Nacional de Informações)

para apuração de salário de benefício.

Assim, o art. 29-A, da Lei 8213/91, estipula que:

O INSS utilizará, para fins de cálculo do salário de benefício, as informações constantes no Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS sobre as remunerações dos segurados (Artigo acrescentado pela Lei 10.403 de 8.01.2002).

§ 1º O INSS terá até 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da solicitação do pe-dido, para fornecer ao segurado as informações previstas no caput deste artigo (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 10.403, de 8.01.2002).

§ 2º O segurado poderá, a qualquer momento, solicitar a retificação das informações constantes no CNIS, com a apresentação de documentos comprobatórios sobre o período divergente (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 10.403, de 8.01.2002).

Cumpra também citar o art. 38, da Lei 8213/91 *verbis*:

Sem prejuízo do disposto nos arts. 35 e 36 cabe à Previdência Social manter cadastro dos segurados com todos os informes necessários para o cálculo da renda mensal dos benefícios.

Enfim, de acordo com o sistema previdenciário vigente o segurado recebe benefícios previdenciários (salário de benefício) de acordo com os valores e o tempo de contribuição (salário de contribuição). Por conseguinte, as contribuições previdenciárias, arrecadadas decorrentes da relação de trabalho, devem ser consideradas como tempo de contribuição com as devidas repercussões no cálculo dos benefícios previdenciários.

Daí, o direito do trabalhador de retificação da base de cálculo constante dos dados cadastrais da autarquia previdenciária. A retificação do salário de contribuição e dos dados lançados no CNIS pode ser feito mediante pedido do segurado (art. 29-A § 1º e 2º, Lei 8213/91) ou pela autarquia previdenciária ou por determinação judicial (art. 38, Lei 8213/91).

Para propiciar as retificações acima aludidas os recolhimentos previdenciários devem ser feitos em guia própria (GPS), mês a mês, com indicação do nome do trabalhador, código do pagamento, mês da competência, identificação da inscrição, para fins de cadastramento no CNIS e repercussão nos benefícios previdenciários.

Em resumo a apuração de valores salariais (diferenças salariais em geral, decorrentes de reajustes, horas extras, promoção, equiparação salarial, adicionais de insalubridade, periculosidade, hora noturna, de transferência, etc...) e ou, o reconhecimento do vínculo empregatício, nas reclamações trabalhistas geram obrigações previdenciárias distintas: a obrigação do recolhimento das contribuições previdenciárias sobre os salários pagos durante o período do vínculo, sem o devido registro em CTPS, (artigos. 114, inciso VIII; 195 I e II; 201 § 11, da CF e; artigo 43 da Lei 8.212/91; artigo 276, § 7º, do Decreto 3048/99 e; artigo 876, § único da CLT); a empresa fica diretamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias incidente sobre os

salários pagos referentes ao período do vínculo, uma vez que se omitiu quanto ao devido registro em CTPS e oportuna arrecadação, (artigo 121, II CTN, e artigos 30, I, e 33 parágrafo 5º, da Lei 8212/91); os recolhimentos devem ser feitos mês a mês, em guia própria (GPS), com indicação do nome do trabalhador, código do pagamento, mês da competência, identificação da inscrição, para fins de cadastramento no CNIS e repercussão nos benefícios previdenciárias; a autarquia previdenciária tem a obrigação de proceder à retificação do salário de contribuição e dos dados do CNIS do trabalhador, uma vez que os ganhos salariais do trabalhador, com a devida arrecadação, tem repercussão em benefícios previdenciário, (artigo 201, § 11, da CF; artigo 28 da Lei 8212/91; artigos 28, 29, 29-A e 38 da Lei 8213/91).

Albert Caravaca

Procurador Federal; Chefe da Divisão de Gerenciamento de Execução Fiscal Trabalhista da Coordenação-Geral de Cobrança e Recuperação de Créditos da Procuradoria-Geral Federal

EXECUÇÃO FISCAL TRABALHISTA: PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA E ACORDOS APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA

1. INTRODUÇÃO

Com a alteração efetivada pela Emenda Constitucional nº 20, de 16 de dezembro de 1998, muitas críticas vêm sendo desferidas à Justiça do Trabalho e ao Poder Executivo, afirmando-se que a primeira passou a ser órgão fiscalizador e arrecador do segundo, suprimindo suas carências operacionais, e que tal atribuição é inconstitucional, na medida em que viola a separação dos poderes. Critica-se, ainda, a intervenção da União Federal no processo trabalhista, uma vez que há violação ao princípio da autonomia da vontade das partes, além de atravancar o andamento processual. Contudo, por mais que as críticas ainda se mantenham, apesar de as alterações já estarem perto de completar dez anos, é importante fazer um contraponto e destacar as importantes conquistas verificadas nesse período e buscar avançar ainda mais, principalmente na defesa dos direitos sociais dos trabalhadores. Esse estudo tem o objetivo de dar um enfoque diferenciado a dois temas bastante discutidos nos Tribunais do Trabalho e à atuação da Procuradoria-Geral Federal.

2. BREVE RELATO HISTÓRICO

Na legislação previdenciária há muito vinha se tentando inserir comandos que adequassem o reconhecimento de direitos na Justiça do Trabalho ao efetivo custeio.

A partir da nova Constituição Federal, a primeira tentativa foi a veiculada na Lei nº 7.787, de 30 de junho de 1.989, que assim dizia:

"Art. 12. Em caso de extinção de processos trabalhistas de qualquer natureza, inclusive a decorrente de acordo entre as partes, de que resultar pagamento de vencimentos, remuneração, salário e outros ganhos habituais do trabalhador, o recolhimento das contribuições devidas à Previdência Social será efetuado "in continente".

Parágrafo único. A autoridade judiciária velará pelo fiel cumprimento do disposto neste artigo."

Porém, como se nota da redação, o comando era extremamente vago.

Mais tarde, veio a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1.991, que, em seus artigos 43 e 44 - redação original - assim estabelecia:

"Art. 43. Em caso de extinção de processos trabalhistas de qualquer natureza, inclusive a decorrente de acordo entre as partes, de que resultar pagamento de remuneração ao segurado, o recolhimento das contribuições devidas à Seguridade Social será efetuado incontinenti.

Art. 44. A autoridade judiciária exigirá a comprovação do fiel cumprimento ao disposto no artigo anterior."

Com relação à lei anterior, a única modificação foi a substituição do verbo velar por exigir. Assim, da mesma forma que a lei anterior, o comando era vago. A fim de contornar a ineficácia desse dispositivo, foi editada a Lei nº 8.620, de 05 de janeiro de 1993, que determinou que a redação dos artigos 43 e 44 da Lei de Custeio passassem a ter a seguinte redação:

"Art. 43. Nas ações trabalhistas de que resultar o pagamento de direitos sujeitos à incidência de contribuição previdenciária, o juiz, sob pena de responsabilidade, determinará o imediato recolhimento das importâncias devidas à Seguridade Social.

Parágrafo único. Nas sentenças judiciais ou nos acordos homologados em que não figurarem, discriminadamente, as parcelas legais relativas à contribuição previdenciária, esta incidirá sobre o valor total apurado em liquidação de sentença ou sobre o valor do acordo homologado.

Art. 44. A autoridade judiciária velará pelo fiel cumprimento do disposto no artigo anterior, inclusive fazendo expedir notificação ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, dando-lhe ciência dos termos da sentença ou do acordo celebrado."

Esta redação permanece até hoje. Porém, deve ser lida em consonância com as modificações posteriores, em especial com a Lei nº 10.035, de 26 de outubro de 2000, e a Lei nº 11.457, de 19 de março de 2007. Veja-se que, no artigo 43, tentou-se impor ao Juiz do Trabalho alguma penalização (...sob pena de responsabilidade...) para o caso de não se determinar o recolhimento das contribuições sociais. E no artigo seguinte, retomando o verbo utilizado na Lei nº 7.787/89 - velar - tentou-se fazer com que a Justiça do Trabalho provocasse a Fiscalização, à época do INSS, para que efetuasse o levantamento do débito e efetuasse a cobrança dos valores que não fossem recolhidos pelas partes.

Em relação às leis anteriores, a alteração significativa foi o comando contido no parágrafo único do referido artigo 43, da Lei de Custeio, que permanece em vigor até hoje.

Ocorre que, por melhores que fossem as intenções, qualquer alteração legislativa esbarrava na incompetência da Justiça do Trabalho para executar as contribuições sociais decorrentes das decisões que proferia.

Nesse período, começou a ganhar força a idéia de extinguir a Justiça do Trabalho². Aliado à diminuta estrutura fiscalizatória, então do Instituto Nacional do

Seguro Social - INSS, a solução encontrada foi atribuir à própria Justiça do Trabalho a competência para executar "ex officio" as contribuições sociais oriundas de suas decisões.

Assim, com a Emenda Constitucional n. 20, de 16 de dezembro de 1998, foi inserido o parágrafo 3º ao artigo 114, da Constituição Federal, verbis:

"§ 3º Compete ainda à Justiça do Trabalho executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir."

A questão que se colocava, a partir dessa alteração constitucional, era o modo como seria efetuada essa execução. Para suprir tal lacuna, alguns Tribunais Regionais do Trabalho editaram provimentos regulamentando o procedimento. Apenas no ano de 2000 foi editada a Lei nº 10.035, que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho e estabeleceu o modo de cobrança das contribuições sociais na Justiça do Trabalho. Essa lei, que teve como base um provimento da própria Justiça do Trabalho, foi e continua sendo duramente criticada. Tais críticas resumem-se à: a) possibilidade de intervenção do INSS, ora União Federal, no processo do trabalho, discutindo a discriminação da natureza jurídica das parcelas constantes dos acordos; b) possibilidade de o INSS, ora União Federal, impugnar os cálculos de liquidação de sentença, uma vez que a intimação da autarquia previdenciária, ora União Federal, é obrigatória nessa fase; c) inexistência de inscrição em dívida ativa dos valores e conseqüente inexistência de título para ser cobrado.

A Emenda Constitucional nº 45/2004, no que se refere à execução das contribuições sociais na Justiça do Trabalho em nada alterou. Apenas o então parágrafo 3º passou a ser o inciso VIII, permanecendo com a mesma redação.

Recentemente, tivemos a publicação da Lei nº 11.457/2007, que criou a Secretaria da Receita Federal do Brasil e efetuou inúmeras alterações na CLT. A mais importante e talvez a menos notada no nosso dia-a-dia, quem sabe pelo costume, foi a substituição do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS - pela União Federal. Note-se que, quaisquer temas ligados à tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, e das contribuições instituídas a título de substituição são de competência da União Federal, através de sua Secretaria da Receita Federal do Brasil. Ficaram com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS - as atividades relativas ao reconhecimento de direitos previdenciários e conseqüente pagamento de benefícios.

3. PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA

Ao ajuizar uma reclamatória trabalhista, o reclamante narra fatos que retratam o descumprimento de direitos trabalhistas por parte da reclamada durante a vigência do pacto laboral. Os pedidos decorrentes são, em sua maioria, de natureza jurídica salarial. E, caso venha a ser julgada - procedente ou parcialmente procedente -

essas verbas serão consideradas para o cálculo das contribuições sociais, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e, com alguma variação na legislação pertinente, do imposto de renda.

De acordo com dados constantes do sítio do Tribunal Superior do Trabalho³, relativos ao ano de 2006, cerca de 44% (quarenta e quatro por cento) das reclamatórias trabalhistas terminaram em acordo. E, segundo o artigo 832, § 3º, da CLT, há, quando da celebração de acordo, a necessidade de as partes discriminarem a natureza jurídica de cada parcela e o valor correspondente. Tal discriminação tem como objetivo estabelecer a base de cálculo das contribuições sociais a serem recolhidas para a Previdência Social.

A praxe tem demonstrado que, muito embora os fatos narrados na exordial indiquem que os pedidos feitos sejam na sua maioria de natureza salarial, as partes tem buscado discriminar apenas parcelas de natureza jurídica indenizatória ou em sua maioria indenizatória. Em outros casos, considerando que o valor objeto do acordo supera as parcelas de natureza indenizatória, são acrescentadas no acordo outras parcelas, também de natureza indenizatória, que sequer constam da petição inicial, contrariando o disposto no artigo 126, do Código de Processo Civil. Tal prática tem sido discutida reiteradamente em recursos interpostos pela União Federal. Por outro lado, a interposição de recursos da União relativos a esse tema tem sido objeto de críticas das partes, e, às vezes do próprio Judiciário Laboral e do Ministério Público do Trabalho.

Defende-se, em suma, que as partes são livres para decidir quais as parcelas e valores devem constar do acordo. Outros vão mais além, com base no artigo 475-N, inciso III, do Código de Processo Civil, e afirmam que o acordo pode conter sim parcelas não postuladas na exordial.

Nesse sentido, alguns Tribunais Regionais do Trabalho já editaram Orientações Jurisprudenciais a seguir transcritas:

Verbete de Jurisprudência n.º 9, da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região:

"CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - INCIDÊNCIA SOBRE O VALOR DO ACORDO HOMOLOGADO - O parágrafo 3º do artigo 832 da CLT, inserido por força da Lei nº 10.035/2000, reza que, nas decisões homologatórias de acordo, deve constar a natureza das parcelas, indicando-se, inclusive, o limite de responsabilidade de cada parte pelo recolhimento da contribuição previdenciária, se for o caso. O referido artigo não determina que se deva discriminar o valor de cada parcela, bastando declinar quais as verbas que estão sendo pagas. Tendo o Juiz de primeiro grau especificado a natureza indenizatória da parcela constante do acordo, atendida está a exigência legal. O fato de as partes terem estipulado valores e verbas diversas das consignadas na exordial, não caracteriza, por si só, simulação e má-fé por parte dos litigantes na indicação da natureza indenizatória das parcelas pactuadas, mesmo porque, quando envolver a "extinção do contrato de trabalho" o acordo pode abarcar parcelas não postuladas, mas reconhecidas pelo empregador."

Súmula n.º 40, do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região:

"Na fase de conhecimento, a inclusão no acordo de parcelas não postuladas ou a não-observância da proporcionalidade entre as parcelas de natureza remuneratória e indenizatória objeto da ação, não caracterizam, necessariamente, simulação ou fraude à lei."

O Tribunal Superior do Trabalho, em julgados abaixo transcritos, defende a possibilidade de, observando-se a indicação de parcelas constantes na exordial, constar do acordo apenas parcelas indenizatórias:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACORDO JUDICIAL. LIMITES DA TRANSAÇÃO. DIREITOS DE TERCEIROS. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. Quando o acordo é firmado antes do trânsito em julgado da sentença, as partes podem dispor livremente sobre os títulos que estão sendo transacionados. Se no pedido há verbas de natureza salarial e verbas de natureza Indenizatória, não há impedimento legal para que as partes transacionem o pagamento apenas destas, sobre as quais não há incidência da contribuição previdenciária. Diminando o acórdão recorrido da correta aplicação das normas pertinentes à situação fática submetida ao crivo judicial, em perfeita consonância com a jurisprudência pátria, não se vislumbra malferimento aos dispositivos de lei e da Carta da República apontados, merecendo ser improvido o recurso. Agravo de instrumento conhecido e não provido." (TST - 6ª Turma; AIRR-328/2005-018-10-40.7)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ACORDO JUDICIAL. NATUREZA DAS PARCELAS TRANSACIONADAS. Dissenso de teses devidamente comprovado, razão pela qual se dá provimento ao agravo interposto. Agravo conhecido e provido. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ACORDO JUDICIAL. NATUREZA DAS PARCELAS TRANSACIONADAS. Os artigos 832, § 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho e 43, parágrafo único, da Lei nº 8.212/91 estabelecem a necessidade de discriminação das parcelas relativas a acordos visando à definição da base de incidência das contribuições previdenciárias e da respectiva responsabilidade por seu recolhimento. Na presente hipótese, o Tribunal Regional foi expresso ao afirmar que as verbas foram discriminadas de forma razoável e em consonância com os valores declinados na petição inicial, contemplando-se tão-somente parcelas de natureza indenizatória. Recurso de revista conhecido e não provido." (TST - 1ª Turma; RR - 395/2003-382-04-40)

Com o devido respeito às opiniões em contrário acima expostas, essa posição contraria a legislação vigente, a lógica do processo de trabalho, a razoabilidade e, ao final, priva o trabalhador da possibilidade de uma melhoria em seus benefícios previdenciários futuros e incentiva as empresas a não cumprir suas obrigações trabalhistas⁴.

4. CLT, art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

É certo que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa que não conste de lei. Ocorre que a lei vigente **impõe** às partes que estabeleçam quais as parcelas serão a base de cálculo das contribuições sociais sob pena de, não o fazendo, incidir sobre o valor total do acordo. A lei à qual nos referimos é a já citada Lei de Custeio que, em seu artigo 43, § único, determina:

"Parágrafo único. Nas sentenças judiciais ou nos acordos homologados em que não figurarem, discriminadamente, as parcelas legais relativas à contribuição previdenciária, esta incidirá sobre o valor total apurado em liquidação de sentença ou sobre o valor do acordo homologado."

Dessa forma, a não ser nos casos mais raros em que apenas se postula, por exemplo, o pagamento de indenização por danos morais, a regra ou a lógica estabelecida é a de que os acordos tenham o mesmo tratamento que teriam as reclamatórias caso chegassem ao seu final, com o deferimento de verbas salariais - maioria dos pedidos - e algumas verbas indenizatórias, se for o caso. Acrescente-se que, ao se homologar acordos contendo parcelas indenizatórias ou sobre as quais não incide contribuição social, cumpre ao Juiz do Trabalho verificar se, de fato, tais parcelas são devidas. Caso clássico é a parcela de "participação nos lucros". Aqui, terá o Juiz do Trabalho que verificar se os requisitos constantes da Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000. Nesse sentido, assim leciona Sérgio Pinto Martins⁵:

"...Se as partes disserem que determinada verba que está sendo paga no acordo refere-se apenas à indenização, cumprirá ao juiz investigar a origem do pagamento em consonância com a petição inicial, o pedido e ponderações das partes quanto ao que está sendo pago, verificando se se trata realmente de indenização, antes de homologar o acordo, visto que o magistrado não poderá compactuar com fraudes perpetradas pelas partes com o objetivo de não pagar a contribuição..."

Há que se ressaltar, também, que as parcelas deferidas nas reclamatórias trabalhistas, se efetivamente declaradas pelas empresas, conforme lhes impõe a Lei de Custeio⁶, em seu artigo 32, inciso IV, e observados outros critérios estabelecidos na Lei de Benefícios, deverão ser consideradas para o cálculo de benefícios futuros do reclamante. Além disso, possibilitar que nos acordos constem apenas parcelas indenizatórias traz para as empresas um benefício imensurável num mercado competitivo e induz o não pagamento dos direitos trabalhistas. Note-se que, atualmente, é muito mais vantajoso não cumprir as obrigações contratuais - que seriam, em geral, consideradas na base de cálculo das contribuições sociais e do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - porque, mais tarde, quando e se ajuizada a reclamatória trabalhista, sob o argumento de que os fatos e pedidos veiculados na peça

5. Execução da Contribuição Previdenciária na Justiça do Trabalho; Ed. Atlas, ano 2001; pág. 64

6. Art. 32. A empresa é também obrigada a:(...)

IV - informar mensalmente ao Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, por intermédio de documento a ser definido em regulamento, dados relacionados aos fatos geradores de contribuição previdenciária e outras informações de interesse do INSS.

preambular são duvidosos, e considerando a necessidade de os reclamantes, na sua quase totalidade desempregados, obterem valores necessários para pagar despesas já vencidas ou até mesmo a alimentação do mês de sua família, os empregadores, além de não pagarem o que deveriam se a ação fosse até seu fim, estarão criando um escudo para não recolher qualquer importância para a Previdência Social, que, nunca é demais ressaltar, é um direito social estampado no artigo 6º de nossa Carta Magna.

O princípio ora defendido - da congruência - visa portanto não só cumprir a legislação vigente com o carreamento de recursos para a Previdência Social, mas visa também a evitar, cada vez mais, que seja criada uma prática letal aos direitos e interesses dos trabalhadores. E, por se tratar de norma de ordem pública, com reflexos na esfera previdenciária, não há como se admitir a aplicação do disposto no artigo 475-N, inciso III, do CPC.

Alguns Tribunais Regionais do Trabalho, atentos a essa repercussão nefasta nas relações de trabalho, vem coibindo a prática de serem discriminadas no acordo apenas as parcelas de natureza indenizatória.

Citamos, como exemplo, o seguinte julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região:

"ACORDO. CELEBRAÇÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. BASE DE CÁLCULO. Conforme centenas de julgados já proferidos por este Eg. TRT, o intuito fraudulento das partes, no tocante à cobrança da contribuição previdenciária, descortina-se quando, em acordo celebrado antes do trânsito em julgado da sentença, a discriminação feita não guarda consonância com a proporcionalidade entre verbas salariais e indenizatórias contida na exordial, eis que não se mostra razoável aceitar, à luz da ética processual, que no acordo as partes deixem de incluir ou confirmem menor percentual justamente às parcelas sobre as quais haveria incidência da contribuição previdenciária. A fim de evitar que a Justiça do Trabalho seja utilizada como um meio de sonegação das contribuições sociais, a jurisprudência deste Eg. Regional elegeu um critério objetivo para se fixar a sua base de cálculo em caso de acordo, qual seja, a adoção da mesma proporcionalidade entre verbas salariais e indenizatórias contida na inicial."(TRT - 18ª Região; RO n.º 00212-2004-012-18-00-0; Relator Juiz Platon Teixeira de Azevedo Filho)

Além disso, o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região segue a seguinte Orientação Jurisprudencial de sua Seção Especializada:

"OJ EX SE - 132: ACORDO. INSS. DISCRIMINAÇÃO DAS PARCELAS. A indicação desproporcional entre as parcelas de natureza salarial e indenizatória no acordo demonstra a intenção das partes em desvirtuar o correto recolhimento das parcelas previdenciárias. Por conseguinte, a incorreção nos valores equipara-se à falta de discriminação, o que gera a aplicabilidade do disposto no artigo 276, § 2º., do Decreto n.º. 3.048/99, resultando no recolhimento previdenciário a incidir sobre o total do acordo."

4. ACORDOS APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA

Como dito anteriormente, é costume na Justiça do Trabalho, com evidente prejuízo ao trabalhador, as partes celebrarem acordos, ainda na fase de conhecimento, que contenham apenas parcelas de natureza indenizatória. Ocorre que estava se tornando comum também a celebração de acordos após a sentença, antes ou após o trânsito em julgado.

A circunstância agravante aqui é que a reclamada, nessa situação, já sabe ou tem a noção exata do que irá ter pagar ao final para o reclamante, acrescido dos valores devidos à Previdência Social. Isso porque a Lei de Custeio é clara⁷ no sentido de que o fato gerador da obrigação previdenciária surge com a prestação do serviço. Assim, tendo o Juiz do Trabalho reconhecido a prestação de trabalho em horas extraordinárias ou em local insalubre, a contribuição social incidente sobre essas parcelas é devida desde a data em que o trabalho foi prestado. **Sobre o tema, dissertam⁸ Carlos Alberto Pereira de Castro⁹ e João Batista Lazzari¹⁰ :**

*"Observe-se que o texto legal se refere não só às parcelas efetivamente pagas (ou seja, o valor entregue) e creditadas (quando o pagamento se dê mediante crédito em conta bancária ou poupança); **é também fato gerador da contribuição ser tão-somente devida a remuneração ao trabalhador.** Conclui-se que, com isso, a empresa que, mesmo sem intenção manifesta, deixa de pagar valores de natureza remuneratória a seus trabalhadores no prazo que a lei assina para cumprimento desta obrigação, torna-se devedora perante a Seguridade Social, no que tange às contribuições que deveria fazer sobre a soma dos valores que, mesmo devidos, não foram pagos a seus empregados e contribuintes individuais" (grifo inexistente no original)*

Da mesma forma, assim entende o Superior Tribunal de Justiça:

"TRIBUTÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. FATO GERADOR.

1. Não se conhece de recurso especial por violação ao art. 535, inciso II, do CPC, quando a prestação jurisdicional discutida foi entregue, com exame das questões essenciais postas para discussão, no corpo do acórdão recorrido.

2. Ausência de prequestionamento, na espécie, do art. 459, § 1º, da CLT.

3. Recurso conhecido em parte para discutir e decidir sobre a matéria jurídica enfrentada pelo acórdão e impugnada: efetivo momento do fato gerador da contribuição previdenciária

7. Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

l - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa;

8. Manual de Direito Previdenciário. 2º ed., LTr, 2001, p. 209-210

9. Juiz do Trabalho da 12ª Região

10. Juiz Federal da 4ª Região

paga pelo empregado.

4. Improvimento do recurso. Homenagem prestada ao acórdão recorrido que entendeu materializar-se o fato gerador da contribuição do empregado com a prestação do serviço decorrente da relação de emprego e o direito, no final do período mensal ajustado, a receber o salário devido.

5. Inconsistência da tese de que o fato gerador, na espécie, só ocorre com o efetivo pagamento.

6. Recurso improvido na parte em que foi conhecido." (grifamos)
 (REsp 221365/RS; Relator Ministro José Delgado; data da publicação: 17.12.1999)

"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. RECOLHIMENTO. PRAZO. MÊS POSTERIOR AO SURGIMENTO DO FATO GERADOR: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.

1. As contribuições previdenciárias sob responsabilidade das empresas devem ser recolhidas no mês posterior ao trabalhado e não no mês seguinte ao efetivo pagamento do salário.

2. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no Ag 545487/SC; Relator Ministro João Otávio de Noronha; data da decisão: 17.02.2004)

Portanto, além de serem atingidos os direitos reconhecidos ao trabalhador pela Justiça Especializada, são atingidos, caso cancelados tais acordos, direitos da Previdência Social, ou indo mais além, direito pertencente a todos os trabalhadores.

A jurisprudência, quanto à possibilidade de haver transação após a prolação da sentença e em especial após o trânsito em julgado, atingindo direitos de terceiros - no caso a Previdência Social - era dividida. Parte entendia pela possibilidade, com base no princípio da autonomia da vontade das partes, e outra parte entendia ser impossível transigir sobre direitos de terceiros. Os adeptos dessa última corrente homologavam os acordos, mas ressalvavam os direitos da Previdência Social. E os fundamentos para se respeitar os direitos da Previdência Social, oriundos de decisão proferida pela Justiça do Trabalho, são as disposições contidas no artigo 467, do Código de Processo Civil¹¹, no artigo 836, da Consolidação das Leis do Trabalho¹² e nos artigos¹³ 841 e 844, do Novo Código Civil. Além desses dispositivos, há outro - artigo 123, do Código Tributário Nacional - raramente citado na jurisprudência trabalhista, mas que vai ao encontro da

11. Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

12. Art. 836. É vedado aos órgãos da Justiça do Trabalho conhecer de questões já decididas, excetuados os casos expressamente previstos neste Título e a ação rescisória, que será admitida na forma do disposto no Capítulo IV do Título IX da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, sujeita ao depósito prévio de 20% (vinte por cento) do valor da causa, salvo prova de miserabilidade jurídica do autor.

13. Art. 841. Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação.

Art. 844. A transação não aproveita, nem prejudica senão aos que nela intervierem, ainda que diga respeito a coisa indivisível.

manutenção dos direitos da Previdência Social:

"Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes."

Para resolver esse conflito de interesses existente no processo trabalhista - direitos privados x direito público ou da Fazenda Pública - a Lei n.º 11.457, de 16 de março de 2007, que criou a Secretaria da Receita Federal do Brasil, chamada de Super Receita, acolhendo o entendimento que já era sustentado por grande parte do Judiciário Trabalhista (segunda corrente), fez inserir na CLT o seguinte dispositivo:

Art. 832:

(...)

§ 6º O acordo celebrado após o trânsito em julgado da sentença ou após a elaboração dos cálculos de liquidação de sentença não prejudicará os créditos da União.

Note-se que a vedação para a homologação de acordos é expressa não só em relação às reclamatórias trabalhistas que já transitaram em julgado, mas se refere também àqueles casos em que já foram efetuados os cálculos de liquidação em carta de sentença (execução provisória).

Portanto, não há mais como se sustentar a possibilidade de as partes, após o trânsito em julgado da sentença, celebrarem acordos contendo apenas parcelas indenizatórias, desconsiderando todas as parcelas salariais reconhecidas na reclamatória trabalhista, com o intuito claro de se evitar a incidência das contribuições sociais e do FGTS.

Porém, mesmo com essa vedação legal, tem se verificado que, em alguns casos, as partes vem tentando diminuir o valor da base de cálculo das contribuições sociais. Exemplificando: a reclamada foi condenada a pagar R\$ 100.000,00 (cem mil reais) ao reclamante referente a parcelas salariais, além de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) relativo a indenizações e outras parcelas sobre as quais não incide contribuição social. Entabulam acordo no qual a reclamada se compromete a pagar R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), relativos a parcelas salariais e R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a título de parcelas indenizatórias. Alguns Juízes estão aceitando essa discriminação argumentando que não há prejuízo ao erário, uma vez que observada a proporcionalidade. Porém, não há como se sustentar esse tese. Há, sim, evidente prejuízo ao erário, pois as partes reduziram por vontade própria a base de cálculo das contribuições. Nesse caso hipotético a perda equivale a R\$ 23.040,00 (vinte e três mil e quarenta reais) computando-se apenas a parte devida pela empresa. Aqui, além da vedação constante do § 6º, do artigo 832, da CLT, incide o disposto no artigo 116, do Código Tributário Nacional, que assim estabelece:

"Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verificarem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente

constituída, nos termos de direito aplicável.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária."

Nesse sentido, temos o seguinte julgado:

"AGRAVO DE PETIÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

Definição através de sentença transitada em julgado. Uma vez que as partes aguardaram a decisão judicial, transitada em julgado e devidamente liquidada, posterior conciliação não envolve contribuição previdenciária, que constitui obrigação fixada em favor da Fazenda Pública." (TRT - 2ª Região; Processo n.º 20070439308; Relator: Desembargador CARLOS FRANCISCO BERARDO Data do julgamento: 04/09/2007; data de publicação: 21/09/2007)

Finalmente, deve-se chamar a atenção para aqueles casos em que, proferida a sentença, mas pendente de recurso e não iniciada a execução provisória. Pela lógica e por respeito à decisão do Judiciário, até porque as partes estão desistindo de seus recursos, o acordo só poderá conter as parcelas que foram deferidas na sentença, as partes celebram acordo. Porém, um dos casos que tem sido objeto de recurso da União Federal é quando as partes recorrem parcialmente da sentença, ocorrendo, portanto, trânsito em julgado parcial, mas, no acordo posterior à interposição de recurso, não constam as parcelas que não foram alvo de irrisignação recursal. Nessa hipótese, incide também o disposto no artigo 832, § 6º, da CLT.

5. CONCLUSÃO

O processo do trabalho, especialmente após a Emenda Constitucional nº 20/98, tem sido moldado para tentar conciliar os interesses particulares com os interesses da União. Esse amoldamento tem sido alvo de críticas, muitas delas feroces. Contudo, por mais que se critique, ninguém pode negar que esse novo processo do trabalho está trazendo efeitos extremamente positivos.

Não se pode admitir que um Estado assistencialista¹⁴ como é o nosso despreze arrecadação e que se apegue a um procedimento ineficiente como era anteriormente. Ora, não há como explicar que um ramo do Poder Judiciário (Justiça do Trabalho) aprecie determinada matéria, reconheça direitos, identifique o fato gerador, a base de cálculo, a alíquota e a responsabilidade pelo pagamento, mas seja incompetente para determinar a cobrança desse valor, remetendo toda a documentação para a Administração Pública Federal abrir novo processo administrativo, para tratar do mesmo assunto, a fim de, não tendo êxito

14. CF/88: Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

a cobrança amigável, ajuizar execução fiscal em outro ramo do Poder Judiciário (Justiça Federal ou Estadual¹⁵).

Além disso, um dos pilares básicos para se atender o direito social chamado previdência social é o princípio da solidariedade. Por isso, não há como se admitir que se utilize da Justiça do Trabalho para tentar sonegar direitos aos empregados e por consequência a toda sociedade.

A atuação da Procuradoria-Geral Federal não tem como norte apenas a arrecadação, como afirmam muitos, mas tem sim como objetivo intervir para que seja **criada uma cultura de respeito aos direitos dos trabalhadores**, a fim de diminuir o número de reclamações trabalhistas, bem como o número de recursos hoje existentes. Destaca-se, quanto a esse tema, que a Procuradoria-Geral Federal é intimada, salvo melhor juízo, ao menos uma vez em cada processo que tramita na Justiça do Trabalho. Dessa forma, pode-se dizer que a União Federal, através de sua Procuradoria-Geral Federal, é a que detém o maior número de recursos. Mas, proporcionalmente, pode-se dizer que é uma das partes que menos recorre, pois do total de processos em que é intimada (mais de 1.700.000 processos por ano), o percentual de recursos que chegam ao Tribunal Superior do Trabalho não ultrapassa a 0,55% (zero vírgula cinqüenta e cinco por cento). Além disso, a defesa aqui não é de uma empresa de grande porte ou de um grande banco, mas é a defesa de uma das instituições mais importantes de nosso país, responsável pelo pagamento mensal de mais de 22.000.000 (vinte e dois milhões) de benefícios, que se não atendem completamente, ao menos diminuem as necessidades de grande parte de nossa população.

E, para que o Estado consiga cumprir essa difícil missão constitucional, a Justiça do Trabalho vem desempenhando papel de fundamental importância, razão pela qual ousou em dizer que o nome "Justiça do Trabalho" deveria ser substituído por "Justiça do Trabalho e Social". É preciso, porém, avançar e vencer alguns dogmas e preconceitos, principalmente contra aqueles que defendem a Previdência Social. Nesse sentido trago as irretocáveis palavras de Antônio Álvares da Silva¹⁶, Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região:

"...A Justiça do Trabalho não se transformou em órgão arrecadador nem se incluiu entre os órgãos do Ministério da Fazenda, pelo simples fato de recolher um tributo. Apenas incluiu a contribuição previdenciária em sua competência, como atividade paralela e conseqüente de sua missão social de resolver conflitos trabalhistas. E nisso andou muito bem o legislador.

Sem dinheiro, não há prestação social previdenciária. O trabalhador fica desprotegido, exatamente quando mais precisa da presença do Estado. Portanto, munir os cofres públicos dos meios necessários para financiar a previdência social é uma nobre missão, sem dúvida tão importante quanto reconhecer e executar os créditos trabalhistas..."

15. CF/88, art. 109, § 3º

16. *Pequeno Tratado da Nova Competência Trabalhista*; Ed. LTr; pág. 284

Jorge Pinheiro Castelo

Advogado (sócio da PBC - Palermo, Barroso e Castelo Advogados), especialista (pós-graduação), mestre, doutor e livre docente pela Faculdade de Direito da Universidade São Paulo. É o autor dos livros: “O Direito Processual do Trabalho na Moderna Teoria Geral do Processo”; “Tutela Antecipada na Teoria Geral do Processo”, “Tutela Antecipada no Processo do Trabalho” e “O Direito Material e Processual do Trabalho e a Pós Modernidade: A CLT, o CDC e as repercussões do novo Código Civil, todos publicados pela Editora LTr.

Nelson Albino Neto

Advogado (integrante da PBC), especialista em Direito Tributário pela PUC/SP, pós-graduando em Gestão Tributária pela Fundação Escola de Comércio Álvares Penteado (FECAP).

“EXECUÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS NA JUSTIÇA DO TRABALHO” – EXECUÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DE DECISÃO DECLARATÓRIA. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Não obstante a autorização para a Justiça do Trabalho para controlar o pagamento das contribuições previdenciárias relacionadas às reclamações trabalhistas já estivesse prevista por lei infra-constitucional³, com a Emenda Constitucional nº 20/98 essa outorga de competência ascendeu ao plano constitucional, a partir do §3º do art. 114 da Constituição Federal (*“compete ainda, à Justiça do trabalho executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no artigo 195, I, a, e II, e seus acréscimo legais, decorrentes das sentenças que proferir”*)⁴

Em 08 de dezembro de 2004, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 45, que introduziu diversas alterações na estrutura do Poder Judiciário.

No tocante a competência da Justiça do Trabalho para executar, de ofício, as contribuições sociais decorrentes de suas decisões não houve alteração de substancia,

³ Desde o art. 12 da lei 7.787/89, substituído pelo artigo 43 da lei 8.212/91, cuja redação foi alterada pela lei 8.620/93.

⁴ Dentro desse contexto, adveio a Lei nº 10.035/00, alterando o artigo 876 da CLT em sintonia com o § 3º do art. 114 da C.F., estabelecendo a execução das contribuições previdenciárias em sede do processo trabalhista.

mas, só topológica, ou seja, a regra do antigo §3º do artigo 114 foi inserida como inciso VIII do mesmo artigo.

As alterações promovidas a partir do texto constitucional (inicialmente, o § 3º, depois, o inciso VIII do art. 114) provocaram uma infinidade de questionamentos, especialmente pelo fato de que se os textos infra-constitucionais buscavam formas de comunicar ao INSS a existência de débitos previdenciários para que este tomasse as providências cabíveis, os preceitos constitucionais fixam que cabe à Justiça do Trabalho executar de ofício as contribuições previdenciárias.

Essa outorga de competência constitucional provoca uma infinidade de problemas para o sistema, particularmente, dois graves.

Primeiro, quanto a inconstitucionalidade (norma constitucional inconstitucional, inclusive, por violar o Estado Democrático de Direito) de se estabelecer a execução de ofício (onde o juiz é o autor, o julgador e o exequente), sem que tenha existido prévio procedimento administrativo – violando o devido processo administrativo, o amplo direito de defesa e o contraditório - e a exigência da própria inscrição da dívida para posterior execução e, tudo isso, mesmo sem que tenha havido um processo de conhecimento prévio no qual tivesse sido aforada pretensão pelo INSS que resultasse em condenação e título executivo.

Trata-se de uma execução de ofício, sem processo administrativo, sem processo judicial de conhecimento, sem ação, sem pedido, sem parte, sem título executivo: processo inquisitivo no qual transforma-se o juiz em parte, julgador e executor. É o processo mais truculento da história, mais que o processo germânico-barbárico no qual embora a execução precedesse o conhecimento o controle dela era feito por um terceiro.

Segundo, o reconhecimento do vínculo em juízo e a conseqüente determinação de anotação da CTPS não se constitui em lançamento do crédito previdenciário, já que, nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional, compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Terceiro, no que diz respeito à decadência e à prescrição (inclusive intercorrente) das contribuições previdenciárias que se pretende executar.

Sem ter a pretensão de esgotar todas as questões, vamos tentar uma rápida sistematização dessas noções e apontar as respostas que julgamos mais adequadas e consentâneas com o sistema legal e com o Estado Democrático de Direito.

II. É LEGÍTIMA A EXECUÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DE SALÁRIOS QUE NÃO INTEGRARAM O OBJETO DO PROCESSO?

1. PROCESSO DEMOCRÁTICO: PODER E SUJEIÇÃO

Como ensina Dinamarco, as atividades jurisdicionais são preordenadas para o exercício do poder e onde há exercício do poder existe sempre sujeição. Para que o exercício do Poder não seja arbitrário é que existe o devido processo legal, o amplo direito de defesa e o contraditório.

A limitação do poder e da sujeição integra a idéia e o valor liberdade e do Estado de Direito, posto que não é legítimo o exercício indiscriminado do poder.

O Processo é um micro-cosmo da própria Democracia, por isso, é que se impõe a observância das formas legais e do direito de participação em contraditório no centro de tomada de decisões a respeito da vida das pessoas.

2. DISPOSITIVOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL SOBRE O DEVIDO PROCESSO LEGAL E SOBRE A COISA JULGADA:

Dispõe o inciso LIV do art. 5 da C.F.:

“Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

E estabelece o inciso LV do art. 5 da C.F.:

“Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Fixa, ainda, o inciso XXXVI do art. 5 da CF. a exigência ao respeito a coisa julgada:

“A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada”

3. DISPOSITIVOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL SOBRE O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A COISA JULGADA:

Dispõe o art. 2 do CPC:

“Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais.”

E estabelecem os artigos 128, 460 e 474 do CPC:

“art. 128: O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.”

“art. 460: É defeso ao juiz proferir sentença a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”

“art. 471 do CPC: Nenhum Juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas a mesma lide.”

“art. 474 do CPC: Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que a parte poderia, opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.”

4. DISPOSITIVO DA CLT SOBRE A COISA JULGADA:

No mesmo sentido o art. 836 da CLT:

“É vedado aos órgãos da Justiça do Trabalho conhecer questões já decididas...”

5. TEORIA DA SUBSTANCIAÇÃO

Conforme se verifica dos dispositivos legais acima mencionados, o ordenamento processual brasileiro acolheu a teoria da substanciação da lide.

Desse modo, o pedido, ou seja, a pretensão processual é composta pelo pedido e sua causa de pedir (fatos e fundamentos jurídicos do pedido – causa de pedir próxima e causa de pedir remota) – que, pelo princípio da congruência, vincula a sentença.

Por isso, a exigência de que a pretensão processual esteja calcada em fatos e fundamentos jurídicos deduzidos na petição inicial e que o pedido venha com todas as suas especificações.

Delimita-se a *“litiscontestatio”*, com a exordial, que deve indicar com precisão (certeza e determinação) a causa de pedir (fundamentos de fatos e jurídicos do pedido) própria da pretensão processual, e, com a contestação deduzindo, especificamente, a tese referente ao acontecimento da vida que levaria a rejeição da pretensão, ou seja, os fatos impeditivos, modificativos ou extintos do pedido – e, mesmo, com relação as afirmações (ainda que caracterizem confissão).

6. JULGAMENTO EXTRA-PETITA

Definida a lide (*“litiscontestatio”*) pela exordial e pela defesa, não cabe ao julgador ultrapassar os limites definidos pela *“litiscontestatio”*, pelo princípio da substanciação, pelo princípio da demanda, da congruência e da isonomia processual, sob pena de incidir em julgamento *“citra”*, *“ultra”* e *“extra-petita”*.

Não cabe, pois, a r. decisão judicial ignorar, ultrapassar ou se afastar dos limites estabelecidos na pretensão processual aferidos a partir da exata causa de pedir ou pedido da pretensão do autor.

Da mesma forma, não pode a decisão judicial ignorar, ultrapassar, inovar ou se afastar dos limites estabelecidos na pretensão defensiva, ou seja, na defesa, aferido a partir da exata “causa excepiendi” (fatos modificativos, impeditivos e extintivos), e, nem tampouco ignorar confissão da parte, ou, afirmação que constitua o núcleo da tese ou do fundamento fático-jurídico da defesa, sob pena de violar o disposto no art. 2º, inciso I do art. 125, arts. 128, 286, inciso I e § único do art. 295, § 1º e 2º do artigo 301, 302, 333 (inc. II), 348, 349, 350, 460 e 474 do CPC. e os arts. 832, 836 e 840 da CLT.

7. EXECUÇÃO SEM TÍTULO E EXCESSO DE EXECUÇÃO

a) Estabelece o Capítulo III do Livro II da Execução do CPC, quando aos requisitos necessários para se realizar qualquer execução e no artigo 580 do CPC, está dito que:

“A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação, certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo.”

b) Determina o inciso I do artigo 743, I, do CPC, a execução embargada é excessiva:

“Art. 743. Há excesso de execução:

I - quando o credor pleiteia quantia superior à do título

II - quando recaia sobre coisa diversa daquela declarada no título

III- quando se processa de modo diferente do que foi determinado na sentença”

c) Não é possível se inaugurar um processo executivo, sem título condenatório em razão da curial inexistência do processo de conhecimento e sem uma condenação judicial específica, portanto, também, sem a observância do juiz natural e pior sem possibilitar o devido processo legal e o regular direito de defesa.

d) Salta, pois, a toda evidência, que a execução de parcelas que não se extraem do título condenatório não tem amparo em norma legal é abusivo, ilegal e inconstitucional.

8. CONCLUSÃO PRELIMINAR

Obviamente, que a execução da contribuição previdenciária de salários que não integraram o objeto do processo é inconstitucional, ilegal e injustificável, posto que se não é possível um julgamento fora dos limites da lide ou “extra-petita”, **com muito mais razão não é possível se executar para além do título judicial, sob pena de ofensa à coisa julgada e caracterização de excesso de execução.**

9. DA RESPOSTA DA SÚMULA 368 DO TST

A Súmula 368 (inciso I) do TST responde a essa questão, declarando que:

“Descontos Previdenciários e Fiscais. Competência. Responsabilidade pelo Pagamento. Forma de Cálculo. (conversão das orientações jurisprudenciais nos 32, 141 e 228 da SDI-1) Alterada pela res. 138/2005, DJ 23.11.2005

I. A Justiça do Trabalho é competente para determinar o recolhimento das contribuições fiscais. A competência da Justiça do Trabalho, quanto à execução das contribuições previdenciárias, limita-se às sentenças condenatórias em pecúnia que proferir e aos valores, objeto de acordo homologado, que integrem o salário-de-contribuição. (ex-OJ nº 141 - Inserida em 27.11.1998)”

10. DO ARTIGO 42 DA SUPER RECEITA E DA EMENDA Nº 03

a) Ocorre que o art. 42 da lei que criou a Super-Receita (Receita Federal do Brasil) introduziu alteração na redação do § único do art. 836 da CLT, acrescentando uma frase, ficando assim redigido:

“Serão executadas ex officio as contribuições sociais devidas em decorrência de decisão proferida pelos Juízes e Tribunais do Trabalho, resultantes de condenação ou homologação de acordo, inclusive sobre os salários pagos durante o período contratual reconhecido” (grifado está o acréscimo que é inconstitucional).

b) O texto foi inserido a partir de uma emenda e, em tese, politicamente (e não juridicamente) se justificava no pacote da Super-Receita em função da Emenda nº 03 (Projeto de Lei da Super-Receita (6.272-E de 2005), na medida que se vedava aos agentes da Receita (Receita e INSS) a desconsideração de pessoas jurídicas e a autuação como empregados enquanto não houvesse decisão transitada em julgado da Justiça do Trabalho, a fim de se evitar a decadência e a prescrição.

c) No entanto, a Emenda nº 03 foi objeto de veto pelo Presidente e está aguardando deliberação do Congresso a respeito da sua derrubada.

d) De qualquer forma, a inserção do novo texto é inconstitucional, ilegal, ilógica e atenta contra a natureza das coisas (restando impossível jurídica e faticamente), o que já responde a questão no sentido de que a execução da contribuição previdenciária de salários que não integraram o objeto do processo é inconstitucional, ilegal e injustificável, sob pena de ofensa à coisa julgada e caracterização de excesso de execução.

11. DA COISA JULGADA/COMPETÊNCIA – DO INCISO XXXVI DO ART. 5º, DO INCISO VIII DO ART. 114 DA C.F., DO INCISO I DO ART. 109 DA C.F. E O ARTIGO 42 DA SUPER RECEITA E DA EMENDA Nº 03

a) O inciso I do art. 109 da C.F., estabelece que compete à Justiça Federal processar e julgar:

“as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessada na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”

b) O inciso XXXVI do art. 5 da CF. reza a respeito da coisa julgada:

“A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada”

c) Já O Inciso VIII do art. 114 da C.F. dispõe que:

“execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no artigo 195, I, a, e II, e seus acréscimo legais, decorrentes das sentenças que proferir”

d) O inciso VIII do art. 114 da C.F. trata de sentença condenatória, até porque sentença declaratória, ontologicamente, não comporta execução.

Exatamente, nessa condição que reside a tese da imprescritibilidade da ação declaratória, posto que se situa no plano da existência e não da exigibilidade. Caso atuasse no plano da pretensão material, particularmente, de natureza patrimonial seria inexorável a incidência da regra prescricional.

Aliás, é o que dispõe expressamente o artigo 4º do CPC:

“O interesse do autor pode limitar-se à declaração: I – da existência ou inexistência da relação jurídica,...”

e) Como ensina Liebman:

“Função da condenação. Responde, pois, a uma exigência ao mesmo tempo de justiça e de lógica o princípio segundo o qual, em regra, só se pode fazer execução com fundamento em sentença condenatória...A lei não autoriza a execução com fundamento em sentença declaratória. Como toda e qualquer sentença, a declaratória declara e fixa definitivamente a regra jurídica concreta que regula a posição jurídica das partes. Mas ela não habilita qualquer atividade conseqüente destinada a efetivar o direito eventualmente reconhecido como existente. Pare esse efeito, é necessária a sentença condenatória.”⁵

A sentença declaratória, embora traga certeza do direito ou do modo de ser da relação jurídica como novidade, somente, opera no mundo jurídico (normativo);

⁵ Liebman, Enrico Túlio, Processo de Execução, SP, Saraiva, 1986, pg. 15.

não reprova, nem condena ninguém, nem sequer constitui título jurídico que possa dar ensejo a posterior ação executiva.

f) Ainda Liebman:

“Na condenação há alguma coisa a mais, acrescida à declaração que é constante nas sentenças. Esse segundo provimento que se segue à declaração e que o juiz não pode proferir se não tiver sido expressamente pedido, é a aplicação da sanção estabelecida para o ato ilícito cometido pela outra parte.”⁶

Dessa forma, a constituição do título executivo é o traço peculiar da sentença condenatória.

g) Por conseguinte, a determinação de execução sem condenação viola a própria coisa julgada que não a contém, e, por conseqüência, também, o inciso XXXVI do art. 5º da C.F. (“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”), bem como o inciso VIII do art. 114 da C.F. – que, igualmente, não a contém.

A competência da Justiça do Trabalho para cobrança e execução das contribuições previdenciárias limita-se às parcelas decorrentes das **sentenças** condenatória que proferir, entendimento contrário, também, viola o art. 109, inciso I, da Constituição Federal.

h) Em síntese, no caso de uma sentença declaratória - ou mesmo mandamental, no da obrigação de fazer de proceder ao registro na CTPS - , não é juridicamente possível se partir para execução de contribuição previdenciária na Justiça do Trabalho, uma vez que somente no caso de condenação de pagar é que se abre a competência para execução das contribuições previdenciárias a ela atreladas.

Assim, impossível se executar o que não se contém no título executivo.

Nesse sentido, o entendimento do TST:

“NÚMERO ÚNICO PROC: RR - 1208/1999-002-24-01 PUBLICAÇÃO: DJ - 18/02/2005 PROC. Nº TST-RR-1208/1999-002-24-01.4 C: ACÓRDÃO 1ª Turma COMPETÊNCIA MATERIAL. JUSTIÇA DO TRABALHO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. SALÁRIOS PAGOS. 1. Refoge à competência da Justiça do Trabalho a execução de contribuição previdenciária sobre parcelas de natureza salarial pagas no curso de contrato de emprego cuja existência haja sido declarada somente em juízo. 2. Malgrado a Constituição Federal (§ 3º do art. 114) não precise a natureza da **sentença que comporta execução de contribuição previdenciária pela Justiça do**

⁶ Liebman, Enrico Túlio, Manual, Vol. I, pg. 183.

Trabalho, inequívoco que isso somente é concebível de **sentença** condenatória, ou do equivalente acordo homologado contemplando pagamento de parcelas integrantes do salário de contribuição. É o que deflui da disposição legal expressa do art. 876, § único, da CLT, ao delimitar tal competência somente para a execução de créditos previdenciários resultantes de condenação ou homologação de acordo. 3. Robustece tal convicção o § 3º do art. 832 da CLT, acrescentado pela Lei nº 10.035/00, do qual se extrai igualmente que é a condenação à obrigação de pagar parcela de natureza salarial, ou acordo equivalente, o que rende ensejo à aplicação do § 3º do art. 114 da CF/88. 4. As contribuições previdenciárias devidas em virtude de vínculo empregatício reconhecido em juízo deverão ser apuradas e lançadas no âmbito administrativo pelo **INSS** e, se não quitadas no prazo estipulado para recolhimento, inscritas em dívida ativa e executadas na Justiça Federal (CF/88, art. 109, inc. I). 5. Afronta não caracterizada ao § 3º do art. 114 da CF/88. Recurso de revista do **INSS** não conhecido. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-1208/1999-002-24-01.4, em que é Recorrente INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - **INSS** e são Recorridos ANDERSON CALVES DE ÁVILA E PAULO HENRIQUE SABBAG PITOL e OUTRO. Irresignado com o v. acórdão proferido pelo Eg. Vigésimo Quarto Regional (fls. 67/70), interpõe recurso de revista o Instituto (fls. 74/84). O Eg. Tribunal Regional, ao julgar o recurso ordinário interposto pelo Instituto Recorrente, assim se posicionou: negou-lhe provimento, mantendo a r. **sentença** no tocante ao não reconhecimento de competência material da Justiça do Trabalho para executar contribuição previdenciária decorrente de verba salarial paga no curso do contrato de emprego, cujo vínculo foi reconhecido em juízo, com a determinação de anotação na CTPS. Insiste agora o Instituto Recorrente no acolhimento do recurso de revista quanto ao seguinte tema: competência material Justiça do Trabalho contribuição previdenciária - reconhecimento de vínculo empregatício - salários pagos. Admitido o recurso (fls. 85/86), não foram apresentadas contra-razões (fl. 88). É o relatório. 1. CONHECIMENTO Satisfeitos os pressupostos comuns de admissibilidade, examino os específicos do recurso de revista. 1.1. COMPETÊNCIA MATERIAL. JUSTIÇA DO TRABALHO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. SALÁRIOS PAGOS O Eg. Regional negou provimento ao recurso ordinário do Instituto. Recorrente, mantendo a r. **sentença** que não reconheceu a competência material da Justiça do Trabalho para executar contribuição previdenciária decorrente de verba salarial paga no curso do contrato de emprego, cujo vínculo foi reconhecido em juízo, com determinação de anotação na CTPS. Decidiu sob os seguintes fundamentos: Nos termos do art. 114, § 3º, da Constituição Federal, a competência desta Justiça para a cobrança e execução das contribuições previdenciárias limita-se às parcelas decorrentes das **sentenças** que proferir. No caso, as parcelas que foram pagas no curso do vínculo não estão incluídas no título executivo, o que afasta a competência desta Justiça para a execução das respectivas contribuições previdenciárias. Veja-se que o art. 832, § 3º, da CLT, com a redação dada pela Lei nº 10.035, de 25/10/2000, estabelece que as decisões cognitivas ou homologatórias deverão sempre indicar a natureza jurídica das parcelas constantes da condenação ou do

acordo homologado, inclusive o limite de responsabilidade de cada parte pelo recolhimento da contribuição previdenciária, se for o caso. No mesmo sentido dispõe o art. 876, parágrafo único, da CLT. Não há dúvida, portanto, que apenas as contribuições previdenciárias sobre as parcelas objeto da **sentença** ou do acordo homologado serão executadas nesta Justiça. Não havendo condenação ao pagamento de salários no período contratual, não há falar em execução, nesta Justiça, das contribuições previdenciárias sobre eles incidentes, que devem ser cobradas na forma estabelecida no art. 37 da Lei nº 8.212/91, e, posteriormente, através de ação própria perante a Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal. **Por outro lado, o reconhecimento do vínculo em juízo e a consequente determinação de anotação da CTPS não se constitui em lançamento do crédito previdenciário, já que, nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional, compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.** Portanto, compete ao agravante, na forma estabelecida nos artigos 33 e 37 da Lei nº 8.212/91, arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento daquelas contribuições (fls. 68/69). Nas razões do recurso de revista, o Instituto Recorrente alega que seria desta Justiça Especializada a competência material para promover de ofício a execução das contribuições previdenciárias, relativas ao período de vínculo empregatício reconhecido em **sentença** trabalhista, nos termos do art. 114, § 3º, da Constituição Federal. Argumenta que, por força da **sentença** trabalhista que reconheceu o liame empregatício entre as partes, com a determinação de anotação na CTPS, emergiria a competência material da Justiça do Trabalho para apurar e executar as contribuições previdenciárias, ainda que avença ou acordo não tenha premiado o reclamante com o pagamento de verbas salariais propriamente ditas em razão dessa anotação (fl. 77). Aduz, por fim, que o fato gerador das contribuições sociais apuradas em razão da mencionada anotação na CTPS teria ocorrido no passado, período no qual teria sido reconhecida a existência de vínculo empregatício, razão pela qual entende que a **sentença** trabalhista valeria como verdadeiro lançamento (fl. 78). Aponta violação ao art. 114, § 3º, da Constituição Federal e dissenso jurisprudencial, colacionando arestos para embate de teses (fls. 74/84). O recurso não merece conhecimento. O § 3º do art. 114 da CF/88 atribuiu genericamente à Justiça do Trabalho competência para executar a contribuição previdenciária concernente às **sentenças** que proferir, sem explicitar a natureza jurídica de tais **sentenças**. Contudo, o § 3º do art. 832 da CLT, acrescentado pela Lei nº 10.035/00, ao estatuir sobre os requisitos formais da **sentença** trabalhista, estabelece: § 3º. As decisões cognitivas ou homologatórias deverão sempre indicar a natureza jurídica das parcelas constantes da condenação ou do acordo homologado, inclusive o limite de responsabilidade de cada parte pelo recolhimento da contribuição previdenciária, se for o caso. Percebe-se daí claramente que, embora a lei ordinária também não seja explícita, somente a **sentença** condenatória a uma prestação pecuniária integrante

do salário de contribuição, ou a equivalente transação homologada que também contemple obrigação patronal de pagar parcela componente do salário de contribuição são suscetíveis, em tese, de ensejar a execução da correspondente contribuição previdenciária perante a Justiça do Trabalho. Importa dizer que, para o exercício da competência da Justiça do Trabalho em apreço, é necessário que haja pagamento de direitos sujeitos à incidência de contribuição previdenciária, tal como prescreve o art. 43 da Lei nº 8.212/91. Por conseguinte, no caso de **sentença** meramente **declaratória** da existência de vínculo empregatício entre as partes, sem a imposição de qualquer condenação pecuniária ao empregador, inquestionável que, em tese, são devidas contribuições previdenciárias incidentes sobre o salário de contribuição do tempo de serviço sem registro. Sucede que a questão aqui se cinge em saber se tais contribuições são exigíveis e mediante execução na Justiça do Trabalho. Entendo que não. **Em primeiro lugar, porque jamais se pode emprestar eficácia executiva a uma decisão meramente declaratória, entendendo-se como tal a que não impõe a outrem o cumprimento de uma prestação. Essa espécie de sentença resume-se a declarar (CPC, art. 4º) a existência ou a inexistência de uma relação jurídica. Logicamente tal sentença não se compadece, sequer em tese, com a idéia de cumprimento coativo de uma obrigação, até porque dela não resultam um credor e um devedor. Então, antes de tudo, para se cogitar de execução, carece a sentença meramente declaratória da condição de título executivo, como tal definido em lei. Em segundo lugar, malgrado a Constituição Federal não precise a natureza da sentença que comporta execução de contribuição previdenciária pela Justiça do Trabalho, como já ressaltado, revela-se inequívoco que isso somente é concebível de sentença condenatória, ou do equivalente acordo homologado contemplando pagamento de parcelas integrantes do salário de contribuição, como deflui da disposição legal expressa do art. 876, § único, da CLT, que reza: Parágrafo único. Serão executados ex officio os créditos previdenciários devidos em decorrência de decisão proferida pelos Juízes e Tribunais do Trabalho, resultantes de condenação ou homologação de acordo Poder-se-á objetar que, se se declara o vínculo **declaratória**. Sem dúvida. A **sentença** trabalhista contempla aí também uma carga condenatória, corroborando o acerto de PONTES DE MIRANDA ao afirmar que não existe **sentença** que ostente natureza pura. Entretanto, no caso, há uma condenação a uma obrigação de fazer, ou seja da **sentença** obviamente não decorre, de modo direto, pagamento algum de direitos sujeitos a incidência de contribuição previdenciária, tal como requer o art. 43 da Lei nº 8.212/91. Ora, o referido § 3º do art. 832 da CLT, acrescentado pela Lei nº 10.035/00, não dá margem a dúvidas quanto à natureza da condenação passível de gerar execução de contribuição previdenciária na Justiça do Trabalho. Somente a condenação à obrigação de pagar, teoricamente, rende ensejo à aplicação do § 3º do art. 114 da CF/88. Dessa forma, proferida **sentença** de natureza meramente **declaratória**, ou também condenatória a uma obrigação de fazer, refoge à competência da Justiça do Trabalho a execução de contribuição previdenciária. Em semelhante circunstância, cabe à Justiça do Trabalho, unicamente, na forma do**

art. 44 da Lei nº 8.212/91 (redação dada pela Lei nº 8.620, de 5.1.93), determinar a expedição de notificação ao Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, dando-lhe ciência dos termos da **sentença**, para que possa virtualmente promover o lançamento administrativo do débito, a notificação do devedor para pagamento e, se for o caso, a inscrição do débito em dívida ativa e subsequente cobrança na Justiça Federal, mediante execução de título extrajudicial regida pela Lei nº 6830/80, nos moldes preconizados pelo art. 109, inciso I, da Constituição Federal. À vista do exposto, não conheço do recurso de revista. ISTO POSTO ACORDAM os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, unanimemente, não conhecer do recurso de revista quanto ao tema competência material Justiça do Trabalho contribuição previdenciária - reconhecimento de vínculo empregatício - salários pagos. Brasília, 7 de dezembro de 2004. JOÃO ORESTE DALAZEN Ministro Relator”

III: PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA PRAZO E TERM0 INICIAL DE APLICAÇÃO

1. O ORDENAMENTO JURÍDICO E A TEORIA DUALISTA.

“Com o ocorrer concreto de fatos que se enquadram nos modelos instituídos pela lei com vis0 de abstração e generalidade (“*fattispecie*”) desencadeia-se, também concretamente, a consequência imposta (“*sanctio juris*”) e isso acontece diuturnamente na sociedade, automaticamente, sem a explícita declaração de direitos e obrigações, pelo juiz ou por quem quer seja. Direitos nascem, modificam-se e extinguem-se em número indeterminado na vida comum das pessoas. Jamais a escola unitarista logrou demonstrar o contrário.”⁷

A teoria dualista do ordenamento jurídico sustenta que são distintas as atividades legislativa e jurisdicional. Isto, a despeito de que o Estado através destas duas atividades exerça sua função jurídica.⁸

O plano do direito material, conforme a correta definição formulada por Dinamarco, é representado: “pelo conjunto de normas e princípios que atribuem bens da vida às pessoas, disciplinam condutas e ditam a organização da convivência social.”⁹

O plano do direito processual é traduzido pelo conjunto de princípios e normas que regulam o exercício da atividade jurisdicional pelo Estado. Melhor explicando, “a soma de atividades em cooperação e a soma de poderes, faculdades, sujeições e ônus que impulsionam essa atividade dá-se o nome de processo, chamando-se direito processual o complexo de normas e princípios que regem tal método de

⁷. Dinamarco, Cândido R., A Instrumentalidade do Processo, SP, RT,1987, pg 290.

⁸. Cfr. Dinamarco, *ibidem*, pg 16.

⁹. Dinamarco, Instrumentalidade..., pg 252.

trabalho.”¹⁰

É evidente que o direito subjetivo material nasce com a incidência automática da norma jurídica sobre a espécie fática por ela prevista. O cumprimento voluntário da prestação devida pelo obrigado, ou seja, o cumprimento da pretensão oriunda do direito subjetivo é prova mais do que suficiente de que o direito material opera num plano distinto e independente, apesar de coordenado, com o plano do direito processual. ¹¹

O entendimento de que o direito só existe quando surge a necessidade de constringer o obrigado a observá-lo através da jurisdição, deixa obscuro e sem significado a generalidade dos casos nos quais o direito atua (no plano material), justamente, porque foi, espontaneamente, observada a vontade da norma jurídica. O direito material, na generalidade dos casos, se impõe com respeito às pessoas físicas e jurídicas e molda a vida da sociedade naturalmente sem a necessidade da jurisdição. Na realidade, somente nos casos patológicos, onde ocorre a inobservância, ou resistência à aplicação natural da regra jurídica, é que se faz necessário recorrer ao direito de ação e a jurisdição. ¹²

O direito positivo revela uma tomada de posição na direção da tese dualista, na medida em que se incompatibiliza com a tese unitarista, ao rejeitar a teoria material da coisa julgada.

Os artigos 267, inciso V, 467, 471, 474 e 485, IV do CPC e o artigo 836 da CLT afirmam que a existência da coisa julgada impede qualquer novo julgamento da mesma lide. Essa postura do ordenamento jurídico aponta para a concepção segundo a qual a atividade jurisdicional é considerada num plano diverso da atividade legislativa ou do plano da produção de direito.

Dinamarco agudamente observa que se a coisa julgada criasse direito entre os demandantes, então o juiz do segundo processo deveria decidir o processo pelo mérito, em conformidade com a norma criada, uma vez que não seria concebível que uma norma concreta fosse criada com a finalidade de não ser aplicada. E esta inadequada posição estaria em frontal oposição ao que prescreve a lei (art. 267, inciso V, do CPC - e, acrescentamos, 836 da CLT).¹³

Outros preceitos que, também, indicam a opção do direito positivo pela tese dualista, por exemplo, o artigo 219 do CPC, que dá a citação a eficácia de constituir o devedor em mora, contando-se a partir de então os juros moratórios em favor do

¹⁰. Cintra, Dinamarco, Grinover, idem nº 19, pg 15.

¹¹. Miranda, Pontes, Tratado das Ações, Tomo I, ed. RT, 1970, pg 271. Pontes observa que a incidência da regra jurídica é automática no momento em que se tem de criar a relação jurídica ou a situação jurídica. E que é capital a distinção entre incidência e aplicação da lei. A aplicação pode se operar - como ocorre normalmente - no plano material, ou através da jurisdição quando não aplicada no plano primário do direito.

¹². Cfr. Calamandrei, Piero, Opere Giuridiche, Napoli, Morano Editore, 1970, pg 41..

¹³. Dinamarco, Fundamentos, pg 31.

autor.

A eficácia “*ex tunc*” das decisões judiciais, também, é um fator de confirmação da opção da tese dualista. Através desta eficácia possibilita-se que a sentença incida sobre a situação material pré-processual, ou seja, existente antes da instauração do processo¹⁴. Assim, a decisão judicial nada mais faz do que declarar e aplicar o direito material pré-existente ao processo.

2. DO PLANO MATERIAL: DA NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

A Constituição Federal trouxe, no bojo do Título VI (Da Tributação e do Orçamento) e mais especificamente no Capítulo I (Do Sistema Tributário Nacional), o art. 149, que determinou a competência da União para instituir as contribuições previdenciárias e fixou sua natureza tributária, dispondo:

“Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, §6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

Parágrafo único. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social”

Além da fundamentação de ordem formal, existem vários outros aspectos, de ordem material, que lastreiam a caracterização tributária das contribuições previdenciárias. A exemplo, cita-se o art. 3º do Código Tributário Nacional¹⁵, que traz a definição legal de tributo.

Sem dúvida que o tipo contribuição previdenciária satisfaz todos os requisitos materiais do gênero “tributo”. É ela uma prestação obrigatória, expressa em valor econômico, decorrente da lei, não constituindo sanção por cometimento de ato ilícito e cobrada mediante atividade vinculada da Administração Pública.

O fato de a contribuição previdenciária não ter o nome de tributo não lhe retira tal caráter, pois conforme determina o próprio CTN, no inciso I de seu artigo 4º¹⁶, a denominação é irrelevante para a caracterização do tributo.

¹⁴. Dinamarco, *idem*, pg 31.

¹⁵. Art. 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

¹⁶. Art. 4º. A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva

Nesta linha, GERALDO ATALIBA¹⁷ contemplou que “a designação contribuição parafiscal não retira a um tributo seu caráter tributário. Qualquer que seja o nome com que se batize, toda obrigação pecuniária *ex lege* em benefício de pessoa pública ou com finalidades de utilização é tributo e se submete ao chamado regime tributário: conjunto de princípios e normas constitucionais, que regulam a exigência coativa de prestações pecuniárias pelo Estado (...) importa ficar claro, inequívoco e inquestionável que a circunstância de um tributo ser batizado de “contribuição parafiscal” não implica necessariamente natureza específica de contribuição (art. 4º do CTN), nem permite que se posterguem as exigências constitucionais que disciplinam e limitam a tributação”.

A própria jurisprudência vem, pacificamente, ratificando a idéia de que as contribuições previdenciárias são tributos e, portanto, sujeitas às normas gerais de Direito Tributário.

3. O LANÇAMENTO COMO ATO DECLARATÓRIO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA E CONSTITUTIVO DO RESPECTIVO CRÉDITO – DO CTN E DA POSIÇÃO DA DOCTRINA

O universo da obrigação tributária é mais amplo que o do crédito tributário, pois este apenas surge no momento em que ingressa no campo mais restrito da Administração Pública.

Nos termos do artigo 139 do CTN, todo o crédito tributário decorre, necessariamente, de uma obrigação tributária, mas nem toda a obrigação tributária será, necessariamente, crédito tributário, pois se não houver o lançamento (por declaração, de ofício ou por homologação) ou se a obrigação tributária for atingida pelo instituto da decadência, não haverá direito de o Fisco constituí-lo.

Desta forma, valendo-nos da definição de IVES GANDRA DA SILVA MARTINS¹⁸, temos que o lançamento, tal como definido no artigo 142 do CTN, “*é um ato declaratório da obrigação tributária e constitutivo do crédito tributário, devendo ser executado, em sua tríplice modalidade, nos prazos definidos pela lei com eficácia de complementar, que é o CTN*”.

O lançamento é, portanto, ato final que reconhece a existência da obrigação tributária e constitui o respectivo crédito, vale dizer, cria, no universo administrativo, o direito à exigência da obrigação nascida, no mais das vezes, preteritamente.

obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:

l – a denominação e demais características formais adotadas pela lei

¹⁷. *Hipótese de incidência tributária*. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996

¹⁸. *Revista Dialética de Direito tributário* nº 140. Ed. Dialética, 2007.

4. O FATO GERADOR DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - SUA MATERIALIDADE: A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO

1. O CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

O artigo 114 do CTN estabelece que a obrigação tributária nasce com o fato gerador, *“definido em lei com a situação necessária e suficiente à sua ocorrência”*.

2. A LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA

Por sua vez, o artigo 22, inciso I da Lei nº 8.212, de 24 de janeiro de 1991, estabelece que:

*“a contribuição será de **“vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhes prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho,... quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços...”***

Dessa forma, a prestação do serviço, com os requisitos estabelecidos pelo artigo 3º da CLT é, por si, o fato gerador que origina o dever do empregador remunerar esta atividade.

Assim, é a prestação dos serviços pelo empregado o fato gerador do qual surge a obrigação de sua remuneração pelo empregador, ou seja, do pagamento da remuneração (seja, salário, horas extras, diferenças salariais, etc.).

Como a remuneração se torna devida com a prestação do trabalho, desde a ocorrência daquele fato jurídico (prestação) tem-se materializado o fato gerador da obrigação tributária.

3. DA DOUTRINA

Nicolau Konkel Júnior ensina que:

“o fato gerador da despesa é a simples utilização da mão-de-obra subordinada, independentemente da efetiva remuneração por parte do empregador. Desse modo, ainda que não seja efetivado o pagamento, a contribuição é devida”.¹⁹

4. DO PARECER/CJ/MPS 2.952/043

“Nesse sentido, é o Parecer/CJ/MPS 2.952/03, da Consultoria Jurídica

¹⁹. *Contribuições Sociais, Doutrina e Jurisprudência*. 1ª Ed. São Paulo. Quartier Latin, 2005.

do Ministério da Previdência, devidamente, aprovado pelo Ministro, o que lhe empresta caráter normativo, defende a idéia de que o fato gerador da contribuição previdenciária ocorre tanto com o pagamento, quanto com a prestação de serviços ou o efetivo trabalho realizado, ainda que assim considerado por ficção legal, pois, é a partir daí que surge para a empresa a obrigação ou o dever de remunerar o empregado. Esse é, também, registra o Parecer, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento proferido no Recurso Especial 221365/RS publicado no DJ., de 17.12.99, que trata do fato gerador da contribuição do empregado.²⁰

5. DA POSIÇÃO DO STJ

Neste ponto, merece destaque o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que, na qualidade de intérprete da legislação infraconstitucional, definiu o entendimento de que a prestação do serviço é o fato gerador da obrigação tributária das contribuições previdenciárias a cargo do empregador:

“TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCIDENTE SOBRE A REMUNERAÇÃO DOS EMPREGADOS. FATO GERADOR. PRAZO DE RECOLHIMENTO.

1. O fato gerador da contribuição previdenciária não é o efetivo pagamento dos salários, mas o fato de o empregador encontrar-se em débito para com seus empregados, por serviços prestados. 3. Recurso Especial desprovido. RESP 633807/SC; RECURSO ESPECIAL 2004/0030906-0.”

Ainda do STJ:

“CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE O PAGAMENTO DE SALÁRIOS. FATO GERADOR. DATA DO RECOLHIMENTO.

1. O fato gerador da contribuição previdenciária do empregado não é o efetivo pagamento da remuneração, mas a relação laboral existente entre o empregador e o obreiro.

...

3. As normas de natureza trabalhista e previdenciária revelam nítida compatibilidade, devendo o recolhimento da contribuição previdenciária ser efetuado a cada mês, após vencida a atividade laboral do período, independentemente da data do pagamento do salário do empregado...6. Recurso desprovido. RESP 419667 / RS; RECURSO ESPECIAL 2002/0028796-7”

Tanto é que, se por algum motivo o pagamento da remuneração não se

²⁰. O Fato Gerador da Contribuição Previdenciária e seus Aspectos, Kertzman, Ivan e Cyrino, Sinésio, Salvador, Podivm, 2007, pg. 23.

der no mês subsequente ao que foi prestado o trabalho, a contribuição previdenciária, ainda assim, será devida, pois com a prestação do serviço encerra com perfeição a materialidade da hipótese de incidência tributária das contribuições sociais, necessária e suficiente à incidência da norma jurídica que determina - a partir de então - o dever do empregador de recolher a contribuição previdenciária.

6. DA POSIÇÃO DO TST

Como bem asseverou o Ministro do C.TST., João Oreste Dalazen:

“Há respeitáveis julgados sustentando que, reconhecida a existência da relação de emprego, tocaria à Justiça do Trabalho competência para executar o empregador pelas contribuições previdenciárias cabíveis, quer referentes às parcelas objeto da condenação, quer também no tocante àquelas resultantes da remuneração paga ao trabalhador durante todo o interregno do contrato informal.

(...)

Lastimo não comungar desse entendimento.

Não me parece convincente o argumento de que a Justiça do Trabalho, ao pronunciar a existência de uma relação de emprego, realiza a constituição do crédito tributário das contribuições sociais que deveriam ser recolhidas, oriundos do fato gerador ‘vínculo empregatício’ informal.

A meu juízo, a sentença declaratória do vínculo não cria a obrigação tributária e nem é fato gerador da incidência de contribuição previdenciária, pois a relação de emprego preexistia à sentença. A sentença tão-somente declara uma relação jurídica preexistente.

Em verdade, o que havia antes da sentença era a qualificação jurídica errônea dos fatos pelo demandado, fatos esses que, se houvesse cumprimento da legislação, provocariam a incidência de contribuição previdenciária mediante auto-lançamento.

(...)

A rigor, as contribuições previdenciárias pretéritas do período de vínculo empregatício informal mostravam-se devidas e já estavam constituídas independentemente da sentença declaratória: está claro que antes da sentença declaratória havia pagamento de salário decorrente da prestação de serviços, o que deveria gerar o recolhimento da contribuição previdenciária, na forma da lei. Se isso não se deu, a questão situa-se no âmbito da fiscalização do recolhimento, tarefa afeta ao titular do crédito tributário.

De modo que a formação do crédito tributário referente à contribuição previdenciária não decorre do efeito acessório do capítulo declaratório da sentença”²¹

²¹. Revista LTr-67-04/406-407, citado pela Juíza Relatora Gisane Barbosa de Araújo, da Terceira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região – Recife/PE

7. DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, DA MATERIALIDADE E DO PRAZO PARA LANÇAMENTO SOB PENA DE DECADÊNCIA

Caso a Administração Pública competente para efetuar o lançamento, por inércia ou qualquer outro motivo, não exercer, no plano material, o dever de lançar nos prazos definidos pelo CTN e, assim, constituir o crédito tributário, sua inércia será punida com o advento do instituto da decadência.

Destaque-se que isso independe da existência de processo judicial, uma vez que a fiscalização e o lançamento não estão condicionados ao prévio encerramento de processo judicial declaratório ou condenatório.

Aliás, tanto é que o Projeto da Emenda nº 03 era exatamente no sentido de não se permitir a fiscalização antes do trânsito em julgado de processo judicial prévio.

Tal medida objetiva exclusivamente oferecer um prazo suficiente para o exercício do dever impositivo fiscalizatório, de um lado, e razoável para que não se prolongue ao infinito, como medida de segurança das relações jurídicas estabelecidas entre Fisco e contribuintes.

8. DECADÊNCIA DA PRETENSÃO EXECUTIVA DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS RELATIVAS A QUOTA PATRONAL

8.1. OBJEÇÃO MATERIAL

Como esclarece Kazuo Watanabe:

“A exceção é um verdadeiro contradireito do réu, que ele exercita com vistas a elidir as conseqüências jurídicas pretendidas pelo autor; a objeção é um fato que obsta, de modo absoluto, a concessão da tutela pretendida pelo autor e prescinde para que isso ocorra, de qualquer manifestação de vontade do obrigado.”^{22[33]}

Ainda informa Kazuo Watanabe, citando Calmon de Passos:

“O motivo dessa distinção está em certos fatos extintivos ou impeditivos, mesmo desconsiderados pelo juiz no momento da sentença, embora provados nos autos, não fazem configurar uma ‘sentença injusta’ no sentido que inova contra o direito. Outros há todavia, que se não considerados conduzem à sentença injusta por ‘inovar contra o direito’. No primeiro caso, estamos diante de uma exceção...No segundo, o que se tem é uma objeção, devendo os fatos ser considerados pelo juiz independentemente de provação do interessado. Cita como

²². Watanabe, Kazuo, Da Cognição no Processo Civil, SP, RT, 1987, pg. 81/82.

exemplo de exceção a compensação e como exemplo de objeção o pagamento. Enquanto aquela enseja ação direta para cobrança do crédito, o que impede a configuração da injustiça, a não consideração do pagamento ao invés, conduz a injustiça, por atribuir ao autor um direito que não mais lhe assiste.”^{23[34]}

8.2. A DECADÊNCIA COMO OBJEÇÃO MATERIAL

Na lição de Câmara Leal:

“A decadência é “a queda ou o perecimento do direito pelo decurso do prazo fixado ao seu exercício, sem que seu titular o tivesse exercido.”^{24[35]}

A decadência é um fato extintivo, no sentido de negar a existência e extinguir o próprio direito não exercido tempestivamente.

Por isso, a decadência é uma objeção material, uma vez que é um fato que obsta, de modo absoluto, a concessão da tutela pretendida pelo autor e prescinde para que isso ocorra, de qualquer manifestação de vontade do obrigado.

“A decadência não se suspende, nem se interrompe e só é impedida pelo exercício do direito a ela sujeito, a prescrição pode ser suspensa ou interrompida por causas preclusivas previstas pela lei.”²⁵

8.3. A DECADÊNCIA COMO OBJEÇÃO DE DIREITO MATERIAL RECONHECIDA NO PLANO DO PROCESSO E A CONSEQUÊNCIA JURÍDICA DA DECADÊNCIA – NO PLANO MATERIAL E NO PLANO PROCESSUAL

A decadência em se tratando de exercício de direito material é fato extintivo do direito material.

Portanto, a decadência é objeção substancial.

A decadência extingue o direito, a prescrição não. A prescrição apenas encobre a exigibilidade do direito que permanece íntegro.

Como a decadência extingue o direito, sendo, assim, o seu não reconhecimento representa inovação contra o direito, uma vez que, em tal situação, estar-se-á atribuindo ao autor um direito que ele não tem.

Por isso, o adimplemento no caso de direito prescrito é irrepetível, já o pagamento após a decadência inova contra o direito – que já restou extinto –, por isso, é passível de repetição.

²³. Watanabe, op. cit., pg. 82

²⁴. Leal, Antônio Luis da Câmara, “Da Prescrição e da Decadência”, RJ, Forense, 1982, pg 99

²⁵. Leal, Antônio..., idem, pg. 115

9. PRAZO DECADENCIAL PARA A CONSTITUIÇÃO E EXECUÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS – ARTIGOS 146 E 149 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ARTIGO 173 DO CTN

9.1. DO PRAZO CONSTITUCIONAL PARA EXECUÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS NA HIPÓTESE DE APLICAÇÃO DA REGRA DO INCISO XXIX DO ART. 7º DA C.F.

Dispõe o inciso XXIX do art. 7º da C.F.:

“ação quanto a créditos resultantes de relação de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato.”

9.2. DO PRAZO DECADENCIAL DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL E AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS – ARTIGOS 146 E 149 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ARTIGO 173 DO CTN

A decadência, assim como a prescrição, é forma de punir a inércia e gerar segurança jurídica. No Direito Tributário, a decadência tem por efeito a extinção do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário pelo lançamento.

Nas palavras de IVES GANDRA DA SILVA MARTIS^{26[37]} “*decadência e prescrição punem a desídia, a imperícia, a negligência, a omissão da Administração Pública e garantem a segurança jurídica, dando estabilidade àquelas relações já constituídas, após determinado prazo, de que não poderão mais ser alteradas*”.

Acerca da decadência, o Código Tributário Nacional, instituído pela Lei 5.172/66, estabelece a regra geral prevista em seu artigo 173:

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”

Fixa, também, a regra específica para os tributos sujeitos ao lançamento por homologação, prevista no §4º do artigo 150:

“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da

²⁶. *Idem*, p. 51

autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”

9.3. DO PRAZO DECADENCIAL DA LEI DA SEGURIDADE SOCIAL E AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

A lei previdenciária 8.212/91 determina:

“Art. 45. O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído”

9.4. DA APLICABILIDADE DO PRAZO DECADENCIAL DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL – TAMBÉM NA ESFERA TRABALHISTA – POR CONTA DOS ARTIGOS 146 E 149 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

a) As regras contidas no CTN e na Lei 8.212/91 são semelhantes, com diferença única relativamente ao prazo. A lei previdenciária fixa o prazo decadencial do direito de o INSS constituir seu crédito tributário em 10 anos, ao passo que o CTN fixa este prazo em cinco anos.

b) Trata-se de conflito aparente, solucionado a partir do texto constitucional.

Com efeito, a Constituição Federal, no art. 149, ao lançar previsão de instituição de contribuições previdenciárias, teve a preocupação de fazer remissão ao seu art. 146, III, b:

“Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...)

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários”

c) Assim, em obediência à Constituição, somente lei complementar pode dispor sobre o instituto da decadência em matéria tributária, indubitavelmente

aplicável às contribuições previdenciárias, sobretudo em virtude do disposto pelos arts. 146 e 149 da C.F..

Desnecessário, também, lembrar que o sistema tributário, para garantia do cidadão, é um sistema de observância estrita ao princípio da legalidade e das ações típicas não admitindo analogia ou interpretação de exceção, especialmente em prejuízo do contribuinte.

d) O caráter de lei complementar que possui o CTN é muito bem explicado por Carlos Valder do Nascimento²⁷:

“embora tenha seguido o processo legislativo ordinário, a Lei 5.172/66 tem a característica de lei complementar, uma vez que, com o advento da Constituição Federal de 1967, o ‘sistema tributário’, que na égide da Constituição de 1946 e EC 18/65 poderia ter as normas gerais veiculadas por lei ordinária, necessitava com a nova Carta de lei complementar para discipliná-la, nos termos do art. 18, §1º, da Emenda Constitucional 01/69 (...) Como na época em que foi publicada a Lei 5.172/66 não havia a modalidade normativa de lei complementar, bem como pelo fato de a Constituição Federal de 1946 exigir apenas a via ordinária para a veiculação da matéria explicitada no CTN, a lei em comento foi recepcionada pela ordem constitucional advinda de 1967, passando a mesma, a qual versava sobre os temas elencados no art. 18 da EC 01/69, a adquirir ‘eficácia de lei complementar’, embora aprovada pelo processo legislativo ordinário (...) Através do princípio da recepção, todas as normas jurídicas em vigência anteriores a um ordenamento constitucional e que não entrem em conflito com este último, são absorvidas pelo sistema jurídico, permanecendo em vigor. Tal foi o caso da Lei 5.172/66. No aspecto material, foi ela incorporada à nova ordem constitucional, visto que não houve revogação expressa nem contrariedade etimológica entre a CF de 1967 e o CTN. No aspecto formal, como a Constituição Federal de 1967 exigia que a matéria tributária, em se tratando de ‘normas gerais, conflitos de competência e limitações ao poder tributante’ fosse de natureza complementar, o CTN, diploma que versava sobre tais assuntos, embora fosse lei ordinária, passou a ter ‘eficácia de lei complementar’ por força do princípio da recepção”.

e) Eis porque, sendo o CTN norma complementar materialmente competente para estabelecer normas gerais em matéria tributária, o prazo decadencial fixado em seus artigos 173, I e 150, §4º deve ser adotado no cálculo do lapso decadencial, e não aquele de dez anos, estabelecido pela Lei Ordinária nº 8.212/91, sob pena de ofensa aos artigos 146 e 149 da C.F.

f) O extinto Tribunal Federal de Recursos, antes da promulgação da Lei 8.212/91, chegou a lavrar a súmula 108 com o seguinte teor: *“a constituição do*

²⁷. *Comentários ao código tributário nacional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998

crédito previdenciário está sujeita ao prazo de decadência de 5 (cinco) anos". Ademais, a súmula 219 do mesmo Tribunal preconizava: *"Não havendo antecipação do pagamento, o direito de constituir o crédito previdenciário extingue-se decorridos 5 (cinco) anos do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorreu o fato gerador"*.

Esse posicionamento, também, já foi adotado pelo C. TST:

“NÚMERO ÚNICO PROC: RR - 1299/2004-002-24-40

PUBLICAÇÃO: DJ - 03/08/2007 PROC. Nº TST-RR-1299/2004-002-24-40.8 C: ACÓRDÃO (3ª TURMA) RECURSO DE REVISTA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PRAZO DECADENCIAL. O artigo 146 da Constituição Federal reserva à lei complementar a disciplina da matéria atinente à prescrição e **decadência** de créditos tributários. Nesse sentido, a norma prevista no caput do artigo 45 da Lei nº 8.212/91 - que estabelece o prazo decadencial de dez anos para a constituição do crédito relativo às contribuições previdenciárias - revela-se inconstitucional pois regula matéria reservada constitucionalmente à lei complementar. Aplicável, por conseguinte, o prazo quinquenal previsto no artigo 173 do CTN. Recurso não conhecido. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-1299/2004-002-24-40.8, em que é Recorrente INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL **INSS** e são Recorridos FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES EM EDUCAÇÃO DO MATO GROSSO DO SUL E MAGNO MARIA DE IRLANDES. O Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, às fls.63-67, negou provimento ao recurso ordinário do **INSS**. A Autarquia interpõe recurso de revista às fls.89-99, admitido pelo Despacho de fls.101-103. Sem contra-razões. O Ministério Público do Trabalho manifestou-se pelo conhecimento e provimento parcial do recurso (fls.107-109). RA 874/2002. É o relatório. **V O T O 1 – CONHECIMENTO** Pressupostos gerais de admissibilidade do recurso de revista atendidos. 1.1 **CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PRAZO DECADENCIAL** O Regional manteve a decisão que pronunciou a **decadência** dos créditos previdenciários anteriores a 1999, consignando que o caput do artigo 45 da Lei 8.212/91 é inconstitucional por invadir área reservada à lei complementar, nos seguintes termos: **O juízo deferiu parcelas durante todo o período requerido na inicial (reclamada revel e confessa), de 27.12.1984 a 02.04.2004, restringindo os recolhimentos previdenciários ao período de 1999 a 2004 ante a ocorrência da decadência (art. 173 do CTN).** O **INSS** requer a incidência do art. 45 da Lei n. 8.212/1991. Não lhe assiste razão. Com efeito, estabelece o art. 146 da Constituição Federal: Portanto, a Constituição Federal regra que somente mediante lei complementar podem ser reguladas normas gerais em matéria de legislação tributária, incluídos os temas obrigação, lançamento, crédito, prescrição e **decadência** tributários. A aludida norma constitucional preserva o sistema federativo, definindo que matérias relevantes para o Estado somente sejam tratadas por lei que apresente um quorum qualificado. Nesse sentido, inequívoca a

ofensa ao referido dispositivo constitucional quando a norma que versar sobre **decadência** não for lei complementar. In casu, a Lei n. 8.212/1991 trata-se de lei ordinária e não de lei complementar, razão pela qual, por conseguinte, não poderia reger acerca da **decadência**. Ora, havendo expressa determinação constitucional de que somente a lei complementar pode regular as hipóteses supracitadas, revela-se inconstitucional o dispositivo que as disciplina inserido em lei que não possui tal natureza. Pelo exposto, declaro incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n. 8.212/1991 em razão de afronta formal ao art. 146 da Constituição Federal. Por corolário, prevalece, para análise da **decadência**, o disposto no art. 173 do Código Tributário Nacional, o qual detém status de lei complementar, recepcionado pela Constituição Federal, linha de entendimento adotada na sentença para pronunciar a **decadência** parcial, pelo que a mantenho, negando provimento ao recurso. Nego provimento (fls.80-81). O **INSS** propugna pela aplicação do prazo decadencial de dez anos para constituição dos créditos previdenciários e que sejam reconhecidas como devidas as contribuições sociais de todo o período do reconhecimento da relação de emprego. Alega, ainda, que, independentemente do CTN ou da Lei nº 8.212/91, o prazo não teria se operado porquanto a contagem de seu início teria sido o primeiro dia do exercício seguinte ao da sentença declaratória. Aponta violação aos artigos 45 da Lei 8.212/91 e 173, inciso I, c/c § 4º, parte final, do artigo 150 do CTN. Com efeito, não há como se afastar a inconstitucionalidade declarada pelo Juízo a quo, porquanto o artigo 146 da Constituição Federal reserva à lei complementar a disciplina da matéria atinente à prescrição e **decadência** de créditos tributários, nos seguintes termos:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...)

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários.

Nesse sentido, a norma prevista no caput do artigo 45 da Lei nº 8.212/91 - que estabelece o prazo decadencial de dez anos para a constituição do crédito relativo às contribuições previdenciárias - revela-se inconstitucional pois regula matéria reservada constitucionalmente à lei complementar.

É esta a diretriz de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (RE 534856-PR, DJ 22/03/2007, RE 456750-SC, DJ 13/02/2007, Relator Ministro Eros Grau) e do STJ.

O STJ também tem consolidado a tese de que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento

poderia ter sido efetuado (Resp 761908/SC, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 18/12/2006). Neste sentido, aplicável o prazo quinquenal previsto no artigo 173 do CTN. No que concerne à insurgência recursal pela aplicabilidade dos artigos 150, § 4º, e 173, inciso I, do CTN, o conhecimento do recurso encontra obstáculo na Súmula 297, eis que não há manifestação expressa do Regional quanto ao regime de lançamento das contribuições sociais ou ao marco inicial para a contagem do prazo decadencial. Não conheço. ISTO POSTO ACORDAM os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do recurso. **Brasília, 23 de maio de 2007. CARLOS ALBERTO REIS DE PAULA Relator Ciente: Representante do Ministério Público”**

g) Ora, se a Constituição determina que a decadência tributária deve ser prevista em lei complementar, não tem validade a lei ordinária que estabelece prazo decadencial diverso daquele estabelecido no Código Tributário Nacional.

h) Assim, uma vez consumado o fato gerador da obrigação tributária com a prestação de serviços pelo empregado ao empregador em caráter subordinado, independentemente da qualificação jurídica que este venha lhe dar, a Administração Previdenciária gozará do prazo de cinco anos para constituir o crédito tributário, contados da ocorrência do fato gerador²⁸, isto é, da efetiva prestação, sob pena de, não o fazendo, perder o direito ao respectivo crédito pela decadência.

i) Destaque-se que, mesmo admitindo que a mera citação de uma execução fiscal (previdenciária) na esfera trabalhista – já que nem processo de conhecimento com tal pretensão e nem sentença trabalhista condenando ao pagamento da quota patronal do INSS houve - pudesse suprir a ausência do lançamento pela Autoridade Administrativa e, com isso, declare a existência de uma obrigação tributária, a respectiva constituição do crédito, conseqüente desta obrigação, não pode escapar à análise de eventuais causas impeditivas da constituição de seu crédito, tal como o instituto da decadência.

De fato, dispõe o art. 219 do CPC:

“A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa , ainda, quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.”

Com a citação executiva – da reclamada - ordenada pelo juízo

²⁸. O *dies a quo* para contagem do prazo de cinco anos que fazem decair o direito de crédito do INSS em decorrência da preclusão do ato jurídico do lançamento, nos casos de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, desde que haja pagamento, ainda que insuficiente para satisfação do crédito tributário, é o da ocorrência do fato gerador da correspondente obrigação, a teor do § 4º, do artigo 150 do CTN.

trabalhista levada a efeito é inaugurado um processo executivo, muito embora sem título condenatório em razão da curial inexistência de outro processo de conhecimento a ele anterior.

Ressalte-se que, no caso, nem ao menos existiu a ação de conhecimento.

De fato, repita-se, verifica-se da leitura da prefacial, não há pedido no sentido de que a empresa reclamada, ora executada, pague crédito previdenciário, ou a quota patronal incidente sobre o crédito trabalhista.

Aliás, nem poderia haver tal pretensão, uma vez que o INSS não fez parte do processo de conhecimento.

E, também, não há condenação da reclamada para o pagamento da quota patronal do INSS na res judicata trabalhista.

Insista-se, no comando condenatório da decisão trabalhista não há nenhuma referência sobre a quota patronal, ou seja, inexistente título ou condenação da empresa para pagamento de quota patronal previdenciária.

j) Desta feita, se houver o decurso do prazo de cinco anos entre o fato gerador da obrigação tributária e a citação em sede de execução trabalhista (primeira oportunidade em que se lançou a pretensão ao recolhimento referente às contribuições devidas pelo empregado e, mais e especialmente – já que não há referência no título condenatório - , pelo pagamento da quota patronal do INSS contra a empresa, quer seja em esfera administrativa – que não houve – ou judicial (posto que não houve ação de conhecimento e sentença no sentido da condenação patronal no tocante ao crédito do INSS), a constituição do respectivo crédito restará prejudicada pela decadência, de forma que, não obstante haja o reconhecimento da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, o INSS não terá direito a este crédito, por força da segurança jurídica que deve nortear as relações entre este e os contribuintes.

10. DA DECADÊNCIA PELO PRAZO DO CTN OU PELO PRAZO DA LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA OU DA C.F. SOB PENA DE EM AFRONTA AO SISTEMA SE CRIAR UMA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA QUASE IMPRESCRITÍVEL

10.1. DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, DA MATERIALIDADE (PRESTAÇÃO DE SERVIÇO) E DO PRAZO PARA LANÇAMENTO E DA SUA DECADÊNCIA NO CASO CONCRETO RELATIVAMENTE A INCIDÊNCIA DA QUOTA PATRONAL SOBRE FATO GERADOR OCORRIDO ENTRE DEZEMBRO DE 1993 E MARÇO DE 1997

a) Como já se viu: “o fato gerador da despesa é a simples utilização da mão-de-obra subordinada, independentemente da efetiva remuneração por parte do empregador. Desse modo, ainda que não seja efetivado o pagamento, a contribuição é devida”.²⁹

b) “Nesse sentido, é o Parecer/CJ/MPS 2.952/03, da Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência, devidamente, aprovado pelo Ministro, o que lhe empresta caráter normativo, defende a idéia de que o fato gerador da contribuição previdenciária ocorre tanto com o pagamento, quanto com a prestação de serviços ou o efetivo trabalho realizado, ainda que assim considerado por ficção legal, pois, é a partir daí que surge para a empresa a obrigação ou o dever de remunerar o empregado.

c) Esse é, também, registra o Parecer, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento proferido no Recurso Especial 221365/RS publicado no DJ., de 17.12.99, que trata do fato gerador da contribuição do empregado.”³⁰

d) E, realmente, como já se viu, esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

e) Tanto é que, repita-se, se por algum motivo o pagamento da remuneração não se der no mês subsequente ao que foi prestado o trabalho, a contribuição previdenciária, ainda assim, será devida, pois com a prestação do serviço encerra com perfeição a materialidade da hipótese de incidência tributária das contribuições sociais, necessária e suficiente à incidência da norma jurídica que determina - a partir de então - o dever do empregador de recolher a contribuição previdenciária.

f) Caso a Administração Pública competente tenha deixado de efetuar o lançamento, por inércia ou qualquer outro motivo, não exerceu o dever de lançar nos prazos definidos pelo CTN e, assim, constituir o crédito tributário, o que caberia e poderia fazer independentemente da presente reclamação trabalhista.

De forma que sua inércia deverá ser punida com o advento do instituto da decadência.

Nesse sentido, com a concordância do Parecer do Ministério Público do Trabalho, o entendimento do E. TRIBUNAL TRABALHO DA

²⁹ *Contribuições Sociais, Doutrina e Jurisprudência*. 1ª Ed. São Paulo. Quartier Latin, 2005.

³⁰ *O Fato Gerador da Contribuição Previdenciária e seus Aspectos*, Kertzman, Ivan e Cyrino, Sinésio, Salvador, Podivm, 2007, pg. 23.

13ª REGIÃO:

“ACÓRDÃO 86939 PROC. N° 01389.1991.010.13.00-3 AGRAVO DE PETIÇÃO AGRAVANTE: FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE - FUNASA AGRAVADOS: ELIENE CARDOSO DE FREITAS E INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL EMENTA: CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DECADÊNCIA. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. **A partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que houver ocorrido a prestação de serviço (fato gerador), começa a fluir o prazo decadencial para a constituição do crédito previdenciário mediante lançamento pela autoridade administrativa (em caso de fiscalização direta) ou judicial (no caso de reclamação trabalhista). Na espécie, observa-se que a cobrança da contribuição social restou alcançada pelo instituto da decadência, eis que transcorridos mais de dez anos entre a efetiva realização do trabalho e a constituição do respectivo crédito tributário. Em tal contexto, afigura-se inviável o prosseguimento da execução intentada pelo Órgão Previdenciário.** Agravo de Petição provido. “Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo de Petição oriundos da Vara do Trabalho de Guarabira/PB, sendo partes FUNASA - FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE e ELIENE CARDOSO DE FREITAS, agravante e agravada, respectivamente. A agravante apresentou impugnação aos cálculos (fls. 258/261), sustentando que o art. 100, § 4º, da Constituição Federal, com as modificações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 37, veda expressamente a expedição de precatório complementar. Por outro lado, argumentou ser indevida a cobrança de juros de mora de 1 % ao mês, em razão de que não houve retardamento, por culpa da fazenda pública, da quitação do débito. Em decisão às fls. 272, o Juízo de 1º grau acolheu parcialmente a impugnação no sentido de limitar os juros de mora a 0,5% ao mês. Considerando que não houve embargos em relação à contribuição previdenciária, determinou o prosseguimento da execução, neste particular. Inconformada com a decisão, a reclamada agrava de petição (fls. 276/286), suscitando inicialmente prejudicial de decadência em relação à contribuição previdenciária. Argumenta que é indevido o recolhimento previdenciário em se tratando de servidor público regido pela Lei nº 8.112/90, que, na hipótese 1- é detentor de regime próprio de previdência. Assevera que a contribuição da União não pode exceder o dobro da contribuição do segurado, conforme dispõe o art. 2º da Lei nº 9.717/98. Por outro lado, assegura que o valor correto da execução previdenciária corresponde a R\$ 639,94 e não R\$ 1.142,99. Em razão da aplicação do art. 396 do Código Civil, alega que são indevidos os juros de 0,5% ao mês. Por fim, sustenta a ocorrência de capitalização de juros. PROC. N° 01389.1991.010.13.00-3 A exequente não apresentou contra-razões (fls. 313). Acatando sugestão do Ministério Público do Trabalho, foi determinada a reatuação do feito para incluir como agravado o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, bem assim proceder à notificação

da referida autarquia para apresentar contraminuta ao agravo de petição interposto pela executada. Contra-razões do INSS às fls. 324/325. O Ministério Público do Trabalho, às fls. 328/330, em parecer da lavra do Exmo. Procurador José Caetano dos Santos Filho, opina pelo “conhecimento e provimento do agravo, declarando a decadência do direito de constituição do crédito previdenciário e a inexistência de saldo remanescente em relação ao crédito da reclamante, extinguir a presente execução.” É o relatório, aprovado em sessão. VOTO Conheço do agravo de petição, eis que observados os pressupostos legais de admissibilidade. Pretende a agravante a reforma da decisão de primeiro grau, à fl. 272, que acolheu, parcialmente, a impugnação aos cálculos às fls. 258/261. Centra a sua irrisignação em dois aspectos básicos: questiona a execução das contribuições previdenciárias e alega a impossibilidade de incidência de juros de mora sobre precatório complementar por ofensa ao art. 100, § 1º, da Constituição Federal. Quanto à insurgência voltada para as contribuições previdenciárias, é oportuno registrar que, citada para pagar ou oferecer embargos em 27.06.2002 (fls. 235/236), a executada não apresentou qualquer inconformismo. Portanto, deixou transcorrer in albis o prazo legal para impugnação dos valores decorrentes da execução do crédito previdenciário, conforme se observa nos autos (fl. 237). Ressalte-se, ainda, que somente em 22.03.2005 (fl. 276), em sede de agravo de petição, a demandada se insurgiu sobre a matéria. Dessa forma, preclusa a oportunidade para a agravante questionar a execução dos créditos previdenciários. PROC. Nº 01389.1991.010.13.00-3 Todavia, não obstante o reconhecimento de que para a executada, em relação as contribuições previdenciárias, operaram-se os efeitos da preclusão, porém, **no tocante à decadência do direito ao crédito previdenciário - aspecto também abordado nas razões do agravo -, poderá o Juiz, ex officio, suscitar tal questão, eis que se trata de matéria de ordem pública, providência que ora se faz.** Em harmonia com o ponto de vista já externado em vários outros julgamentos, entendo que **o fato gerador da obrigação previdenciária é determinado e materializado mediante a prestação de serviço, uma vez que é a partir deste evento que surge o direito ao salário. Com efeito, nos termos do art. 45, inciso I, da Lei 8.212/91, é a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que for realizado o trabalho que começa a correr o prazo decadencial para a constituição do crédito previdenciário através do lançamento pela autoridade administrativa (em caso de fiscalização direta) ou judicial (no caso de reclamação trabalhista).** Na espécie, as parcelas trabalhistas que constituíram objeto da execução entre o empregador e a empregada, definidas na sentença de fls. 128/134, dizem respeito à prestação laboral ocorrida no período de 1990 a 1991 (cálculos originários às fls. 184/185), enquanto que a apuração das contribuições previdenciárias data de 17 de abril de 2002, com homologação no dia 23 subsequente (fls. 228/229). Constata-se, assim, que, entre o fato gerador (prestação laboral) e a

constituição do crédito tributário transcorreram mais de dez anos, sendo inelutável, portanto, o reconhecimento da decadência do direito da Seguridade Social à citada contribuição, “seja pelo prazo prescricional quinquenal previsto no CTN (art. 173), seja pelo decenal do art. 45 da Lei nº 8.212/91”, como bem observado pelo Parquet. Portanto, em conformidade com o parecer do Ministério Público do Trabalho, não vejo como dar seguimento à execução, flagrantemente alcançada pelo instituto da decadência. Com relação ao crédito trabalhista, entendo assistir razão à agravante. Entendo que a hipótese sequer comporta discussão acerca da incidência ou não de juros de mora, pela simples razão de que, como observado pelo representante do Ministério Público do Trabalho, a executada procedeu ao pagamento do valor remanescente devidamente atualizado. Basta ver que, após o primeiro pagamento, ocorrido em 11 de setembro de 2001, e não em dezembro (como consta dos cálculos à fl. 226 e do despacho à fl. 272), a Seção de Cálculos deste Tribunal apurou o saldo remanescente (fl. 251), o qual importou em R\$ 5.787,95 (atualizado até 01/09/2003). No dia seguinte, ou seja, 02 de setembro de 2003, essa importância foi disponibilizada mediante depósito bancário para a exequente, conforme indicam os documentos de fls. 253/255. Portanto, também prosperam os argumentos da executada no sentido de que a execução deve ser extinta com relação ao crédito trabalhista, conforme inciso I, art. 794, do Código de Processo Civil, de aplicação supletiva ao Processo do Trabalho, ante a sua completa satisfação. Com esses fundamentos, em consonância com o parecer do Ministério Público do Trabalho (fls. 328/330), conheço do Agravo de Petição e **dou-lhe provimento para declarar, de ofício, a decadência do direito de constituição do crédito previdenciário e, reconhecendo a inexistência de saldo remanescente em favor da reclamante, extinguir a execução que se processa nestes autos, nos termos do inciso I, art. 794, do Código de Processo Civil.** ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, com a presença da Representante da Procuradoria Regional do Trabalho, Exma. Sra. Ora. Maria Edlene Costa Uns, por maioria, dar provimento ao Agravo de Petição para declarar, de ofício, a decadência do direito de constituição do crédito previdenciário e, reconhecendo a inexistência de saldo remanescente em favor da reclamante, extinguir a execução que se processa nestes autos, nos termos do inciso I, art. 794, do Código de Processo Civil, vencido o Exmo. Sr. Juiz Relator, que lhe negava provimento.” (Acórdão juntado em inteiro teor) João Pessoa, 21 de fevereiro de 2006. FRANCISCO DE ASSIS CARVALHO E SILVA Juiz Revisor designado para redigir o Acórdão Publicado no DJPB no dia 31.03.2006 CIENTE EM MARIA EDLENE COSTA LINS Representante do MPT “

g) Do contrário, estar-se-á criando uma situação absurda de quase imprescritibilidade do crédito fiscal (previdenciário), posto que, caso

o processo durasse 20 anos, se poderá executar crédito depois de 25 ou 30 anos. Pura teratologia!

Luciano Athayde Chaves

Juiz do Trabalho da 21ª Região (RN).

Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Professor de Direito Processual do Trabalho da Universidade Federal da Paraíba. Professor da pós-graduação em Direito Processual e do Trabalho da Universidade Potiguar e da Escola Superior da Magistratura do Trabalho da 21ª Região. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Autor do livro “a recente reforma no processo comum e seus reflexos no direito judiciário do trabalho”, LTr, 3ª edição, 2007.

E-mail: lac@digi.com.br.

A REFORMA PROCESSUAL E O CUMPRIMENTO DA SENTENÇA NO PROCESSO DO TRABALHO: CITAÇÃO DO DEVEDOR, MULTA DE 10% E NOVAS FORMAS DE EXPROPRIAÇÃO

O presente texto representa uma versão atualizada e ampliada de estudo publicado originalmente com o título “As reformas processuais e o processo do trabalho” na Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 21, n. 1, 2007, edição que foi inteiramente dedicada à publicação de trabalhos sobre os efeitos da reforma do Código de Processo Civil no Direito Processual do Trabalho.

1. PENSAR O PROCESSO DO TRABALHO NO PANORAMA DAS REFORMAS DO PROCESSO COMUM: O DESAFIO ATUAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Não faz muito tempo, tínhamos a sensação de que o grande desafio que os profissionais vinculados à Justiça do Trabalho enfrentariam, entre o final da década de 90 e a presente, relacionar-se-ia, de alguma forma, com dois eixos de reforma: a sindical e a trabalhista.

Isso porque, fluíam entre nós as indagações próprias das crises dos modelos econômicos vigentes, notadamente em relação a país em desenvolvimento, como o nosso, solapados pela acirrada competição internacional, que questiona, a todo segundo, as garantias de natureza social e trabalhista, demandando, através dos atores sociais de influência, por reformas que propiciem a redução dos custos de mão-de-obra e, em contrapartida, catapulte os níveis de competitividade.

Conquanto esses temas ainda não tenham arrefecido – já que são muito presentes na agenda dos organismos setoriais e sindicais da iniciativa privada, bem assim de alguns partidos políticos –, é preciso reconhecer que, a partir de 2004, com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45 e com a assinatura do *Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano*¹, a reforma da processualística passou a

ocupar espaço central no cenário do Judiciário brasileiro.

Através do *Pacto*, como se sabe, o Presidente da República encaminhou ao Congresso vinte e seis propostas de alteração infraconstitucional dos processos civil, penal e trabalhista.²

Dos projetos visando a alteração do processo civil, vários já foram convertidos em lei (Leis ns. 11.187/05, 11.232/05, 11.276/06, 11.277/06, 11.280/06 e 11.382/2006), que tratam de temas relevantes para a processualística, mormente num contexto em que se busca a efetividade do aparato judiciário e a *duração razoável do processo*, este último traduzido como direito fundamental pelo art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal.

Através da reforma do processo civil, houve rupturas de dogmas e progresso científico em pontos que, em essência, se aproximam do anseio de instrumentalidade do processo, expresso na idéia de que, sendo meio à pacificação social, o procedimento judiciário não pode se constituir em entrave ao escopo da atividade jurisdicional. Nesse sentido, a busca pela unificação do processo de conhecimento e o cumprimento da sentença (*processo sincrético*) para

¹ Trata-se de documento de natureza política firmado pelo Presidente da República e pelos presidentes do Supremo Tribunal Federal, do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, publicado no Diário Oficial da União de 16 dez. 2004, que resultou na apresentação de diversos projetos ao Congresso Nacional, visando à implementação de reformas infraconstitucionais tendentes a combater a morosidade do Judiciário brasileiro. Eis o que consta do preâmbulo do referido documento: *“Poucos problemas nacionais possuem tanto consenso no tocante aos diagnósticos quanto à questão judiciária. A morosidade dos processos judiciais e a baixa eficácia de suas decisões retardam o desenvolvimento nacional, desestimulam investimentos, propiciam a inadimplência, geram impunidade e solapam a crença dos cidadãos no regime democrático. Em face do gigantesco esforço expendido, sobretudo nos últimos dez anos, produziram-se dezenas de documentos sobre a crise do Judiciário brasileiro, acompanhados de notáveis propostas visando ao seu aprimoramento. Os próprios Tribunais e as associações de magistrados têm estado à frente desse processo, com significativas proposições e com muitas iniciativas inovadoras, a demonstrar que não há óbices corporativistas a que mais avanços reais sejam conquistados. O Poder Legislativo não tem se eximido da tarefa de contribuir para um Judiciário melhor, como demonstram a recém-promulgada reforma constitucional (EC nº 45/2004) e várias modificações nas leis processuais. A reforma do sistema judicial tornou-se prioridade também para o Poder Executivo, que criou a Secretaria de Reforma do Judiciário no âmbito do Ministério da Justiça, a qual tem colaborado na sistematização de propostas e em mudanças administrativas. São essas as premissas que levam os três Poderes do Estado a se reunirem em sessão solene, a fim de subscreverem um Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano [...]”*.

² Projeto de Lei nº 4730/2004, que trata da dispensa de autenticação de documentos no Processo do Trabalho, já aprovado pela Câmara dos Deputados; Projeto de Lei nº 4731/2004, que altera o processo de execução trabalhista; Projeto de Lei nº 4732/2004, que reduz a possibilidade de interposição do recurso de revista para o Tribunal Superior do Trabalho; Projeto de Lei nº 4733/2004, que reduz o cabimento de embargos no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho; Projeto de Lei nº 4734/2004, que eleva o valor do depósito recursal no Processo do Trabalho; e Projeto de Lei nº 4735/2004, que dispõe sobre a exigência de depósito prévio para fins de ajuizamento de ação rescisória no Processo do Trabalho.

todas as estirpes de decisões judiciais pendentes de satisfação (Lei n. 11.232/2005), dispensando-se a eclosão de um novo processo executivo, expressa a extensão dessas reformas.

Ainda mais recentemente, a Lei n. 11.382/2006 veio ao ordenamento jurídico-processual com a ousada proposta de alterar os procedimentos de expropriação e execução, introduzindo no processo comum regras para a penhora *on line* e oferecendo meios alternativos para a expropriação judicial, prestigiando a adjudicação e criando a *alienação por iniciativa particular*.

E a reforma processual do trabalho? O que esperar dela?

As propostas incluídas no Pacto para o Processo do Trabalho são tímidas, em contraste com aquelas em curso ou já convertidas em lei relativamente ao processo comum. Buscam alterações pontuais e ajustes no sistema recursal, principalmente.

Mesmo assim, apenas duas propostas foram recentemente convertidas em lei. Trata-se da Lei 11.495, de 22 de junho de 2007, que trata da exigência do depósito prévio de 20% para o ajuizamento da ação rescisória na Justiça do Trabalho; e da Lei n. 11.496, publicada na mesma data, que altera as regras de processamento do recurso de embargos no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, excluindo basicamente a possibilidade de cabimento dessa estirpe recursal tendo por fundamento a violação à lei federal, inibindo, assim, a duplicidade de pronunciamento do Tribunal sobre a mesma matéria, na turma e na Seção de Dissídios Individuais.

Conquanto esteja bem clara, entre nós, a necessidade de pensarmos a reforma processual do trabalho, em vista dessa centralidade que o debate em torno da reforma do processo comum ocupa em nossos dias, é preciso reconhecer, de outra banda, nossas dificuldades políticas.

Não é tarefa das mais palatáveis hoje aprovar, no Congresso Nacional, matérias relativamente ao mundo do trabalho, precisamente porque esses temas sempre despertaram acalorados debates ideológicos, de claros contornos econômicos. Somente uma forte costura política é capaz de emprestar capital político a uma proposta mais ousada no campo da reforma processual trabalhista.

Essa também é a avaliação do então Secretário da Reforma do Judiciário, Pierpaolo Bottini, que, em recente entrevista, respondendo sobre o porquê das dificuldades enfrentadas na tramitação dos projetos alusivos ao Processo do Trabalho, sentenciou:

Pelos interesses representados no Congresso. O processo civil tramita com mais facilidade, pois a quantidade de parlamentares que se envolvem “apaixonadamente” na discussão é menor. O processo trabalhista, por sua vez, envolve não só a questão técnico-processual, mas também a material. Todas as questões que lidam com a relação capital *versus* trabalho geram

polêmica e discussão. Para discutir reforma trabalhista o acirramento do ânimo político é sempre maior [...] No Congresso Nacional temos interesses de empregadores e de trabalhadores que naturalmente vão se conflitar. O setor de empregadores de má fé tem seus representantes no Congresso e isso dificulta a tramitação do processo trabalhista (Revista Anamatra, n. 51, 2º semestre de 2006).

Exemplo desse cenário é a obstrução lançada durante a tramitação do PL 4734/2004, cujo propósito é o de elevar teto do depósito recursal para o sessenta e cem salários mínimos, como pressuposto objetivo para a interposição de recurso ordinário e de revista, respectivamente. Apesar de aprovado o projeto, em caráter conclusivo, pelas Comissões de Trabalho e de Constituição e Justiça da Câmara, houve a interposição de recurso regimental para o Plenário ainda no ano de 2006, sem merecer qualquer inclusão em pauta para deliberação até os dias atuais.

É por essas razões que devemos olhar com redobrada atenção as alterações no processo comum, cotejando a real possibilidade de sua aplicação ao processo trabalhista.

O objetivo desse texto é o de se juntar ao debate em curso na literatura especializada e na jurisprudência, apresentando alguns pontos da teoria processual e da complexa reforma infraconstitucional do processo comum para a reflexão coletiva dos atores sociais que integram a tessitura processual trabalhista.

2. O MANEJO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE NO ÂMBITO DO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO: A CONTRIBUIÇÃO DECISIVA DAS TEORIAS DAS LACUNAS DO DIREITO

Em estudo que desenvolvi sobre a relação entre a incompletude do ordenamento jurídico-processual trabalhista e a teoria das lacunas³, assentei premissas no sentido de que o Direito Processual do Trabalho, assim como qualquer outro sistema normativo (de regras e princípios), está subsumido aos efeitos das quebras e das lacunas, em especial como resultado da ação do tempo, do desenvolvimento das novas técnicas jurídicas e do câmbio dos valores que formam a base axiológica de sustentação de qualquer sistema.

No mencionado estudo, procurei contemplar apenas algumas das teorias conhecidas sobre a incompletude do ordenamento jurídico e o problema da existência, classificação e colmatação das lacunas no Direito. Ainda que não seja possível um

³ CHAVES, Luciano Athayde. 'As lacunas no direito processual do Trabalho' In CHAVES, L. A. (org.). *Direito processual do trabalho: reforma e efetividade*. São Paulo: LTr, 2007.

exame completo das teorias disponíveis [e este não é o objetivo proposto], a análise dos aportes teóricos trazidos à baila são suficientes, penso eu, para demonstrar a complexidade do tema.

Mais do que isso, considero que tais contribuições teóricas comprovam que não se pode reduzir o alcance da expressão “omissão”, de que trata o art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, apenas ao nível das lacunas normativas.

O problema das lacunas pode surgir desde a leitura primitiva dos textos das leis processuais, pela própria condição polissêmica de seus sentidos, bem assim pela própria natureza multifacetada das interpretações possíveis de seus dispositivos, expondo, assim, uma linha muito tênue entre o exercício da hermenêutica e o processo de colmatação de lacunas.

No entanto, o ponto central dessa investigação, sob o ponto de vista da potencialidade de aplicação judicial, diz respeito às lacunas que surgem pelo efeito próprio do tempo sobre o sistema normativo processual.

Refiro-me, em especial, às chamadas lacunas *objetivas* (Bobbio), *secundárias* (Engisch), *posteriores* (Ferraz Jr.), *axiológicas* e *ontológicas* (Diniz), e às lacunas *subseqüentes* (Larenz). São fenômenos que devem merecer a atenção dos intérpretes diante da sua grande incidência em face do enorme desenvolvimento da teoria geral do processo e de diversos institutos processuais ao longo das últimas décadas.

E o Processo do Trabalho, infraconstitucionalmente encravado na CLT, contemporâneo do diploma processual de 1939 – e muito avançado, à época, em relação a muitos aspectos da processualística (impulso oficial, simplificação recursal, etc.) – não pode fechar os olhos aos novos ventos trazidos ao campo do processo pela Constituição Federal e por todas as ondas modernizadoras do processo comum.

Várias das inovações processuais introduzidas na última década no processo comum já são de largo uso no Processo do Trabalho. E não há dificuldade para a aplicação da subsidiariedade quando, de fato, não existe norma correspondente na legislação especializada e o instituto transportado se adequa aos escopos do processo trabalhista e ao seu conjunto axiológico-normativo.

Perece-me, no entanto, existir uma dificuldade mais acentuada para a detecção das lacunas na existência de regramento próprio, mas que, como vimos, pode estar atingido pelo anciloso normativo, em face do natural – e desejado – desenvolvimento da processualística, mesmo que na sua face geral, comum.

As teorias sobre as lacunas do tipo *secundária*, *subseqüente* ou *posterior* são vigorosas em reconhecer a juridicidade do mecanismo de colmatação nessas hipóteses, algo que já é feito, consciente ou inconscientemente, de forma expressa ou através de eufemismos, pelos tribunais trabalhistas brasileiros.

Assim como nos demais compartimentos da vida, também no Direito Processual do Trabalho algumas ferramentas e institutos podem não mais demonstrar vigor e isomorfia com as demais dimensões da expressão fenomenológica do Direito (valores e fatos), sucumbindo sua legitimidade jurídica e demandando, em

conseqüência, o preenchimento de uma lacuna.

E o que dizer dos influxos da própria ordem constitucional sobre o processo? A supremacia da Constituição, de suas normas e princípios, deve produzir na comunidade de intérpretes do Direito Processual Trabalhista o mesmo influxo que tem produzido nas outras dimensões da Ciência Jurídica. O Estado Constitucional demanda do intérprete uma nova postura, sorvendo-se, inicialmente, do arcabouço constitucional para, somente em seguida, buscar as demais instrumentalizações normativas infraconstitucionais.

O Direito Processual italiano admite a mesma possibilidade de superação de aspectos determinados do ordenamento processual infraconstitucional por força do influxo e supremacia de princípios de cariz constitucional, mormente diante do que consta da Constituição da República da Itália a respeito da prestação de tutela jurisdicional, que é assegurada através de um *justo processo*, incluindo-se nesse conceito sua *duração adequada e razoável*, tal qual o português e o espanhol (HOFFMAN, Paulo. *Duração razoável do processo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 97).

A partir dessa premissa constitucional, acentua Paulo Hoffman ser permitido aos juízes “*interpretarem a lei de forma a considerar inconstitucionais quaisquer atividades inócuas e que representam atraso na atividade jurisdicional*” (2006, p. 65).

Daí a importância para a percepção e manejo desse importante viés hermenêutico, mais crítico em relação ao positivismo – na sua leitura como ‘legalismo’ – e, mais do que isso, atento à supremacia dos valores e princípios constitucionais, de tal modo a identificar outras estirpes de lacunas no ordenamento jurídico-processual, de forma a observar os preceitos constitucionais, reconduzindo o processo ao seu efetivo caráter instrumental.

O chamado princípio da subsidiariedade, previsto no art. 769 da CLT, não encerra, portanto, uma mera técnica de colmatação de lacunas normativas. A expressão “omissão”, ali consignada, merece ser interpretada à luz das modernas teorias das lacunas, de modo a preservar a efetividade do Direito Processual do Trabalho, permitindo sua revitalização, a partir do influxo de novos valores, princípios, técnicas, institutos e ferramentas que lhe conservem a celeridade e lhe viabilizem o atingimento de seus escopos.

É dizer: se o transporte de institutos do processo comum para o processo do trabalho demanda o exame da sua compatibilidade com a arquitetura lógica, sistemática e axiológica da legislação processual trabalhista⁴, tal mecanismo – mercê

⁴ Para Valentin Carrion, a aplicação de institutos não previstos na Consolidação das Leis do Trabalho não deve ser motivo para a eternização das demandas, sem prejuízo da necessidade de se fazer as devidas adaptações. Demais disso, “*perante novos dispositivos do processo comum, o intérprete necessita fazer uma primeira indagação: se, não havendo incompatibilidade, permitir-se-ão a celeridade e a simplificação, que sempre foram almejadas. Nada de novos recursos, novas formalidades inúteis e atrapalhadoras*” (Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 587).

das teorias do Direito – há de se permitir caracterizar como de “mão dupla”, igualmente admitindo – no exame de cada caso em concreto⁵ – a percepção e o reconhecimento da superação da norma processual trabalhista diante de novos mecanismos processuais – ainda que no domínio do processo comum, que lhe é tronco sistemático –, aplicando-os, conforme a situação, em homenagem aos mais elevados princípios da instrumentalidade do processo, da efetividade da tutela jurisdicional e da duração razoável da atividade do Estado-Juiz.

Parece-me ser este o sentido da síntese de Souto Maior:

Ora, se o princípio é o da melhoria contínua da prestação jurisdicional, não se pode utilizar o argumento de que há previsão a respeito na CLT, como forma de rechaçar algum avanço que tenha havido neste sentido no processo comum, sob pena de negar a própria intenção do legislador ao fixar os critérios de aplicação subsidiária do processo civil. Notoriamente, o que se pretendeu (daí o aspecto teleológico da questão) foi impedir que a irrefletida e irrestrita aplicação das normas do processo civil evitasse a maior efetividade da prestação jurisdicional trabalhista que se buscava com a criação de um procedimento próprio na CLT (mais célere, mais simples, mais acessível). Trata-se, portanto, de uma regra de proteção, que se justifica historicamente. Não se pode, por óbvio, usar a regra de proteção do sistema como óbice ao seu avanço. Do contrário, pode-se ter um processo civil mais efetivo que o processo do trabalho, o que é inconcebível, já que o crédito trabalhista merece tratamento privilegiado no ordenamento jurídico como um todo. Em suma, quando há alguma alteração no processo civil o seu reflexo na esfera trabalhista só pode ser benéfico, tanto sob o prisma do processo do trabalho quanto do direito do trabalho, dado o caráter instrumental da ciência processual (‘Reflexos das alterações do Código de Processo Civil no processo do trabalho’. *Revista LTr*, São Paulo, 2006, v. 70, n. 8, p. 920-1).

Essa ‘releitura’ do método de heterointegração do Processo do Trabalho também mereceu a análise de Wolney de Macedo Cordeiro, que assim exprimiu o seu pensamento:

[...] a atividade do intérprete não é mais norteadada pela simples aferição formal da existência da norma, mas sim pela comparação das normas em relação à concretização da prestação jurisdicional. Esse método, portanto, envolve um número maior de operações por parte do intérprete, que se desapega da análise superficial da norma e vincula-se ao seu aspecto teleológico diante das necessidades modernas da sociedade, por uma prestação rápida e efetiva (‘Da releitura do método de aplicação subsidiária das normas de direito processual comum ao processo do trabalho’. In CHAVES, L.

⁵ “Estando a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil jungida à harmonia com a sistemática adotada pelo legislador consolidado, forçoso é concluir que a definição demanda tarefa interpretativa mediante o cotejo do preceito que se pretenda ver aplicado com a sistemática da CLT” (TST – AG-RR 7583/85, Rel. Min. Marco Aurélio, *apud* CARRION, 1999, p. 588).

A. (org.), 2007, p. 45).

A não se permitir, pois, esse sinalagma, esse *caráter dúplice da técnica da subsidiariedade entre o processo comum e o trabalhista*, teríamos dificuldades teóricas em explicar a fenomenologia do desenvolvimento do processo trabalhista já em curso, bem assim condenaríamos este ao retrocesso pelas mesmas razões que justificamos a aplicação de institutos por subsidiariedade: o caráter especial do Direito Processual do Trabalho somente tem justificativa histórica se suas normas potencializarem os escopos da celeridade e eficiência na prestação jurisdicional. Normas processuais trabalhistas superadas pelo tempo e pela técnica, em face do processo comum, não podem mais ostentar validade, *merçê de sua flagrante incompatibilidade teleológica e sistemática com o próprio Direito Processual do Trabalho*.

3. O FIM DO MANDADO DE CITAÇÃO PARA O CUMPRIMENTO DAS SENTENÇAS E A MULTA DE 10% PREVISTA NO ART. 475-J DO CPC

O art. 475-J, introduzido no Código de Processo Civil pela Lei n. 11.232/2005 aboliu, de forma categórica, o instituto da citação para que passasse a ser exigível, após um interstício de 15 dias destinado ao seu pagamento voluntário, a obrigação de pagar estampada no título judicial, ou melhor, na sentença.

De logo, é de se esclarecer que a regra da dispensa da citação não tem, no entanto, aplicabilidade quando se trata de execução contra a Fazenda Pública, seja na forma de precatório ou na modalidade de requisição de pequeno valor (CF, art. 100, § 3º), que continua regulada pelo art. 730 do Código de Processo Civil, ainda exigindo, assim, a citação do devedor.

A propósito, não é demais repisar que o novo procedimento introduzido pela Lei n. 11.232 não atingiu a execução contra a Fazenda Pública, preservando a arquitetura tradicional dos privilégios processuais que lhe são inerentes na fase executiva, a qual permanece ostentando, por força da lei, sua autonomia em relação à etapa cognitiva. O mesmo se diga em relação à execução fundada em título de crédito extrajudicial.⁶

⁶ Realmente, a dispensa da citação não atinge a execução fundada em título executivo extrajudicial no Processo do Trabalho. Para a cobrança dos títulos extrajudiciais previstos no art. 876 da Consolidação das Leis do Trabalho (termos de ajuste de conduta firmados perante o Ministério Público do Trabalho e os acordos lavrados no âmbito das comissões de conciliação prévia), a citação ainda é necessária, posto que é o ato de chamamento do réu (devedor) ao processo. No entanto, penso que deveríamos, também aqui, avançar. Dentro do espírito de instrumentalidade retratado no art. 475-J, § 1º do CPC, que permite até mesmo a ciência da penhora pela via postal, ao devedor ou ao seu advogado, vejo como um avanço que se permita aqui, por aplicação do art. 8º, inciso I, da Lei n. 6.830/80, a citação do devedor pelo correio, com aviso de recebimento, até porque essa é a forma prevista para a citação na CLT (art. 841, § 1º) para a formação do processo de conhecimento. O excesso de garantia atribuído ao ato formal de chamamento do devedor ao processo, a que alude o art. 880 da CLT, não tem mais lugar no atual cenário axiológico da processualística, que agasalha uma menor formalidade em favor da

Estou plenamente convencido que a inovação deve ser transportada para o Processo do Trabalho.

Com efeito, o art. 880 da CLT ainda conserva a superada idéia de autonomia do processo de execução, na medida em que alude à necessidade da expedição de “*mandado de citação ao executado, a fim de que cumpra a decisão ou o acordo no prazo*”. Cuida-se de comando normativo atingido em cheio pelo fenômeno do *ancilosoamento normativo*, diante do que preconiza a atual dinâmica do processo comum, abrindo caminho para o reconhecimento do que a Ciência Jurídica denomina de “lacuna ontológica”.

Ora, não faz sentido algum se manter o intérprete fiel ao disposto no art. 880 da CLT enquanto o processo comum dispõe, agora, de uma estrutura que superou a exigência de nova citação para que se faça cumprir as decisões judiciais, expressando, assim, maior sintonia com as idéias de celeridade, economia e efetividade processuais. É a hipótese mais do que evidente de lacuna ontológica do microsistema processual trabalhista.

O sistema processual possui um tronco comum estruturante, que é a Teoria Geral do Processo, a qual, mercê das alterações promovidas pela Lei n. 11.232, não mais comporta a arquitetura anterior que separa a fase de conhecimento daquela onde são promovidos os atos judiciais tendentes a dar efetividade ao decreto judicial condenatório.

Examinando os impactos da reforma do Código de Processo Civil sobre o Direito Processual do Trabalho, observou Jorge Luiz Souto Maior, a despeito da superação do art. 880 da Consolidação das Leis do Trabalho:

O art. 880 da CLT, que determina que o juiz mande expedir ‘mandado de citação ao executado, merece uma leitura atualizada, para que seja dispensada a citação pessoal do executado [...] diante da previsão da própria CLT de que a execução se realizava ‘ex officio’, para ‘cumprimento’ do título executivo judicial, a determinação para que se realizasse a ‘citação’ do executado somente pode ser atribuída a um cochilo do legislador, pois que tal regra era incompatível com o procedimento que ele próprio criara. Veja-se, por exemplo, o absurdo de, por aplicação cega do art. 880, determinar-se a citação pessoal do reclamado que descumpra acordo firmado em audiência. Citar é dar ciência quanto à existência de uma demanda judicial. Qual a razão de se dar ciência ao executado quanto à existência de uma dívida que ele próprio assumiu perante um juiz e nas condições que foram livremente fixadas? (2006, p. 922).

maior agilidade, com a mesma segurança, do caminho procedimental. De mais a mais, a citação pela via postal somente comprometeria a segurança do processo caso o devedor demonstre, de forma inequívoca, o prejuízo causado por essa via citatória (*princípio da transcendência*, moderador das nulidades no Processo do Trabalho, art. 794, CLT). E, como sabemos, raramente isso ocorre, porquanto a citação postal é de largo uso na fase de conhecimento, com comprovada eficácia, tanto que fora transportada para o processo comum ainda por ocasião da *primeira onda* de reformas do CPC (Lei n. 8.710/93).

Logo, não se pode mais, seja no processo comum seja no Processo do Trabalho, falar em nova citação para a fase de cumprimento, já que esta, a rigor, passou a integrar o próprio processo cognitivo.

E por esse viés, poderíamos até mesmo considerar – tal como já assentei quando da análise do impacto da Lei 10.352/2001 sobre a remessa *ex officio* no Processo do Trabalho⁷ – a existência de lacuna normativa clássica, porquanto o Direito Judiciário do Trabalho não conhece regras positivadas em relação ao cumprimento, na fase de conhecimento, de título judicial fundado em obrigação de pagar, assim consideradas as que tutelam a matéria ainda na fase cognitiva do feito, o que atrairia a aplicação da regra do art. 475-J, por força do preceito fixado pelo art. 769 da CLT.

E, tal como já sucede no Processo do Trabalho, com a aplicação dos arts. 461 e 461-A – que tratam, respectivamente, do cumprimento das obrigações de fazer e não fazer e as de entregar coisa certa -, de inequívoca aplicação entre nós, estamos diante de instituições atinentes à fase de conhecimento do feito, e não de execução.

Penso que, entre nós, a mudança de rumo quanto ao tema já chega com muito atraso.

Cotejando a Lei Federal nº 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, observa-se que as regras para a execução das sentenças proferidas sob o manto do seu rito especial já não mais admitem a existência da citação formal para o início dos atos executivos. Eis a regra:

Art. 52. A execução da sentença processar-se-á no próprio Juizado, aplicando-se, no que couber, o disposto no Código de processo Civil, com as seguintes alterações:

.....

IV – não cumprida voluntariamente a sentença transitada em julgado, e tendo havido solicitação do interessado, que poderá ser verbal, proceder-se-á desde logo a execução, *dispensada nova citação*; (grifei)

.....

Diante desse texto, encontramos mais uma constatação, na perspectiva da interpretação histórico-evolutiva do Direito Processual do Trabalho, a reforçar a tese da supletividade na espécie. Se este, o processo trabalhista, serviu de inspiração – e serviu – para a construção do rito especial dos Juizados, como considerar razoável negar a inexigibilidade da citação pessoal, por meio de mandado, no Processo do Trabalho?

Tenho para mim que a Justiça do Trabalho, por longo tempo, insistiu – *por mero apego ao formalismo processual* – na citação através de Oficial de Justiça para a deflagração da execução⁸. Num microsistema processual, onde a citação para responder

⁷ CHAVES, Luciano Athayde. 'O processo do Trabalho e o novo disciplinamento dado à remessa oficial pela Lei n. 10.352/2001'. *Revista LTr*. São Paulo, v. 67, nº 5, maio 2003.

⁸ Trata-se de considerar, a meu juízo, a reprodução, por inércia, da expressão positivista estampada

a ação sempre foi por meio impessoal e postal (art. 841, § 1º, CLT), aspecto vanguardista de sua estrutura, não caberia tamanho rigor e tamanha formalidade na fase executiva. Apenas a influência da Teoria Geral do Processo mantinha aceso esse resquício de excesso de “proteção” ao réu, hoje tão duramente criticado pela moderna teoria processual.

Também temos que considerar a enorme economia aos serviços judiciários, porquanto dispensada a confecção de mandados citatórios⁹ e, mais do que isso, a diligência pessoal do oficial de justiça para a citação do executado, providência complexa que envolve grande desperdício de tempo, sem falar nos inúmeros casos de ausência do executado para a receber a citação, desaguando o feito na morosa providência da citação por edital (§ 3º, art. 880 da CLT).

Assim, em que pesem os argumentos contrários, entendo ser perfeitamente defensável no Processo do Trabalho o fim do ato formal de citação para que tenha início a fase executiva das obrigações de pagar, tal como já ocorre com as obrigações de fazer e não-fazer e de entregar coisa certa, nos termos dos art. 461 e 461-A do Código Processual Comum.

Neste sentido, já se firma jurisprudência no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região, como espelha o seguinte aresto:

CITAÇÃO. ART. 880 DA CLT. SUBSTITUIÇÃO DO PROCEDIMENTO PELA TÉCNICA DA LEI Nº 11.232/2005. EFICÁCIA DO ATO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO À PARTE. AUSÊNCIA DE NULIDADE PROCESSUAL. A citação nos moldes do art. 880 da CLT constitui o ato pelo qual o devedor é chamado para cumprir a execução ou defender-se nela. A prática de tal chamamento por meio de notificação de teor de despacho exarado com base na nova técnica executiva processual criada pela Lei nº 11.232/2005, que produziu eficazmente seu efeito de chamar a parte executada para a defesa, não enseja a nulidade processual por não materializar prejuízo ao executado art. 769 da CLT (Agravo de Petição nº 00990-2007-921-21-00-0, Desembargador Relator Ronaldo Medeiros de Souza, DJRN 20/10/2007).

na regra processual inserida no art. 880 da CLT, fenômeno, como observou Gustavo Zagrebelsky, muito comum nos sistemas jurídicos ocidentais: “*La supervivencia ‘ideológica’ del positivismo jurídico es un ejemplo de la fuerza de inercia de las grandes concepciones jurídicas, que a menudo continúan operando como residuos, incluso cuando ya han perdido su razón de ser a causa de cambio de las circunstancias que originalmente las habían justificado. Antes de pasar a considerar su modo de componerse, es preciso prestar atención a las superaciones que constituyen la novedad fundamental de los ordenamientos jurídicos del siglo XX y que hacen del iuspositivismo [...] un puro e simple residuo histórico*” (El derecho dúctil, Madrid: Trotta, 2005, p. 41).

⁹ Em levantamento junto à coordenação da Central de Mandados do Tribunal Regional da 2ª Região – São Paulo, obtive a informação de que chegam todo mês aproximadamente 12.000 mandados para cumprimento, dos quais cerca de 70% representam mandados de citação para a execução. Por esses números, é possível se ter idéia da magnitude da economia nos serviços judiciários a que faço alusão.

Apoiar-se, como fazem os defensores da tese refratária à subsidiariedade, no simples fato da existência da quase septuagenária redação do art. 880 da CLT, é postura hermenêutica estática e positivista (no sentido de legalista), que, com a *venia* devida, releva completamente o caráter dinâmico do ordenamento jurídico e, mais do que isso, o importante papel do intérprete em relação às necessidades do seu tempo.

Quanto à multa de 10% prevista no art. 475-J, também não vislumbro óbices na teoria da supletividade para a sua aplicação nos julgados condenatórios, agora de natureza executiva *lato sensu*.

Num universo judiciário de grande volume processual, é mais do que salutar o incremento dessa ferramenta entre nós, de modo a estimular o pagamento espontâneo da obrigação, fazendo reduzir os recursos meramente protelatórios.

Já temos, inclusive, precedente Regional em apoio à tese da aplicação da multa:

MULTA. ARTIGO 475-J DO CPC. A multa prevista no art. 475-J do CPC, com redação dada pela Lei 11.232/05, aplica-se ao Processo do Trabalho, pois a execução trabalhista é omissa quanto a multas e a compatibilidade de sua inserção é plena, atuando como mecanismo compensador de atualização do débito alimentar, notoriamente corrigido por mecanismos insuficientes e com taxa de juros bem menor do que a praticada no mercado.

A oneração da parte em execução de sentença, sábia e oportunamente introduzida pelo legislador através da Lei 11.232/05, visa evitar argüições inúteis e protelações desnecessárias, valendo como meio de concretização da promessa constitucional do art. 5º, LXXVIII pelo qual “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados o tempo razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”.

Se o legislador houve por bem cominar multa aos créditos cíveis, com muito mais razão se deve aplicá-la aos créditos alimentares, dos quais o cidadão-trabalhador depende para ter existência digna e compatível com as exigências da vida.

A Constituição brasileira considerou o trabalho fundamento da República - art. 1, IV e da ordem econômica - art. 170. Elevou-o ainda a primado da ordem social - art. 193. Tais valores devem ser trazidos para a vida concreta, através de medidas objetivas que tornem realidade a mensagem ética de dignificação do trabalho, quando presente nas relações jurídicas (TRT 3ª Região. AP 01574-2002-099-03-00-1, Rel. Juiz Antonio Álvares da Silva, 16.12.2006).

Na 21ª Região, o assunto também já se encontra pacificado pelos reiterados e eloqüentes pronunciamentos, cuja transcrição merece espaço aqui, notadamente pelos fundamentos de ordem constitucional assentados na maioria deles:

MULTA PREVISTA NO ART. 475-J DO CPC – APLICAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO. A multa estipulada pela r. sentença somente incidirá se a reclamada não cumprir o dispositivo sentencial no prazo fixado. Além do que, sua aplicação no processo do trabalho é incensurável, pois contribui para concretizar o

princípio constitucional da duração razoável do processo (TRT 21ª Região, Recurso Ordinário nº 00611-2006-021-21-00-8, Desembargador Redator José Barbosa Filho, DJRN 01.03.2007).

AGRAVO REGIMENTAL - MANDADO DE SEGURANÇA - SENTENÇA TRABALHISTA - EXECUÇÃO - RITO DA CLT - ALEGAÇÃO DE DIREITO SUBJETIVO PELO DEVEDOR - INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - INCIDÊNCIA DE NORMAS DA LEI Nº 11.232/2005 - LEGALIDADE E EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL. 1.Sendo uma inovação do processo civil realmente eficaz, não se poderá recusar sua aplicação no processo do trabalho, sob o frio argumento de que a CLT não é omissa, porquanto se o princípio (informador) é o da melhoria contínua da prestação jurisdicional, não é cabível o argumento de que há previsão a respeito na CLT como forma de rechaçar algum avanço que tenha havido no processo civil, sob pena de se negar a própria intenção do legislador ao fixar os critérios da aplicação subsidiária do processo civil (Jorge Luiz Souto Maior *in* LTr, vol. 70, mês 8). 2. As normas do processo civil, desde que impliquem maior efetividade à tutela jurisdicional dos direitos sociais trabalhistas, devem ser aplicadas nos domínios do processo do trabalho como imperativo de promoção do acesso do cidadão-trabalhador à jurisdição justa (Carlos Henrique Bezerra Leite *in* LTr, vol. 70, mês 9). 3. O Estado constitucional inverteu os papéis da lei e da Constituição, deixando claro que a legislação deve ser compreendida a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais (Luiz Guilherme Marinoni, *apud* Carlos Henrique Bezerra Leite (artigo citado). 4. Se o próprio TST, no caso da Súmula nº 303, mesmo diante de regra especial expressa (art. 1º, V, do Decreto-lei 779/69) optou por uma exegese consentânea com o espírito informador dessas ondas de reformas do CPC, privilegiando essa hermenêutica constitucional e estabelecendo assim, um vigoroso e profícuo diálogo das fontes normativas infraconstitucionais do CPC e da CLT, visando à concretização do princípio da máxima efetividade das normas (princípios e regras) constitucionais de direito processual. (Carlos Henrique Bezerra Leite *in* artigo citado), resulta lógico concluir que adotará idêntica postura também no caso da incidência de normas da Lei nº 11.232/2005 no processo do trabalho, do que resulta a total e absoluta inexistência de liquidez e certeza no direito invocado pelo devedor quanto à observância do rito da CLT nas obrigações de pagar quantia certa, para fins de proteção por mandado de segurança. 5.Agravo regimental conhecido e desprovido (TRT 21ª Região, Agravo Regimental nº 01016-2007-000-21-00-0, Desembargador Relator Carlos Newton Pinto, DJRN 07.11.2007).

APLICAÇÃO DO ART. 475-J DO CPC AO PROCESSO TRABALHISTA. AUTORIZAÇÃO DO ART. 769 DA CLT. FUNDAMENTO DO ART. 5º LXXVIII. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E

CERTO. SEGURANÇA DENEGADA. A aplicação ao processo do trabalho da disposição do art. 475-J do CPC, encontra permissivo no art. 769 da CLT e fundamento no princípio constitucional insculpido no art. 5º, inciso LXXVIII, da Carta Magna. A figura da autonomia do processo executivo, com a adoção de sistema muito mais consentâneo com os desígnios de efetividade e justiça do direito processual contemporâneo, decorrente da técnica da *executio per officium iudicis*, segue a princípio teleológico constitucional que assegura a efetividade da jurisdição e a celeridade de sua entrega. Inexiste violação a direito líquido e certo no procedimento de aplicação do art. 475-J do CPC ao processo trabalhista (TRT 21ª Região, Mandado de Segurança nº 00655-2007-000-21-00-8, Desembargador Relator Ronaldo Medeiros de Souza, DJRN 12.10.2007).

PROCESSO TRABALHISTA. EXECUÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 475-J, DO CPC. POSSIBILIDADE. Correta se afigura a r. decisão agravada, no que tange à aplicação subsidiária de regra do direito processual comum ao processo trabalhista, tendo em vista que, conferindo interpretação teleológica ao art. 769 consolidado, articulada com uma ótica baseada no princípios da celeridade, da efetividade e da duração razoável do processo (CF, artigo 5º, inciso LXXVIII), concluiu pela aplicabilidade, ao caso, do disposto no art. 475-J do CPC, o qual determina que ao montante devido se acresça a multa de 10% (dez por cento), na hipótese de o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não efetuá-lo no prazo de quinze dias (TRT 21ª Região, Agravo de Petição nº 01818-2004-005-21-00-9, Juíza Elizabeth Florentino Gabriel de Almeida, DJRN 26.10.2007).

Por certo que não desconheço que essa não tem sido a orientação tomada noutros casos examinados por outros tribunais regionais. A divergência, em matéria de tal jaez, é salutar e consentânea com os desafios apresentados pela reforma aos intérpretes e aplicadores do Direito Processual.

Assinalo tão-somente que a orientação que aqui defendo parece ser a mais adequada e a que mais se conecta com a dinâmica e os valores que as alterações processuais apontam para o futuro do procedimento de cumprimento de sentença que ostenta obrigação de pagar quantia certa. Sim, porque para as demais obrigações, como já assinalado, já não se questiona, há algum tempo, as vantagens comparativas da nova técnica de junção do conhecimento com o cumprimento do *decisum*, com a eliminação das formalidades desnecessárias inerentes à técnica dualista revogada.

Trata-se, pois, de se firmar um olhar, uma interpretação, enfim, uma *hermenêutica jurídica prospectiva*. É dizer: examinar as reformas sob o enfoque axiológico projeto, e não tendo em conta as técnicas e as infiltrações valorativas anteriores (*interpretação retrospectiva*).

4. O PROBLEMA DA FLUÊNCIA DO PRAZO PARA A FIXAÇÃO DA MULTA DE 10% PREVISTA NO ART. 475-J E O *LEADING CASE* ADOTADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ponto polêmico a respeito da multa diz respeito ao momento da fluência de seu prazo. Mesmo no processo comum, várias são as leituras quanto ao *dies a quo*.

Para Carlos Alberto Carmona (‘Novidades sobre a execução civil: observações sobre a Lei 11.232/2005’ In RENAULT, Sérgio Tamm & BOTTINI, Pierpalo Cruz. *A nova execução dos títulos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2006), o ideal seria que o devedor fosse intimado para satisfazer a obrigação, após cessados os recursos, até porque terá o devedor de consultar os autos e fazer os cálculos atualizados da conta.

Em igual direção o comentário de Nelson Nery: “*transitada em julgado a sentença, o princípio da lealdade processual traz como consequência o dever de a parte condenada à obrigação de pagar quantia em dinheiro cumprir o julgado [...] o devedor deve ser intimado para que, no prazo de quinze dias a contar da efetiva intimação, cumpra o julgado e efetue o pagamento da quantia devida* (Código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 641).

Petrônio Calmon Filho não vê a necessidade de intimação, reconhecendo que “*a própria sentença é a intimação para o pagamento, e o prazo para pagar começa a contar do dia em que a sentença transita em julgado*” (‘Sentença e títulos executivos judiciais’ In RENAULT & BOTTINI, op. cit., p. 102).

A reconhecer aplicável a incidência da multa de 10% no Processo do Trabalho (a exemplos de tantas outras cominações sancionatórias previstas do CPC), tenho que o disposto no art. 475-J *dispensa a necessidade de trânsito em julgado para a sua fluência*.

Ora, se o valor imanescente ao dispositivo legal em foco é o de emprestar maior efetividade, por óbvio que deve ele prescindir do trânsito em julgado. A sentença monocrática de Primeiro Grau deve produzir efeitos desde já, mormente quando, no Processo do Trabalho, inexistente recurso com efeito suspensivo (art. 899, CLT)¹⁰.

Apóio-me, aqui, no magistério de Luiz Guilherme Marinoni, que afirma, a despeito da distribuição do ônus do tempo no processo: “*um sistema que não admite a execução da sentença na pendência de recurso prejudica o autor que tem razão, enquanto que o sistema que a admite pode causar dano ao réu. Deixe-se claro, contudo, que, se o autor que tem*

¹⁰ Até a 2ª edição do meu livro “*A recente reforma no processo comum e seus reflexos no direito judiciário do trabalho*” (São Paulo: LTr, 2006), admiti a hipótese de suspensão do cumprimento da obrigação, caso houvesse interposição de recurso contra a sentença condenatória. O melhor exame da matéria, fez-me rever meu posicionamento. O contexto do espírito axiológico das reformas, aliado à necessidade de emprestar maior prestígio à execução provisória, que agora, mais do que antes, admite a liberação de crédito, não mais permite fazer da sentença de primeiro grau apenas uma etapa formal e primária da solução judicial do conflito de interesses. Deve ela produzir efeitos até decisão ulterior que a modifique.

razão não pode ser prejudicado pelo processo, é completamente ilógico prejudicá-lo duas vezes (nos dois graus de jurisdição) apenas para que o réu fique livre de riscos” (Novas linhas do processo civil. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 162).

Se a sentença prolatada pelo Juiz do Trabalho estampa uma solução razoável para a lide e se encontra devidamente fundamentada, como não lhe atribuir, pois, efeitos no mundo dos fatos?¹¹

Num sistema onde a regra sempre foi a da mera devolutividade dos recursos, há de se reconhecer, neste renovado ambiente processual, a força e o prestígio das sentenças, bem assim da execução (cumprimento), mesmo que provisória, delas.

Reforçam esse quadro as novas regras alusivas à impugnação durante a fase de cumprimento (embargos à execução no Processo do Trabalho) que não mais admitem, como regra, a suspensividade da sua mera oposição, condicionando-a, isso sim, a um exame da plausibilidade da pretensão deduzida pelo devedor, a juízo do Juiz que conduz o processo (art. 475-M).

O diagnóstico que aqui procuro apresentar encontra na jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça, que fixou *leading case* sobre o problema do momento da fluência do prazo de 15 dias previsto no art. 475-J, assim ementada:

LEI 11.232/2005. ARTIGO 475-J, CPC. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. MULTA. TERMO INICIAL. INTIMAÇÃO DA PARTE VENCIDA. DESNECESSIDADE. 1. A intimação da sentença que condena ao pagamento de quantia certa consuma-se mediante publicação, pelos meios ordinários, a fim de que tenha início o prazo recursal. Desnecessária a intimação pessoal do devedor. 2. Transitada em julgado a sentença condenatória, não é necessário que a parte vencida, pessoalmente ou por seu advogado, seja intimada para cumpri-la. 3. Cabe ao vencido cumprir espontaneamente a obrigação, em quinze dias, sob pena de ver sua dívida automaticamente acrescida de 10%. (REsp 954.859/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 16.08.2007, DJ 27.08.2007 p. 252).

Como se observa, o STJ se afastou das teses mais restritivas que – num *olhar retrospectivo* quanto à reforma – apoiavam-se na idéia de segurança jurídica vinculada ao

¹¹ Em texto ainda mais próximo, Marinoni relembra que o quadro atual de desprestígio da tutela jurisdicional conspira, não só contra seus escopos, mas contra quem procura justiça, através do Estado-Juiz. Afirma o processualista: “*todos sabem que, na lógica do sistema processual vigente, não há vantagem no pagamento imediato da condenação. Se o condenado tem ciência de que a satisfação do crédito declarado na sentença demora para ser efetivada, prefere esperar que o lesado suporte o tempo e o custo da execução por expropriação. Ora, como é pouco mais que óbvio, o simples fato de o infrator poder trabalhar com o dinheiro durante o tempo de demora – que não é pequeno – da execução por expropriação somente pode lhe trazer benefício, com igual prejuízo ao lesado*” (A efetividade da multa na execução da sentença que condena a pagar dinheiro. Disponível em <www.professormarinoni.com.br>. Acesso em 12.02.2007).

excesso de intimações ao devedor. O *leading case*, portanto, oferece uma adequada leitura dos valores imanentes ao processo de reforma da Teoria Geral do Processo, dispensando formalidades e exigindo maior participação e responsabilidade deontológica do devedor em relação à tramitação processual.

Aliás, essas premissas estão muito bem delineadas no objeto voto condutor, da lavra do Ministro Humberto Gomes de Barros, de cujo teor destaco a seguinte passagem:

A questão é nova e interessantíssima. Merece exame célere do Superior Tribunal de Justiça porque tem suscitado dúvidas e interpretações as mais controversas.

Há algo que não pode ser ignorado: a reforma da Lei teve como escopo imediato tirar o devedor da passividade em relação ao cumprimento da sentença condenatória. Foi-lhe imposto o ônus de tomar a iniciativa de cumprir a sentença de forma voluntária e rapidamente. O objetivo estratégico da inovação é emprestar eficácia às decisões judiciais, tornando a prestação judicial menos onerosa para o vitorioso.

Certamente, a necessidade de dar resposta rápida e efetiva aos interesses do credor não se sobrepõe ao imperativo de garantir ao devedor o devido processo legal.

Mas o devido processo legal visa, exatamente, o cumprimento exato do quanto disposto nas normas procedimentais. Vale dizer: o vencido deve ser executado de acordo com o que prevê o Código. Não é lícito subtrair-lhe garantias. Tampouco é permitido ampliar regalias, além do que concedeu o legislador.

Mais adiante, o Superior Tribunal de Justiça demonstra o escopo de enfrentar a divergência apresentada pela literatura técnica a respeito do tema, indicando, mercê do propósito valorativo da reforma, qual a posição escolhida pela Corte de uniformização da legislação infraconstitucional:

Alguns doutrinadores enxergam a exigência de intimação pessoal. Louvam-se no argumento de que não se pode presumir que a sentença publicada no Diário tenha chegado ao conhecimento da parte que deverá cumpri-la, pois quem acompanha as publicações é o advogado.

O argumento não convence. Primeiro, porque não há previsão legal para tal intimação, o que já deveria bastar. Os Arts. 236 e 237 do CPC são suficientemente claros neste sentido. Depois, porque o advogado não é, obviamente, um estranho a quem o constituiu. Cabe a ele comunicar seu cliente de que houve a condenação. Em verdade, o bom patrono deve adiantar-se à intimação formal, prevenindo seu constituinte para que se prepare e fique em condições de cumprir a condenação.

Se o causídico, por desleixo omite-se em informar seu constituinte e o expõe à multa, ele deve responder por tal prejuízo.

O excesso de formalidades estranhas à Lei não se compatibiliza com o escopo da reforma do processo de execução. Quem está em juízo sabe que, depois de condenado a pagar, tem quinze dias para cumprir a obrigação e que, se não o fizer tempestivamente, pagará com acréscimo de 10% [...]

Esse o procedimento estabelecido na Lei, em coerência com o escopo de tornar as

decisões judiciais mais eficazes e confiáveis. Complicá-lo com filigranas é reduzir à inutilidade a reforma processual.

Quanto à contagem do prazo, chamo a atenção do leitor, em especial aquele que se dedica ao estudo e à aplicação do Processo do Trabalho, que o precedente em tela não exige o trânsito em julgado para a fluência do prazo por razões de segurança jurídica, no sentido frequentemente dado pelas leituras retrospectivas da reforma. Apenas o faz porque no processo comum ainda existe o efeito suspensivo automático da apelação cível, elemento ausente no processo trabalhista.

O precedente deixa claro, de forma inequívoca, esse quadro:

[...] não se pode exigir da parte que cumpra a sentença condenatória antes do trânsito em julgado (ou, pelo menos, enquanto houver a possibilidade de interposição de recurso com efeito suspensivo). O termo inicial dos quinze dias previstos no Art. 475-J do CPC, deve ser o trânsito em julgado da sentença. Passado o prazo da lei, independente de nova intimação do advogado ou da parte para cumprir a obrigação, incide a multa de 10% sobre o valor da condenação.

Não tenho dúvida que a oportuna e corajosa decisão do Superior Tribunal de Justiça de prontamente examinar o tema e adotar a solução em tela vai ao encontro não somente do anseio da sociedade brasileira, como também atende de forma lapidar ao preceito fundamental contido no art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, na medida em que proporciona mais eficácia e agilidade aos processos, bem como oferece um aporte metodológico de interpretação para a construção de uma jurisprudência que dê concretude ao comando de oferecer ao aplicador da processualística os meios necessários para garantir mais simplicidade e celeridade à tramitação dos feitos.

Em suma, pode-se afirmar: prolatada a sentença, no Processo do Trabalho, e dela ciente o devedor, começa a fluir o prazo para o pagamento voluntário, que é de 15 dias¹². Caso reformada, no todo ou em parte, o decreto judicial exequendo, o devedor será igualmente absolvido da multa (no todo ou em parte também, conforme o caso) competindo ao Juiz examinar essa questão na hipótese de execução provisória¹³, onde haja pedido de

¹² Sobre a defesa do prazo de 15 dias também no Processo do Trabalho, conferir CHAVES, Luciano Athayde. *A recente reforma no processo comum e seus reflexos no direito judiciário do trabalho*. São Paulo: LTr, 3ª edição, 2007, p. 61.

¹³ Também em relação à execução provisória, já temos precedentes que aplicam as novas regras do CPC, em detrimento do disposto na súmula n. 417, item III, do Tribunal Superior do Trabalho. Vejamos aresto da 2ª Região: "PENHORA. BLOQUEIO "ON-LINE". EXECUÇÃO PROVISÓRIA. Ausência de ilegalidade na r. decisão judicial que determina a constrição sobre numerário de conta corrente, pois encontra respaldo no artigo 655 do CPC, o qual fixa a ordem de nomeação de bens à penhora pelo devedor, elencando primeiramente o dinheiro. O fato de se tratar de execução provisória não obsta a penhora em conta corrente, haja vista o disposto na nova redação do artigo 475-O, parágrafo 2º, I do CPC, introduzida pela Lei nº 11.232/05, de aplicação subsidiária ao processo trabalhista (CLT, art. 769),

liberação de crédito com base no permissivo do art. 475-O do CPC, também de aplicação supletiva.

Penso que, dessa forma, daremos a maior efetividade possível à interpretação do art. 475-J do CPC.

5. DAS FORMAS ALTERNATIVAS DE EXPROPRIAÇÃO JUDICIAL: O NOVO MODELO APRESENTADO PELA LEI FEDERAL N. 11.382/2006

O modelo adotado pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, no seu art. 880, é o mesmo reproduzido pelas leis processuais codificadas: penhora, avaliação, e designação de hasta pública, podendo, no entanto, o exequente concorrer com o arrematante, tendo aquele preferência, no Processo do Trabalho, se iguais os lances (art. 880, § 1º, CLT).

Sabemos, no entanto, que tal mecanismo é de pouquíssima efetividade, máxime em um universo judiciário que jamais concentrou recursos orçamentários na construção de depósitos judiciais e estruturas de logística para remoção de bens.

Além disso, pesa contra a expropriação judicial uma certa desconfiança na demora para o desembarço e a entrega dos bens, com frequência obstaculizados pela oposição de embargos à expropriação ou outros meios de impugnação, que retardam o processo e o desprestigiam aos olhos daqueles que ousam participar dos leilões judiciais.

Na 21ª Região da Justiça do Trabalho, houve, nos últimos 10 anos, importantes avanços nesse terreno, fruto de investimentos em depósitos judiciais, contratação de leiloeiro para auxiliar na tarefa expropriatória prestada pelos Juízes da Execução, modernização e informatização dos leilões judiciais - com o cadastramento prévio dos arrematantes, divulgação ampla dos leilões através de mala direta, jornais, rádios, etc. – e, talvez o mais importante, a adoção de uma postura mais consentânea com a fase de cumprimento, revelada pela tendência de adoção de ordem de remoção dos bens constrictados, o que tem elevado o nível de pagamento das dívidas e a procura por sua composição junto ao credor.

Pois bem. Ainda dentro do já mencionado movimento de reformas do Código de Processo Civil, foi recentemente sancionada a Lei Federal n. 11.382, de 6 de

permitindo, inclusive, o levantamento de depósito em dinheiro. De fato, a teor do referido preceito legal, é autorizada a liberação imediata de parte do crédito de natureza alimentar, independentemente até de caução. A meu ver a hipótese seria de denegação da ordem de segurança, porém, diante do posicionamento majoritário desta E. Seção Especializada em Dissídios Individuais 3, há que se considerar a incidência do óbice previsto no art. 5º, II, da Lei nº 1.533/51 e da Orientação Jurisprudencial 92 da SDI 2/TST, pois, na linha desse entendimento, a discussão pretendida pela impetrante comporta reexame mediante recurso previsto na legislação processual, atraindo o disposto no art. 267, IV, do CPC. Extinção sem resolução do mérito (CPC, artigo 267, inciso IV). (TRT 2ª Região. MS 14280-2005-000-02-00-5, Juíza Wilma Nogueira, 31.10.2006)".

dezembro de 2006 (DOU de 07 de dezembro de 2006), decorrente da aprovação, pelo Senado Federal, do Projeto de Lei nº 4.497/2004, integrante do chamado *Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano*, firmado pelos Chefes do Executivo, Judiciário, Câmara dos Deputados e Senado da República em dezembro de 2004.

A nova legislação, que teve *vacatio legis* de apenas 45 dias, complementa a reforma do processo de execução, dispondo sobre os mais variados temas (penhora, avaliação, etc). Destaco, para os fins deste estudo, a aguda alteração que propõe para a expropriação.

Pela nova redação do art. 686 do CPC, a hasta pública somente terá lugar se: a) não for requerida a adjudicação do bem pelo credor ou b) não for realizada a alienação por iniciativa particular. O novo art. 685-A, por sua vez, estabelece que o credor pode requerer a imediata adjudicação do bem penhorado, oferecendo o preço não inferior ao da avaliação. Mais adiante, o art. 685-C define a alienação por iniciativa particular: “*não ocorrente adjudicação dos bens penhorados, o exequiente poderá solicitar sua alienação por iniciativa dele exequiente ou por intermédio de corretor credenciado perante a autoridade judiciária*”.

O desprestígio à expropriação judicial é uma tendência já observada em outros sistemas processuais. O Código de Processo Civil de Portugal, por exemplo, estabelece que os atos de execução são de competência de um “agente de execução”, sob o controle do Juiz (art. 808), a quem compete a promoção dos atos de adjudicação ou venda dos bens penhorados.

Em semelhante direção parece se dirigir o Direito Processual do Trabalho Espanhol, na forma prevista no art. 261 da *Ley de Procedimiento Laboral*, ao estabelecer que “*para la liquidación de los bienes embargados, podrán emplear-se estos procedimientos: a) por venta en entidade autorizada administrativamente com tal fin, si así lo acordara el órgano judicial, cualquiera que fuere el valor de los bienes [...]*”.

Assinalo, no entanto, que já temos, na ciência processual brasileira, uma experiência nessa quadra da expropriação em procedimento diverso da hasta pública.

Com efeito, estabelece o art. 52 da mencionada Lei Federal n. 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais: “*na alienação forçada dos bens, o juiz poderá autorizar o devedor, o credor ou terceira pessoa idônea a tratar da alienação do bem penhorado, a qual se aperfeiçoará em Juízo até a data fixada para a praça ou leilão*” (art. 52, inciso VII).

Ainda antes, a Lei n. 6.830/80 passou a garantir à Fazenda Pública a especial prerrogativa de adjudicar os bens penhorados antes mesmo do leilão, pelo preço da avaliação (art. 24, inciso I).

Como se vê, o que propõe a Lei Federal n. 11.382/2006 é uma ampliação do sistema, já de certa forma em vigor na Lei n. 9.099/95, que absorveu o instituto da *alienação por iniciativa do devedor*; e na Lei n. 6.830/80, quanto à adjudicação antes mesmo da hasta pública.

E o Processo do Trabalho pode se utilizar desse procedimento?

Penso que sim, pelas mesmas razões metodológicas que assentei quando do exame do problema do mandado de citação para o cumprimento da sentença na

Justiça do Trabalho.

A *terceira onda* de reforma do Código de Processo Civil ostenta uma feição mais moderna, mais sintonizada com os valores e os princípios de nossa época, moderando o excesso de rigor e formalismo que inspirou os primeiros sistemas processuais na primeira metade do século XX, donde é egresso o ordenamento processual previsto na Consolidação das Leis do Trabalho considerado vanguardista em seu momento histórico.

Logo, tendo em conta a completa ausência de regramento na CLT quanto à possibilidade de alienação do bem penhorado por iniciativa particular, é de se admitir, por incidência da norma da subsidiariedade prevista no art. 769 da CLT (note que estamos, agora, no campo da fase de cognição, onde também se operam os atos de cumprimento da sentença), a aplicação supletiva das novas regras trazidas pela Lei n. 11.382/06.

À mesma conclusão chegaríamos se contemplássemos o problema da supletividade em face do art. 889 da CLT (*“Aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal”*). Como vimos, a Lei 6.830/80, conquanto tenha avançado em permitir a adjudicação antecipada de bens pela Fazenda Pública, conservou ainda a idéia de ênfase na hasta pública.

Trata-se, ademais, de providência alinhada com os parâmetros e valores constitucionais do acesso à justiça e *duração razoável do processo*.

Restaria, ainda, lugar para as regras do art. 888 da CLT, caso não lograsse êxito a adjudicação antecipada ou a alienação através de quaisquer das pessoas indicadas no mencionado dispositivo legal (art. 685-C, CPC). Porém, pela experiência da Justiça do Trabalho, é de se admitir que de pouca valia seria tal designação de hasta pública, pois provavelmente, nesse estágio, o bem penhorado não ostentaria interesse de compra por arrematante, porquanto muito mais palatável seria a venda mediante autorização judicial.

Se um dos aspectos estranguladores da efetividade processual tem sido, reconhecidamente, a fase expropriatória, não vejo razão para não ousarmos, na trilha de outros sistemas processuais, inclusive estrangeiros, como vimos.

Precisamos, quanto ao tema, de uma atitude mais operacional e efetiva e, para isso, *temos que romper com a dogmática formalista e tradicional*, transportando para a Justiça do Trabalho o instrumental já disponível, *de lege lata*, para atingir os escopos do processo.

O manejo desse novo instrumento, pelo método de heterointegração que defendo, é meio de superação das dificuldades da legislação adjetiva e tem um caráter libertador das formalidades decrépitas, já há muito de comprovada ineficácia.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os temas aqui abordados, pinçados que foram de um contexto bastante amplo de reformas processuais recentes, apenas ilustram o desafio atual do intérprete e aplicador do Direito Processual do Trabalho.

Os textos escritos sobre a reforma e seus reflexos são, quando muito, uma contribuição para o saudável e construtivo debate de idéias.

Não podemos, todavia, declinar de nosso protagonismo, não aquele que se escolhe, que se elege, mas do protagonismo em que nos insere o nosso próprio momento histórico.

Noutras palavras: reservou-nos a marcha histórica que estivéssemos manejando a ciência processual do trabalho em momento tão crítico, num verdadeiro *ponto de mutação* (Fritjof Capra) entre um modelo tradicional e outro em construção, mais afinado com os postulados da instrumentalidade e eficiência; menos disposto à chicana e ao atraso que nos condena o formalismo e a burocracia processuais; mais apto a dotar a atividade jurisdicional de ferramentas que prestigiem e concretizem a promessa constitucional de uma tutela jurisdicional rápida, entregue em prazo razoável.

É função do intérprete e aplicador da ciência processual emprestar-lhe atualidade histórica e dinâmica funcional, lançando mão dos princípios constitucionais e regras infraconstitucionais – ainda que integrantes de outros subsistemas – para dar efetividade às decisões da Justiça do Trabalho.

O sistema processual trabalhista assenta-se em postulados principiológicos (simplicidade, celeridade, efetividade, etc.) que não podem ser contidos pela desgastada e ineficaz ação de determinadas regras.

As críticas pontuais a aplicação das regras do processo comum ao processo especializado merecem todo o nosso respeito. Penso, no entanto, que, nesse *ponto de mutação*, é mais do que saudável uma maior abertura em nossos dogmas, em prol dos valores constitucionais retratados ao longo deste texto (acesso à justiça, duração razoável do processo, eficiência, etc.). Esse foi o desafio paradigmático proposto ao Processo Civil, e haverá de ser também o nosso desafio.

Ainda que o desejável seja uma ampla reforma da CLT, sabemos todos que se trata de uma providência inalcançável num curto prazo. Como plano de ação futura, creio que essa reforma será muito bem-vinda, até para que possamos propor um avanço ainda maior, resgatando o vanguardismo outrora desfrutado quase que com exclusividade pelo Processo do Trabalho. Para tanto, precisamos estimular as boas idéias e recolhê-las, de modo a sistematizá-las em proposições legislativas.

Enquanto que isso não se torna uma realidade, a incorporação das inovações do processo comum ao Processo do Trabalho, naquilo que é compatível, é medida não só consentânea com os princípios do Direito Judiciário trabalhista, mas com todas as mais elevadas aspirações dos jurisdicionados que buscam e confiam na Justiça do Trabalho.

Rodrigo F. M. Chaves

Procurador Federal da Advocacia Geral da União, Diretor da 3ª região da União dos Advogados Públicos Federais do Brasil – UNAFE, Pós Graduado em Direito Constitucional

A ARRECADAÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA NA JUSTIÇA DO TRABALHO É LEVADA EM CONSIDERAÇÃO PARA O CÁLCULO DE BENEFÍCIOS DEVIDOS AO TRABALHADOR? SITUAÇÃO ATUAL E PROPOSTAS DE APRIMORAMENTO.

1. pontificando nossos objetivos; 2. unicidade do ordenamento jurídico; 3. formação da relação jurídico trabalhista e previdenciária; 4. da relação dialética entre custeio e benefício; 5. do início de prova material e formas de integração dos sistemas.

1 - PONTIFICANDO NOSSOS OBJETIVOS.

A denominada Execução Fiscal Trabalhista, é uma atividade de Recuperação de Créditos Previdenciários no bojo da Justiça do Trabalho que contém em si um cunho social muito forte, fato que a coloca com uma natureza muito especial dentro do sistema jurídico. Este caráter social da arrecadação possui tamanha relevância que pode-se afirmar ser mais importante do que o próprio aporte de valores que decorre da arrecadação.

Quando se promove um reconhecimento de vínculo de emprego entre reclamante e reclamada, determinando-se o respectivo recolhimento previdenciário, o processo de inclusão social do trabalhador que, até aquele momento, inexistia para o sistema previdenciário, é um importante elemento no combate a informalidade do emprego, tão prejudicial ao sistema econômico-social do país.

Todavia, em que pese a formalização do emprego realizada pela Justiça do Trabalho, temos que considerar como necessária para a realização dos efeitos pretendidos a correlata aplicação da legislação aplicável, assim como a ponderação de diversos fatores, para a elaboração de uma sistemática que atenda aos anseios jurídico sociais exigidos.

Hoje, pela forma como está apresentada a Execução Fiscal Trabalhista, embora o sistema contemple uma avançada idéia de sistema jurídico, com uma moderna sistemática de formalização de créditos previdenciários, ainda carece de uma estruturação adequada em seus efeitos.

Mas porque isso ocorre hoje? Não seria possível adequar o sistema trabalhista ao sistema previdenciário para que o trabalhador tenha contado

automaticamente o tempo de serviço já reconhecido pela Justiça do Trabalho?

Acreditamos que a resposta deva ser positiva, e até mesmo, afirme-se, necessária, eis que exigida pelo desenvolvimento do próprio sistema jurídico. Porém para que seja possível a adequação do sistema para a viabilização desta comunicação imediata da sentença trabalhista para a contagem do tempo de serviço, é necessário corrigir algumas incongruências e desentendimentos hoje existentes.

2 - DA UNICIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO.

Um corriqueiro equívoco do desenvolvimento das ciências jurídicas é a evolução da idéia de um direito dividido conforme os ramos de atuação de maneira estanque, como se o objeto de estudo fosse algo fragmentado de acordo com a relação jurídica estudada.

Este equívoco não é recente, mas se agravou com o aumento da complexidade das relações humanas, em que a divisão do direito em seus dois grandes ramos; direito público e direito privado, não mais atendia a inúmeras respostas requeridas pela sociedade, de forma que a ciência do direito especificou cada um dos subgrupos da ciência normativa conforme sua identidade de princípios norteadores.

Assim, desenvolveram-se o direito penal, societário, ambiental, trabalhista, previdenciário, civil, econômico, eleitoral etc, desenvolvendo nomenclaturas, idéias e princípios que os tornavam distintos entre si, e, muitas vezes, a um observador menos atento, sob o ponto de vista científico, quase inconciliáveis.

Todavia, há que se lembrar que as divisões apresentadas entre um e outro ramo do direito são apenas metodológicas, atuando exclusivamente no campo da ciência do Direito, eis que, se adentrarmos ao campo do direito positivo, encontramos um objeto único.

Essa lembrança, embora nos pareça óbvia, tem diversas conseqüências na aplicação do direito, pois a incidência é sempre uma em relação a um determinado fato jurídico subsumido ao ordenamento e os sujeitos envolvidos na relação intersubjetiva, todavia, os efeitos jurídicos dali decorrentes variam de acordo com as implicações previstas pelo sistema jurídico.

Diante a unicidade do objeto aplicado (o direito positivo), haverá uma inevitável implicação entre os diversas relações jurídicas decorrentes dos efeitos previstos pelo sistema, sendo que caberá ao próprio sistema regular esses efeitos de modo a buscar maior segurança jurídica e evitar aparentes contradições na sua aplicação.

Se utilizarmos como paradigma um antigo conflito aparente de normas entre a responsabilidade penal e a responsabilidade civil, verificamos que o sistema jurídico indicou ao operador uma forma de solução da controvérsia, que a doutrina Penal chama de sistema da independência entre os ramos do direito.

A obrigação de reparar o dano se faz presente com a sentença condenatória

irrecorrível, mas a reparação deve ser buscada no juízo cível. Assim, a comunicação entre os efeitos cíveis e penais de um determinado fato jurídico se dá de forma independente, de modo que, a separação entre os juízos cível e criminal nos levaria a concluir que, com relação a comunicação entre os efeitos trabalhista e previdenciário devemos adotar uma solução que distancie cada um dos respectivos ramos do direito.

Todavia, devemos considerar que o citado sistema da independência não se dá de forma absoluta, senão apenas relativa aos efeitos financeiros, secundários do fato, eis que, com relação ao fato em si, nos termos do art. 91, inciso I do Código Penal, não pode ser negado pelo direito civil, pois é um efeito da condenação penal tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime.

Assim, para um determinado fato, o juízo cível deverá determinar qual o valor da indenização devida a vítima de um determinado fato delituoso, mas não poderá negar a existência do fato. Utilizando-se a mesma *ratio* para o conflito entre o direito trabalhista e previdenciário, tomando-se em consideração que o tempo de contribuição é o tempo de serviço, teríamos que o juízo trabalhista não poderia determinar qual o benefício devido ao reclamante, mas poderia determinar, através do tempo de serviço, qual é o tempo de contribuição.

Todavia, as conclusões não são tão simples, pois o juízo criminal pode negar a natureza criminal a determinado fato jurídico civilmente danoso.

Isso ocorre devido a natureza do direito penal, que exige para a formação da responsabilidade um determinado conjunto probatório que não se replica no campo do direito cível, sendo possível que uma pessoa tenha causado um dano a alguém e não seja responsabilizada criminalmente, quando praticado o fato em legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal, estado de necessidade ou exercício regular de um direito (art. 23 do CP), ou mesmo quando absolvido criminalmente, ante a inexistência de provas da prática delituosa.

No caso da existência de uma das excludentes de ilicitude do Código Penal, a análise dos efeitos cíveis na sentença penal não nos ajuda, eis que se trata de elementos de exclusão da ilicitude penal, não extensível aos efeitos cíveis da condenação, nos sendo mais útil a análise das situações em que existe uma sentença de absolvição do acusado ante a insuficiência de provas para a condenação penal.

Aqui o problema irá residir no fato de que, para a formação da responsabilidade penal, é necessária a existência de um conjunto probatório robusto, que convença o Juízo, sem sombra de dúvidas, da existência do fato delituoso.

Esta questão probatória é de fundamental importância na consideração dos efeitos previdenciários e trabalhistas, eis que naquele, a conjunto probatório necessário para o reconhecimento do tempo de contribuição, nos termos do §3º, do art. 55 da Lei 8.213/91, é muito mais robusto do que o reconhecimento do tempo de serviço trabalhado, e deverá exigir uma adequação da demanda trabalhista para atender a esta questão.

Pois bem. Tendo em mente os conceitos colhidos no fenômeno similar entre as relações jurídicas penais e as relações jurídicas cíveis, temos que a relação jurídica

trabalhista também possui estreita ligação com a relação jurídica previdenciária, e no mesmo sentido que o sistema jurídico precisou ajustar o conflito entre os direitos civil e penal, o ordenamento necessita encontrar caminhos para conciliar os efeitos da decisão do Juízo Trabalhista.

3 - FORMAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIA.

Como ponto de partida da análise das semelhanças e distinções entre tempo de serviço e tempo de contribuição, urge distinguir a relação jurisdicional trabalhista, daquelotra, relativa a relação jurisdicional fiscal-trabalhista.

A relação jurisdicional trabalhista decorre das decisões passadas em julgado ou das quais não tenha havido recurso com efeito suspensivo; os acordos, quando não cumpridos; os termos de ajuste de conduta firmados perante o Ministério Público do Trabalho e os termos de conciliação firmados perante as Comissões de Conciliação Prévia, no bojo da Justiça do Trabalho (art. 876, CLT). Como decisão proferida no bojo de uma demanda, tem, em regra, seus efeitos adstritos àqueles que deles fizeram parte.

Todavia, com o advento da Emenda Constitucional numero 20/98, foi conferida nova redação ao art. 114 da CF, possibilitando-se um efeito secundário da sentença trabalhista, exclusivamente quanto aos efeitos tributários da condenação.

Assim, o vínculo empregatício e verbas decorrentes reconhecidas na Justiça do Trabalho, passaram a repercutir, no que tange aos aspectos fiscais, para a União (lei 11.457/06)¹, de modo que compete ao Juízo Trabalhista, executar, *ex officio*, os créditos previdenciários devidos em decorrência de decisão proferida pelos Juízes e Tribunais do Trabalho, resultantes da condenação ou homologação de acordo, surgindo, destarte, a relação jurisdicional trabalhista-fiscal.

Esta relação tributária não nasce com a decisão jurisdicional, esta apenas declara um fato pretérito descrito na hipótese de incidência tributária, a relação laboral onerosa.

Antes do advento do sistema de execução fiscal trabalhista, através do aperfeiçoamento da EC 20/98 e da lei 10.035/00, o trabalhador que apresentasse sua lide a Justiça do Trabalho e via seu direito ao reconhecimento da relação de trabalho, seja via sentença judicial, seja via acordo entre as partes envolvidas, possuía, àquele tempo, resultados jurídicos apenas no campo trabalhista, em nada lhe afetando os efeitos previdenciários.

¹ Sob o pretexto de unificação de estruturas para melhor gestão do patrimônio público, a denominada Super Receita realizou, desde o advento da lei 11.457/06, a criação do Super Caixa. Assim, a contribuição previdenciária não é mais de titularidade do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), passando a ser tributo da União. Portanto, a Autarquia Previdenciária continua responsável pela administração dos pagamentos dos benefícios previdenciários, porém a responsabilidade pela arrecadação e gestão do tributo passou para a União.

Para que fosse possível a extensão e repercussão previdenciária da sentença trabalhista, era necessária uma atuação da atuação fiscal, que levantava o valor devido e realizava o lançamento administrativo para encaminhamento do crédito ao Judiciário Federal comum. Todavia, ante a infinidade de lançamentos necessários a regularização das demandas trabalhistas, e o pequeno valor individualmente considerado, todo este acerto tornou-se de impossível realização, diante do custo individual do crédito fiscal a ser lançado e da infinidade de atividades fiscais pendentes de regularização.

Nesse sentido, as alterações normativas apresentadas tinham o escopo de tornar o sistema mais eficiente, buscando na unicidade do direito a aplicação de uma ciência direito híbrido e conglobante, de modo a determinar que a norma individual e concreta formalizada na justiça do trabalho tivesse o seu correlato efeito fiscal-previdenciário de forma automática.

Esta desburocratização do sistema tributário representa uma inovação em antigos paradigmas de formalização do direito, para englobar a idéia do “lançamento judicial” da contribuição previdenciária.

Conforme preceitua o art. 142 do CTN, compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendendo o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria aplicável, calcular o montante devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível. Ou seja, o sistema exige, para a formalização do direito aplicável, que o fato jurídico seja decodificado em linguagem jurídica adequada e autorizada por ele (sistema), utilizando-se para tanto, como um ato atípico do Juízo (teoria dos atos típicos e atípicos praticados pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário)².

Embora a sistemática jurídica apontada represente uma inovação no sistema jurídico, é de se reconhecer que sua formulação não fora completa, eis que, pela redação do §3º, do art. 114 da CF, ou pelas alterações propostas nas leis 10035/00 e 11457/06, não foram conferidos expressamente os efeitos previdenciários da sentença trabalhista, no que pertine a contagem do tempo de contribuição.

Esta incongruência do sistema deu ensejo a edição da Instrução Normativa numero 95, de 07 de outubro de 2003, que estabelece os critérios a serem adotados pelas áreas de Benefícios do INSS, que contém, dentre os seus dispositivos:

(...)

Art. 105 ...

§ 4º Na concessão ou revisão de aposentadoria por tempo de contribuição ou qualquer outro benefício do RGPS, **sempre que for utilizado tempo de serviço/**

² Note-se que a distinção do ato jurisdicional como ato administrativo tem conseqüências relevantes para sua conceituação e limites, eis que, tido como efeitos secundário da sentença o ato atípico do lançamento, e, tendo em vista a natureza *ex lege* do tributo, temos que a formalização do crédito previdenciário, para sua classificação administrativa, é um ato vinculado, não se autorizando ao Juízo Trabalhista, verificado o fato imponível, deixar de realizar a atividade determinada pelo §3º do art. 114, da CF.

contribuição ou salário de contribuição decorrente de Ação Trabalhista, o processo deverá ser encaminhado para análise da Chefia de Benefícios da APS, devendo ser observado se:

I - na contagem de tempo de serviço/contribuição, **ainda que tenha havido recolhimento de contribuições:**

a) foi apresentado início de prova material;
b) o INSS manifestou-se no processo judicial acerca do início de prova material, atendendo-se ao contraditório;

c) constatada a inexistência de documentos contemporâneos que possibilitem a comprovação dos fatos alegados, o período não poderá ser computado;

d) nas situações em que a documentação juntada ao processo judicial permita o reconhecimento do período pleiteado, caberá o cômputo desse período;

e) nos casos previstos na alínea “c” deste inciso, se constatado que o INSS manifestou-se no processo judicial acerca da prova material, a Chefia de Benefícios da APS deverá emitir um relatório fundamentado e enviar o processo para a Procuradoria local analisar, ficando pendente a decisão em relação ao cômputo do período;

e) após a concessão do benefício, se não houve recolhimento de contribuições, o processo deverá ser encaminhado para o Setor de Receita Previdenciária, para as providências a seu cargo.

II – no cômputo de salário-de-contribuição:

a) o processo deverá ser encaminhado para o Setor da Receita Previdenciária, para verificação e parecer sobre o referido recolhimento;

b) serão considerados os valores constantes da ação trabalhista transitada em julgado, desde que tenha havido o recolhimento das contribuições previdenciárias devidas à Previdência Social.

Aqui, se verifica dois grandes problemas a serem enfrentados, a questão da instrução probatória para a formalização da contagem do tempo de serviço como tempo de contribuição e a necessidade de efetivação dos recolhimentos previdenciários devidos.

4 - DA RELAÇÃO DIALÉTICA ENTRE CUSTEIO E BENEFÍCIO.

Nos termos do §5º do art. 195, da Constituição Federal, o sistema previdenciário é uma via de duas mãos, vinculada a uma relação dialética entre custeio e benefício, de modo que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser concedido, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio da seguridade

social.

Essa relação dialética instrui qualquer raciocínio que sobre a conversão do tempo de serviço como tempo de contribuição, restando necessária uma noção básica de acerto de contas na consideração do tema.

Não é possível estabelecer um sistema que conceda um efeito previdenciário para a contagem do tempo de serviço se a correlato recolhimento previdenciário não for efetuado de forma adequada.

Aqui, é necessário ressaltar que o recolhimento tem de estar de acordo com os termos da Lei 8.212/91 e da Instrução Normativa do INSS numero 03/05, ou seja, o regime de recolhimento dos valores devidos deve levar em consideração a época do fato gerador da contribuição previdenciária (durante a vigência do contrato de trabalho, em caso de empregado com vínculo de emprego), e o regime de recolhimento se efetuará pelo sistema de competência, e não pelo sistema de caixa³.

Assim, uma vez proferida a sentença trabalhista condenatória, considerar-se-á as verbas de caráter remuneratório decorrentes da sentença como base de cálculo do respectivo tributo, que deverão remeter à época da prestação do serviço, incidindo a contribuição previdenciária devida⁴.

³ Neste sentido, é de se ressaltar que a OS 66/97 está revogada desde há muito, e que o Decreto 3048 é ilegal em seu art. 276.

⁴ Em caso de trabalhador com vínculo de emprego, 20% (vinte por cento) – art. 22, inciso I, da Lei 8.212/91; mais 1% (um por cento), 2% (dois por cento) ou 3% (três por cento) – adicional de custeio do SAT, art. 22, inciso II, da Lei 8.212/91; mais 2,5% (dois e meio por cento) no caso do § 1.º do art. 22 da Lei 8.212/91 (apenas quando se tratar de instituição financeira); mais a contribuição destinada a outras entidades, arrecadada na forma do art. 94 da Lei 8.212/91, que deverá observar, quanto à alíquota, o que disponha a lei específica de custeio à qual esteja vinculada a reclamada, pela natureza da atividade econômica que exerce. Empregadores domésticos sujeitam-se a alíquota própria e única, atualmente de 12% (doze por cento) – art. 24 da Lei 8.212/91. Optantes pelo SIMPLES (Lei 9.317/96) e Entidades Beneficentes de Assistência Social (Constituição Federal, art. 195, § 7º, e Lei 8.212/91, art. 55) não estão obrigados ao recolhimento destas contribuições, quando referentes às competências incluídas no período de fruição dos respectivos benefícios legais.

Alíquotas da contribuição devida pelo reclamante, com recolhimento a cargo da reclamada, vigentes à época da prestação dos serviços, sendo as atuais de 8% (oito por cento), 9% (nove por cento) ou 11% (onze por cento), a incidir sobre o valor mensalmente devido ao reclamante até o respectivo teto (com redução da CPMF para valores inferiores a três salários mínimos) – arts. 20 c.c. 33, § 5º, da Lei 8.212/91. Encargos moratórios: juros (art. 34 da Lei 8.212/91) e multa (art. 35, I, da Lei 8.212/91). Atualização monetária somente nas competências anteriores a dezembro de 1994, e somente até este mês (art. 34 da Lei 8.212/91, redação original). Operações do cálculo na forma dos arts. 126 a 135 da Instrução Normativa MPS/SRP n.º 3, de 14 de julho de 2005 (DOU n.º 135, de 15.07.2005, Seção 1, páginas 34-107 e <http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/MPS-SRP/2005/3.htm>), com fundamento no art. 195, I, a, da Constituição e nos arts. 20, 22, 24, 28, 30, I, b, e 33, § 5º, da Lei 8.212/91.

Em caso de trabalhador sem vínculo de emprego, a alíquota devida é de 20% (vinte por cento) – art. 22, inciso III, da Lei 8.212/91; mais 2,5% (dois e meio por cento) no caso do § 1.º do art. 22 da Lei 8.212/91 (apenas quando se tratar de instituição financeira) acrescido de 11% (onze por cento), a incidir sobre o valor devido ao reclamante até o respectivo teto – arts. 21 e 30, § 4º, da Lei 8.212/91 e art. 4, da Lei 10.666/03

Todavia, o sistema de recolhimento previdenciário se aperfeiçoa com a conjugação de duas fases distintas, mas condicionantes entre si, pois além de realizar o recolhimento previdenciário via Guia de Recolhimento Previdenciário (GPS)⁵, a empresa deve promover a prestação das informações relativas àquele recolhimento, em um documento contábil denominado **GFIP** (Guia de Recolhimento por tempo do Fundo de Garantia por tempo de Serviço e Informações a Previdência Social - art. 32, IV, da Lei 8.212/91)⁶, instituída pela lei 9528/97, que determinou sua obrigatoriedade em competências a partir de janeiro de 1999, para todas as pessoas sujeitas ao recolhimento de FGTS, bem como às contribuições e/ou informações à Previdência Social, nos termos da Lei de benefício (8213/91) e de custeio (8212/91).

Note-se que é através da GPS que os valores são recolhidos a previdência, mas é através da GFIP que o instituto identifica o recolhimento como sendo deste ou daquele trabalhador, pois o sistema cruza as informações o recolhimento com a respectiva informação social, para contagem do tempo de serviço do trabalhador.

A prestação da informação previdenciária constante da GFIP é obrigação acessória da empresa, mas não há determinação expressa de nossa legislação de sua exigência na Justiça do Trabalho, embora possa ser deduzida do ordenamento. Porém, a ausência de uma exigência explícita neste sentido acarreta na ausência do cumprimento da obrigação pela imensa maioria das empresas demandadas na Justiça do Trabalho. A viabilidade ou não da exigência da GFIP na Justiça do Trabalho é algo que deve ser levado em consideração, eis que existem diversas implicações da adoção, ou não, desta exigência. Mas ausente a declaração, o Instituto não tem como cruzar a informação o recolhimento previdenciário com um correlato número de identificação do trabalhador (NIT), de modo que o sistema não consegue atrelar qualquer informação aos cadastros do trabalhador, que, inevitavelmente, terá dificuldades para se aposentar, diante da ausência da informação.

É na GFIP que são realizados acertos de recolhimentos referentes a várias competências em uma guia consolidada. Ou seja, ou o empregador promove uma guia para cada competência devida, ou a empresa promove um único recolhimento, (como na grande maioria das vezes), e realiza o acerto das competências no documento de informações previdenciárias, relatando que tal recolhimento se refere a tal período.

Esta dificuldade na localização das informações ocorre porque é através

⁵ Caso a reclamada tenha interesse no parcelamento, somente será possível mediante requerimento e confissão do débito apurado em anexo perante Delegacia da Receita Federal – previdenciária, nos termos e condições do art. 38 da Lei 8.212/91, salvo hipóteses previstas em legislação especial, e segundo procedimento previsto nos arts. 664 e seguintes da Instrução Normativa MPS/SRP n.º 3, de 14 de julho de 2005 (DOU n.º 135, de 15.07.2005, Seção 1, páginas 34-107 e <http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/MPS-SRP/2005/3.htm>). O procedimento deverá ser instruído com cálculo pormenorizado, mês a mês, nos termos da IN 03/05)

⁶ Antes de janeiro de 1999, o sistema previdenciário utiliza as informações da RAIS (Relatório Anual de Informações Sociais).

da GFIP que são alimentados os dados do CNIS (Cadastro de Informações Sociais), que é a base de informações para a concessão, ou não, de benefícios previdenciários.

Esta é uma obrigação da empresa, que não pode ser suprida pelo reclamante ou pelo Estado. Entrementes, essa questão impede qualquer tentativa de integração do sistema, necessitando que o Estado e a sociedade atuem no combate adequado a esta mácula social.

5 – DO INÍCIO DE PROVA MATERIAL E FORMAS DE INTEGRAÇÃO DOS SISTEMAS.

A proficiente Desembargadora do Trabalho Ivani Contini Bramante, no bojo do processo TRT/SP 03126.1999.053.02.00-4, trouxe um sedutor argumento na solução desta questão, que pode colaborar para superar essa complexa aparente contradição de normas.

Pelo entendimento do R. Magistrada, tendo em vista que o art. 201, §11º da Constituição Federal, quando preceitua que os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei, deve ser aplicado nos casos de decisões proferidas por Magistrados Trabalhistas.

Assim, o art. 28, §9º, alínea e, item 7, da Lei 8.213/91, exclui do salário de contribuição exclusivamente os valores recebidos a títulos de ganhos habituais e os abonos expressamente desvinculados do salário, a *contrario sensu*, inclui os valores vinculados ao salário como salário de contribuição, encontrando, destarte, um argumento legal para justificar a similitude do tempo de contribuição com o tempo de serviço.

Nesse sentido, o disposto no §3º do art. 55 da Lei 8213/91, quando condiciona a contagem do tempo de serviço a comprovação, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, ao início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme o disposto no regulamento, deve ser interpretado a luz disposto no art. 28, §9º, alínea e, item 7, da Lei 8.213/91, exclui, portanto, a sentença trabalhista da obrigatoriedade dos requisitos mencionados.

Com efeito, a interpretação apontada, embora contestável pela ausência de identificação expressa no art. 114 da CF, que autorize o efeito previdenciário para fins de contagem do tempo de serviço, e, como Justiça Especializada, tem sua competência funcional interpretada restritivamente, é uma tentativa de solucionar a injustiça hoje existente com diversos contribuintes que não conseguem regularizar sua situação junto aos sistemas previdenciários, devido a ausência de um sistema adequado de conversão do tempo de serviço como tempo de contribuição.

Todavia, essa argumentação trilha um caminho perigoso na interpretação dos institutos, eis que implica na abertura de uma alteração na competência funcional da

Justiça do Trabalho, ainda que de maneira indireta.

O problema ganha uma dificuldade ainda maior em casos de reconhecimento de tempo de serviço realizado no bojo de acordo sem qualquer indício de prova da existência real do vínculo de emprego, ou sem qualquer processo de cognição do Magistrado Trabalhista sobre a existência, ou não do vínculo de emprego.

É extremamente arriscado conferir uma interpretação ao sistema previdenciário que possibilite que a contagem do tempo de serviço seja realizado por simples declaração das partes em audiência, sem qualquer outro elemento que informe o Juízo da real existência daquele vínculo de emprego.

Note-se que a obrigação de promover o recolhimento previdenciário é da empresa reclamada e não do reclamante, e a eliminação de elementos probatórios do vínculo para efeitos previdenciários pode estimular o conluio para aperfeiçoamento do efeito previdenciário.

Ademais, existem milhares de ações nos Juizados Especiais Federais e varas federais contra o INSS, as quais potencialmente, poderão ser direcionadas para a Justiça o Trabalho, que, com o posicionamento acima apontado, passa a admitir reconhecimentos de tempo de contribuição sem o correlato início de prova material, colocando a Justiça do Trabalho em colapso ante a completa impossibilidade de cuidar de todo esse acréscimo de demandas.

Para a elaboração de uma comunicação do sistema previdenciário, além da regularização das formas de custeio hoje realizadas na Justiça do Trabalho, que ainda possui grande dificuldade na identificação dos institutos tributários, e a alteração da legislação Constitucional, para tornar mais clara e detalhada a competência da Justiça do Trabalho, de modo a evitar uma a migração das demandas previdenciárias da Justiça Federal, será necessário elaborar uma nova forma de reconhecimento do tempo de serviço trabalhista, para lhe conferir o respectivo efeito previdenciário, elaborando uma espécie de justificação prévia, realizada no bojo dos autos trabalhistas, para possibilitar ao magistrado uma “cognição mínima” de provas a serem colhidas, para fins de conversão do tempo de serviço como tempo de contribuição reconhecido.

A pretensão de um sistema de previdência e seguridade social integrado com o sistema trabalhista em sua completude tem que ter em mente que estamos lidando com um grande sistema de benefícios, que são a única fonte de custeio de milhões de brasileiros.

Por conseguinte, a interpretação das formas de comunicação de efeitos trabalhistas para fins de contagem do tempo de contribuição tem de ser realizada com a máxima cautela, eis que qualquer modificação no sistema, principalmente aquelas que alteram as formas de reconhecimento de requisitos para a concessão de benefícios tem resultados potencializados de bilhões de reais. Porém, é inadmissível a manutenção do vácuo existente na integração entre os sistemas previdenciário e trabalhista, dando ensejo a inúmeras injustiças para com o empregado-segurado.

Erica Paula Barcha Correia

Mestre e doutora em Direito Previdenciário PUC/SP, coordenadora dos cursos de especialização em Direito Previdenciário da Escola Paulista de Direito Social e autora de obras na área.

O RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS NA JUSTIÇA DO TRABALHO E A RELAÇÃO JURÍDICA PREVIDENCIÁRIA

I - A IMPORTÂNCIA DO RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS NA JUSTIÇA DO TRABALHO E O CADASTRAMENTO NO CNIS PARA A CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA PREVIDENCIÁRIA

A Constituição Federal de 1988, conhecida como carta cidadã, por trazer em seu bojo disposições de grande importância para o direito social, neste incluído o direito ao trabalho e o direito à previdência social, consignou, em seu artigo 1º, como fundamentos da República:

- a proteção à dignidade da pessoa humana (inc. III) e o
- valor social do trabalho (inc. IV).

Consagrado como princípio dos princípios, a proteção à dignidade da pessoa humana é de suma importância para o direito do trabalho, quando tratamos da energia dispensada pelo trabalhador na execução do seu trabalho e, também, no trato da questão previdenciária, ou seja, a remuneração do trabalhador quando advier o tempo para aposentar.

Neste sentido, andou bem o constituinte quando elegeu como um dos fundamentos do nosso estado democrático de direito o valor social do trabalho.

Outra grande inovação da Carta Magna de 1988 foi destacar um orçamento próprio para o Sistema de Seguridade Social brasileiro², composto pelo tripé Assistência Social, Saúde e Previdência Social, este último de caráter obrigatoriamente contributivo, diferentemente dos dois primeiros.

Ainda com relação à questão orçamentária, dispõe a Constituição Federal, em seu art. 167, inc. XI, C.F. que as contribuições sociais dos empregadores sobre a folha de salários, bem como as contribuições dos segurados empregados, somente poderão ser usadas para o pagamento de benefícios do regime geral de previdência

² Nos termos do art. 165, § 5º, inc. III da C.F.

social de que trata o art. 201, C. F.³

São exatamente tais contribuições as que, por força da nova redação dada ao art. 114, inc. VIII, do texto constitucional, são executáveis de ofício pela Justiça do Trabalho.

Desse modo, partindo-se da premissa de que:

- a aposentadoria é a remuneração, diferida no tempo para o momento do "paro forçoso";
- de que para aposentar-se o trabalhador tem que exercer atividade remunerada, sujeita a recolhimento obrigatório para a Previdência Social,
- concluímos, indubitavelmente, que tais recolhimentos, inclusive os efetuados pela Justiça do Trabalho, somente podem ser utilizados para a concessão de benefícios previdenciários.

Entretanto, como a seguir demonstraremos, a Autarquia previdenciária, INSS, não registra em seus cadastros o tempo recolhido pelo trabalhador para efeito de concessão de benefícios previdenciários. Desde já, consignamos, que tal omissão é claramente inconstitucional, não obstante as disposições vigentes, a esse respeito, em nosso ordenamento jurídico, sobre as quais, a seguir, nos debruçaremos.

II - DO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS PELA JUSTIÇA DO TRABALHO E DA OBRIGATORIEDADE DE AVERBAÇÃO DO TEMPO CONTRIBUÍDO NO CADASTRO NACIONAL DE INFORMAÇÕES SOCIAIS DO INSS

Nos termos do Art. 114, inc. VIII, C.F., compete à Justiça do Trabalho "a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir."

Conforme mencionado nas linhas anteriores, reza o texto constitucional, em seu artigo 167, inc. XI, que as contribuições pagas pelos segurados empregados, decorrentes do exercício de atividade laboral, bem como aquelas recolhidas pelo empregador sobre a folha de salários, somente podem ser utilizadas para o pagamento de benefícios previdenciários.

Entretanto, o grande problema que enfrentam os trabalhadores que procuram a Justiça do Trabalho é a falta de informações no sistema cadastral do INSS, relativa ao recolhimento efetuado por ocasião de acordo ou decisão judicial.

Muitos são os trabalhadores que procuram as agências do INSS para requererem sua aposentadoria, contando com o tempo recolhido por ocasião de

³ São as contribuições mencionadas no art. 195, I, "a" e II, da C.F.

exercício de atividade remunerada, somado ao tempo reconhecido e recolhido na Justiça do Trabalho. Os trabalhadores têm seu pedido indeferido sob o argumento da "falta de tempo para aposentar", já que o tempo indenizado na Justiça Laboral, devidamente recolhido para o INSS, não consta no CNIS - cadastro nacional de informações sociais da autarquia previdenciária.

III - DA INSTRUÇÃO NORMATIVA 03/2005 DO INSS

A Lei nº 11.457, de 16/03/07, instituiu a super receita, passando a arrecadação e administração das contribuições sociais para a SRP - secretaria de receita previdenciária, antes, a cargo do INSS.

Desse modo, a Instrução Normativa 03/2005, sofreu revisão em 15 de julho de 2007, dispondo sobre normas gerais de tributação previdenciária e de arrecadação das contribuições sociais administradas pela Secretaria da Receita Previdenciária, órgão ligado ao Poder Executivo Federal.

Dentre outras disposições, passamos a destacar as inerentes ao recolhimento de contribuições previdenciárias pela Justiça do Trabalho, **lembrando que, a despeito das disposições abaixo mencionadas, o INSS ainda não as considera para efeito de concessão de aposentadorias.**

São elas:

III.1. das decisões proferidas pelos Juízes e Tribunais do Trabalho que:

I - condenem o empregador ou tomador de serviços ao pagamento de remunerações devidas ao trabalhador, por direito decorrente dos serviços prestados ou de disposição especial de lei;

II - reconheçam a existência de vínculo empregatício entre as partes, declarando a prestação de serviços de natureza não eventual, pelo empregado ao empregador, sob a dependência deste e mediante remuneração devida, ainda que já paga à época, no todo ou em parte, e determinando o respectivo registro em CTPS;

III - homologuem acordo celebrado entre as partes antes do julgamento da reclamatória trabalhista, pelo qual fique convencionado o pagamento de parcelas com incidência de contribuições sociais para quitação dos pedidos que a originaram, ou o reconhecimento de vínculo empregatício em período determinado, com anotação do mesmo em CTPS;

IV - reconheçam a existência de remunerações pagas no curso da relação de trabalho, ainda que não determinem o registro em CTPS ou o lançamento em folha de pagamento." ⁴

⁴ Neste caso, entendemos que, sendo obrigatório o recolhimento para o INSS, o tempo deve ser

III.2. Os fatos geradores sobre os quais são calculadas as contribuições previdenciárias a serem pagas na Justiça do Trabalho

Os artigos 131 e 132 da IN 03/2005, dispõem minuciosamente a respeito da base de cálculo sobre a qual incidirá a contribuição para o INSS.

"Art. 131. Serão adotadas como bases de cálculo:

I - quanto às remunerações objeto da condenação, os valores das parcelas remuneratórias consignados nos cálculos homologados de liquidação de sentença, ainda que as partes celebrem acordo posteriormente;

II - quanto às remunerações objeto de acordo conciliatório, prévio à liquidação da sentença:

- a) os valores das parcelas discriminadas como remuneratórias em acordo homologado ou, inexistindo estes;
- b) o valor total consignado nos cálculos ou estabelecido no acordo;

III - quanto ao vínculo empregatício reconhecido, obedecida a seguinte ordem:

- a) os valores mensais de remuneração do segurado empregado, quando conhecidos;
- b) os valores mensais de remuneração pagos contemporaneamente a outro empregado de categoria ou função equivalente ou semelhante;
- c) o valor do piso salarial, legal ou normativo da respectiva categoria profissional, vigente à época;
- d) quando inexistente qualquer outro critério, o valor do salário mínimo vigente à época.

§ 1º Serão somados, para fins de composição da base de cálculo, os valores indicados nos incisos I e III ou II e III do caput, quando referentes às mesmas competências. **(Nova redação dada pela IN MPS SRP nº 20, de 11/01/2007)**

§ 2º A base de cálculo das contribuições sociais a cargo do reclamado não está sujeita a qualquer limitação e para a sua apuração deverão ser excluídas apenas as parcelas que não integram a remuneração. (grifo nosso)⁵

contado como de contribuinte individual (autônomo), já que as contribuições pagas na Justiça do Trabalho somente podem ser utilizadas para pagamento de benefício previdenciário, a teor do art. 167, inc. XI, da C.F.

⁵ Destacamos para ressaltar que, diferentemente da contribuição do empregado e do contribuinte individual, na qual há um valor limite de contribuição, o recolhimento da cota do empregador é de 20% (vinte por cento) sobre o total fixado. Cf. IN 03/2005 revisada, "art. 86. As contribuições sociais previdenciárias a cargo da empresa ou do equiparado, observadas as disposições específicas desta IN, são:

I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título,

§ 3º As contribuições sociais a cargo do segurado empregado serão apuradas da seguinte forma:

I - as remunerações objeto da reclamatória trabalhista serão somadas ao salário de contribuição recebido à época, em cada competência;

II - com base no total obtido, fixar-se-á a alíquota e calcular-se-á a contribuição incidente, **respeitado o limite máximo do salário de contribuição vigente em cada competência abrangida;** (grifo nosso)

III - a contribuição a cargo do segurado **já retida anteriormente será deduzida do valor apurado** na forma do inciso II, observado o disposto no § 5º deste artigo. (grifo nosso)

§ 4º Na competência em que ficar comprovado o desconto da contribuição a cargo do segurado empregado, sobre o limite máximo do salário de contribuição, deste não será descontada qualquer contribuição adicional incidente sobre a parcela mensal da sentença ou acordo.

§ 5º Cabe ao reclamado comprovar o recolhimento da contribuição anteriormente descontada do segurado reclamante, sob pena de comunicação ao Serviço/Seção de Fiscalização da SRP, para apuração e constituição do crédito, nas formas previstas no Capítulo I do Título VIII, e Representação Fiscal para Fins Penais, na forma do inciso III do art. 617.

§ 6º Quando a reclamatória trabalhista findar em acordo conciliatório ou em sentença, pelo qual não se reconheça qualquer vínculo empregatício entre as partes, o valor total pago ao reclamante será considerado base de cálculo para a incidência das contribuições sociais:

I - devidas pela empresa ou equiparado sobre as remunerações pagas ou creditadas a contribuinte individual que lhe prestou serviços;

II - devidas pelo contribuinte individual prestador de serviços, observado o disposto no inciso III do art. 92 e no art. 93.

§ 7º Na hipótese de não reconhecimento de vínculo, deverá a empresa ou os equiparados à empresa, exceto os referidos no § 1º do art. 92, no pagamento das verbas definidas em acordo ou em sentença, reter a contribuição devida pelo segurado

durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhes prestam serviços, observado o disposto no inciso I do art. 71;” e

“III - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados contribuintes individuais que lhes prestam serviços, para fatos geradores ocorridos a partir de 1º de março de 2000;”

contribuinte individual prestador do serviço e recolhê-la juntamente com a contribuição a seu cargo, conforme disposto no art. 4º da Lei nº 10.666, de 2003.

§ 8º Não havendo a retenção da contribuição na forma do § 7º, o reclamado contratante de serviços é responsável pelo pagamento da referida contribuição, conforme previsto no art. 93." 6

III.3. Da importância do detalhamento mensal de todo o período reconhecido pela Justiça Laboral para o cômputo do período contributivo para efeitos previdenciários

É de extrema importância a observância do artigo 132 da IN 03/2005, pois o detalhamento de todo o período laborado, mensalmente discriminado para efeito de recolhimento de contribuição previdenciária, deverá contar como tempo de contribuição perante o INSS. Confira-se a disposição abaixo transcrita:

"Art. 132. Serão adotadas as competências dos meses em que foram prestados os serviços pelos quais a remuneração é devida, ou dos abrangidos pelo reconhecimento do vínculo empregatício, quando consignados nos cálculos de liquidação ou nos termos do acordo.

§ 1º Quando, nos cálculos de liquidação de sentença ou nos termos do acordo, a base de cálculo das contribuições sociais não estiver relacionada, mês a mês, ao período específico da prestação de serviços geradora daquela remuneração, as parcelas remuneratórias serão rateadas, dividindo-se seu valor pelo número de meses do período indicado na sentença ou no acordo, ou, na falta desta indicação, do período indicado pelo reclamante na inicial, respeitados os termos inicial e final do vínculo empregatício anotado em CTPS ou judicialmente reconhecido na reclamatória trabalhista.

§ 2º Se o rateio mencionado no parágrafo anterior envolver competências anteriores a janeiro de 1995, para a obtenção do valor originário relativo a cada competência, o valor da fração obtida com o rateio deve ser dividido por 0,9108 (valor da UFIR vigente em 1º.01.1997, a ser utilizado nos termos do art. 29 da Lei nº 10.522, de 2002, dividindo-se em seguida o resultado dessa operação pelo Coeficiente em UFIR expresso na Tabela Prática Aplicada em Contribuições Previdenciárias elaborada pela SRP para aquela competência.

§ 3º Na hipótese de não reconhecimento de vínculo, e quando não fizer

⁶ Entendemos que, nos casos de não reconhecimento de vínculo, esvazia-se a competência do INSS para a exigência de recolhimento de contribuições sobre o trabalho, neste caso, considerado autônomo.

parte do acordo homologado a indicação do período em que foram prestados os serviços aos quais se refere o valor pactuado, será adotada a competência referente à data da homologação do acordo, ou à data do pagamento, se este anteceder aquela." ⁷

III.4 -Da atualização monetária das contribuições previdenciárias

No cálculo de pagamento das contribuições previdenciárias, o Juízo⁸ deverá levar em conta, bem como exigir do INSS, a exata aplicação para efeito de atualização monetária, juros e multa, utilizando-se dos valores vigentes para época de cada competência. Desse modo, o disposto no artigo 133 da IN 03/2005 deverá ser rigorosamente observado, evitando-se apuração de cálculo, que não raro, apresentam-se, em muito, superiores ao que efetivamente devido ao INSS. Confira o dispositivo abaixo transcrito:

"Art. 133. Serão adotadas as alíquotas, critérios de atualização monetária, taxas de juros de mora e valores de multas vigentes à época das competências apuradas na forma do art. 132.

III.5. Necessidade de indicação do código correto do pagamento das contribuições previdenciárias na GFIP - guia específica para recolhimento para o INSS

O artigo 134, da IN 03/2005 remete o contribuinte ao manual da GFIP⁹, o qual contém os códigos para recolhimento de contribuições decorrentes de reclamatória trabalhista, comissão de conciliação prévia, convenção, acordo e dissídios coletivos.

Destacamos o parágrafo único, do mencionado art. 134 da IN 03/2005, que dispõe sobre o recolhimento nos casos em que o valor da contribuição for inferior ao mínimo fixado pela Secretaria de Receita Previdenciária. Vejamos a transcrição do dispositivo:

"Art. 134. Os fatos geradores de contribuições sociais decorrentes de reclamatória trabalhista deverão ser informados em GFIP, conforme orientações do

⁷ *Frise-se que a não indicação do período laborado é extremamente prejudicial para o reclamante, pois haverá recolhimento sobre o valor total e todo o período trabalhado será desconsiderado para efeitos previdenciários.*

⁸ "Art. 129. Nos termos do § 3º do art. 114 da Constituição Federal e da Lei nº 10.035, de 2000, à Justiça do Trabalho ficaram atribuídas as seguintes competências:

I - apurar, com o auxílio de órgão auxiliar da Justiça ou perito, se necessário, o valor do crédito previdenciário decorrente de fatos ou direitos reconhecidos por suas decisões;"

⁹ *disponível no site do MPAS (www.mpas.gov.br).*

Manual da GFIP, e as correspondentes contribuições sociais deverão ser recolhidas em documento de arrecadação identificado com código de pagamento específico para esse fim, conforme relação constante do Anexo I.

Parágrafo único. Se o valor total das contribuições apuradas em reclamatória trabalhista for inferior ao mínimo estabelecido pela SRP para recolhimento em documento de arrecadação da Previdência Social, este deverá ser recolhido juntamente com as demais contribuições devidas pelo sujeito passivo no mês de competência, sem prejuízo da conclusão do processo."

IV - DA INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA PREVIDENCIÁRIA DECORRENTE DO AUSÊNCIA DO CÔMPUTO DO TEMPO CONTRIBUÍDO NA JUSTIÇA DO TRABALHO JUNTO AO CNIS - ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO INSS

Não obstante o contido nas disposições retro-mencionadas, tem-se por certo que o INSS não leva em consideração, para efeito de contagem de tempo contribuição, aquele pago pelo trabalhador na Justiça do Trabalho.

Nos termos das considerações expostas no item I, partindo-se da premissa de que o sistema previdenciário brasileiro é contributivo e, portanto, fundado no recolhimento de contribuições previdenciárias para que, por ocasião de contingências futuras¹⁰, o segurado perceba do Estado prestações previdenciárias, aliada às disposições constitucionais dos artigos 167, inc. XI e do artigo 114, inc. VIII, depreende-se que o recolhimento das contribuições previdenciárias, da forma como se apresenta, não caracteriza qualquer tipo de relação jurídica previdenciária.

Deste modo, o recolhimento efetuado para o INSS, no âmbito da Justiça do Trabalho, sem a respectiva contra-prestação previdenciária é inconstitucional, já que em desconformidade com os preceitos constitucionais dos artigos 167, inc. XI e do artigo 114, inc. VIII, descaracterizando o valor social do trabalho, assegurado no art. 1º, inc. IV, da C.F.

Melhor dizendo, as contribuições previdenciárias vertidas para a autarquia previdenciária, fruto do labor do trabalhador, não são usadas para o pagamento de benefício previdenciário, pois não constam no CNIS, para o INSS, como tempo de contribuição do empregado.

Destarte, uma vez constatada a ausência de relação jurídica previdenciária, cabe ao trabalhador, bem como às empresas, a devolução das quantias pagas a título de contribuição previdenciária, ou quando menos, a suspensão, pela

¹⁰ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Erica Paula. Barcha. Curso de direito da seguridade social, 3ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2007, p. 219.

Justiça do Trabalho, da execução de ofício de tais contribuições, até a definitiva solução do problema que se apresenta, sob pena de enriquecimento ilícito da autarquia previdenciária.

V- DA NECESSIDADE E DA POSSIBILIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DE UM CONVÊNIO ENTRE A JUSTIÇA DO TRABALHO E O MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Diante das considerações expostas, resta clara a urgente necessidade de canal de correspondência entre as duas instituições, com o fito de viabilizar um cadastro no qual todos os recolhimentos efetuados no âmbito da Justiça laboral sejam prontamente registrados em nome do trabalhador, segurado do INSS. Somente assim, o trabalhador terá assegurado seu direito a benefícios, decorrente de uma efetiva relação jurídica previdenciária.

Neste sentido, a IN 03/2005 traz, em seu bojo, mais precisamente no art. 129, § único, disposição¹¹ que permite a celebração de um convênio entre a Justiça do Trabalho, o Ministério da Previdência Social e a Advocacia-Geral da União, para a apuração, execução de ofício e o recolhimento de contribuições sobre valores depositados a sua ordem.

Pois bem, se há a possibilidade de um convênio para agilizar o recolhimento das contribuições previdenciárias, o mesmo pode (e deve) se ater a um outro dever constitucional do Estado, em sua missão fundamental de garantir a efetivação dos direitos sociais, os quais destacamos o direito ao trabalho e o direito à previdência social:

- assegurar a concessão de benefícios previdenciários decorrentes do recolhimento de contribuições sociais, inclusive aquelas executadas de ofício pela Justiça do Trabalho.

¹¹ “Art. 129. Nos termos do § 3º do art. 114 da Constituição Federal e da Lei nº 10.035, de 2000, à Justiça do Trabalho ficaram atribuídas as seguintes competências:

I - apurar, com o auxílio de órgão auxiliar da Justiça ou perito, se necessário, o valor do crédito previdenciário decorrente de fatos ou direitos reconhecidos por suas decisões;

II - promover de ofício a execução do crédito previdenciário e determinar, quando for o caso, a retenção e o recolhimento de contribuições incidentes sobre valores depositados à sua ordem;

(...)

Parágrafo único. A Justiça do Trabalho, mediante convênio de cooperação técnica com o Ministério da Previdência Social e a Advocacia-Geral da União, poderá servir-se do Sistema Informatizado de Execução Fiscal Trabalhista - SEFT para a execução das operações a que se referem os incisos I e II do caput. (Nova redação dada pela IN MPS SRP nº 20, de 11/01/2007).”

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

CORREIA, Marcus; CORREIA, Erica Paula Barcha. *Curso de direito da seguridade social*. 3ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2007.

CORREIA, Marcus; CORREIA, Erica Paula Barcha (Coordenadores). *Direito previdenciário e constituição*. São Paulo: Ltr, 2004.

Instrução Normativa MPS/SRP Nº 3, DE 14 DE JULHO DE 2005 - DOU DE 15/07/2005 ALTERADA.

Dimitri Dimoulis

Doutor e pós-doutor em direito pela Universidade do Sarre (Alemanha). Professor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais

Soraya Regina Gasparetto Lunardi

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Coordenadora do Curso de Mestrado em Direito da Unimar (Marília, SP). Professora da Instituição Toledo de Ensino (Bauru, SP).

CONSTRUÇÃO DO PROCESSO CONSTITUCIONAL-OBJETIVO

1. INTRODUÇÃO

A questão da legitimidade do controle de constitucionalidade encontra-se no centro das preocupações dos constitucionalistas brasileiros, desde a década de 1990¹. O debate concentra-se no controle abstrato em razão da repercussão geral das decisões que tornam o tribunal constitucional intérprete quase autêntico do texto constitucional.

Uma contribuição nesse estudo é a análise do processo constitucional. Sua observação permite avaliar a legitimidade da jurisdição constitucional com argumentos retirados da prática processual e não de construções teóricas abstratas. Tal estudo pode se dar sob várias perspectivas. Nesse texto, privilegiamos uma abordagem prática que deixa claro que os tribunais constitucionais atuam como legisladores positivos porque configuram seu próprio processo. Não são os exclusivos "Senhores" desse processo, mas exercem um poder normocriativo que nenhum outro tribunal possui ou deseja exercer.

O processo utilizado pelas Cortes constitucionais para decidir sobre ações de controle de constitucionalidade de maneira abstrata (em tese) apresenta características estruturais peculiares em relação aos demais modelos processuais. É o denominado processo objetivo. Sua análise cria certa perplexidade aos juristas, indicada por expressões como: "exercício atípico de jurisdição"², procedimento "especial em relação ao processo ordinário", "com caracteres específicos".³

¹ Mendes, 1990; Vieira, 2002; Tavares, 1998 e 2005; Clève, 2000; Agra, 2005; Binenbojm, 2004; Streck, 2004; Sampaio, 2002.

² Barroso, 2004, p. 114.

³ Bernardes, 2004, p. 281-282.

O estudo do processo objetivo se desdobra em vários temas, entre os quais encontramos a questão de sua origem, de sua legitimidade e de suas características (ou elementos estruturais-estruturantes). O presente trabalho examina essa última questão, comparando posicionamentos doutrinários e dados oriundos da prática decisória da jurisdição constitucional, utilizando como referência principal a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A maioria dos doutrinadores⁴ e o Supremo Tribunal Federal⁵ definem o processo objetivo com base em sua natureza abstrata, livre de interesses subjetivos-individuais. Não há partes, não é necessária a produção de provas, não há contraditório e o processo se assemelha ao modelo inquisitivo em razão do papel predominante dos julgadores. A única finalidade do processo objetivo seria a verificação da regularidade do sistema de normas, examinando a compatibilidade entre uma norma inferior e a Constituição, o que torna desnecessária a presença dos elementos do processo tradicional.

Aqui cabe um esclarecimento Quando nos referimos ao processo tradicional ou subjetivo temos em mente principalmente o processo civil. Os demais ramos processuais se situam entre esses dois modelos processuais, objetivo e subjetivo. Isso vale particularmente para o processo penal que apresenta muitos elementos de processo objetivo. Cabe à teoria geral do processo verificar o grau de "subjetividade" de cada ramo de processo e analisar sua história de criação e sua funcionalidade.

No que diz respeito ao controle abstrato de constitucionalidade no Brasil, podemos enumerar, a título indicativo, as seguintes características:⁶

- sua finalidade é defesa da Constituição e não de interesses individuais subjetivos;
- inexistência de direito subjetivo de tutela;
- ausência de partes propriamente ditas;
- não são observadas as garantias individuais do princípio do contraditório e da ampla defesa;
- não se aceita pedido de desistência formulado pelo requerente;
- não se admite intervenção de terceiros;
- a decisão não se vincula à causa de pedir;
- não se admite, via de regra, argüição de suspeição ou de impedimento;
- os efeitos da decisão podem ser modulados, independentemente de pedido ou vontade das partes;
- a decisão desenvolve, em linha de princípio, efeitos erga omnes vinculantes e

⁴ Clève, 2000, p. 142; Tavares, 1998, p. 132; Tavares, 2005, p. 405-444; Bernardes, 2004, 280-291.

⁵ Agravo Regimental na ADIN 203, rel. Min. Celso de Mello, j. 22-3-1990; ADIN 2.408 MC, rel. Min. Moreira Alves, j. 9-11-2001. Todas as decisões do STF são citadas de acordo com o texto publicado em: <http://www.stf.gov.br>.

Sobre posicionamentos semelhantes do Tribunal constitucional Federal alemão cf. Lunardi, 2006, cap. 3.4.

⁶ Cf. Lunardi, 2006, cap. 5; Bernardes, 2004, p. 253-479.

represtinatórios;

- é duvidosa a criação de coisa julgada material;
- o julgado não pode ser objeto de ação rescisória nem se admite duplo grau de jurisdição.

O Supremo Tribunal Federal configurou o processo constitucional em sua atividade decisória, exercendo um amplo poder discricionário. Isso é basicamente devido à lacunas com as quais se depara o Tribunal. Considerando como marco de *densificação*⁷ do controle de constitucionalidade no Brasil a promulgação da Constituição Federal de 1988 não podemos olvidar que, por mais de dez anos, praticamente não havia normas processuais legais sobre o controle concentrado. Se o legislador não cumpre com sua obrigação regulamentadora, cabe ao aplicador do direito preencher as lacunas para estruturar sua atividade decisória. Em tais casos, o Supremo Tribunal Federal tem duas opções:

a) Elaborar e aplicar normas que, a seu juízo, correspondem a exigências do processo objetivo. Denominamos esse fenômeno de *autocriação*. Temos autocriação de uma regra quando certa autoridade estatal estabelece normas e padrões que ela mesma deve seguir. No decorrer do tempo, tais normas e padrões se consolidam e formam uma tradição ou costume que a mesma autoridade reconhece como juridicamente vinculante.

Em tais casos há fatores externos que exercem pressões e influenciam a decisão. Por esse motivo não nos referimos à "autonomia" (política ou social) do órgão que decide. Nos referimos tão somente à vontade-capacidade autocriativa da autoridade estatal que não se submete a normas emanadas de uma autoridade superior, em particular da autoridade legislativa *stricto sensu*.

O termo "autonomia" é utilizado nos debates sobre a justiça constitucional quando se analisa a "autonomia processual" dos tribunais constitucionais. Tal autonomia não existe em termos sociológicos ou políticos. Tampouco existe do ponto de vista jurídico, pois o Tribunal constitucional não é "Senhor de seu processo" (*Herr seines Verfahrens*), como incorretamente afirmava, no início de sua atividade decisória, o Tribunal Constitucional Federal alemão.⁸

Mesmo assim as Cortes constitucionais configuram, de maneira formal ou informal, regras regulamentadoras do controle de constitucionalidade. Essas formas de autolegislação indicam que o Tribunal constitucional é um legislador positivo⁹ quando realiza o controle de constitucionalidade. Teremos, assim, autocriação nos

⁷ Conceito utilizado por Agra, 2005.

⁸ Cf. a decisão "Neugliederung Hessen", *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, v. 13, p. 85 (<http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv013054.html>). Sobre a autonomia processual cf. Rodríguez-Patrón, 2003; Lunardi, 2006, cap. 1.2. e 5.

⁹ Sobre a atividade legislativa do tribunal constitucional cf. Tavares, 2005, p. 321-341.

casos em que o Tribunal competente configura o processo (no nosso caso, "objetivo") por decisão própria, estabelecendo uma regra que ele mesmo segue.

b) A segunda opção consiste em recepcionar regras do processo tradicional, "subjetivo", alegando que a lacuna deve ser preenchida mediante analogia ou aplicação de princípios gerais de direito processual. Nesse caso temos *heteroreferência*.

O primeiro sentido da heteroreferência decorre da hierarquia das fontes do direito. Trata-se dos casos em que uma autoridade se submete a regras criadas por vontade alheia. A heteroreferência está presente no direito processual, pois o Poder Judiciário aplica normas contidas nos Códigos e nas leis processuais, havendo pouco espaço para inovações (heteroreferência típica).

Ao termo "heteroreferência" pode ser dado um segundo significado, mais incomum (heteroreferência atípica). Trata-se das hipóteses nas quais, após a cristalização das regras do processo objetivo, o Tribunal constitucional introduz, em sua prática processual, elementos oriundos de outros ramos do direito processual, *subjetivando* o processo objetivo e submetendo-o a regras que não lhe são próprias.

Isso pode criar incompatibilidades e confusão de modelos. Mas pode também contribuir à legitimação do processo objetivo, fortalecendo elementos de publicidade e de contraditório, dando-lhe uma forma menos inquisitória e aproximando-o dos demais modelos processuais atuais.

O caso mais comum é a heteroreferência no sentido típico. Isso ocorre cada vez que o Tribunal constitucional aplica normas constitucionais ou infraconstitucionais que regulamentam assuntos de processo ou procedimento. Quando encontramos referências do tipo "nos termos da Lei X decidimos..." estamos diante de uma heteroreferência típica que indica a submissão do Tribunal a normas constitucionais ou infraconstitucionais vigentes que delimitam sua competência e guiam sua atuação, como, no caso do Supremo Tribunal Federal as Leis n. 9.868 e 9.882 de 1999. Mais complexos e interessantes são os casos de heteroreferência no sentido atípico de adoção de regras oriundas do processo subjetivo, como do processo civil, por exemplo.

Em seguida apresentaremos exemplos extraídos da atividade decisória do Supremo Tribunal Federal no intuito de ilustrar os fenômenos de autocriação e de heteroreferência mediante atuação interpretativa-criativa do próprio Tribunal.

2. AUTOCRIAÇÃO TÁCITA. DEFINIÇÃO DO PARÂMETRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A heteroreferência mediante decisão do Tribunal interessado se verifica claramente quando se discute o parâmetro de controle de constitucionalidade¹⁰. Não há dúvida de que o Tribunal constitucional se submete à Constituição e atua no sen-

tido de preservar sua integridade. Mas a pergunta "o que é a Constituição" é respondida de maneira diferente pelos vários tribunais constitucionais.

Isso se torna claro mediante uma breve comparação. Nos últimos anos, o STF decidiu que:

a) O preâmbulo da Constituição Federal não é juridicamente vinculante.¹¹

b) Os tratados internacionais (não aprovados mediante emenda constitucional) não possuem valor supralegal e, muito menos, podem ser equiparados à força formal das normas constitucionais.¹²

c) As emendas constitucionais devem se submeter às exigências do artigo 60 da Constituição Federal, cabendo controle judicial de sua constitucionalidade. Nesse caso temos uma prática reiterada que levou à declaração de inconstitucionalidade total ou parcial, formal (violação do processo legislativo das emendas constitucionais) ou material (violação de "clausulas pétreas") de várias emendas à Constituição de 1988.¹³

d) Inexistem princípios (de direito natural, de justiça, de direito internacional etc.) superiores ao texto constitucional.¹⁴

e) Todas as normas constitucionais possuem a mesma força formal.¹⁵

Essas decisões não possuem nada de natural ou lógico. Pesquisando a jurisprudência constitucional de outros países perceberemos que foram tomadas decisões exatamente opostas apesar da situação normativa semelhante. Exemplos:

a) O Conselho constitucional francês decidiu que o preâmbulo da Constituição de 1958 possui caráter juridicamente vinculante e o fato de incluir referências a textos normativos não vigentes ou de natureza infraconstitucional atribui a esses textos valor constitucional, configurando-se o bloco de constitucionalidade.¹⁶

b) A Corte constitucional italiana considera que normas promulgadas pelas autoridades da União européia de natureza convencional e incorporadas ao direito italiano diretamente ou mediante lei ordinária podem possuir valor superior a certas normas constitucionais e, seguramente, são superiores às leis ordinárias.¹⁷

c) O Conselho constitucional francês considerou, em jurisprudência constante, que não cabe a ele verificar a regularidade de exercício do poder constituin-

¹⁰ Cf. as referências em Bernardes, 2004, p. 124-162.

¹¹ ADIN 2.076, rel. Min. Carlos Velloso, j. 15-8-2002.

¹² ADIN 1.480 (medida cautelar), rel. Min. Celso de Mello, j. 4-9-1997.

¹³ Entre as mais recentes decisões Cf. ADIN 3.105, rel. Min. Ellen Gracie, j. 18-8-2004; ADIN (Medida cautelar) 2.135, rel. Min. Ellen Gracie, j. 2-8-2007.

¹⁴ ADIN 997, rel. Min. Moreira Alves, j. 28-3-1996.

¹⁵ ADIN 997, rel. Min. Moreira Alves, j. 28-3-1996.

¹⁶ Decisão 71-44 de 16-7-1971 (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144dc.htm>).

¹⁷ Sentença 126 de 1996 (<http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>).

te reformador.¹⁸

d) Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal reconheceu, pelo menos verbalmente, a existência de princípios supraconstitucionais que limitam o poder constituinte originário¹⁹, mesmo se esse reconhecimento foi puramente teórico pois não conhecemos casos de declaração de inconstitucionalidade de norma constitucional.

e) A mesma Corte alemã considera que há hierarquia entre normas constitucionais: a Constituição estabelece uma ordem de valores que deve ser levada em consideração para resolver colisões entre suas normas.²⁰

Isso indica que os tribunais constitucionais estabelecem os parâmetros de controle de constitucionalidade mediante decisões de autocriação²¹. Aqui a autocriação apresenta duas peculiaridades.

Em primeiro lugar, é *moderada*, pois todos os tribunais se submetem ao "núcleo duro" que seria o corpo do texto constitucional do primeiro até o último artigo. Mas há também normas ou fontes "periféricas", como as já referidas e outras possíveis (emendas, princípios suprapositivos, textos constitucionais anteriores, normas de direito internacional) que possivelmente pertencem ao conjunto normativo que será tido como parâmetro do controle de constitucionalidade. Nesse âmbito, o Tribunal constitucional possui amplo poder criativo.

Em segundo lugar, temos uma autocriação-limite, pois se trata da escolha do texto ao qual o próprio tribunal se submeterá (ou do qual será o guardião). Essa autocriação não pode se apresentar como tal, sob pena de perda de legitimidade da atuação do Tribunal Constitucional. Por isso é uma autocriação tácita ou mesmo oculta.

Isso indica que a distinção entre autocriação e heteroreferência apresenta dificuldades de definição por duas razões.

Primeiro, porque do ponto de vista externo o juiz *sempre* decide a quais normas se submeterá, sendo tudo, formalmente, autocriação dele, como alega o ceticismo interpretativo adotado pelos partidários do realismo jurídico.²²

Segundo, porque muitas autocriações são apresentadas e justificadas pelos tribunais constitucionais como casos de heteroreferência, considerando, por exemplo, obrigatoria a aplicação analógica de normas de outro ramo processual.

¹⁸ Decisão 92-313 de 23-9-1992 (www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1992/92313dc.htm).

¹⁹ Decisão "Südweststaat" de 1951, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, v. 1, p. 18 (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv001014.html>); cf. Mendes, 1999, p. 113-119.

²⁰ Decisão "Lüth" de 1958, traduzida por Leonardo Martins em Dimoulis e Martins, 2007, p. 268-271.

²¹ O mesmo ocorre com eventuais leis processuais que o legislador ordinário vier a promulgar para regulamentar o controle de constitucionalidade. O Tribunal constitucional pode se submeter a essas leis, como normalmente ocorre (heteroreferência), mas pode também considerá-las inconstitucionais, decidindo não se vincular por elas. Cf. a ADIN 2.231 interposta em 2000 e ainda pendente de julgamento que questiona a constitucionalidade da Lei n. 9.882 de 1999 sobre questões processuais da ADPF.

²² Dimoulis, 2006, p. 220-231.

Mas apesar dessas dificuldades, a distinção entre autocriação e heteroreferência explica práticas judiciais que outras abordagens não conseguem explicar, permitindo melhor entender as formas de atuação do Tribunal constitucional.

3. AUTOCRIAÇÃO PELA CONVALIDAÇÃO. O REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como observamos, a ausência de normas sobre o processo constitucional impôs ao Supremo Tribunal Federal a tarefa de estruturar o processo objetivo. Uma das principais fontes é o seu regimento interno, atualmente reproduzido no site do tribunal no item "Legislação". A Constituição de 1967 previa em seu art. 115:

"O Supremo Tribunal Federal funcionará em Plenário ou dividido em Turmas.

Parágrafo único - O Regimento Interno estabelecerá: (...)

c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso".

O Regimento interno, aprovado em 15-10-1980, tinha por objetivo, segundo seu art. 1º, regulamentar "o processo e o julgamento dos feitos" de sua competência. Por outro lado, a Constituição Federal de 1988 não permite que os regimentos internos dos Tribunais regulamentem questões processuais:

"Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) (...) elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos".

Devemos entender que a autoregulamentação de questões processuais é vedada ao Supremo Tribunal Federal, pois a Constituição vigente não incluiu norma semelhante ao referido art. 115 da Constituição de 1967.²³

Continua em vigor o Regimento Interno de 1980? O próprio Supremo Tribunal Federal avaliou o regimento por ele criado e decidiu que a Constituição Federal recepcionou-o onde não há incompatibilidade. O Supremo Tribunal Federal não pode, segundo esse posicionamento, criar novas regras processuais, mas isso não impede que sejam mantidas em vigor as já existentes no Regimento Interno.²⁴

²³ A doutrina entende que o Regimento interno continua tendo força de lei ordinária (Mendes, 1999, p. 21, 41; Tavares, 2006, p. 237).

²⁴ Ação originária, n. 32 (Agravo Regimental), rel. Min. Marco Aurélio, j. 30-8-1990. Ementa: "As normas processuais contidas no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal foram recepcionadas pela atual Carta, no que com ela se revelam compatíveis. O fato de não se ter mais a outorga constitucional para edição das citadas normas mediante ato regimental apenas obstaculiza novas inserções no

Esse posicionamento é genérico, permitindo que o próprio Supremo Tribunal Federal decida casuisticamente quais normas do Regimento Interno são "compatíveis" com a Constituição. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal adota uma interpretação duvidosa. Já que a Constituição Federal de 1988 não permite que o Supremo Tribunal Federal crie normas processuais, não parece plausível que a mesma Constituição Federal tenha recepcionado normas processuais criadas pelo Supremo Tribunal Federal no período da ditadura militar.

Dessa maneira, o Supremo Tribunal Federal avaliou a constitucionalidade de sua própria criação normativa e a considerou compatível com a Constituição. Temos aqui um caso de autocriação de normas processuais. Isso decorre da necessidade prática de fixar normas processuais diante da omissão do legislador, mas não deixa de ser um caso de autocriação.

4. AUTOCRIAÇÃO COM ELEMENTOS DE HETEROREFERÊNCIA: MEDIDAS LIMINARES

Pode ser concedida medida cautelar no processo objetivo? E quais são seus pressupostos? É interessante fazer uma breve reconstrução histórica acerca da solução dessas dúvidas:

Em 1975, antes da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 e na ausência de previsão constitucional, o Supremo Tribunal Federal entendeu que possui um "poder geral de acautelamento", sendo possível conceder medidas cautelares apesar da falta de previsão legal²⁵. Naquela oportunidade foi realizado um amplo debate com votos discordantes. Os precedentes citados por alguns Ministros e a proposta de aplicação analógica das regras sobre o mandado de segurança não encontraram fácil aceitação. Merece ser observada também a oscilação terminológica, pois os Ministros se referiam, indistintamente, a "medida preventiva", "medida liminar", "medida cautelar" ou "adiantamento da prestação jurisdicional"²⁶.

A decisão foi, como dissemos, no sentido da possibilidade de conceder liminares. Em posterior debate no mesmo Tribunal, o Ministro Moreira Alves reconheceu e reivindicou o caráter criativo daquela decisão assim como a influência recebida pelo processo comum:

"O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence - Mas V.Exa. não esperou emenda constitucional para criar a medida cautelar na representação.

O Senhor Ministro Moreira Alves - Aquilo foi no momento em que a Constituição não dizia coisa alguma e o Tribunal construiu, e tinha consciência do

Regimento, ficando aquém da derrogação quanto às existentes à época da promulgação da Carta."

²⁵ A formulação encontra-se no voto do Min. Rodrigues Alckmin, *Medida cautelar na Representação n. 933, rel. Min. Thompson Flores, j. 5-6-1975.*

²⁶ *Medida cautelar na Representação n. 933, rel. Min. Thompson Flores, j. 5-6-1975.*

que estava fazendo, com base em princípio processual".²⁷

Em 1988, foi constitucionalmente introduzida a possibilidade de concessão de medidas cautelares na Ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, inciso I, „p" da Constituição Federal)²⁸. O constituinte não previu tal possibilidade no caso da Ação declaratória de constitucionalidade, regulamentada pelo mesmo artigo da Constituição Federal. Ora, se o constituinte autoriza a medida cautelar em uma ação de controle concentrado e não em outra, deve ser aplicado o argumento a contrario, descartando a possibilidade de medida cautelar no caso da Ação declaratória de constitucionalidade.²⁹

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal entendeu que cabe medida cautelar também na Ação declaratória de constitucionalidade³⁰. Essa interpretação pode significar duas coisas. Primeiro, a concessão de cautelar está implícita no poder de julgar, sendo inócua a norma constitucional que previu a cautelar na Ação direta de inconstitucionalidade, repetindo o óbvio. Segundo, o Supremo Tribunal Federal quis aplicar o argumento da analogia (em razão da semelhança de ambas as ações), o que também acaba privando de relevância normativa o art. 102 da Constituição Federal. Seja qual for a explicação³¹, fica clara a afirmação do poder de autocriação processual do Supremo Tribunal Federal.

Finalmente, a lei n. 9.868 de 1999 regulamentou a concessão de medida cautelar na Ação direta de inconstitucionalidade e Ação declaratória de constitucionalidade (respectivamente arts. 10 e 21), adotando a orientação do próprio Supremo Tribunal Federal e ignorando a ausência de expressa autorização constitucional no caso da Ação declaratória de constitucionalidade.

Além dessa peculiaridade de interpretação, outros elementos de heteroreferência são verificados no processo objetivo em relação aos pressupostos da cautelar. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal adota os critérios do processo civil, em clara situação de heteroreferência. Exige-se assim: a) plausibilidade jurídica da alegação; b) risco de prejuízo em caso de postergação da decisão; c) irreparabilidade ou insuportabilidade dos danos emergentes dos atos impugnados; d) necessidade de

²⁷ *Agravo Regimental na Reclamação 1.880*, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 7-11-2002, DJ 19-3-2004, p. 342.

²⁸ *Previsão semelhante tinha sido anteriormente introduzida pela Emenda constitucional n. 7 de 1977 (Tavares, 2006, p. 285; Barroso, 2004, p. 143, n. 96) que convalidou a referida autocriação jurisprudencial do STF.*

²⁹ *O caso da ADPF é diferente, pois a Constituição Federal prevê que o instituto será regulamentado na forma da lei (par. único do art. 102 Constituição Federal, transformado em § 1º após a Emenda Constitucional n. 3 de 1993).*

³⁰ *ADECON n. 4, Medida cautelar*, rel. Min. Sydney Sanches, j. 11-2-1998. Ementa: "E assim é, mesmo sem expressa previsão constitucional de medida cautelar na A.D.C., pois o poder de acautelar é imanente ao de julgar".

³¹ *A doutrina parece adotar ambas as explicações (Tavares, 2006, p. 300-301).*

garantir a eficácia da decisão; e) relevância do pedido; f) conveniência da medida.³²

Parte da doutrina afirma que não se aplicam os requisitos clássicos, sendo necessário e suficiente o Tribunal constatar a "conveniência da decisão provisória"³³. Esse posicionamento é justificado, pois se levarmos em consideração a possível lesão de interesses pessoais, o processo torna-se subjetivo. Se, ao contrário, entendermos que o perigo é objetivo-geral (ofensa à ordem jurídica), isso sempre se verifica em caso de promulgação de lei inconstitucional, não justificando o julgamento preferencial de certas ações em sede cautelar. Igualmente questionável é o requisito do *fumus boni juris*, pois as leis gozam da presunção de constitucionalidade.³⁴

Além disso, os critérios da conveniência e da relevância são inadequados. Cada vez que uma lei fere a Constituição cria-se uma grave irregularidade no sistema jurídico, sendo necessário afastar o mais rápido possível as normas inconstitucionais.

Em resumo, o estudo das cautelares no processo objetivo indica uma interessante combinação de autocriação de regras com heteroreferências atípicas (empréstimos do processo comum), confirmando a amplitude do poder normativo do Supremo Tribunal Federal.

5. HETEROREFERÊNCIA: A PERTINÊNCIA TEMÁTICA

Um dos elementos básicos do processo objetivo é a ausência de interesse de agir. Na doutrina tradicional, o interesse de agir encontra-se presente quando o autor da ação tem, primeiro, a necessidade de se valer da via processual para alcançar a tutela resistida pela parte adversa, e, segundo, quando a via processual lhe traga utilidade, melhorando sua condição jurídica.

O Supremo Tribunal Federal exige que o pedido formulado na ação de controle concentrado apresente "o predicado utilidade", considerando que isso não ocorre quando a lei alegadamente inconstitucional foi revogada ou quando se trata de norma estadual que só reproduz norma federal³⁵. Em tais casos, a decisão se justifica com base em conceitos do processo tradicional. Tal conceito de interesse de agir se relaciona a interesses da máquina estatal que não avalia pedidos quando a decisão carece de utilidade prática não justificando o dispêndio de tempo e custos.

Uma forma de "interesse" bastante diferente do interesse de agir tradi-

³² Barroso, 2004, p. 144.

³³ Tavares, 2005, p. 430.

³⁴ Tavares, 2005, p. 429.

³⁵ ADIN 1.912, rel. Min. Marco Aurélio, j. 25-3-1999; a definição é mais ampla na ADIN 733, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 17-6-1992. Ementa: "O interesse de agir, se é categoria a que se queira atribuir pertinência ao processo objetivo de controle abstrato de normas, nele, há de reduzir-se à existência e à vigência ou subsistência de efeitos da lei questionada" (grifo nosso).

cional foi estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal, em construção jurisprudencial, como critério de limitação do acesso ao controle concentrado. Trata-se do critério da pertinência temática que consiste no requisito de presença de um interesse *subjetivo* de certos legitimados ativos que devem comprovar a relação entre seus objetivos e interesses e o conteúdo normativo questionado.³⁶

Isso é radicalmente diferente do conceito de interesse de agir do processo tradicional. A pertinência temática é uma figura que, nos termos da doutrina processualista tradicional, se aproxima ao conceito de legitimidade ativa e não ao conceito do interesse de agir³⁷. Isso confirma a combinação de autocriação e de heteroreferência.

Na situação atual, o Supremo Tribunal Federal exige a pertinência temática para certas categorias de legitimados ativos (autoridades estaduais e entidades de classe e profissionais) e não para as demais. Isso pode gerar uma discussão sobre o respeito ao princípio da igualdade em relação aos legitimados. Na perspectiva desse trabalho, interessa observar que o Supremo Tribunal Federal decidiu subjetivar o processo objetivo, o que motivou críticas doutrinárias.³⁸

O fato de o Supremo Tribunal Federal negar-se a apreciar uma ação de controle concentrado por falta de pertinência temática indica uma *inversão de prioridades*. O Tribunal atribui maior importância aos interesses concretos de quem a propõe do que ao risco de ofensa objetiva-abstrata ao ordenamento jurídico. Isso constitui um caso de heteroreferência no sentido incomum-atípico já explicado. Temos a introdução de regras do processo subjetivo relacionadas com a legitimação *ad causam*.

Isso ocorre de maneira duplamente contraditória. Do ponto de vista interno, é difícil aceitar a necessidade de tal limitação se o Supremo Tribunal Federal não se considera subordinado sequer à causa de pedir. Do ponto de vista externo, a exigência limitadora da pertinência temática é tão pouco justificada como seria a even-

³⁶ ADIN 1157-MC, rel. Min. Celso de Mello, j. 1-12-1994: "Ementa - O requisito da pertinência temática - que se traduz na relação de congruência que necessariamente deve existir entre os objetivos estatutários ou as finalidades institucionais da entidade autora e o conteúdo material da norma questionada em sede de controle abstrato - foi erigido à condição de pressuposto qualificador da própria legitimidade ativa 'ad causam' para efeito de instauração do processo objetivo de fiscalização concentrada de constitucionalidade". No voto proferido pelo relator, se esclarece a construção da exigência desse requisito: "Como se sabe, esse requisito foi inicialmente exigido apenas no que concerne às entidades de classe (ADI 138-MC/RJ, Rel. Min. SYDNEY SANCHES - ADI 396/DF, Rel. Min. PAULO BROSSARD). Posteriormente, e a partir do julgamento da ADI 1.114/DF, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, o vínculo da pertinência temática passou a ser considerado indispensável também no que concerne às próprias Confederações sindicais: 'Na hipótese de confederações sindicais, não há razão para deixar de aplicar'."

³⁷ A maioria dos doutrinadores nacionais considera a pertinência temática como questão relacionada ao interesse de agir: Barroso, 2004, p. 125; Tavares, 2006, p. 283, 299; Bernardes, 2004, p. 369. Isso não convence pelas razões explicadas no texto.

³⁸ Mendes, 1999, p. 137; Tavares, 2006, p. 283; Bernardes, 2004, p. 370-371.

tual negação de investigar uma *notitia criminis* se o proponente não comprovar sua condição de vítima.

Essa heterorefêrencia se construiu mediante decisões do Supremo Tribunal Federal em dois tempos. Inicialmente, foi estabelecida a barreira da pertinência temática. Em seguida, o par. único do art. 2º da Lei 9.868 de 1999 previu a pertinência temática tão somente em relação a organizações sindicais e profissionais. Foi apresentado veto presidencial³⁹, após o qual deveríamos entender que a pertinência temática aboliu-se, já que o Presidente da República impediu sua aplicação no único caso em que a lei a mantinha. Ora, em decisão de 2002, o Supremo Tribunal Federal entendeu que isso era irrelevante, pois o legislador ordinário não possuía competência para abolir a pertinência temática, já que essa decorreria da interpretação do texto constitucional.

"Ementa: Sendo a pertinência temática requisito implícito da legitimação, entre outros, das Confederações e entidades de classe, e requisito que não decorreu de disposição legal, mas da interpretação que esta Corte fez diretamente do texto constitucional, esse requisito persiste não obstante ter sido vetado o parágrafo único do artigo 2º da Lei 9.868, de 10.11.99".⁴⁰

A decisão não indica de quais dispositivos constitucionais se deduz esse requisito "implícito" e a doutrina aponta que essa exigência foi estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal sem embasamento legal ou constitucional⁴¹. Em nossa ótica, isso confirma o papel criativo do Tribunal.

6. AUTOCRIAÇÃO E TENTATIVAS DE MONOPOLIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Nos ordenamentos jurídicos que adotam o sistema de controle difuso, as decisões de declaração de inconstitucionalidade desenvolvem, sabidamente, efeitos

³⁹ Mensagem de veto: "Duas razões básicas justificam o veto ao parágrafo único do art. 2º, ambas decorrentes da jurisprudência do Supremo Tribunal em relação ao inciso IX do art. 103 da Constituição. Em primeiro lugar, ao incluir as federações sindicais entre os legitimados para a propositura da ação direta, o dispositivo contraria frontalmente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido da ilegitimidade daquelas entidades para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade (...). É verdade que a oposição do veto à disposição contida no parágrafo único importará na eliminação do texto na parte em que determina que a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (art. 2º, IX) deverá demonstrar que a pretensão por elas deduzidas (sic) tem pertinência direta com os seus objetivos institucionais. Essa eventual lacuna será, certamente, colmatada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, haja vista que tal restrição já foi estabelecida em precedentes daquela Corte." (Mensagem n. 1.674, 10-11-1999)

⁴⁰ ADIN 2.482, rel. Min. Moreira Alves, j. 2-10-2002.

⁴¹ Tavares, 2006, p. 284; Barroso, 2004, p. 125; Bernardes, 2004, p. 369.

intra partes. A norma tida por inconstitucional continua vigorando, podendo ser aplicada pelas autoridades estatais e, em particular, pelos tribunais em outros casos. Esse sistema acarreta graves riscos de incerteza jurídica, permitindo, estruturalmente, a discrepância entre decisões.⁴²

O risco de discrepância é amenizado pelo mecanismo dos precedentes jurisprudenciais vinculantes que permite concentrar o controle de constitucionalidade, ainda que de maneira indireta e a médio prazo. Nos ordenamentos que não admitem precedentes vinculantes o controle difuso gera particular instabilidade no sistema jurídico. Uma solução, paliativa, seria a criação de uma Corte suprema que poderia revisar as decisões dos tribunais superiores unificando a jurisprudência.

No controle concentrado, a declaração de inconstitucionalidade possui, contrariamente, efeitos *erga omnes*. Isso permite afastar o risco de decisões conflitantes, mas aumenta o poder da Corte constitucional, fomentando infinitas discussões sobre os limites de seu poder e a fiscalização dos fiscais.⁴³

Nos (poucos) países que combinam os dois sistemas de controle de constitucionalidade, difuso e concentrado, surge a dúvida: a Corte constitucional deve atuar, simultaneamente, como Tribunal de revisão em última instância (Supremo Tribunal)? A resposta deve ser positiva, pois caso contrário seria criado um Poder Judiciário com duas cúpulas, o que acabaria por gerar inevitáveis divergências.

Quando a Corte Constitucional cumula as competências de controle concentrado e de última instância do controle difuso, tal como ocorre no Brasil, surge um problema de coerência. Se o ordenamento jurídico aceita que uma Corte possa eliminar de maneira inapelável e geralmente vinculante uma norma inconstitucional, como admitir que a mesma Corte com a mesma composição, quando aprecia a constitucionalidade da mesma norma como última instância do controle difuso só possa afastar sua aplicação no caso concreto? E como admitir que se as instâncias inferiores aplicam a norma tida por inconstitucional pela Corte constitucional, essa última deva se pronunciar novamente e *ad infinitum*?

Temos aqui uma situação que, além de carecer de justificativa política e de agredir princípios de racionalidade processual, gera conseqüências práticas indesejáveis, agravando a morosidade do Poder Judiciário e aumentando desnecessariamente o volume de trabalho da Suprema Corte. O Supremo Tribunal Federal enfrenta essa situação insustentável em seu cotidiano, devendo, a título de exemplo, julgar entre 30.000 e 60.000 recursos extraordinários nos últimos anos?⁴⁴

Por mais que isso seja contraprodutivo, não há como negar que a Constituição Federal:

- mantém a paralelidade dos mecanismos processuais do controle difuso e con-

⁴² Referências em Tavares, 2005, p. 109.

⁴³ Cf. as obras citadas na nota de rodapé n. 1.

⁴⁴ Estatísticas do movimento processual entre 2000 e 2007 publicadas em www.stf.gov.br.

centrado;

- não autoriza o afastamento definitivo de dispositivos infraconstitucionais no âmbito do

controle difuso realizado por órgãos do Poder Judiciário.

Diante disso são possíveis duas posturas do Supremo Tribunal Federal:

Primeiro, admitir que exerce, *de constitutione lata*, um duplo papel no âmbito do controle de constitucionalidade, sendo suas tarefas totalmente diferentes em cada caso. Adotando essa perspectiva, o Tribunal poderia deixar claro seu desconforto com o sistema atual de controle de constitucionalidade e formular um apelo ao legislador para adotar medidas de simplificação do sistema de controle.

Segundo, o Tribunal poderia tomar a iniciativa (e assumir a responsabilidade) de decidir de maneira contrária a dispositivos constitucionais, criando novas regras de competência que, a juízo do próprio Tribunal, permitem evitar a duplicidade de papéis e o problema de morosidade acima descrito. Esse segundo caminho está sendo trilhado nos últimos anos pelo Supremo Tribunal Federal.

Já antes da entrada em vigor da CF de 1988 o STF decidiu que a declaração de inconstitucionalidade no controle abstrato desenvolve efeitos vinculantes *erga omnes*, não sendo cabível a intervenção do Senado para suspender a execução da lei⁴⁵. O art. 52, X da Constituição Federal prevê:

"Compete privativamente ao Senado Federal: (...)

X. suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal",

Esse enunciado foi submetido a uma interpretação sistemática, restringindo seu sentido⁴⁶ mediante acréscimo da locução "de maneira incidental":

"Compete privativamente ao Senado Federal: (...)

X. suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional, *de maneira incidental*, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal".

Na ótica da teoria da Constituição, essa interpretação parece plausível, pois o controle judicial concentrado perderia seu sentido se o afastamento da norma dependesse de posterior decisão do Poder Legislativo. Mas não deixa de constituir uma interpretação "criativa" que modifica o sentido do art. 52, X.

No momento da redação desse texto, o STF avalia a possibilidade de estender os efeitos vinculantes *erga omnes* também em decisões que tomou enquanto última instância do controle difuso. Isso tornaria a comunicação da decisão ao Senado uma mera formalidade. Os Ministros justificam essa visão alegando uma "mutação constitucional"⁴⁷. Se essa opinião prevalecer, o STF:

⁴⁵ Mandado de segurança 16.519, rel. Min. Luiz Gallotti, j. 20-6-1966.

⁴⁶ Sobre esse procedimento cf. Dimoulis, 2007, p. 184-196.

⁴⁷ Reclamação 4.335, ainda pendente de julgamento com votos a favor da mutação constitucional

- Substituirá os termos "suspender a execução" do artigo 52, X da Constituição pela locução: "ser informado da suspensão da execução"⁴⁸. Nesse caso temos, a aplicação do método da teleologia objetiva, cujo resultado é a restrição de sentido do dispositivo.

- Realizará uma ulterior interpretação teleológica cujo resultado será a ampliação "analógica" do art. 102 § 2º da Constituição⁴⁹, eliminando a locução "nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade"⁵⁰.

Além disso, o STF parece adotar a teoria do efeito transcendental de suas decisões. Nessa perspectiva, todos os legisladores da República Federativa seriam vinculados pelos motivos que embasam as decisões do STF em sede de controle abstrato⁵¹, e, eventualmente, também suas decisões como última instância de controle difuso⁵². Assim sendo, os legisladores deveriam omitir-se a produzir, futuramente, leis fundamentalmente idênticas a outras declaradas inconstitucionais pelo STF.

É verdade que o STF afirma solenemente que os legisladores não se vinculam pelo conteúdo das decisões do Tribunal, sendo possível produzir leis de teor idêntico às declaradas inconstitucionais⁵³. Há também decisões recentes do STF afirmando expressamente que não se aceita a teoria da eficácia vinculante dos motivos determinantes de suas decisões⁵⁴. Mas admitindo reclamações de terceiros contra decisões judiciais que aplicam lei de teor substancialmente idêntico a outra declarada inconstitucional pelo STF, o Tribunal decide sumariamente sobre a inconstitucionalidade de normas como forma de preservação da autoridade de suas decisões anteriores. Isso significa que, na prática, o Tribunal aceita a teoria do efeito

descrita no texto.

⁴⁸ Versão que poderá ser adotada pelo STF na Reclamação 4.335: "Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X. ser informado da suspensão da execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal".

⁴⁹ Texto constitucional: "Art. 102, § 2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal."

⁵⁰ Versão que poderá ser adotada pelo STF na Reclamação 4.335: "As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal."

⁵¹ Reclamação 2.986-MC, rel. Min. Celso de Mello, j. 11-3-2005; Reclamação 4.987, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 7-3-2007.

⁵² Reclamação 4.335, ainda pendente de julgamento com votos a favor do efeito vinculante descrito no texto.

⁵³ Agravo Regimental na Reclamação 2.617, rel. Min. Cezar Peluzo, j. 3-2-2005.

⁵⁴ Agravo Regimental na Reclamação 2.990, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16-8-2007, citando a Reclamação 2.475 não publicada no momento de redação do presente texto.

transcendental.

Nesse caso, o STF realiza uma interpretação com efeitos de analogia, acrescentando uma locução ao art. 102 § 2 da Constituição Federal. Os efeitos vinculantes de suas decisões se estenderiam também "ao Poder Legislativo"⁵⁵. Em paralelo, o STF retira grande parte da autonomia decisória dos demais tribunais: eles deveriam seguir a jurisprudência do STF não somente em sua letra, isto é, no que diz respeito à declaração de inconstitucionalidade de certo ato normativo, mas também em seu espírito, vislumbrando um dever de afastar a aplicação de leis substancialmente semelhantes às declaradas inconstitucionais pelo STF.

O resultado é que o STF, mediante interpretações criativas, tende a apropriar-se de competências que a Constituição confiou ao Senado Federal, aos legisladores dos vários entes federativos ou aos tribunais que realizam o controle difuso. Tais opções teóricas expressam a tentativa de monopolizar o controle de constitucionalidade.⁵⁶

O intuito de monopolização do controle de constitucionalidade encontra-se expressamente reivindicado pelo STF em recentes decisões que afirmam: "assume papel de fundamental importância a interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função institucional, de 'guarda da Constituição' (CF, art. 102 'caput'), confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental, como tem sido, com particular ênfase, pela jurisprudência desta Corte Suprema".⁵⁷

O Tribunal reivindica o "monopólio da última palavra" em temas de interpretação constitucional, baseando-se em sua anterior jurisprudência. Isso equivale à autocriação de normas que ampliam, eliminam ou modificam dispositivos constitucionais. O estudo dessa jurisprudência indica que é absolutamente exata, como descrição da realidade decisória do Tribunal, a seguinte afirmação do Ministro Eros Grau:

"Não existe a Constituição de 1.988. O que hoje realmente há, aqui e agora, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, ela é interpretada/aplicada por esta Corte".⁵⁸

⁵⁵ Versão do STF segundo as referidas Reclamações 2.986 e 4.987: "As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente ao Poder Legislativo, aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal."

⁵⁶ Cf. a crítica em Streck et al., 2007.

⁵⁷ Reclamação 2.986-MC, rel. Min. Celso de Mello, j. 11-3-2005, despacho do Relator.

⁵⁸ ADIN 3.367, rel. Min. Cezar Peluzo, j. 13-4-2005.

7. BIBLIOGRAFIA

AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico*. São Paulo: Método, 2006.

- . *Manual de introdução ao estudo do direito*. São Paulo: RT, 2007.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2007.

LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. *Direito processual constitucional. Problematização de sua autonomia, sua natureza e suas conseqüências*. Tese de Doutorado em Direito. PUC-SP: São Paulo, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade. Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

- . *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999.

RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia. *La "autonomía procesal" del Tribunal Constitucional*. Civitas: Madrid, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional (2007)*. http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=912.

TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: IBDC, 1998.

- . *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

- . *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência política*. Malheiros, 2002.

Regina Maria Vasconcelos Dubugras

Juíza do Trabalho de Ferraz de Vasconcelos – SP, Mestre em direito do trabalho pela Usp, autora do livro Substituição Processual no Processo do Trabalho (Ltr) e vencedora do III Prêmio Innovare 2006, categoria Juiz Individual.

O DIREITO FUNDAMENTAL À NÃO DISCRIMINAÇÃO

O papel do Estado Social em defesa e promoção dos direitos fundamentais tem se ampliado inclusive no tocante às relações de trabalho. A insuficiência do Estado Liberal que assegurava o respeito às liberdades individuais, deu lugar ao intervencionismo estatal, não apenas de cunho repressivo, mas também com o objetivo de garantir os direitos fundamentais e promover o equilíbrio social em respeito a tais direitos. O direito a igualdade na concepção da não discriminação, garantido por tratados e convenções internacionais¹, foi incorporado por várias constituições, dentre estas a brasileira². Contudo, para a efetiva atuação do Estado, se faz necessário definir o fim almejado por este, que tipo de igualdade visa e quais os instrumentos adequados e a forma de atuação desses instrumentos para atingir esse fim. Os questionamentos sobre o fundamento e adequação de normas que regulam a proibição da discriminação nas relações de trabalho se apresentam com perguntas como: Que tipo de norma deve ter? Por quem devem ser elaboradas? Quais os caminhos para torná-las efetivas? Quais os instrumentos e remédios que devem ser utilizados para atingir o fim almejado?

1- IGUALDADE

O direito natural de igualdade foi historicamente subvertido e

¹ Cabe destacar a Convenção da ONU sobre a Eliminação da Discriminação Racial (1965) e a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979).

² Dentre os princípios fundamentais assegurados pela CF/88 destaca-se, em seu Art. 1º, III e IV, o respeito à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho. O art. 3º-IV prevê como objetivo fundamental da República, a promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. No art. 4º VIII está previsto que nas relações internacionais a República rege-se pelo repúdio ao racismo. O “caput” do art. 5º prevê literalmente que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, especificando no inciso I que os homens e as mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos da Constituição. A Constituição prevê ainda que lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos fundamentais (art. 5º, XLII), ao mesmo tempo que criminaliza a prática do racismo de forma inafiançável e imprescritível (art. 5º, XLII).

contrariado pelas próprias “normas” dentro da mais perversa criação humana, basta citar como exemplos a inquisição, o nazismo e as grandes guerras. Surgiram, neste contexto, os direitos humanos como expressão do movimento limitador da arbitrariedade do Poder, em uma tentativa de fortalecer a tão fragilizada igualdade jurídica admitida por Rousseau na filosofia do século XVIII que triunfou com a Revolução Francesa de 1789³, apenas para os homens. “Infere-se do art. 1º da Declaração do Direito do Homem e do Cidadão de 1789 que os seres humanos nascem e permanecem iguais em direito”. O princípio ali contido traduz uma reação contra os privilégios da nobreza e do clero oriundo do regime feudal, mas não impediu que outras desigualdades se instalassem no novo regime. Somente após a Primeira Guerra Mundial é que se iniciou, e de forma tímida, um processo de modificação no ordenamento jurídico internacional visando promover a isonomia jurídica entre os sexos.

Os valores antidiscriminatórios surgiram do aparente paradoxo entre a garantia da igualdade, com respeito às diferenças. Em 1948 a Declaração Universal de Direitos Humanos expressou um consenso quanto à garantia dos direitos fundamentais, quais sejam os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, independentemente de nacionalidade, etnia, raça ou religião, introduzindo a noção de igualdade dos indivíduos de forma geral e abstrata e refletindo um próprio temor das diferenças que na era Hitler foi justificativa para o extermínio. Em razão dos fatos presentes na época quando, dentre os indivíduos, existiam grupos tidos como inferiores com restrição de direitos, como ocorria com as mulheres (o que ainda ocorre em alguns países), consagrou-se a necessidade de se conferir uma proteção especial e particularizada, reconhecendo-se a diferença e a diversidade ao lado do direito à igualdade, dentro do princípio fundamental da dignidade humana.

O princípio da dignidade humana é o que garante ao ser humano condições mínimas físicas e morais para uma vida em sociedade. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa que se manifesta na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, tendo como centro o homem como um fim em si mesmo com direito à vida. A discriminação viola o direito à igualdade e à dignidade humana que são direitos fundamentais do cidadão, daí por que os tratados internacionais de garantia dos direitos humanos tendem a direcionar os Estados a proibir a discriminação e assegurar a igualdade de trato e oportunidades. Considere-se que na proibição da discriminação há um fundamento maior do que a mera proibição de tratamento desigual; há uma censura de vícios existentes na estratificação social que se traduz a uma posição secundária de submissão assimétrica de poder que se

³-Discriminação no Emprego por Motivo de Sexo, Alice Monteiro de Barros, Discriminação, coord. Marcio Túlio Viana e Luis Otávio Linhares Renaut Ed. LTr S. Paulo, 2000.

⁴ Discriminação, Flávia Piovesan, Fórum Internacional sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais, Ed. LTr, S. Paulo, 2004.

converte em atentado direto contra a dignidade do ser humano, sobre a qual se fundamentam todos os demais direitos.

A afirmação da igualdade formal, reduzida à forma “todos são iguais perante a lei”, segundo a qual o legislador legitimado pela soberania popular, deve zelar para que a lei trate igualmente os supostos iguais, restou insuficiente dentro da evolução do Estado Social, do qual se espera a efetivação da igualdade enunciada, a qual se denomina igualdade material. A igualdade material requerida do Estado Social, pode ser orientada tanto pelo critério sócio econômico, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva, quanto pelo ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades, ou seja, igualdade orientada pelas diferenças de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e outros critérios. A igualdade material nesta concepção, requer a redistribuição e o reconhecimento de identidades orientadas pelas diferenças⁴ sob a assertiva de que todos os seres humanos são iguais em direito à dignidade e merecem igual tratamento e oportunidades, valorizando-se as diferenças sem imputar às mesmas classificações de inferioridade ou superioridade. A diferença é uma realidade imposta pela natureza, mas ela não significa desigualdade; “as diferenças são biológicas ou culturais, e não implicam a superioridade de alguns em relação a outros. As desigualdades, ao contrário, são criações arbitrárias que estabelecem uma relação de inferioridade de pessoas ou grupos em relação a outros”⁵.

O princípio da igualdade pressupõe a desigualdade reinante entre uma pluralidade de entes, contudo existem as desigualdades naturais ou físicas, estabelecidas pela natureza, como as que consistem na diferença de idade e de saúde, das forças do corpo e capacidade de gestação, como também existem as desigualdades que consistem em desigualdades morais ou políticas por depender de uma espécie de convenção social influenciada por fatores culturais e religiosos, estas desigualdades constituem a base da discriminação. O princípio da igualdade deve ser interpretado como igualdade real ou essencial que abrange desde a não discriminação, até igualdade de tratamento e oportunidades, perfilando conceitos jurídicos essenciais à sua promoção relativos à discriminação indireta e ações afirmativas⁶.

⁵ A afirmação histórica dos direitos humanos, Fábio Konder Comparato, Saraiva, S. Paulo, 2001, pg. 200.

⁶ Ação positiva é um conjunto de medidas que tem por finalidade garantir a igualdade de oportunidades, eliminando os obstáculos que se opõem à igualdade real ou de fato entre os homens e mulheres ou outros grupos sub-representados. Este constitui um conceito intimamente relacionado com o de discriminação indireta por tratar-se de medida diferenciadora encaminhada a privilegiar os integrantes de um coletivo tradicionalmente vitimizado. Em suma, estas ações não só se propõem conseguir a igualdade de oportunidades, senão a igualdade de resultados: se propõem a consecução de um resultado igualitário e garante esta consecução.

2- DISCRIMINAÇÃO - CONCEITO E MODALIDADES

A história, a religião, a família, o medo, o grupo social, etc., produzem elementos que compõem o ato de discriminar. A discriminação como ato resultante de formação cultural e exercício do poder, pode ter como fundamento o preconceito, este é concebido como uma idéia, uma criação mental ou emocional preconcebida sobre uma pessoa ou um grupo de pessoas ou um fato. O preconceito ou pré-juízo consiste em julgar ou conceituar alguém mediante uma generalização, uma banalização ou uma mistificação, com efeito, de condenação, censura ou rejeição por características intrínsecas ou extrínsecas⁷, circunstâncias, opções ou comportamentos, por concepções atávicas e convencionais sem substrato científico ou comprovado. Contudo o preconceito está situado nos limites da individualidade e está ligado à liberdade de pensamento, já a discriminação é a exteriorização do preconceito através de uma conduta ou omissão tendente a nivelar desigualdades e classificar o tratamento dos indivíduos⁸. Outro elemento motivador da discriminação é o etnocentrismo, “uma visão de mundo na qual o nosso próprio grupo é tomado como centro de tudo e todos os outros são pensados e sentidos através dos nossos valores, modelos e definições”⁹, decorre da dificuldade de pensar e aceitar a diferença e gera insegurança, medo e hostilidade. Um terceiro elemento básico da discriminação é a estigmatização ou estereotipo que consiste na personificação de características formando rótulos. A preferência, gostos e desgostos, como resultado composto pelos demais elementos, também pode ser causa discriminatória.

Em sua concepção original, a igualdade no contexto da Declaração Universal de Direitos Humanos equivalia à tutela frente à desigualdade na lei, ou seja, igualdade para o gozo dos direitos, razão pela qual as normas de proteção contra a discriminação, inicialmente eram interpretadas como forma de proteção ao gozo igual destes direitos, o que significava o direito à não discriminação perante a lei. Derivada do latim a palavra *discrimino*, discriminar significa separar, diferenciar, distinguir. Constitui uma palavra etimologicamente neutra de valoração positiva ou negativa, todavia a construção jurídica do conceito imprimiu-lhe uma conotação negativa no sentido de diferenciar injustificadamente para negar direitos e oportunidades, bem como inferiorizar por razões intrínsecas, culturais ou valorativas, violando a dignidade humana.

O conceito originário e as dimensões de discriminação no tocante às

⁷ “Uma Conversa sobre Direitos Humanos, Visão da Justiça e Discriminação” Egidia Maria de Almeida Aiexe, in Viana, Marcio Tulio, Renault, Luis Otávio Linhares (Coords), Discriminação, São Paulo: Ltr, 2000, p. 335.

⁸ Discriminação no Trabalho, Maria Aparecida Gugel, in O Direito do Trabalho na Sociedade Contemporânea, Coordenação Yone Frediani, Ed. Jurídica Brasileira, São Paulo, Brasil, 2003.

⁹ Idem, pg.335-336.

relações de trabalho se atribuem à Convenção n. 111 da OIT¹⁰ (1958) sobre todas as formas de discriminação no emprego e ocupação a qual estendeu a noção de igualdade para o âmbito das relações privadas, mais especificamente, relações de trabalho, o que significa que os Estados deveriam passar a assegurar a igualdade de tratamento não mais apenas perante a lei, mas também perante o empregador. Esta ampliação subjetiva da conotação da igualdade dentro da perspectiva da não discriminação nas relações de trabalho entre agentes privados, significou um grande marco na construção dos conceitos e teorias vigentes até hoje.

2.1- Coletivos Discrimináveis - Proteção Genérica e Específica

Os elementos que dão base à discriminação requerem um coletivo de sujeitos vitimizados nos termos enquadrados em causas definidas como discrimináveis e que estão incrustadas no diagnóstico de comportamentos e práticas sociais, estas causas estão abertas em função da variação do espaço e do tempo que alteram os valores e as necessidades de tal forma que as causas evoluem¹¹. As normas antidiscriminatórias elegem características discrimináveis com base neste diagnóstico social, para proibir a valoração pejorativa, ou a discriminação. Estas características contemplam os valores de época e os dados históricos, algumas são imutáveis e fora do controle do indivíduo como a etnia, gênero e idade, outras estão ligadas aos direitos fundamentais de privacidade e liberdade como; o estado civil, a orientação sexual, ideologia política e religião, já outras podem ser circunstanciais e inerentes como à deficiência física e doenças contagiosas.

As normas destinadas à proibição de atos discriminatórios, além da proibição genérica, via de regra apresentam um rol de características discrimináveis, ainda que não seja taxativo, deixando em aberto para que o intérprete aplique a proibição genérica a qualquer outra causa discriminatória, em algumas hipóteses as normas trazem expressamente a possibilidade de inclusão de outras causas não mencionadas na norma.

No tocante às relações de trabalho, o art. 1o, alínea “a” da Convenção n. 111 da OIT trata da discriminação nas relações de trabalho e faz uma enumeração bastante ampla das causas discriminatórias, incluindo os motivos de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social. Contudo, na alínea

¹⁰ 1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:

a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

¹¹ Maria Fernanda, aula no Curso de Direito Social para Magistrados Brasileiros, Universidad Castilla La Mancha, setembro de 2005

“b” deixou o conceito aberto para que se inclua qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito anular ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em emprego ou ocupação, a ser especificada por cada Estado-membro. Assim é que este rol de causas discriminatórias sofre alterações de acordo com época e país segundo as peculiaridades de cada lugar, daí porque em algumas normas já foram incluídas causas, como estado civil, orientação sexual, situação familiar, estética ou aparência, doenças, alcoolismo, vida pregressa (presidiário), participação sindical, ajuizamento de ações trabalhistas, entre outras¹².

2.2- Discriminação Direta

O direito à não discriminação requer do Estado proibir a discriminação direta, enquanto que a garantia à igualdade de tratamento e de oportunidades permite a proibição da discriminação indireta e a implantação de medidas ação positiva, também denominadas ações alternativas.

A tipificação da discriminação ocorre quando uma pessoa seja, haja sido, ou possa ser tratada de maneira menos favorável em situação análoga aos demais, pelos motivos mencionados na norma protetora. Na expressão menos favorável está implícita não apenas a desigualdade, mas também o aspecto pejorativo, considerando-se que o tratamento menos favorável dispensado aos discriminados é o reverso do tratamento mais favorável dispensado aos comparáveis.

A noção descritiva da Convenção 111 da OIT inclui a “exclusão, distinção ou preferência” que tenha o efeito de “anular ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em emprego ou ocupação” tendo estes comportamentos como fundamento os motivos enunciados no Convênio (raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional e origem social). Dentro da formulação deste conceito podem se elaborar no mínimo três interpretações diversas, tais como: a) nem todo tratamento desigual é discriminatório, só o sendo aqueles fundados nos motivos mencionados na norma; b) todo tratamento desigual é discriminatório, exceto se houver uma justificativa legalmente prevista; c) nem todo o tratamento desigual em princípio é discriminatório e somente será considerado como tal, se causar efeito sobre um coletivo caracterizado por atributos discrimináveis e se não houver uma justificativa objetiva e razoável para a desigualdade. Esta última assertiva parece ser a mais compatível

¹² Se admite además la consideración de otros criterios previa consulta de los gobiernos interesados como las organizaciones de empleadores y de trabajadores. A partir de la información recibida de los Estados Miembros, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) ha tomado nota de que en muchos países se han reconocido otros motivos de discriminación, además de los que se mencionan en el Convenio núm. 111, hecho confirmado tanto en el presente Informe global sobre discriminación como en el anterior. En los últimos años han sido cada vez más los países en ampliar la lista de esos motivos, entre los que hoy constan la discapacidad, la edad, el estado de salud, en particular la soropositividad VIH/SIDA real o presunta, la afiliación sindical y la situación familiar. Informe global de la OIT 2007.

com a definição da Convenção 111, conforme poderemos verificar no exemplo em que a rescisão do contrato de trabalho por iniciativa do empregador para com alguns empregados é um ato desigual, pois exclui alguns trabalhadores da oportunidade de manterem o emprego, podendo ser caracterizado como ato menos favorável a estes, com relação aos demais. O ato da dispensa, em princípio, embora seja um tratamento desigual, não é um ato discriminatório. Para caracterizar a discriminação, há necessidade de demonstrar que o resultado da decisão quanto aos empregados excluídos, reflete na abrangência de um coletivo com características vinculadas às causas proibidas, por afrontarem direitos fundamentais, como por exemplo, gênero, (80% dos dispensados foram do sexo feminino). Não havendo justificativa permitida em lei para a dispensa massiva de mulheres, ainda que não se demonstre a intenção de atingir as mulheres, o ato é discriminatório segundo o conceito do Convenio 111 da OIT.

Segundo a classificação da doutrina dos Estados Unidos, a discriminação individual (*Individual Disparate Treatment Discrimination*) ocorre quando a conduta discriminatória atinge diretamente um ou mais empregados ou trabalhadores, individualmente considerados, em razão da raça, cor, religião, gênero, nacionalidade, idade ou outras bases legalmente protegidas. O traço característico deste tipo de discriminação é a intenção, ou motivação discriminatória do ato do empregador ou de seus agentes, em prejuízo de um empregado ou de grupo de empregados especificamente identificados. O ato pode ser praticado por referências verbais, diferenças salariais, rescisão contratual, tipos de serviços, promoção, etc. Para identificar-se a motivação discriminatória deve se considerar os parâmetros gerais e o critério comparativo. Quanto à imputação da responsabilidade o agente que pratica o ato, pode ser caracterizado como representante do empregador ou como agente autônomo. Nos Estados Unidos a prática do ato por colega de trabalho que não represente a empresa, pode ter esta como responsável solidária se sua política não previr “tolerância zero” e punições severas ao agente que pratique o ato.

A discriminação é classificada como sistemática (*Systemic Disparate Treatment Discrimination*) quando as políticas empresariais ou decorrentes de normas coletivas discriminam grupos de pessoas em razão da raça, gênero, cor, religião, nacionalidade ou outras bases protegidas pela legislação. Neste tipo, também deve ser identificada a motivação discriminatória do agente que pode ser explícita ou implícita. Considera-se a intenção explícita, quando a empresa literalmente define o tratamento diferenciado, como por exemplo, classificados de empregos com previsão de vagas para pessoas com idade inferior a 40 anos, ou convenção coletiva que estabeleça critério de dispensa coletiva parcial, onde os escolhidos devem ser os empregados não associados ao Sindicato. A motivação é implícita, quando os padrões e as práticas seguidas pela instituição demonstra o tratamento diferenciado, como por exemplo, a contratação de todos os empregados da religião dos sócios da empresa. Um caso de discriminação

sistemática implícita foi o ocorrido em uma escola pública americana na qual, não obstante houvesse um grande número de alunos negros, a proporção de professores negros era sensivelmente inferior à proporção de alunos considerando o número de professores negros que se candidataram para o cargo. Um outro caso foi o que envolveu uma grande empresa, onde o número de mulheres nos cargos de vendedores comissionados, o que significava remuneração mais alta, era quase inexistente se comparado ao número de mulheres vendedoras com salário fixo e inferior ao dos homens que ganhavam por comissão. Este tipo de discriminação sistêmica com motivação implícita se aproxima mais da discriminação indireta¹³.

2.3-Discriminação Indireta

A noção de discriminação não requer a definição de propósito ou a vontade discriminatória e sim o resultado motivado direta ou indiretamente por razões que afrontem o direito a igualdade de trato e oportunidades¹⁴. O tratamento discriminatório é pelo efeito que causa, por suas conseqüências de desrespeito ao direito do sujeito discriminado, não sendo relevante a intenção que persegue o sujeito discriminador, pode ter motivos admissíveis e razoáveis e pode inclusive não conhecer si quer a ocorrência do motivo da discriminação, o que fez a doutrina classificar a discriminação em direta e indireta.

A discriminação direta em pressupõe um tratamento pejorativo sobre sujeitos qualificados por algumas das causas enunciadas como causas de discriminação que tem um resultado desfavorável, para o qual resulta indiferente se haja tido motivação ou não no sujeito que discrimina, enquanto que na discriminação indireta o elemento caracterizador é o mecanismo através do qual se provoca resultados desfavoráveis, por medida objetivamente neutra (se a intenção estiver camuflada é oculta e direta) que possui uma virtualidade prejudicial sensivelmente maior para o coletivo discriminado do que para os demais. Sensivelmente maior não significa que nenhum dos não integrantes do grupo não poderá ser prejudicado. Não se trata da necessidade de contemplar-se a situação dos indivíduos caso a caso; se trata de comparar coletivos que se encontre em situação semelhante e que experimentem diferenças de trato, pelo que o caso singular de um sujeito não é relevante se o conjunto cumpre a

¹³ Dubugras Regina Maria Vasconcelos, Discriminação no Emprego – Formas, Defesas e Remédios Jurídicos- Revista LTr,São Paulo, ano 66, novembro/2002.

¹⁴ *La discriminación es indirecta cuando ciertas normas o prácticas aparentemente neutras tienen efectos desproporcionados en uno o más colectivos determinables, y ello sin justificación alguna. Así, por ejemplo, la organización de cursos de formación fuera de las horas de trabajo, durante los fines de semana o en horas tardías puede traducirse en la exclusión de aquellos trabajadores que pudieran interesarse en asistir, pero que no podrán hacerlo por deber atender sus responsabilidades familiares, exclusión que comprometerá sus perspectivas de carrera Informe global da OIT, 2007..*

regra descrita¹⁵.

Neste tipo de discriminação não se valora o uso como fator diferencial de características proibidas, porque esta utilização em princípio não se produz, e sim a intensidade do efeito do uso de um fator aparentemente neutro e portanto legítimo na adoção de determinada medida, ao aplicar-se dita medida a um coletivo determinado caracterizado por uma situação histórica de discriminação. Neste caso, o caráter discriminatório ou não de uma determinada medida que impacta de forma desfavorável sobre o coletivo feminino deve medir-se em função da proporcionalidade do resultado prejudicial, de tal maneira que um fator de diferenciação originariamente legítimo, pode deixar de sê-lo se resulta demasiado custoso em termos de agravação da situação discriminatória de um coletivo tradicionalmente marginalizado. Desta forma, a própria existência ou inexistência do caráter discriminatório em determinada medida ou conduta, depende do juízo de razoabilidade que há que ser realizado pela autoridade competente¹⁶.

Segundo a doutrina estadunidense a discriminação indireta é classificada como discriminação reflexiva (*Systemic Disparate Impact Discrimination*) e se assemelha com a sistemática quanto à abrangência genérica e coletiva do ato, contudo se diferencia pela não caracterização da intenção discriminatória como motivadora da prática do ato. Assim, o impacto discriminatório existe quando a política do empregador, independentemente de intenção, afeta negativamente um grupo, mais do que o outro, sem uma justificativa adequada. Os casos clássicos que serviram de base para o desenvolvimento da doutrina americana e vem servindo como paradigmas para outros inúmeros casos, tratam de situações nas quais houve alegação de que a prática da empresa, independentemente de intenção ou motivação discriminatória, criou óbices para mudanças do *status quo* das minorias historicamente discriminadas. Um clássico exemplo de discriminação reflexiva que chegou às Cortes Americanas foi o de uma empresa que estabeleceu testes para a promoção de empregados para cargos diferenciados, nos quais apenas os brancos apresentaram o resultado exigido. Considerando que o conhecimento necessário para a aprovação no teste era irrelevante para o desempenho da função, a prática foi considerada pelos julgadores como discriminatória pelo impacto que causava. Em outro caso foi questionado o processo de seleção de empregados utilizado pela empresa, diante do qual, os cargos não qualificados eram sempre preenchidos por Filipinos e Nativos do Alaska, enquanto os cargos qualificados eram ocupados por trabalhadores brancos, muito embora fosse comprovado que dentre os primeiros, havia pessoal qualificado para ocupar os cargos com melhor remuneração¹⁷.

¹⁵ López, Maria Fernanda Fernández López - "Notas sobre La Evolucion Reciente de La Normativa Antidiscriminatória: una perspectiva internacional, pgs. 11/12

¹⁶ López, Maria Fernanda Fernández López - "Notas sobre La Evolucion ...ob. Cit.

¹⁷ Dubugras, Regina Maria Vasconcelos, "Discriminação no Emprego, Formas, Defesas e Remédios Jurídicos" Revista LTr, vol.66, n.11, nov. 2002, pgs. 1334/1336 - S.Paulo.

2.4- Discriminação Legalmente Justificada

Diante a doutrina convencional não existe discriminação justificada, pois o que caracteriza a discriminação é o tratamento diferenciado sem justificativa, logo, segundo o conceito do Convenio 111 da OIT, o tratamento desigual, ainda que com base nos fatores proibidos, se forem justificados conforme permissivo legal, **não são atos discriminatórios**. Assim o conceito de discriminação fica mais, ou menos, abrangente dependendo das justificativas legalmente previstas e admitidas, restringindo o conceito de discriminação ao tratamento desigual motivado por atributos proibidos, sem justificativa específica apresentada pelo Estado Membro o qual requer prévia consulta às organizações representativas de empregadores e trabalhadores, conforme alínea “b” do art. 1º do respectivo Convênio. A delimitação do conceito de discriminação conforme a existência ou não de justificativa do ato de tratamento desigual é expressa em outros dispositivos do Convenio¹⁸ quando dispõe que os mesmos atos de exclusão, distinção ou preferência que tenham o efeito de anular ou alterar a igualdade de tratamento e oportunidades, ainda que com base em atributos discrimináveis, **não serão consideradas como discriminação**, se tiverem como base qualificações exigidas para um determinado emprego, excluindo também do conceito de discriminação, as medidas necessárias sobre suspeitos que se dedicam a atividades prejudiciais a segurança do Estado e as medidas especiais de proteção e assistência a outros Convênios e Recomendações da OIT¹⁹.

A Convenção 111 da OIT permite que o Estado com prévia consulta das organizações de representação de empregadores e trabalhadores definam como não discriminatórias as medidas que visem suprir a necessidade de proteção e assistência especial²⁰. Logo, cada Estado membro poderá excluir do conceito de discriminação medidas que tratem diferentemente grupo de pessoas, mas que visem suprir a necessidade de proteção, como por exemplo, àquelas destinadas à proibição do trabalho infantil, bem como medidas que tratem diferentemente pessoas com necessidade de

¹⁸ 2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

¹⁹ Artículo 4

No se consideran como discriminatorias las medidas que afecten a una persona sobre la que recaiga sospecha legítima de que se dedica a una actividad perjudicial a la seguridad del Estado, o acerca de la cual se haya establecido que de hecho se dedica a esta actividad, siempre que dicha persona tenga el derecho a recurrir a un tribunal competente conforme a la práctica nacional.

Artículo 5

1. *Las medidas especiales de protección o asistencia previstas en otros convenios o recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo no se consideran como discriminatorias.*

²⁰ 2. *Todo Miembro puede, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, definir como no discriminatorias cualesquiera otras medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial.*

assistência especial, como por exemplo os deficientes físicos.

O conceito adotado no Convenio 111 da OIT em 1958 tem orientado a legislação e jurisprudência de vários Estados até os dias de hoje, contudo, a metodologia da definição merece reparos da doutrina, já que deixa a mercê dos Estados, das organizações sindicais e do Judiciário a discricionariedade da escolha das justificativas das desigualdades podendo ampliar e restringir o conceito de discriminação conforme os valores e políticas do local e da época, o que torna demasiadamente flexível o direito fundamental de igualdade e não discriminação. A nossa tese é no sentido de que a doutrina exclua do conceito de discriminação a “ausência de justificativa” e que os permissivos legais para o tratamento desigual, passem a ser **discriminação legalmente justificada**, diante do pressuposto que as justificativas podem ser flexíveis e temporárias. Em havendo justificativa legal para o ato discriminatório, pergunta-se neste caso, houve discriminação justificada por um permissivo legal ou não houve discriminação? A meu ver, a discriminação existiu, contudo ela é legalmente aceitável, o que ocorre também quando a lei, por políticas públicas, discrimina por idade, por exemplo, quando proíbe o trabalho do menor ou fixa idade inferior de aposentadoria para mulheres em relação aos homens, ou quando a própria lei discrimina para criar compensações favorecendo alguns em detrimento de outros, como nos casos das ações positivas. O mesmo ocorre quando há mandatória necessidade ocupacional, como nos clássicos exemplos de atores e atrizes para desempenhar determinados papéis. A discriminação, portanto, ocorre quando os efeitos do ato afrontam o direito a igualdade de trato e oportunidade, podendo ser permitida com base em pressupostos legais.

2.4.1- Discriminação e Necessária Qualificação Ocupacional

Alguns tipos de atividades exigem determinadas características que podem ser exigidas dentro da relação de trabalho, com a exclusão daqueles que não as possuem, hipóteses, nas quais a discriminação é legalmente justificada. O texto da Convenção 111 da OIT em seu art. 2o. já expressou esta possibilidade²¹ quando prevê que não são consideradas discriminação as distinções, exclusões ou preferências embasadas nas qualificações exigidas por um emprego determinado. Pelo texto da OIT, as distinções por necessária qualificação ocupacional não são consideradas discriminação dentro da definição do art. 1o da própria Convenção, contudo, defendemos que existe a discriminação, mas esta é legítima ou justificada²².

²¹ *Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.*

²² *En realidad, no todas las diferencias de trato son ilícitas; no lo son, por ejemplo, las que se justifican por las exigencias reales del empleo. El ser hombre o mujer puede considerarse un requisito legítimo para ocupar empleos que implican una proximidad física a otras personas o para trabajar en el ámbito de las artes cénicas. Las distinciones basadas en las destrezas o en los esfuerzos exigidos*

Nos Estados Unidos esta justificativa é cabível no campo da defesa e pode ser traduzida como necessária qualificação ocupacional, segundo a qual não é considerado ilegal ato praticado por causa de religião, sexo, origem e idade, em razão da natureza do negócio ou da atividade, mas não se admite a mesma exceção em função da etnia.

Por necessária qualificação ocupacional se entende uma qualificação razoavelmente necessária para a normal operação de um negócio com características particulares. Como um exemplo da exclusão da proibição legal a exigência de determinado tipo de religião para a contratação de professores, nas escolas religiosas. Convém notarmos que a defesa calcada na necessária qualificação ocupacional também traz grande parcela de subjetividade ou discricionariedade. Indaga-se, por exemplo, qual o tipo de trabalho que exige qualificação necessária ligada ao gênero, homem ou mulher. Até que ponto isto significa necessária qualificação ocupacional ou reafirmação de tradicionais estereótipos, segundo os quais, a mulher é mais frágil e deve ser protegida e não deve exercer determinadas atividades. Até que ponto a cultura e seus traços característicos devem ser respeitados. Um caso clássico que chegou à Suprema Corte dos Estados Unidos foi a exigência do sexo masculino para vagas de guardas de um presídio masculino. A pergunta que se fez foi se pertencer ao gênero masculino era uma qualificação necessária para o negócio, ou se esta restrição significava ato discriminatório contra o acesso da mulher àquela oportunidade de trabalho. E caso a norma tivesse em foco a proteção da mulher, pergunta-se se esta é uma decisão que deve ser tomada pelo Estado, ou se cabe a cada mulher a decisão quanto à sua candidatura a esta vaga e não deve o Estado restringir o acesso às mulheres a mais este posto de trabalho.

A justificativa deve ser legal, objetiva e razoável, ou seja; quando não persegue um fim legítimo ou quando não existe uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida não é uma justificativa aceitável para este fim. Ou seja, além da qualificação exigida pelo emprego, pode se excluir, distinguir ou dar preferência por motivo de gênero (por exemplo), anulando e alterando a igualdade de tratamento e oportunidades. A legalidade das justificativas depende da legislação de cada país, podendo ser prevista na Constituição Federal, leis ordinárias, normas coletivas, regulamento da empresa ou ainda jurisprudência, ficando a cargo do Juiz ponderar sobre a legitimidade e oportunidade das mesmas, diante da alegação das partes.

CONCLUSÃO

O direito à não discriminação é uma das vertentes dos direitos fundamentais à igualdade e à dignidade humana. Este requer a atuação do Estado social quanto a proibição da discriminação, além de medidas reparadoras das condutas discriminatórias. O Estado deve ter definido o fim que almeja atingir para que atue com instrumentos adequados e eficazes à garantia ao direito à não discriminação. As garantias de igualdade de tratamento e oportunidades permitem medidas contra a discriminação indireta e as ações afirmativas.

A doutrina sobre discriminação nas relações de trabalho foi desenvolvida a partir da Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho e se funda em tratamento pejorativo e prejudicial com base em diferenças.

A discriminação pode ser legalmente justificada na medida em que vise garantir o equilíbrio com outros direitos fundamentais que devem ser assegurados por políticas públicas, inclusive no tocante ao direito ao trabalho, proteção, educação e segurança, além da necessária qualificação profissional para o desempenho de determinadas funções.

A efetividade da garantia ao direito à não discriminação, igualdade de tratamento e oportunidades tem como escopo não só a reparação do dano causado, mas a mudança de sentimento, pensamento e atitude.

BIBLIOGRAFIA

AEIXE, Egídia Maria de Almeida, *Uma Conversa sobre Direitos Humanos, Visão da Justiça e Discriminação* in Viana, Marcio Tulio, Renault, Luis Otávio Linhares (Coords), *Discriminação*, São Paulo: Ltr, 2000.

BARROS, Alice Monteiro, *Discriminação no Emprego por Motivo de Sexo*, in “Discriminação”, coord. Marcio Tulio Viana e Luis Otávio Linhares Renault Ed. LTr S. Paulo, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, Saraiva, S. Paulo, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel, “A Instrumentalidade do Processo”, Edit. RT, São Paulo, 1988.

DONOHUE, J. John, *Foundations of Employment Discrimination Law*, Foudation Press, New York, 1997.

DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos, *Discriminação no Emprego – Formas, Defesas e Remédios Jurídicos* in Revista LTr, São Paulo, ano 66, novembro/2002.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques, *Trabalho da Pessoa com Deficiência - Lapidção dos Direitos Humanos – Ed. LTr S. Paulo 2006.*

GOLDIN, Adrian, *Discriminação, Fórum Internacional sobre Direitos*

Humanos e Direitos Sociais, Ed. LT̃, Brasília, 2004.

GRAU. Antonio Baylos, *Igualdad, Uniformidad y Diferencia em el derecho del trabajo*, in *Revista de Derecho Social*, número 1, Enero-Marzo, Alicante, 1998.

GUGEL, Maria Aparecida, *Discriminação no Trabalho*, in *O Direito do Trabalho na Sociedade Contemporânea*, Coordenação Yone Frediani, Ed. Jurídica Brasileira, São Paulo, Brasil, 2003.

JAVILLIER, Jean Claude, *As Normas Internacionais do Trabalho; Desafios, Pertinência e Aplicação do Direito Internacional Interno*, Fórum Internacional sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais, Editora LT̃, Brasília 2004.

LÓPEZ, Maria Fernanda Fernández, in “*La Igualdad de Trato en el Derecho Comunitario Laboral*” Jesús Cruz Villalón (coordinador), Aranzadi Editorial, 1997 España.

LÓPEZ, Maria Fernanda Fernández, - “*Notas sobre La Evolución Reciente de La Normativa Antidiscriminatória: una perspectiva internacional*, Sevilla, España.

PIOVESAN, Flavia, *Discriminação*, Fórum Internacional sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais, Ed. LT̃, S. Paulo, 2004.

RODRIGUES-PIÑERO M. “*Nuevas dimensiones de la igualdad: No discriminación y acción positiva*”, *Persona y Derecho (Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos)*, Nº 44, España, 2001.

SÁEZ LARA, C. *Mujeres y mercado de trabajo: Las discriminaciones directas e indirectas* CES, Madrid, 1994.

SILVA, Ana Emilia Andrade Albuquerque, *Discriminação Racial no Trabalho*, LT̃, São Paulo, São Paulo, 2005.

ZIMMER, Sullivan e Calloway Richards, “*Cases and Materials*” *Employment Discrimination*, Editora Aspen Law Publishers, New York, 2000.

José Eduardo Faria

*Professor titular do Departamento de
Filosofia e Teoria Geral do Direito da USP*

PLURALISMO JURÍDICO E REGULAÇÃO (OITO TENDÊNCIAS DO DIREITO CONTEMPORÂNEO)

Há uma lógica globalmente avassaladora, neste início de século. Impondo-se de modo hegemônico, ela abriu caminho para novas formas de organização econômica e novos padrões de acumulação, para a mobilidade quase ilimitada na circulação dos capitais financeiros e para o crescente poder dos administradores de ativos mobiliários.

Graças ao avanço da informática, das técnicas de informação, telecomunicações e dos transportes, essa lógica trouxe com ela novas regras e funções, novos conflitos e tensões, novos dilemas e paradoxos.

Nos mercados transnacionalizados, nada é estável e tudo se modifica com a passagem do tempo. Com isso, rompem a congruência entre economia nacional, Estado nacional, cidadania nacional e sociedade nacional. Alteram o jogo nacional/internacional. E põem em xeque a idéia de soberania, por uma lado convertendo opinião pública e governos democraticamente eleitos em meros espectadores de decisões sobre as quais têm pouco ou nenhum poder de influência; e, por outro, multiplicando as possibilidades de ação de empresas, instituições financeiras e conglomerados comerciais. Na medida em que podem operar nos interstícios de um sistema não-regulado, dado o progressivo esvaziamento de uma ordem internacional “westfaliana” concebida com base na premissa de que os Estados tinham total liberdade de definir suas prioridades, esses atores econômicos agora flutuam quase livremente pelos espaços mundiais.

De todos os desdobramentos dessa lógica global, pelo menos duas, em particular, estão afetando profundamente o universo do direito positivo. Por causa deles, as tradicionais normas abstratas, impessoais e padronizadoras do ordenamento jurídico vêm gradativamente perdendo sua capacidade de ordenar, moldar e conformar sociedades complexas. Igualmente, os tradicionais mecanismos processuais penais e civis desse ordenamento, com suas intrincadas combinações de prazos e recursos judiciais, também já não conseguem exercer de maneira eficaz seu papel de absorver tensões, dirimir conflitos, administrar disputas, neutralizar a violência e disseminar uma “expectativa de justiça” entre os cidadãos.

A primeira dessas conseqüências é o aumento na velocidade do processo de diferenciação sócio-econômica.

Cada vez mais os sistemas técnico-científicos, produtivos, financeiros e comerciais se especializam e se dividem continuamente com base em novas especializações. E, ao atuar em áreas crescentemente específicas, eles tendem a produzir suas próprias regras, seus próprios procedimentos, suas próprias racionalidades e suas próprias concepções de justiça. Essa tendência dos diferentes sistemas à autonomia, por sua vez, amplia extraordinariamente a complexidade do sistema jurídico. Dificulta o trabalho de produção

normativa por parte do legislador. E ainda leva a legislação por ele editada a ter sua efetividade condicionada à aceitação de suas prescrições justamente pelos distintos sistemas que ela deveria disciplinar, enquadrar, regular e controlar, pondo assim em xeque a centralidade dos poderes públicos. Posta a questão de outro modo, se a autonomia é, por definição, autoregulação, como é possível a efetividade do direito positivo, enquanto regulação externa dos sistemas?

A segunda conseqüência, surgida na dinâmica da reestruturação industrial, da reordenação dos espaços econômicos e das novas formas organizacionais do capitalismo, é a fragmentação da produção. Ela é particularmente importante porque, no âmbito da nova divisão internacional do trabalho, o acirramento e a universalização da competição levaram empresas e conglomerados a procurar extrair todas as vantagens possíveis da localização. Graças à substituição das enormes e rígidas plantas industriais de caráter fordista-taylorista por plantas mais leves, enxutas, flexíveis e multinacionais, empresas e conglomerados podem distribuir entre distintas cidades, regiões, nações e continentes as diferentes fases de fabricação de seus bens. Essa facilidade de transferir suas plantas industriais lhes dá um extraordinário poder para barganhar o lugar de sua instalação com as diferentes instâncias dos poderes públicos de qualquer Estado, em troca de incentivos fiscais, isenções tributárias, empréstimos com juros subsidiados, infra-estrutura a custo zero e adaptação das legislações social, trabalhista, previdenciária, ambiental e urbanística às suas necessidades e interesses. Com isso, as disputas para atrair investimentos diretos muitas vezes acabam ganhando contornos por vezes verdadeiramente selvagens e predatórios, em termos de renúncia, pelas diferentes instâncias do poder público, de parte de sua autonomia decisória e de sua soberania fiscal.

Diante do policentrismo que hoje caracteriza a economia globalizada, pondo em xeque os princípios básicos da soberania-supremacia, indivisibilidade e unidade do Estado- e atingindo particularmente os países periféricos e semi-periféricos, de moeda não conversível, o direito positivo e instituições judiciais passam a enfrentar enormes limitações estruturais.

Uma delas das mais importantes é redução de parte significativa de sua jurisdição. Como foram concedidos para atuar dentro de limites territoriais precisos, com base nos instrumentos de violência monopolizados pelo Estado, seu alcance tende a diminuir na mesma proporção em que as barreiras geográficas vão sendo superadas tanto pela expansão das tecnologias de informação e produção, das redes de comunicação e dos sistemas de transportes quanto pela justaposição e inter cruzamento de novos centros de poder. Direitos sociais e econômicos associados à regulação do mercado, por isso mesmo, vão perdendo eficácia à medida que a globalização altera as condições materiais de proteção de seus detentores formais. E quanto maior é a velocidade desse processo, mais o direito positivo e os tribunais tendem a ser atravessados no seu papel garantidor de controle da legalidade por justiça e normatividades paralelas. As emergentes nos espaços infra-estatais (municipais ou provinciais), surgidas das necessidades reais de diferentes setores sociais cujos interesses não encontram a acolhida necessária nas instituições jurídico-judiciais formais. E as que têm sido forjadas nos espaços supra-estatais (regionais ou mundiais), fortemente condicionadas pelos processos de harmonização legislativa, unificação

normativa e disciplinamento organizacional inerentes ao fenômeno da globalização econômica e às experiências de integração regional.

No primeiro caso, por exemplo, estão florescendo os mais variados procedimentos regionais e mecanismos para-estatais de resolução de conflitos, sob a forma de mediação, conciliação, arbitragem, auto-composição de interesses e auto-resolução de divergências (além da imposição da lei do mais forte nas áreas periféricas das grandes regiões metropolitanas que, como é o caso do Rio de Janeiro e Bogotá, são controladas pelo crime organizado e pelo narcotráfico). Já no segundo caso vão sendo reformulados e ampliados em progressão geométrica, mas não sem vetos ou dificuldades, os mecanismos reguladores e controladores dos mais diversos organismos multilaterais, como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional, a Organização Mundial do Comércio, o Banco para Compensações Internacionais ou a União Européia, o Nafta, o Mercosul, etc. Paralelamente, e de modo igual veloz, também vão se expandindo as agências de classificação de risco, que atuam como verdadeiros tribunais na avaliação das políticas econômicas nacionais, bem como o direito dos contratos internacionais (a assim chamada nova (*Lex Mercatória*) e a normatividade auto-produzida por conglomerados empresariais, por instituições financeiras e por redes de comercialização de bens e serviços para disciplinar suas atividades.

Atualmente, pelo menos 1/3 das atividades das 65 mil corporações transnacionais atuantes na economia globalizada, por meio de 850 mil firmas e subsidiárias, empregando 54 milhões de pessoas em todo mundo e com vendas internas e externas estimadas em US\$ 19 trilhões, é realizado por elas próprias (Veja, 9/6/04). Como conseqüência, isto faz do comércio intra-firmas uma importante fonte autônoma de princípios, regras e procedimentos jurídicos, ou seja, de produção privada de direitos. Dito de outro modo, as relações contratuais entre essas corporações constituem uma forma de organização privada da produção, da comercialização e da distribuição, estabelecendo situações de poder desiguais e de dependência, com uma lógica de subordinação, domínio, solidariedade e cooperação. São relações contratuais contínuas, que se prolongam no tempo e que forjam usos, costumes, obrigações de lealdade e hierarquias informais. Com seus esquemas de coerção disciplinar e controle operacional assegurando sua coesão funcional, essa organização privada da produção, da comercialização e da produção encerra assim mecanismos difusos e relacionais de poder, ramificados por formas locais e regionais que se materializam nas práticas organizacionais das empresas com atuação transnacional, ultrapassando os limites das normas e procedimentos do ordenamento jurídico dos Estados-nação.

Outra limitação estrutural do direito positivo e suas instituições judiciais diz respeito à incompatibilidade entre seu perfil arquitetônico e a crescente complexidade do mundo contemporâneo. Suas normas tradicionalmente padronizadoras, editadas com base nos princípios da impessoalidade, da generalidade, da abstração e do rigor semântico e organizadas sob a forma de um sistema unitário, lógico, fechado, hierarquizado, coerente e postulado como isento de lacunas e antinomias, são singelas demais para dar conta de uma pluralidade de situações sociais, econômicas, políticas e culturais cada vez mais diferenciadas. Seu formalismo impede a visão da complexidade sócio-econômica e da

crescente singularidade dos conflitos. Seus princípios gerais, suas regras e seus procedimentos já não conseguem regular e disciplinar, guardando a devida coerência sistêmica, fatos multifacetados e heterogêneos. No entanto, como o Estado não pode deixá-los sem algum tipo de controle, ele se vê obrigado a editar normas *ad hoc* para casos altamente específicos e singulares. E quanto mais sua produção normativa caminha nessa linha, aumentando o número de textos legais com um potencial de aplicação bastante circunscrito no tempo e no espaço, mais o direito positivo vai expandindo-se de maneira confusa e desordenada. As micros-racionalidades surgidas com essa expansão caótica revelam-se incapazes de convergir em direção a uma racionalidade macro, de tal modo que, numa situação-limite de “hiperjuridicização” ou “sobrejuridificação”, o direito positivo já não conta mais com uma hierarquia de normas e leis minimamente articulada e com princípios integradores compatíveis entre si. Deste modo, face à sua pretensão de abarcar uma intrincada e contraditória pluralidade de interesses, disciplinar comportamentos altamente particularísticos e balizar a ação de uma enorme multiplicidade de operadores e atores jurídicos, ela acaba perdendo sua organicidade programática, sua racionalidade sistêmica, sua força diretiva – numa palavra, toda sua potencial efetividade.

Diante da integração dos sistemas produtivo e financeiro em escala mundial, do enfraquecimento da capacidade de controle e intervenção sobre os fluxos internacionais de capitais pelos bancos centrais, da porosidade entre poderes locais, regionais e supranacionais e interesses empresariais, da crescente autonomia de setores econômicos funcionalmente diferenciados e da interpenetração da política internacional com a política doméstica, o Estado hoje se encontra diante de um impasse (Wilke, 1986; Teubner, 1997; e Jessop, 2003). Por um lado, já não consegue mais regular a sociedade e a economia exclusivamente por meio de seus instrumentos jurídicos tradicionais e de suas soluções homogêneas ou padronizadoras. Com as intrincadas tramas e entrelaçamentos promovidos pelos diferentes setores sócio-econômicos no âmbito dos mercados transnacionalizados e com o advento de situações novas e não padronizáveis pelos paradigmas jurídicos vigentes, o direito positivo e suas instituições judiciais têm um alcance cada vez mais reduzido e uma operacionalidade cada vez mais limitada. Por outro lado, sem condições de assegurar uma eficaz regulação direta e centralizadora das situações sociais e econômicas, pressionado pela multiplicação das fontes materiais de direito, perdendo progressivamente o controle da coerência sistêmica de suas leis ao substituir normas abstratas, genéricas e impessoais por normas particularizantes, específicas e “finalísticas” e ainda tendo seu ordenamento submetido a uma competição com outros ordenamentos, o Estado atinge os limites de sua soberania político-jurídica.

A consciência desse impasse, tanto pelos legisladores quanto pelos próprios governantes, os tem levado a rever sua política e técnica legislativas, por um lado almejando desvincular o Estado de suas controladoras, reguladoras e planejadoras da economia, e, por outro, rendendo-se à oposição do pluralismo ao monocentrismo jurídico, da diversidade e da flexibilidade normativa à rigidez hierárquica dos códigos e leis. Para reformular a estrutura do direito positivo e redimensionar o campo de ação de suas instituições judiciais, eles estão recorrendo a amplas e ambiciosas estratégias de desformalização, implementadas paralelamente à promoção da ruptura dos monopólios

estatais, alienação de empresas públicas, privatização de serviços essenciais, abdicação do poder de interferência na fixação de preços, salários e de limites nas contratações trabalhistas e nas condições de trabalho e cortes nos gastos sociais.

Essa estratégia tem sido justificada, entre outros fatores, por uma espécie de cálculo de custo/benefício. Sem ter como ampliar quer a complexidade estrutural de seu ordenamento jurídico quer a complexidade organizacional de seu aparato judicial ao nível equivalente de complexidade e diferenciação funcional dos diferentes sistemas sócio-econômicos, legisladores e dirigentes passam então a agir numa linha basicamente pragmática. Afinal, se quanto mais tentam controlar, disciplinar, regular, e intervir menos conseguem ser eficazes, menos conseguem obter resultados satisfatórios, menos conseguem manter a coerência lógica e menos conseguem assegurar a organicidade de seu direito positivo – e a efetividade de suas instituições judiciais não lhes resta outro caminho para preservar sua autoridade funcional: quanto menos procurarem controlar, disciplinar, regular e intervir, menor será o risco de acabarem desmoralizados pela inefetividade de seu regulatório e de seus mecanismos de controle.

As conseqüências desse processo de descentralização, de formalização, deslegalização e desconstitucionalização têm sido contraditórias. Por um lado, a desregulamentação em alguns setores – como no plano sócio-econômico, por exemplo – vem sendo promovida paralelamente ao aumento da regulamentação em outros – como na esfera penal. Muitas vezes, além disso, os projetos de desregulamentação também exigem, como condição básica de sua implementação, uma produção legislativa específica e altamente minudente (Santos, 1994). Por outro lado, longe de conduzir a um vazio jurídico ou a um vácuo normativo, a desformalização, a deslegalização e a desconstitucionalização têm aberto caminho para uma intrincada articulação de sistemas e subsistemas sócio-econômicos internos e externos. Uma parte significativa do direito positivo do Estado, nesse sentido, hoje vem sendo “internacionalizada” pela expansão da normatividade auto-produzida pelos conglomerados empresariais e pelo sistema financeiro e por suas relações intersticiais com as inúmeras regras e procedimentos emanados dos diferentes organismos multilaterais. Outra parte, por sua vez, vem sendo minada pela força constitutiva de determinadas situações criadas pelos detentores do poder econômico e pelas novas fontes de autoridade a ele vinculadas. E, como conseqüência, está sendo substituída pelo veloz crescimento do número de normas paralelas, no plano infra-nacional, na medida em que cada corporação empresarial e as cadeias produtivas em que estão inseridas tendem a criar as regras de que precisa e a jurisdicizar suas respectivas áreas e espaços de atuação segundo suas conveniências. Desta maneira, a deregulamentação e a deslegalização ao nível do Estado nada mais são do que uma outra forma de regulamentação e legalização. Trata-se, falando curto e grosso, de uma *re-regulamentação* e a relegalização ao nível dos próprios sistemas sócio-econômicos (Chevalier, 1987; e Santos, 1995); mais precisamente, ao nível das organizações privadas capazes de efetuar investimentos produtivos, de criar empregos, de gerar receita tributária, etc.

Nesse cenário de Estados soberanos com menor autonomia de fato e poderes legais em crise funcional, o que resta do direito positivo forjado com base nos princípios da coerência, da previsibilidade, da certeza e da segurança? Depois dos conhecidos

processos de “publicização” e do direito privado” e subsequente “administrativização do direito ocorridos no âmbito do Welfare State entre o final dos anos 40 e início dos anos 70, o que se tem a partir da década de 80 é um ordenamento jurídico fragmentado, sem unidade conceitual, lógica e programática, incapaz de conter e prover a solução de todos os problemas jurídicos. Na medida em que muitos desses problemas são equacionados por normatividades paralelas, o ordenamento jurídico estatal perde sua centralidade e, acima de tudo, sua exclusividade. Ele deixa de ser o vértice do sistema normativo, para se converter em parte de um poli-sistema. Deixa de ser o ponto mágico de legitimação e legitimidade de uma ordem jurídica autocentrada nos limites de um território (Scholte: 2004). E passa a abrir-se progressivamente a normas oriundas de organismos multilaterais de centros transnacionais, de centros regionais e de centros locais.

A exemplo do próprio Estado, que nesse cenário vai deixando de ser um ator unitário para se converter num marco a mais, entre tantos outros nas negociações econômicas, e quase sempre constrangido no manejo das políticas monetárias e de crédito, esse ordenamento é constituído como mais um sistema normativo, entre vários outros igualmente válidos. Do ponto de vista de sua arquitetura interior, esse ordenamento se destaca por sua legislação basicamente “descodificada”, formada pela multiplicação de leis especiais sobre matérias específicas nos planos cível, comercial, econômico, tributário, fiscal, administrativo, previdenciário, trabalhista, etc. Expressando-se sob a forma de normas de organização, normas de conduta, normas programáticas, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, essas leis especiais, intercruzando-se continuamente, terminam produzindo inúmeros micro-sistemas e distintas cadeias normativas no âmbito do direito positivo.

Assumindo assim a forma de *redes*, esses inúmeros micro-sistemas legais e essas distintas cadeias normativas se caracterizam pela extrema multiplicidade e heterogeneidade de suas regras e mecanismos processuais; pela evidente provisoriidade e mutabilidade de suas engrenagens normativas; pelo acolhimento de uma pluralidade de pretensões contraditórias e, na maioria das vezes, excludentes; pela geração de conflitos e discussões extremamente complexas, em matéria de hermenêutica, exigindo dos intérpretes conhecimentos técnicos não só no âmbito do direito, mas, igualmente, no plano da economia, da contabilidade, das ciências atuariais, da tecnologia, etc. Num ordenamento jurídico com tais características, por isso mesmo, os tradicionais conceitos de “bem comum”, de “interesses gerais e universais” e de “fim social” das leis já não conseguem mais exercer o papel de “princípios totalizadores” destinados a compor, integrar e harmonizar interesses específicos. Por causa de seu forte potencial comunicativo e persuasivo, esses conceitos podem até continuar preservados simbólica e retoricamente nos textos legais, sobrevivendo aos avassaladores processos de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização. Contudo, não têm mais o mesmo peso ideológico e funcional detido à época do advento do Estado constitucional, da democracia representativa e das modernas declarações de direitos.

Que futuro poderá ter esse tipo de ordenamento jurídico? Se levarmos em conta que estes últimos anos registraram mudanças profundas na concepção arquitetônica dos sistemas legais, na quantidade e na complexidade das regulações normativas, na natureza

e no alcance dos conflitos sócio-econômicos, nas estruturas, no conteúdo e nos objetivos dos códigos e das leis, no volume de informações sobre o direito e na velocidade de sua circulação e, por fim, nas próprias categorias epistemológicas das diferentes teorias jurídicas, seria irresponsável tentar oferecer uma resposta objetiva, clara e precisa passa essa indagação. O máximo que se pode fazer, e assim mesmo com a devida prudência e, evidentemente, sob o risco de avaliações precipitadas, é identificar oito importantes tendências e levantar um problema.

A primeira tendência é de ampliação da incompatibilidade entre a concepção de tempo adotada pela legislação processual civil e pela legislação processual penal e a concepção de tempo prevalecente no processo decisório no âmbito dos mercados transnacionalizados. Com o desenvolvimento da informática, a revolução da micro-eletrônica e o avanço das telecomunicações, esse processo decisório é cada vez mais instantâneo. Ou seja, o tempo na economia globalizada não respeita fusos horários. É o tempo real, o tempo da simultaneidade. A legislação processual civil e a legislação processual penal, no entanto, continuam sendo basicamente regidas pelo tempo diferido, isto é por etapas que se articulam de maneira sucessiva, por fases que se sucedem cronologicamente. Daí a propensão dos agentes econômicos – conglomerados, bancos comerciais, bancos de investimentos, companhias seguradoras, fundos de pensão, etc. – a evitar os tribunais na resolução de seus conflitos, optando por mecanismos mais ágeis e dinâmicos, como a mediação e a arbitragem.

Decorrente da anterior, a segunda tendência diz respeito à expansão hegemônica dos padrões legais anglosaxônicos. Sua rapidez, seu pragmatismo e sua flexibilidade cada vez mais têm sido contrapostos às normas e aos procedimentos altamente ritualizados dos modelos franco-românicos, considerados pouco objetivos, lentos e incompatíveis com os imperativos da globalização. Fundados nos valores da eficiência, produtividade, competitividade e acumulação, como já se viu, esses imperativos simplesmente desqualificam o formalismo justificado por estes últimos modelos em nome da “garantia do processo”, da “certeza jurídica” e da “segurança do direito”. Iniciativa desta tendência é a abertura de linhas de financiamento, tanto pelo Banco Mundial quanto pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), para a reforma dos sistemas jurídico e judicial de países periféricos e semi-periféricos cujo direito não está vinculado aos padrões anglo-saxônicos.

A terceira tendência é a da progressiva redução do grau de coercibilidade do direito positivo. Com os processos de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização e com a superposição de novas esferas de poder, muitas das normas que restam já não mais se destacam por seu *enforcement*, ou seja, por sua capacidade de atuar como um comando incontestado. Elas se caracterizam, justamente, por sua baixa “imperatividade”, pela abdicação das soluções heterogêneas; pela renúncia a qualquer “função promocional”. Na medida em que abandonam a pretensão de promover uma regulação direta, limitando-se a estabelecer premissas para decisões, a estimular negociações e entendimentos e a viabilizar soluções adaptáveis para cada situação específica, essas normas introduzem no ordenamento jurídico uma flexibilidade desconhecida pelos padrões legais prevalecentes desde o advento do Estado moderno. Elas não estabelecem *a priori* as regras

do jogo nem asseguram determinadas garantias fundamentais (papel básico da Constituição no âmbito do Estado liberal). E também não impõem a obtenção compulsória de determinados resultados (papel básico do direito social e econômico no Estado intervencionista). São normas que substituem as tradicionais racionalidades formal e material por uma racionalidade nova, de caráter meramente procedimental, aspirando, apenas e tão somente, uma regulação indireta; são normas que, reconhecendo a autonomia decisória de sistemas sociais econômicos diferenciados e auto-regulados, procuram apenas promover uma articulação entre eles. Sua baixa imperatividade, contudo, não deve ser entendida como ausência de coercibilidade na inteligente e eficaz estratégia de reforço dos controles social pelo recurso, por exemplo, a mecanismos policiais privados, sob a forma de esquemas de vigilância, retenção de documentos pessoais, fechamento de espaços públicos, etc.

A quarta tendência é da “reprivatização” do direito. Após a extraordinária expansão do direito e de suas normas controladoras, reguladoras e diretivas, culminando nas “constituições-dirigentes” tão em voga nas décadas de 60 e 70, o que agora se vê com os processos de descentralização, desformalização, desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização é um movimento de retorno ao direito civil. Mas, como já foi entreaberto na primeira tendência, com uma diferença significativa. Dada a substituição da tutela governamental pela livre negociação e a subsequente expansão das relações contratuais entre redes de empresas e cadeias produtivas, esse resurgimento tem ocorrido, basicamente, à margem do Estado. Enquanto o direito civil posterior à Revolução Francesa surgiu no bojo de um processo de eliminação dos particularismos locais, de força crescente do poder nacional nas sociedades em modernização, de expansão da economia monetária, de afirmação de obrigações gerais com validade universal e de institucionalização da propriedade, da autonomia da vontade e da igualdade formal (Bendix, 1977), o direito civil deste final de século está surgindo na dinâmica de um processo de transnacionalização dos mercados, de transferência de riqueza, de concentração dos capitais financeiros e esvaziamento da capacidade de auto-determinação política dos Estados.

Nesse refluxo do direito público, a própria idéia de Constituição ganha novas feições. Ela deixa de ser um estatuto organizatório definidor de competências e regulador de processos no âmbito do Estado, passível de ser visto como “norma fundamental” e reconhecido como centro emanador do ordenamento jurídico. E assume a forma de uma carta de identidade política e cultural, atuando como um centro de convergência de valores em cujo âmbito teriam caráter absoluto apenas duas exigências fundamentais. Do ponto de vista substantivo, os direitos de cidadania e a manutenção do pluralismo axiológico, mediante a adoção de mecanismos neutralizadores de soluções uniformes e medidas capazes de bloquear a liberdade e instaurar uma unidade social amorfa e indiferenciada. Do ponto de vista procedimental, as garantias para que o jogo político ocorra dentro da lei, isto é, de regras jurídicas estáveis, claras e acatadas por todos os atores.

Ainda na mesma tendência de refluxo do direito público, o direito administrativo, a exemplo do direito constitucional, também sofre alterações paradigmáticas. A principal delas é a relativização da premissa em torno do qual foi

originariamente organizado: a idéia de limitação do poder e racionalização formal de seu exercício. Com a revogação dos monopólios públicos e a progressiva privatização dos serviços essenciais, essa premissa tende a ser considerada como obstáculo aos processos de racionalização gerencial. Com a redução tanto do tamanho quanto do alcance do Estado, o controle formal de suas decisões passa a ser combinado com premissas voltadas à lógica do mercado, como a eficiência de gestão e a valorização dos resultados. Deste modo, em vez de condicionar os modos de agir do Executivo, estabelecendo suas prerrogativas e suas obrigações com base nos princípios da legalidade e da discricionariedade, o direito administrativo se converte em instrumento de gestão de uma máquina governamental que, após a conversão dos serviços públicos em negócios regido pelo critério da rentabilidade, cada vez mais encara os cidadãos não como portadores de direitos subjetivos, mas como simples “clientes” ou consumidores.

De algum modo vinculada com o refluxo do direito público, a quinta tendência é de enfraquecimento progressivo do Direito do Trabalho, enquanto conjunto de normas e procedimentos forjado a partir de conquistas históricas na dinâmica de expansão do capital industrial com a finalidade de circunscrever, controlar e dirimir os conflitos laborais. Seu alcance e sua estrutura têm sido profundamente afetados pela volatilidade e mobilidade dos capitais e pelas mudanças ocupacionais e organizacionais subjacentes ao fenômeno da globalização econômica. Com a crescente informatização das linhas de produção, o avanço da terceirização e o advento de novos modos de inserção no mundo do trabalho, a mão-de-obra progressiva se desloca para o setor de serviços e a idéia de “emprego industrial” subjacente à legislação trabalhista entra em crise. Como o setor de serviços se caracteriza pela flexibilidade operativa e pelos diferentes critérios de aferição de produtividade, ele tende a exigir formas mais maleáveis de contratação e formalização das relações trabalhistas do que as vigentes no âmbito do setor industrial. Essa combinação entre flexibilidade operativa, heterogeneidade das estruturas de emprego no setor terciário e despadronização nas formas jurídicas de contratação trabalhista atinge a essência da legislação laboral. Na medida em que se multiplicam os contratos a termo, a subcontratação, o trabalho a domicílio e formas novas de remuneração com base na produtividade, levando o antigo trabalhador com carteira assinada a assumir a figura jurídica de micro-“empresário”, a proteção assegurada aos “hipossuficientes” é esvaziada pela livre negociação entre as partes formalmente “iguais”. Deste modo, quanto mais os contratos de locação de serviços moldados na melhor tradição do direito privado tomam o espaço anteriormente ocupado pelas normas padronizadoras da legislação laboral, mais o Direito do Trabalho tende a se desfigurar e a se “civilizar” – ou seja, mais se confunde e se funde com o Direito Privado.

A sexta tendência é a de uma transformação paradigmática no conteúdo programático do Direito Internacional, seja em função do advento de redes de Estados associados em blocos comerciais e econômicos, seja como decorrência de pressões de grandes corporações por uma regulação transnacional, seja por causa da crescente concessão de espaços a governos locais e regionais e a organizações não-governamentais, por parte dos organismos multilaterais, na expectativa de obter maior legitimidade. Embora formalmente continue sendo produzido pelos Estados-Nação, sob a forma de acordos, convenções e

tratados, com o fenômeno da transnacionalização dos mercados suas normas cada vez mais vão sendo interpretadas pela *Lex Mercatoria* e pelo Direito da Produção. Como conseqüência, o caráter público do Direito Internacional acaba sendo progressivamente relativizado ou mesmo desfigurado, na medida em que muitos de seus dispositivos atendem e tutelam interesses específicos, de natureza privada, revestidos da forma pública. Paralelamente, as experiências de integração vão abrindo caminho para o surgimento de um sistema normativo novo, autônomo, distinto e superior às ordens jurídicas dos Estados – O Direito Comunitário. Ao contrário do Direito Internacional Público, formalmente resultante de negociações inter-governamentais, voltado à coordenação das soberanias e baseado na regra do consentimento, o Direito Comunitário se expande com o surgimento e adensamento das zonas de preferência tarifária, zonas de livre comércio, união aduaneira e união monetária. Ao servir de base legal para a institucionalização de “mercados comuns”, onde circulam livremente bens, serviços, capitais e pessoais, esse direito tem como uma de suas características fundamentais e supracionalidade. Além de seus efeitos especificamente econômicos, o Direito Comunitário, que não se confunde nem com o direito interno dos Estados-nação nem com o Direito Internacional Público convencional, tem igualmente profundas implicações políticas e sociais. Forjado a partir das necessidades dos processos de constituição de mercados comuns e blocos econômicos, o Direito Comunitário tende a ser muito mais complexo, flexível, maleável e aberto do que o direito interno e o Direito Internacional.

A sétima tendência é de aumento no ritmo de regressão dos direitos sociais e dos direitos humanos. Como estes últimos nasceram contra o Estado, para coibir sua interferência arbitrária na esfera individual, e como as garantias fundamentais somente conseguem ser instrumentalizada de modo eficaz por meio do próprio poder público, do ponto de vista jurídico-positivo os direitos humanos correm o risco de acabar sendo enfraquecidos na mesma proporção e velocidade em que esse poder for comprometido pela relativização da soberania do Estado. O mesmo acontece com os direitos sociais (Santos, 1995). Concedidos para se concretizar basicamente por meio de políticas governamentais de caráter distributivo, eles também têm sido mortalmente atingidos pelos processos de desformalização, desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização, pela abdicação de determinadas funções públicas do Estado mediante o avanço dos programas de privatização e pelo crescente condicionamento de todas as esferas da vida pelo valores do mercado. Os princípios básicos inerentes aos direitos humanos e sociais – liberdade, dignidade, igualdade e solidariedade, por exemplo – estão levando a pior na colisão frontal com os imperativos categóricos da economia globalizada, como a produtividade e a competitividade levadas ao extremo. Com isso, os “excluídos” no plano econômico convertem-se também nos “sem-direitos” no plano jurídico, não mais parecendo como portadores de direitos subjetivos públicos.

Associada à anterior, na medida em que os “sem-direito” jamais são dispensados das obrigações e responsabilidades estabelecidas pela ordem jurídica, a oitava tendência é a de uma transformação paradigmática do direito penal. Como a produtividade na economia globalizada vem sendo obtida às custas da degradação salarial, da rotatividade no emprego, do aviltamento das relações trabalhistas, da informação da produção e do

subseqüente fechamento dos postos convencionais de trabalho, a sinergia entre a marginalidade econômica e a marginalidade social tem levado o Estado a reformular seus esquemas de controle e prevenção dos delitos, a esvaziar o processo penal de suas feições garantistas e a incorporar no âmbito das políticas penais os problemas e as situações criadas tanto pela deslegalização e desconstitucionalização dos direitos sociais quanto pela ausência de políticas distributivas e compensatórias. Criminalizando esses problemas e essas situações com o apoio difuso de uma sociedade assustada com o aumento da insegurança e por um sentimento de modo vocalizado demagogicamente pela mídia, e também agindo sob pressão dos países centrais empenhados em declarar “guerra aberta” ao tráfico de drogas nos países periféricos, cada vez mais o Estado amplia o caráter punitivo-repressivo das normas penais, desconsiderando os fatores políticos, sócio-econômicos e culturais inerentes nos comportamentos por elas definidos como transgressores. O objetivo é torná-las mais abrangentes e severas para, quase sempre sob o pretexto de ampliar a eficiência no combate ao crime organizado, ao narcotráfico, à fraudes financeiras, às demais fases de corrupção ao terrorismo e às operações de lavagem de dinheiro obtido ilicitamente, disseminar o medo e o conformismo no seu público-alvo – os excluídos (Adorno, 1996). Por isso, enquanto nos demais ramos do direito positivo vive-se um período de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização, no direito penal verifica-se o inverso. Ou seja: a definição de tipos de delito cada vez mais intangíveis e abstratos; a criminalização de várias atividades e comportamentos em inúmeros setores da vida social; a eliminação dos marcos mínimos e máximos na imposição das penas de privação de liberdade, para aumentá-las indiscriminadamente; a relativização dos princípios da legalidade e da tipicidade, mediante a utilização de regras com conceitos deliberadamente indeterminados, vagos e ambíguos, ampliando extraordinariamente a discricionariedade das autoridades policiais e com isso lhes permitindo invadir esferas de responsabilidade do Judiciário; e, por fim, a redução de determinadas garantias processuais, mediante a substituição de procedimentos acusatórios por mecanismos inquisitórios, da qual o melhor exemplo é a inversão do ônus da prova, passando-se a considerar culpado quem não provar sua inocência.

Quanto a dúvida acima mencionada, ela diz respeito ao alcance do pluralismo jurídico aqui descrito de modo bastabte esquemático. Com o estilhaçamento dos espaços políticos e sociais anteriormente unidos pelos mecanismos coercitivos das instituições estatais, a redução do tamanho e do alcance do direito positivo, a paralela expansão do Direito Internacional, a emergência do Direito da Integração Regional ou “Comunitário”, o ressurgimento da Lex Mercatoria, a proliferação de normas técnicas produzidas por organismos multilaterais e a normatividade autoproduzida em guetos quarto-mundializados, como a hoje vigente nos morros do Rio de Janeiro, nas favelas de Lima ou na periferia miserável de Bogotá, a ordem jurídica contemporânea encontra-se inexoravelmente fragmentada em diferentes sistemas normativos independentes e, por vezes, colidentes entre si? Ou, pelo contrário, existe entre eles a possibilidade de algum tipo de sincronia? Neste caso, como ocorre o enlace entre eles? Pondo-se a questão em outros termos, esses sistemas são autônomos em termos absolutos, cada um sendo eficaz no espaço que é capaz de jurisdicionar e regular? Ou será possível esperar o aparecimento

de um “direito dos direitos”, com normas de reconhecimento, mudança e adjudicação capazes de promover algum tipo de ligação lógica e sistêmica entre eles? Neste caso, em que termos podem ser formulados princípios jurídicos capazes de assegurar um mínimo de coerência a esse cenário de pluralismo normativo?

Diante dessas indagações, o problema é saber se podemos continuar agindo e pensando com base nos paradigmas de inspiração romanística que sempre foram hegemônicos nos cursos jurídicos de países como Itália, Portugal, Espanha e os de praticamente toda a América Latina. As crescentes dificuldades desses cursos para acompanhar a evolução da complexidade social, econômica, política e cultural e as próprias mudanças dos sistemas legais induzem, a meu ver, uma resposta negativa. Todavia, isto nos conduz a uma outra discussão tão complexa e escorregadia como a aqui travada.

BIBLIOGRAFIA

ADORNO, Sérgio (1996) – *A gestão urbana do medo e da insegurança: violência, crime e Justiça Penal na sociedade brasileira contemporânea*, São Paulo, FFLCH/USP, tese de livre-docência.

BENDIX, Reinhard (1977) – *National-Building and Citizenship: studies of our changing social order*, Berkeley, University of California Press.

CHEVALIER, Jacques (1987) – “Les enjeux de la dérèglementation”, in *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Étranger*, vol. 103, nº 2.

JESSOP, Bob (2003) – “Regulationist and Autopoietic Reflections on Polanay’s Account of Market Economies and the Market Society”, Lancaster University, Department of Sociology.

SANTOS, Boaventura (1994) – *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*, Porto, Afrontamento.

SANTOS, Boaventura (1995) *Toward a New Common Sense: law, science and politics In the paradigmatic transition*, London/New York, Routledge.

SCHOLTE, J.A. (2004) – “Globalisation and Governance: from statism to polycentrism”, Coventry, Centre for the Study of Globalisation and Regionalisation, University of Warwick.

TEUBNER, Gunther (1997) – *Global law without State*, Ardershot, Ardmouth.

WILLKE, Helmut (1986) – “The tragedy of the State: prolegomena to a theory of State in polycentric society”, in *ARSP- Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, Stuttgart, vol. LXXXII.

Estêvão Mallet

*Professor de Direito do Trabalho da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, dou-
tor e livre-docente em Direito e advogado.*

BREVES NOTAS SOBRE A INTERPRETAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS¹

*1. Introdução; 2. O problema no
direito positivo e na doutrina; 3. Meios de interpretação;
4. Natureza da controvérsia sobre a interpretação das
decisões judiciais; 5. Critérios hermenêuticos gerais e a
interpretação das decisões judiciais; 6. Alguns outros
critérios para a interpretação das decisões judiciais; 7.
Conclusão.*

1. INTRODUÇÃO.

A aplicação de qualquer norma reclama, como atividade prévia e antecedente, a sua interpretação. É impossível pensar em cumprimento da norma sem antes interpretá-la. Dada a ordem, primeiro passo para a sua observância é compreender-se o que se estatuiu como comportamento, o que se ordenou. Por isso assinala Carlos Maximiliano que “a aplicação não prescinde da hermenêutica”². Pode-se mesmo dizer, de forma mais precisa: a aplicação supõe interpretação.

Nada muda, como se percebe sem grande esforço, se a norma a aplicar-se não é a que emerge de disposição legal, mas é o comando resultante de alguma decisão judicial, seja sentença, seja acórdão, seja pronunciamento interlocutório. Como anota Kelsen, a interpretação é necessária à aplicação de toda e qualquer norma jurídica, “na medida em que hajam de ser aplicadas”, inclusive em se tratando “de normas individuais, de sentenças judiciais, de ordens administrativas, de negócios jurídicos, etc.”³. Também o sublinhou Pontes de Miranda, ao escrever: “as sentenças têm de ser interpretadas”⁴.

Não deixa a interpretação de ser necessária nem mesmo quando aparentemente clara e indubitosa a decisão judicial a aplicar-se. Pode ser tarefas simples, de mais fácil realização, sujeita a menos controvérsias; não, porém,

¹Texto originalmente redigido em homenagem ao Min. Pedro Paulo Teixeira Manus

²Hermenêutica e aplicação do direito, Rio de Janeiro, Forense, 1991, n. 11, p. 8.

³Teoria pura do direito, Coimbra, Armênio Amado, 1962, vol. II, p. 284.

⁴Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Forense, 1947, vol. II, p. 326.

prescindível. Hoje não mais se leva a sério a máxima *in claris cessat interpretatio*, que Paula Batista ainda repetiu⁵. Na verdade, para concluir que o enunciado é claro mostra-se impostergável, antes de qualquer outra coisa, interpretá-lo. Daí porque até as mais cristalinas decisões judiciais, como as mais claras disposições legais, sujeitam-se a interpretação. Já se dizia, no Digesto: “*Quamvis sit manifestissimum edictum praetoris, attamen non est negligenda interpretatio eius*”⁶, ou seja, ainda que claríssimo o edito do pretor, não se deve descurar da sua interpretação.

Realmente, para executar ou cumprir a sentença é preciso determinar o seu conteúdo. É preciso, pois, interpretá-la, para saber o que cumprir, como cumprir, de que forma cumprir. Determinado, em sentença ou em decisão interlocutória, o cumprimento de certa obrigação de fazer, é preciso apurar se satisfaz a ordem tanto o comportamento “a” como o comportamento “b” ou, apenas, o comportamento “a”. Se a sentença contempla imposição de multa em caso de seu descumprimento, o problema torna-se ainda mais relevante. Pode o executado praticar determinado ato (comportamento “b”), na suposição de estar a cumprir a decisão, quando, ao fazê-lo, não satisfaz o que se decidiu, por haver mal interpretado o julgamento, tornando exigível a cominação imposta.

Bem se evidencia, diante do exposto, a relevância da atividade de interpretação das decisões judiciais. Surpreendentemente, todavia, muito pouca atenção se dispensa ao assunto, seja no direito positivo, seja em doutrina.

2. O PROBLEMA NO DIREITO POSITIVO E NA DOUTRINA.

A interpretação das leis em geral é objeto de antiga, extensa e abrangente análise, contando com bibliografia quase inesgotável. Também a interpretação dos negócios jurídicos não costuma ser descurada, merecendo, inclusive, regulamentação normativa expressa⁷. Até mesmo a interpretação de certos atos processuais das partes chama a atenção do legislador, segundo bem se exemplifica, no direito brasileiro, pela referência ao art. 293, do Código de Processo Civil. Muito mais raras, são, todavia, as disposições sobre a interpretação das decisões judiciais. Pouco há sobre o tema.

Exceção a referir, no particular, encontra-se no plano do direito

⁵Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o commercial e de hermenêutica jurídica, Rio de Janeiro, Garnier, 1907, § 3º, p. 373.

⁶A passagem é de Ulpiano e encontra-se no livro 25, título 4 (*De inspiciendo ventre custodiendoque partu*), fragmento 1, § 11.

⁷Cf. arts. 113, 114, 423, do Código Civil brasileiro, arts. 236º a 238º, do Código Civil português, arts. 1156 a 1164, do *Code Civil* francês, arts. 1362 a 1371, do *Codice Civile* italiano, §§ 133 e 157, do BGB alemão, art. 18, do *Code des obligations* suíço, arts. 1425 a 1432, do *Code Civil* do Québec etc.

internacional, no qual há previsão de procedimento específico para a interpretação das decisões de tribunais internacionais ou supra-nacionais, como é o caso da Corte Internacional de Justiça e da Corte Europeia de Direitos Humanos. O art. 98, do Regulamento da Corte Internacional de Justiça, estabelece: “1. *En cas de contestation sur le sens ou la portée d’un arrêt, toute partie peut présenter une demande en interprétation, que l’instance initiale ait été introduite par une requête ou par la notification d’un compromis.* 2. *Une demande en interprétation d’un arrêt peut être introduite soit par une requête, soit par la notification d’un compromis conclu à cet effet entre les parties; elle indique avec précision le point ou les points contestés quant au sens ou à la portée de l’arrêt.* 3. *Si la demande en interprétation est introduite par une requête, les thèses de la partie qui la présente y sont énoncées et la partie adverse a le droit de présenter des observations écrites dans un délai fixé par la Cour, ou si elle ne siège pas, par le président.* 4. *Que la demande en interprétation ait été introduite par une requête ou par la notification d’un compromis, la Cour peut, s’il y a lieu, donner aux parties la possibilité de lui fournir par écrit ou oralement un supplément d’information”*. Já o art. 79, do Regulamento em vigor em novembro de 2003, da Corte Europeia de Direitos Humanos, preceitua: “*Article 79 (Demande en interprétation d’un arrêt) 1. Toute partie peut demander l’interprétation d’un arrêt dans l’année qui suit le prononcé. 2. La demande est déposée au greffe. Elle indique avec précision le ou les points du dispositif de l’arrêt dont l’interprétation est demandée. 3. La chambre initiale peut décider d’office de l’écarter au motif que nulle raison n’en justifie l’examen. S’il n’est pas possible de réunir la chambre initiale, le président de la Cour constitue ou complète la chambre par tirage au sort. 4. Si la chambre n’écarte pas la demande, le greffier communique celle-ci à toute autre partie concernée, en l’invitant à présenter ses observations écrites éventuelles dans le délai fixé par le président de la chambre. Celui-ci fixe aussi la date de l’audience si la chambre décide d’en tenir une. La chambre statue par un arrêt.”*

Também há algo sobre o tema em certas legislações, como nas leis processuais dos Cantões suíços. É o caso da *Loi de procédure civile* de Genève⁸, do *Code de procédure civile* de Vaud⁹ e do *Code de procédure civile* de Fribourg¹⁰. No *Nouveau*

⁸Arts. 153 e segs.

⁹Os dispositivos pertinentes têm a seguinte redação: “Art. 482. *Il y a lieu à interprétation d’un jugement définitif ou d’un arrêt lorsque le dispositif en est équivoque, incomplet, contradictoire ou encore lorsque, par une inadvertance manifeste, le dispositif est en contradiction flagrante avec les motifs.* Art. 483. *La demande d’interprétation est faite par requête motivée adressée au juge ou au tribunal qui a statué définitivement. Le juge ou le tribunal statue sur le vu des pièces et, s’il y a lieu, après inspection locale, les parties entendues ou dûment citées et nonobstant le défaut de l’une d’elles. Il n’y a pas de relief.* 484. *La demande d’interprétation ne suspend l’exécution du jugement que si le juge ou le président du tribunal saisi de la demande l’ordonne. Le juge qui ordonne la suspension peut ordonner des sûretés ou des mesures provisionnelles.* Art. 485. *Il y a recours en réforme contre le jugement statuant sur une demande d’interprétation. Le recours n’a pas d’effet suspensif, sauf décision contraire du président de la Chambre des recours. Le jugement admettant la demande d’interprétation est mentionné en marge de la minute du jugement interprété.”*

Code de Procédure Civile francês a interpretação das decisões pode ser objeto de pedido deduzido em “*demande en interprétation*”, regulada pelo art. 461¹¹.

Em doutrina, mesmo os mais importantes textos sobre hermenêutica jurídica, tanto os estrangeiros, como o clássico estudo de François Geny¹², como os nacionais, representados pela obra de Carlos Maximiliano¹³, não cuidam da interpretação das decisões judiciais, conquanto até a simples interpretação das leis processuais mereça específica análise¹⁴. Eduardo Espínola, ainda que tenha sublinhado a necessidade de interpretar-se até o direito consuetudinário, nada disse sobre as decisões judiciais¹⁵. E Paula Baptista, que reuniu em uma só obra o estudo do processo civil e da hermenêutica jurídica¹⁶, não atentou para a relevância do assunto.

3. MEIOS DE INTERPRETAÇÃO.

A interpretação das decisões judiciais se faz por diferentes formas e em diferentes momentos. Pode ocorrer tanto na fase de conhecimento do processo como, também, na fase de cumprimento ou de execução e, até mesmo, em processo distinto e autônomo.

Proferida a decisão, havendo alguma dificuldade para compreendê-la, por conta da falta de clareza do texto normativo ou por outro motivo, os embargos de declaração servem como instrumento para interpretá-la. A situação caracteriza-se pela obscuridade, a justificar, nos termos do art. 535, inciso I, do CPC, oferecimento do recurso. São os embargos de declaração, aliás, “o meio próprio para se obter a interpretação da sentença”¹⁷. Nem importa que não se trate exatamente de sentença ou de acórdão, mas seja o caso de decisão interlocutória, como o pronunciamento

¹¹Arts. 330 e segs.

¹²O dispositivo tem a seguinte redação: “*Il appartient à tout juge d'interpréter sa décision si elle n'est pas frappée d'appel. La demande en interprétation est formée par simple requête de l'une des parties ou par requête commune. Le juge se prononce les parties entendues ou appelées.*”

¹³*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, 1932.

¹⁴Hermenêutica e aplicação do direito, Rio de Janeiro, Forense, 1991; cf., ainda, Mário Franzen de Lima, Da interpretação jurídica, Rio de Janeiro, Forense, 1955.

¹⁵Cf., por exemplo, Eduardo Couture, Interpretação das leis processuais, São Paulo, Max Limonad, 1956, ou o espaço dedicado ao assunto em obras gerais, como Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, CEDAM, 1936, I, n. 35, p. 106 e segs., Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1965, p. 131 e segs.

¹⁶Systema do direito civil brasileiro, São Paulo, Francisco Alves, 1917, p. 149.

¹⁷Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o commercial e de hermenêutica jurídica cit., *passim*.

¹⁸Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil cit., 1949, vol. V, p. 335.

que antecipa a tutela, por exemplo. Também podem os embargos de declaração ser utilizados para aclarar o pronunciamento. O legislador, no art. 535, inciso I, do CPC, *dixit minus quam voluit*. Onde está sentença ou acórdão deve-se ler, na verdade, decisão judicial. Já o havia notado Pontes de Miranda, ao escrever que “os embargos de declaração são oponíveis a sentenças em geral e a despachos”¹⁸.

Fora dos embargos, a interpretação é muitas vezes necessária para o exame e julgamento, no juízo *ad quem*, do recurso interposto. Se a parte impugna a sentença, a partir da conclusão de que nela estaria a condenação a fazer “a”, o que lhe parece injustificável, o tribunal deve, antes de prover sobre o pedido de reforma, verificar se de fato foi proferida decisão com o conteúdo questionado. Se não o foi, o recurso, no particular, não deve ser conhecido. Figure-se a hipótese de, deferidas horas extras, com reflexos em “verbas rescisórias”, expressão utilizada no julgado sem indicação precisa das parcelas, sobrevém recurso pelo reclamado, com pedido de exclusão do pagamento sobre prêmios, recebidos durante a vigência do contrato de trabalho. Ao julgar o recurso, se o tribunal interpreta que a sentença não contempla o reflexo das horas extras nos prêmios, por tal parcela não constituir verba rescisória, não há como acolher o recurso, para, no ponto, modificar a condenação. Não existe condenação no pagamento da verba impugnada. Logo, falta interesse recursal, o que redonda em não conhecimento da impugnação. Mas à conclusão só se chega após interpretar e precisar o sentido da sentença recorrida.

¹⁸Comentários ao Código de Processo Civil cit., vol. V, p. 344. Sempre no mesmo sentido, José Carlos Barbosa Moreira, O novo processo civil brasileiro, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 155, Estêvão Mallet, Embargos de declaração *in* Recursos trabalhistas – Estudos em homenagem ao Ministro Vantuil Abdala, São Paulo, LTr, p. 39. Em jurisprudência: “Decisão interlocutória. Embargos de declaração. 1. Como já decidiu a Corte, os embargos de declaração “são cabíveis contra qualquer decisão judicial e, uma vez interpostos, interrompem o prazo recursal. A interpretação meramente literal do art. 535, CPC, atrita com a sistemática que deriva do próprio ordenamento processual”(STJ - 3ª T., RESP n. 193.924/PR, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julg. em 29.06.99 *in* DJU de 09.08.99, p. 170), “Processual civil. Decisão interlocutória. Embargos de declaração. Agravo. Cabimento. Precedentes. Recurso provido. - Os embargos declaratórios são cabíveis contra qualquer decisão judicial e, uma vez interpostos, interrompem o prazo recursal. A interpretação meramente literal do art. 535, CPC, atrita com a sistemática que deriva do próprio ordenamento processual, notadamente após ter sido erigido a nível constitucional o princípio da motivação das decisões judiciais.”(STJ – 4ª T., RESP n. 158.032/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. em 03.03.98 *in* DJU de 30.03.98, p. 89) e “Processual civil. Decisão que acolhe incidente de impugnação ao valor da causa. Embargos declaratórios. Cabimento, em tese. Interrupção do prazo recursal. Possibilidade. Tempestividade do ulterior agravo de instrumento. I. Em princípio, de acordo com o entendimento mais moderno do STJ, cabem embargos declaratórios contra qualquer decisão judicial, ainda que interlocutória.”(STJ - 4ª T., RESP n. 117.696/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julg. em 21.09.00 *in* DJU de 27.11.00, p. 165). Podem também ser citados os seguintes outros arestos: STJ – 4ª T., RESP n. 173.021/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. em 06.08.98 *in* DJU de 05.10.98, p. 103, e STJ – 4ª T., RESP n. 163.222/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. em 30.04.98 *in* DJU de 22.06.98, p. 107.

É bem possível que a dificuldade na interpretação da decisão não seja identificada de imediato ou em curto espaço de tempo após a sua publicação, de modo a permitir que a questão seja discutida em recurso. Na primeira leitura, considerado o texto em termos abstratos, longe das dificuldades da situação concreta, parece ele suficientemente claro. Passado algum tempo, quando então se busca cumprir a decisão, surge a dificuldade. Põe-se em dúvida o exato significado do pronunciamento. Discute-se se a decisão significa “a” ou “b”. Não são mais cabíveis, todavia, os embargos de declaração ou outro recurso, esgotado já o prazo legal. Nem por isso fica afastada a necessidade de interpretação da decisão. Modifica-se apenas o meio pelo qual se vai realizá-la. A atividade passa a constituir questão a ser resolvida no âmbito da execução ou – de acordo com a nova terminologia – da fase de cumprimento da decisão¹⁹, por meio de um “*vero e proprio atto (o attività) processuale*”²⁰. Em novo pronunciamento judicial, cabe ao juízo interpretar a decisão, inclusive ao ensejo de sua liquidação²¹, resolvendo a dificuldade surgida, para dizer se nela se contém “a” ou “b”. O exemplo antes dado pode ser novamente utilizado. Ao promover a liquidação da sentença será preciso, em primeiro lugar, delimitar o significado da expressão “verbas rescisórias”, para determinar sobre quais parcelas haverá e sobre quais outras não haverá incidência dos reflexos das horas extras. A solução dada, qualquer que seja, fica sujeita aos meios de revisão próprios do processo em causa. Ao dar início à execução, interpretada, pelo juízo, a expressão “verbas rescisórias” da forma “a”, para justificar a expedição de mandado, se o executado considera incorreta a conclusão, terá oportunidade de, nos embargos à execução, discutir o ponto. Pode fundamentar os embargos na desconformidade da execução com o verdadeiro significado da sentença exequianda, a qual, na sua visão, deve ser interpretada da forma “b”. De idêntico modo, ao reclamante, não se conformando com a interpretação que exclui certa parcela da execução, indeferindo o pedido para executá-la, é dado impugnar a sentença de liquidação, na forma do art. 884, § 3º, da CLT.

Por fim, também pode a interpretação da decisão judicial constituir objeto de outro processo, autônomo em relação àquele em que proferida a decisão a interpretar. No campo trabalhista é a hipótese da ação de cumprimento, no âmbito da qual se interpreta a sentença proferida em dissídio coletivo. A interpretação da cláusula normativa constitui objeto da ação de cumprimento, em que se busca, nas

¹⁹O tema foi enfrentando, de passagem, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 71.538, Rel. Min. Amaral Santos (DJU de 24.09.1971).

²⁰Antonio Nasi, *Interpretazione della sentenza em Enciclopedia del diritto*, Varese, Varese, Giuffrè, 1972, XXII, p. 299.

²¹Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil cit., vol. VI, p. 141, e José Aparecido dos Santos, Cálculos de liquidação trabalhista, Curitiba, Juruá, 2002, p. 47.

palavras de Carnelutti, o “*accertamento del regolamento collettivo*”²². Pode constituir tal interpretação, inclusive, matéria para outra ação, que não a de cumprimento, mas a declaratória, a fim de determinar a existência ou não de obrigação, nos termos do art. 4º, inciso I, do CPC.

4. NATUREZA DA CONTROVÉRSIA SOBRE A INTERPRETAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.

A controvérsia sobre a interpretação das decisões judiciais, surgida como questão posta na execução ou como objeto de processo específico, tal qual em ação de cumprimento ou ação declaratória, não implica necessariamente a existência de contencioso constitucional. Pode até surgir contencioso de tal natureza, mas não se deve supor que a simples discussão a respeito da abrangência da decisão envolva discussão a respeito da autoridade da coisa julgada, ou seja, aplicação ou não do art. 5º, XXXVI, da Constituição. O problema que se coloca é outro, a saber, a determinação do significado da decisão. Logo, eventual contraste do segundo pronunciamento com o que seria o correto significado do pronunciamento interpretado fica no plano infraconstitucional. A ofensa ao art. 5º, XXXVI, no caso, é apenas reflexa e indireta, insuficiente para a caracterização de contencioso constitucional²³, como já decidiu, reiteradas vezes, o Supremo Tribunal Federal.

“Direito constitucional, processual civil e trabalhista. Recurso extraordinário trabalhista. Pressupostos de admissibilidade. Agravo...é pacífica a jurisprudência do S.T.F., no sentido de não admitir, em R.E., alegação de ofensa indireta à Constituição Federal, por má interpretação ou aplicação e mesmo inobservância de normas infraconstitucionais, como são as que regulam os limites objetivos da coisa julgada...” (STF – 1ª T., AI n. 408.513 AgR/RS, Rel. Min. Sydney Sanches)²⁴

²²*Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Padova, CEDAM, 1927, n. 85, p. 162 e segs.

²³A ofensa à Constituição, para servir de base ao recurso extraordinário, há de ser direta e frontal, e não verificável por via oblíqua. Precedentes do STF (STF – Pleno, RE-186.088/DF, Rel. Min. Néri da Silveira in DJU de 24.02.95, p. 3.696). Para o exame do problema frente ao direito italiano anterior ao vigente Código de Processo Civil, em matéria de cabimento ou não do recurso de cassação, por ofensa a outro julgamento, cf. Guido Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padova, CEDAM 1937, ns. 81 e segs., p. 233 e segs.

²⁴Ainda no mesmo sentido: “O Supremo Tribunal Federal, pronunciando-se em causas de natureza trabalhista, deixou assentado que, em regra, as alegações de ofensa aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição, circunstância essa que impede a utilização do apelo extremo. Precedentes.” (STF – 2ª T., AI n. 360.388 AgR/MS, Rel. Min. Celso de Mello in DJU de 05.04.02, p. 50). Trata-se de antiga orientação, como mostram outros arestos: “Arts. 891 e 916 do Código de Processo

É o que se dá também na hipótese de discussão sobre a interpretação de norma legal. A interpretação apresentada, quando desacertada, não implica ofensa à regra do art. 5º, inciso II, da Constituição, sob o argumento de resultar dela a imposição de obrigação não prevista em lei. Consoante sublinha Pontes de Miranda, o ato que não viola de frente a Constituição, mas infringe certa lei, “infringe a Constituição. Certamente, há infração da ordem jurídica constitucional, mas falta a imediatidade. Se fôssemos aceitar a indistinção não haveria nenhuma ilegalidade; toda as questões de irregularidade da legislação ou dos atos dos poderes públicos seriam questões constitucionais”²⁵. Muito a propósito, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“Admitir o recurso extraordinário por ofensa reflexa ao princípio da legalidade seria transformar em questões constitucionais todas as controvérsias sobre a interpretação da lei ordinária...” (STF - 1ª T., Proc. AgAI n. 134.736-9, Rel. Min. Sepúlveda Pertence)²⁶

O mesmo vale, com as necessárias adaptações, no campo da interpretação das decisões judiciais. Aliás, a Súmula 636, do Supremo Tribunal Federal refere-se, ao afastar o cabimento de recurso extraordinário, por ofensa ao princípio da legalidade, exatamente à necessidade de “rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”.

A conclusão tem de ser outra, contudo, quando, sob o pretexto de interpretar-se a decisão, nega-se manifestamente o seu conteúdo, contraria-se o seu texto, modifica-se o seu significado, adotando-se interpretação sem nenhum respaldo ou amparo. Não se pode, sob a alegação de pretender interpretar a decisão, alterar o seu teor. A Corte Européia de Direitos Humanos, ao examinar uma *demande en interprétation d'un arrêt*, como previsto em seu Regulamento, assinalou que, sendo a decisão antes tomada clara quanto aos pontos sobre os quais se pediam esclarecimentos, alterar o dispositivo do julgado “*aboutirait non pas à clarifier “le sens et la portée” de cet arrêt, mais plutôt à le faire modifier sur une question que la Cour a tranchée “avec force obligatoire”...*”, pretensão que extravasa o âmbito da “*interprétation au sens de l'article 57 du règlement A*”²⁷. De igual modo, a Corte Internacional de Justiça, também ao examinar o pedido de interpretação de decisão sua, cuidou de sublinhar que “*la question de la recevabilité des demandes en interprétation des arrêts de la Cour appelle une*

Civil. *Res iudicata*. Interpretação da sentença. descabimento do apelo extremo” (STF – 2ª T., RE n. 22.393, Rel. Min. Orosimbo Nonato, julg. em 24.04.1953 in DJU de 29.10.1953, p. 13.305) e “Sentença exequenda. Interpretação aceitável, que se lhe deu e que não importa vulneração da letra da lei ou dissídio jurisprudencial. Recurso extraordinário sem cabimento.” (STF - AI n. 38.673/SP, Rel. Min Luiz Gallotti, julg. em 27.10.1966 in DJU de 10.05.1967, p. 1.318).

²⁵Comentários à Constituição, Rio de Janeiro, Forense, 1987, tomo I, p. 298.

²⁶DJU de 17.02.1995, p. 2.747.

²⁷*Allet de Ribemont c. France (Interprétation)*.

attention particulière en raison de la nécessité de ne pas porter atteinte au caractère définitif de ces arrêts et de ne pas en retarder l'exécution"²⁸.

O próprio Supremo Tribunal Federal, depois de excluir do contencioso constitucional as discussões sobre interpretação da decisão judicial, como visto acima, teve o cuidado de ressaltar situações excepcionais, em que a decisão interpretativa apresenta-se “manifestamente contrária ao (anteriormente) decidido”. Em semelhante contexto, pode-se configurar ofensa à coisa julgada, bastante para autorizar a interposição de recurso extraordinário²⁹. Decide da mesma forma o Tribunal Superior do Trabalho, quando, ao afastar pedido de rescisão fundado no art. 485, inciso IV, do CPC, em caso de mera interpretação da decisão tomada ao ensejo de sua execução, ressalva a hipótese de “dissonância patente entre as decisões exequenda e rescindenda”³⁰. Trata-se, é certo, de situação excepcional, cuja ocorrência, todavia, não há como excluir, tanto que já verificada, segundo se infere da seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

“Tendo a **sentença** exequenda fixados os parâmetros para futura execução, eventual modificação destes a título de **interpretação** do título executivo mostra-se atentatória à coisa julgada.” (STJ – 5ª T., AgRg no REsp 864.887/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, julg. em 21.11.2006)³¹

5. CRITÉRIOS HERMENÊUTICOS GERAIS E A INTERPRETAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.

Certos critérios hermenêuticos de caráter geral, utilizados nos mais diferentes contextos, têm também pertinência na interpretação das decisões judiciais. Essa interpretação, como qualquer interpretação, começa pelo exame do texto a interpretar. Esse é o seu ponto de partida³². Por conseguinte, determinados parâmetros, próprios da interpretação das leis, que também principia pelo exame do

²⁸Decisão de 25 de março de 1999, tomada no pedido de interpretação da decisão de 11 de junho de 1998, relativa ao caso sobre a fronteira terrestre e marítima entre Camarões e Nigéria.

²⁹Recurso extraordinário. - É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que, para a fixação dos limites objetivos da coisa julgada, a não ser quando manifestamente contrária ao decidido, é questão que não se alça do plano constitucional do desrespeito ao princípio de observância da coisa julgada, mas se restringe ao plano infraconstitucional, configurando-se, no máximo, ofensa reflexa à Constituição, o que não dá margem ao cabimento do recurso extraordinário...”(STF – 1ª T., RE n. 233.929/MG, Rel. Min. Moreira Alves in DJU de 17.05.02, p. 66).

³⁰OJ-SDI II n. 123.

³¹DJU de 05.02.2007 p. 369. Veja-se, ainda: “Fixados, com trânsito em julgado os honorários, não pode o magistrado, na execução da sentença, valer-se de outros critérios, a título de interpretação do julgamento anterior, sob pena de violação aos artigos 467, 468 e 471 do Cód. Pr. Civil.” (STJ – 3ª T., REsp n. 631.321/SP, Rel. Min. Castro Filho, julg. em 26.08.2004 in DJU de 20.09.2004, p. 293)

³²Antonio Nasi, *Interpretazione della sentenza cit.*, p. 299.

texto³³, são igualmente utilizáveis na interpretação das decisões judiciais.

É correto dizer, por exemplo, que, oferecendo a palavra empregada na sentença ou decisão dois diferentes significados igualmente aceitáveis, prevalece o que seja usual sobre outro, raramente empregado. Consoante a advertência de Ferrara, “*per regola le parole devono intendersi nel senso usuale comune*”³⁴. Assim, quando a sentença alude a valor venal, é correto entender, como já se decidiu, que tem em vista o valor de venda do bem, não o valor pelo qual se acha ele registrado, em algum apontamento público, como a planta de valores que serve de base para a cobrança do imposto predial e territorial urbano³⁵. De outra parte, se menciona valor da causa, deve-se considerar o valor que veio a ser atribuído à causa, sentido corrente da expressão, e não o valor da condenação³⁶.

Também é possível falar em interpretação sistemática da decisão judicial³⁷, a fim de que as palavras utilizadas em uma passagem do texto da decisão com um claro significado sejam lidas, em outra passagem, com o mesmo significado. Se em um ponto da sentença menciona-se extinção do contrato de trabalho com a nítida referência a dispensa sem justa causa, não cabe pretender interpretar a expressão, que reaparece em outro ponto do julgado, como se indicasse pedido de demissão. Mais ainda, a sentença mesmo deve ser examinada em seu conjunto, como

³³Como adverte Carlos Maximiliano, “o primeiro esforço de quem pretende compreender pensamentos alheios orienta-se no sentido de entender e linguagem empregada” (Hermenêutica e aplicação do direito cit., n. 113, p. 106).

³⁴*Trattato di diritto civile italiano*, Roma, Athenaeum, 1921, n. 46, p. 213.

³⁵O acórdão, do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, acha-se assim ementado: “A expressão “valor venal”, de acordo com os dicionários de língua portuguesa e com os trabalhos voltados, especificamente, para a catalogação do sentido jurídico do termo, deve ser entendida como valor de venda do bem, preço de mercado, sendo, pois, irrepreensível a decisão que determinou que os aluguéis correspondessem a 1% da importância fixada pelas partes na promessa de compra e venda do imóvel. É de conhecimento geral que o valor utilizado como base de cálculo do IPTU apenas muito raramente reflete o preço real do imóvel, encontrando-se, em geral, defasado, em relação aos valores praticados no mercado imobiliário. Assim, sua utilização, para cálculo da quantia devida a título de contraprestação pela utilização do imóvel pelo promitente comprador seria evidente fonte de injustiça, eis que se estaria premiando, indevidamente, a inadimplência deste, e deixando de ressarcir adequadamente a promitente vendedora.” (Trib. Alçada de MG – 5ª Câmara. Civ., Ap. Civ. nº 433.395-3, Rel. Juiz Eduardo Marin da Cunha, jul. em 01.04.2004 in DJ de 23.04.2004).

³⁶Mais uma vez a decisão é do Tribunal de Alçada de Minas Gerais: “Execução. Título judicial. Excesso. Inocorrência. Interpretação da expressão “valor da causa”. “Não há qualquer excesso na execução de título executivo judicial que faz incidir os 10% sobre o valor da causa, conforme recomendado nos votos que constituem o Julgado, pois, quando se utiliza dessa expressão, refere-se ao valor que foi atribuído a ela e não impugnado, o que nada tem a ver com valor da condenação.” (Trib. Alçada de MG – 5ª Câmara. Civ., Apelação Cível nº 387.782-5, Rel. Juiz Francisco Kupidowski, jul. em 27.03.2003 in DJ de 09.04.2003).

³⁷José Aparecido dos Santos, Cálculos de liquidação trabalhista cit., p. 51/52.

teve oportunidade de assinalar o Superior Tribunal de Justiça, em aresto com a seguinte ementa:

“Processo civil. Liquidação. Interpretação da decisão liquidanda. Análise do respectivo contexto. Art. 610, CPC. Recurso não conhecido. - A elaboração de conta em sede de liquidação deve-se fazer em estrita consonância com o decidido na fase cognitiva, para o que se impõe averiguar o sentido lógico da decisão liquidanda, por meio de análise integrada de seu conjunto, afigurando-se despropositado o apego a interpretação literal de período gramatical isolado que conflita com o contexto de referida decisão.” (STJ – 4ª T., REsp. n. 44.465/PE, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. em 12.04.94)³⁸

Mas não se deve pensar, por conta do exposto até aqui, que os critérios para a interpretação das decisões judiciais confundam-se ou identifiquem-se perfeitamente com os aplicáveis à interpretação das leis. Não é assim, como reconhece a doutrina³⁹. Há peculiaridades importantes, que têm de ser realçadas.

Tampouco se podem aplicar sem restrições, na interpretação das decisões judiciais, os critérios relativos à interpretação dos negócios jurídicos em geral⁴⁰. Não está em causa interpretação de uma vontade⁴¹, a vontade do juiz. O que importa é a decisão tomada. Quando muito se poderia falar em vontade do Estado, plasmada, porém, na própria sentença⁴². Daí logo se tiram três primeiras observações importantes.

Em primeiro lugar, de pouca valia mostram-se, na interpretação das decisões judiciais, as disposições dos arts. 113, 114 e 423, do Código Civil. Não há, por exemplo, pensar-se na sentença como ato benéfico, a fim de interpretá-la de modo restritivo. Tampouco faz sentido pretender equiparar o réu ao aderente, em contrato de adesão, para interpretar, em seu favor, as disposições ambíguas do julgado⁴³.

Em segundo lugar, não tem o prolator da decisão autoridade suplementar ou privilegiada para interpretá-la. É erro grave dizer, como já se viu, que “somente o juiz que prolatou a sentença tem o conhecimento da omissão, a fim

³⁸DJU de 23.05.94 p. 12.616.

³⁹Salvatore Satta, *Diritto processuale civile*, Padova, CEDAM, 1981, n. 123, p. 228, e Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil cit., vol. II, p. 326.

⁴⁰Salvatore Satta, *Diritto processuale civile cit.*, n. 123, p. 228, e Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil cit., vol. II, p. 326.

⁴¹Antonio Nasi, *Interpretazione della sentenza* em *Enciclopedia del diritto cit.*, *passim*.

⁴²É nesse sentido que se deve entender a afirmação de Alfredo Buzaid, na seguinte decisão: “O juiz, enquanto razoa, não representa o Estado; representa-o, enquanto lhe afirma a vontade. As razões de decidir preparam, em operação lógica, a conclusão a que vai chegar o juiz no ato de declarar a vontade da lei” (STF – 1ª T., RE-ED n. 94.530/BA, Rel. Min. Alfredo Buzaid, julg. em 21.05.82 in DJU de 06.08.82, p. 7.350).

⁴³Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil cit., vol. II, p. 326.

de preencher o claro existente; somente ele sabe da incoerência de sua decisão, afastando a contradição existente nas proposições”⁴⁴. A decisão é o que nela se contém, não o que o juiz, como pessoa, gostaria que nela estivesse ou pretendeu nela inserir. Importa mais o elemento objetivo da decisão do que a subjetividade de seu prolator, pois, como anota Satta, “*la volontà del giudice non è altro che il suo giudizio, e questo è un fatto obiettivo che non si può identificare se non con elementi obiettivi, non con la ricostruzione de una volontà*”⁴⁵.

É fenômeno característico da declaração, a qual, como lembra Betti, se aparta do pensamento e adquire “*espressione oggettiva, dotata di vita propria, percepibile e apprezzabile nel mondo sociale*”⁴⁶. Em conseqüência – prossegue o autor – “*una volta che con la dichiarazione il pensiero, uscito da se stesso, è distaccato e diventato qualcosa di oggettivo, questo qualcosa, che è la dichiarazione, ha ormai nel mondo sociale un valore a se stante oggettivamente riconoscibile, che non dipende più dal pensiero dell’autore e fa la sua strada per conto proprio secondo le regole che governano ogni comunicazione espressiva fra gli uomini*”⁴⁷. Na mesma linha, Pontes de Miranda adverte, que, no exame dos embargos de declaração, colocado o problema da interpretação da decisão, deve-se “mais atender ao declarado que ao querido”⁴⁸. Colhe-se, na jurisprudência, interessante situação em que fica realçada a importância da distinção, no campo da interpretação da sentença, entre o querido e o declarado. Em ação de indenização, deferiu-se, por sentença proferida ao tempo em que vigorava o Código Civi de 1916, pensão até que os menores, favorecidos pelo pagamento, completassem 21 anos. Com a vigência do novo Código, reduzida a menoridade para 18 anos, pretendeu o devedor exonerar-se mais cedo do pagamento, sob o argumento de que teria o julgador pretendido limitá-lo à menoridade dos favorecidos. O pedido foi rejeitado, acertadamente. Se a intenção era limitar a pensão à menoridade, haveria de explicitar a circunstância, ainda que juntamente com a referência à idade vigente à época. Mencionada, porém, apenas a idade, a intenção, não exteriorizada na decisão, não pode ser invocada para modificar-se o que ficou decidido⁴⁹.

⁴⁴Sonia Márcia Hase de Almeida Baptista, Dos embargos de declaração, São Paulo, RT, 1993, p. 94.

⁴⁵Salvatore Satta, *Diritto processuale civile cit.*, n. 123, p. 227,

⁴⁶*Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, UTET, 1943, n. 3, p. 11.

⁴⁷*Teoria generale del negozio giuridico cit.*, n. 3, p. 12.

⁴⁸Comentários ao Código de Processo Civil cit., vol. V, p. 335.

⁴⁹O acórdão, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, tem a seguinte ementa: “Interpretação do dispositivo da sentença que se refere a 21 anos de idade - Vigência do novo Código Civil reduzindo a maioridade civil - Interpretação restritiva em analogia aos casos amparados pela doutrina e jurisprudência estendendo a pensão além da maioridade civil. Ausência de menção do termo “maioridade civil” na sentença concessiva da pensão por prática de ato ilícito. - Pretendendo o devedor de pensão alimentícia decorrente de ato ilícito se exonerar de pensão para menores, ao argumento de que o dispositivo da sentença concessiva da pensão mencionava que esta deveria ser paga até que os menores tenham atingido 21 anos de idade e, com o advento do Novo Código Civil, reduzindo a

Não há razão, portanto, para se supor preferível a interpretação dada à decisão por seu próprio prolator e muito menos para se imaginar que caiba apenas a ele fazer essa interpretação. Beira o absurdo a idéia proposta por José Alberto dos Reis, de que o juiz no exercício da jurisdição, quando do exame do pedido de esclarecimento de decisão judicial, na forma do antigo art. 670º, do Código de Processo Civil de Portugal, correspondente ao atual art. 669º⁵⁰, possa “ouvir o juiz substituto (prolator da decisão cujo esclarecimento se busca) para, em seguida, decidir”⁵¹. Igualmente criticável é a previsão do art. 475, do *Code de Procédure Civile* do Québec, que atribui ao próprio prolator da decisão a competência para completá-la em caso de omissão ou corrigi-la em caso de erro, admitindo a transferência da atividade ao tribunal apenas na hipótese de não estar mais o seu prolator no exercício da atividade ou se encontrar ausente ou impedido de agir. Insista-se: proferida a decisão, torna-se irrelevante a vontade pessoal de seu prolator. O pronunciamento adquire autonomia e vida própria e fica sujeito a ser interpretado – ou completado, se for o caso – por quem estiver incumbido de aplicá-lo, como já se assentou, com inegável propriedade, no campo dos embargos de declaração⁵². Fosse de outro modo, ficaria por resolver-se – e não haveria como resolvê-lo – o problema da competência para interpretar a decisão judicial cujo prolator aposentou-se ou faleceu.

Por fim, a conduta das partes é de pouco significado na interpretação da decisão. No campo dos negócios jurídicos, sua importância, explicitada em certos ordenamentos jurídicos⁵³ e enunciada pela doutrina⁵⁴, é sem dúvida maior.

maioridade para 18 anos, deve prevalecer interpretação restritiva, análoga ao entendimento da doutrina e jurisprudência, que estende o pensionamento em casos de responsabilidade civil por ato ilícito e direito de família além da maioridade civil, até mesmo diante da ausência de qualquer menção do termo “maioridade civil” na sentença concessiva da pensão por prática de ato ilícito” (TJ-MG, 9ª Câmara Cív., Ap. n. 2.0000.00.480722-3/000, Rel. Des. Pedro Bernardes, julg. em 07.02.2006 in DJ de 01.04.2006).

⁵⁰1. Pode qualquer das partes requerer no tribunal que proferiu a sentença: a) O esclarecimento de alguma obscuridade ou ambiguidade que ela contenha...”

⁵¹Código de Processo Civil anotado, Coimbra, Coimbra Editora, 1984, vol. V, p. 155.

⁵²Juan Montero Aroca, Manuel Ortells Ramos e Juan-Luis Gómez Colomer, *Derecho jurisdiccional*, II, 1º, Barcelona, Bosch, 1989, p. 328, Enrique Vescovi, *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos em Iberoamérica*, Buenos Aires, Depalma, 1988, p. 80, e Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, Código de Processo Civil comentado cit., p. 1.050. Em jurisprudência: “Afastado o juiz que tenha proferido a sentença, por qualquer dos motivos previstos no art. 132, CPC, desvincula-se ele do feito, sendo competente para julgar os embargos de declaração opostos contra essa sentença o magistrado que assumiu a Vara”(STJ –4ª T., Resp n. 198.767/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. em 02.12.99 in DJU de 08.03.00, p. 122).

⁵³Dispõe o art. 1.362, do Código Civil italiano: “*Nell’interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole. Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto*”.

Realmente, o comportamento das partes durante a execução do contrato e após tem grande valor para definir a abrangência das obrigações e dos direitos recíprocos. Como escreve Carvalho de Mendonça, “a observância do negócio jurídico é um dos meios denunciativos da interpretação autêntica da vontade das partes. Esclarece esta vontade....”⁵⁵. No processo, porém, o controle sobre o significado da decisão judicial escapa ao domínio das partes. É atribuição que compete ao juiz, por se tratar de matéria de interesse público. Em consequência, ainda que autor e réu concordem em atribuir à decisão judicial o significado “a”, comportando-se, no processo, de acordo com tal significado, ao juiz é dado interpretá-la no sentido “b”. Falha, também aqui, o critério interpretativo próprio dos negócios jurídicos.

6. ALGUNS OUTROS CRITÉRIOS PARA A INTERPRETAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.

Entre os critérios peculiares da interpretação das decisões judiciais há um que emerge da forma como elas se estruturam e da presunção de coerência interna do texto. Isso permite enunciar o relevante papel hermenêutico da fundamentação. Se nela se esclarece a obscuridade existente no dispositivo, interpreta-se a decisão de acordo com a fundamentação⁵⁶. Por isso assinala a doutrina que os motivos da decisão, ainda que não transitem em julgado, “*possono servire al chiarimento e perciò alla estensione o alla limitazione del dispositivo*”⁵⁷. Como assinalou o juiz Verdross, em acórdão da Corte Européia de Direitos Humanos, proferido em 23 de junho de 1973, “*...le dispositif d'un arrêt doit toujours s'interpréter en relation avec les motifs...un dispositif ne peut s'apprécier indépendamment des motifs qui l'accompagnent*”⁵⁸. É compreensível, porque “*an author must be supposed to be consistent with himself; and therefore, if in one place, he has expressed his mind clearly, it ought to be presumed that he is still of the same mind in another place, unless it clearly appears that he has changed*”⁵⁹.

Em decisões colegiadas, os debates, que integram a fundamentação, também servem como parâmetro interpretativo. Nem eventuais votos vencidos

⁵⁴A esse critério já aludiam Aubry e Rau no *Cours de droit civil français*, Paris, Éditions techniques, s. d. p. (sixième édition), tome quatrième, § 347, p. 484/485.

⁵⁵Tratado de Direito Commercial Brasileiro, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1934, vol. VI, parte I, n. 234, p. 213.

⁵⁶Salvatore Satta, *Diritto processuale civile cit.*, n. 123, p. 228.

⁵⁷Camelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, CEDAM, 1930, volume quarto, n. 383, p. 432/433.

⁵⁸*Affaire Ringeisen C. Autriche - Interpretation*. Ainda sobre o ponto, no plano do direito internacional, cf. Pablo Antonio Fernandez Sanchez, *L'autorité de la chose jugée dans les arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme em Judicial protection of human rights at the national and international level*, Milano, Giuffrè, 1991, p. vol. II, p. 595.

⁵⁹Maxwell apud Henry Campbell Black, *Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws*, St. Paul, West Publishing, 1911, § 42, p. 119.

deixam de ter importância. Indicam, de algum modo, como não se pretendeu decidir. Havendo dúvida sobre se a decisão deve ser interpretada no sentido “a” ou no sentido “b”, se o voto vencido claramente optava pelo último, o fato de não ter prevalecido é indicativo de que se deve preferir o primeiro sentido.

Se a fundamentação ou os motivos têm grande peso na interpretação da decisão, o mesmo não se pode dizer da ementa de acórdãos. Não é ela irrelevante. Não é, contudo, muito significativa. Embora deva obrigatoriamente figurar em todo acórdão (CPC, art. 563), destina-se apenas a facilitar a divulgação da jurisprudência. Nem integra a decisão, já que não é submetida a votação. Como disse acertadamente o Tribunal de Apelação do Distrito Federal, em antigo julgado, “ementa não é parte integrante do acórdão”⁶⁰. Escasso o seu valor interpretativo, portanto.

Importa assinalar, como outro critério interpretativo, a presunção de não se haver decidido contra a lei⁶¹. Logo, busca-se, na interpretação da decisão judicial, solução que esteja mais em harmonia com o direito vigente. Nessa linha, decidiu a Corte de Cassação francesa que, para determinar o termo inicial da correção de aluguel, é correto tomar por base as disposições legais em que se funda a decisão interpretada⁶². É natural. Se *iura notiv curia*, é também de se supor tenha sido a decisão tomada em conformidade com a lei. Desse enunciado extraem-se vários desdobramentos, que servem como parâmetro na interpretação das decisões judiciais.

Em primeiro lugar, cabe evitar entendimento que leve a julgamento *extra, ultra* ou *citra petita*⁶³, o qual seria, no fundo, contrário ao direito posto: *ne eat iudex ultra petita partium*. Busca-se interpretar a decisão, portanto, de modo que fique ela em “*armonica correlazione con la domanda giudiziale*”⁶⁴. Justifica-se a proposição na medida em que, se a sentença é, de certa forma, uma resposta ao pedido, a resposta (sentença) deve ser congruente com a pergunta (o pedido). A própria fundamentação pode ser esclarecida pelos termos do pedido⁶⁵. Como anota Carnelutti, “*in quanto il testo della sentenza permetta il dubbio, il tenore delle domanda assume efficacia decisiva*”⁶⁶.

Em segundo lugar, tendo em conta o parágrafo único, do art. 460, do

⁶⁰Trib. de Apelação do Distrito Federal, Câmaras Reunidas, Proc. Re. de Rev. n. 288, Rel. Des. Rocha Lagoa *in* Revista Forense, vol. 94, p. 288.

⁶¹Salvatore Satta, *Diritto processuale civile cit.*, n. 123, p. 228

⁶²2ª Câmara Civil, decisão de 27 de junho de 1990 *in Nouveau Code de Procédure Civil*, Paris, Dalloz, 2005, p. 280.

⁶³Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil cit., 1947, vol. II, p. 327 e Vittorio Denti, *L'interpretazione della sentenza civile* em *Studi nelle scienze giuridiche e sociali*, Pavia, Libreria Internazionale A. Garzanti, 1946, XXVIII, p. 88.

⁶⁴Emilio Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949, p. 266. Também assim, na doutrina nacional, José Aparecido dos Santos, Cálculos de liquidação trabalhista cit., p. 65.

⁶⁵Antonio Nasi, *Interpretazione della sentenza cit.*, p. 304.

⁶⁶Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, CEDAM, 1930, volume quarto, n. 383, p. 431, e, ainda, Vittorio Denti, *L'interpretazione della sentenza civile*, p. 88.

CPC, prefere-se interpretação que leve a decisão certa àquela que conduza a resultado impreciso ou deixe a controvérsia por decidir. Nas palavras de Pontes de Miranda, “nunca se interpreta, na dúvida, como deixando a fórmula ou regra ou decisão *in futurum iudicium*: interpreta-se como ‘tendo decidido’”⁶⁷.

Em terceiro lugar, apresentados pedidos cumulados sucessivamente (CPC, art. 289), acolhido o principal, interpreta-se como rejeitado o seguinte, já que não é lícito ao juiz examiná-lo⁶⁸. Se, ao contrário, é claro e indubitoso o acolhimento do pedido formulado sucessivamente, entende-se repelido o pedido principal.

Também se deve partir da premissa de que a decisão, se não dispôs de forma diversa, seguiu a diretriz dominante na jurisprudência. Não que tenham os precedentes força vinculante. Não é isso. O juiz sempre pode, com a restrita exceção da súmula vinculante, decidir em desacordo com a jurisprudência dominante. A questão é outra, no entanto. Resume-se à idéia de que não se presume solução contrária ao que usualmente prevalece. Afinal, “na dúvida, segue-se a regra geral”⁶⁹, pois o normal se presume, enquanto o extraordinário se demonstra ou se explicita. Por isso, se nada diz a sentença sobre o termo inicial para apuração da correção monetária, faz muito mais sentido admitir a incidência da Súmula 381, do Tribunal Superior do Trabalho, do que, sem nenhum elemento indicativo do contrário, pretender que se tenha buscado aplicar parâmetro diverso. Tome-se, ainda, o caso de sentença proferida por Vara do Trabalho da capital de Estado, em ação civil pública, omissa a respeito da abrangência territorial de sua eficácia. Não se resolvendo a dúvida pelo exame do pedido ou por outros aspectos da causa, como a natureza da controvérsia ou o problema a resolver com o processo, é de se supor a aplicação dos parâmetros estabelecidos pela OJ-SDI I n. 130, do Tribunal Superior do Trabalho, para atribuir-lhe eficácia no âmbito do Estado e não eficácia nacional. Parâmetro diverso sempre pode ser adotado. Mas não é presumido. Bem a propósito, decidiu o Tribunal de Alçada de Minas Gerais:

“Liquidação - Execução de título judicial - Omissão quanto ao índice a ser aplicado na correção monetária - Utilização da tabela usada pela contadoria judicial. Não determinando a sentença qual o índice a ser utilizado na atualização monetária na liquidação do débito, deve ser utilizada a tabela normalmente utilizada pela Contadoria Judicial e recomendada pela Corregedoria de Justiça.” (Trib. Alçada de MG – 1ª Câm. Cív., Apelação Cível nº 318.892-9, Rel. Juiz Vanessa Verdolim

⁶⁷Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil cit., 1947, vol. II, p. 327.

⁶⁸“Tratando-se de pedidos formulados em ordem sucessiva (art. 289 do CPC), podem eles ter fundamentos opostos. O segundo pedido somente será objeto de decisão na eventualidade da improcedência do primeiro” (STJ – 4ª T., REsp n. 34.371/SP, rel. Min. Barros Monteiro, julg. em 21.10.97 in DJU de 15.12.97 p. 66.414).

⁶⁹Carlos Maximiliano, Hermenêutica e aplicação do direito cit. n. 286, p. 234.

Hudson Andrade, julg. em 31.10.2000)⁷⁰

É a diretriz indicada acima – presunção de decisão em conformidade com a jurisprudência dominante – que explica a solução contida na Súmula 401, do Tribunal Superior do Trabalho⁷¹, muito mais do que o caráter de ordem pública dos descontos. Tanto assim que, se a sentença não explicita a proibição de descontos, mas facilmente se percebe haver sido ela estabelecida, pela indicação de um valor líquido para o reclamante em que não contempladas deduções, não há como, sem desrespeitar o julgado, determinar retenções.

Outro critério a mencionar decorre do princípio da conservação, inerente “*all’essenza stessa dell’ordinamento giuridico*”⁷², segundo o qual “*ogni atto giuridico di significato ambiguo deve, nel dubbio, essere inteso nel suo massimo significato utile*”⁷³. Também a sentença, como ato jurídico que é, fica sujeita a esse princípio, o que já foi realçado pelo Supremo Tribunal Federal:

“Não ofende a garantia constitucional da coisa julgada a decisão que, na execução trabalhista, dá interpretação razoável ao acórdão condenatório de modo a emprestar-lhe efeito útil, ao contrário da insanável contradição que resultaria do entendimento sustentado pela agravante.” (STF – 1ª T., AI-AgR 135.022/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. em 25.07.91)⁷⁴

Logo, entre duas interpretações possíveis da decisão, igualmente adequadas ao seu texto e em conformidade com os demais cânones hermenêuticos, prefere-se aquela de que decorre alguma eficácia, em detrimento da que a priva de eficácia.

Desdobramento do enunciado anterior é a proposição segundo a qual se deve afastar significado de que resulte obrigação inexecutável ou comportamento impraticável⁷⁵. Em termos gerais, “não se interpreta um texto de modo que resulte fato irrealizável”⁷⁶: *ad impossibilia nemo tenetur*. O mesmo vale para as decisões judiciais.

⁷⁰DJ de 18.11.2000.

⁷¹“Os descontos previdenciários e fiscais devem ser efetuados pelo juízo executório, ainda que a sentença exequenda tenha sido omissa sobre a questão, dado o caráter de ordem pública ostentado pela norma que os disciplina. A ofensa à coisa julgada somente poderá ser caracterizada na hipótese de o título exequendo, expressamente, afastar a dedução dos valores a título de imposto de renda e de contribuição previdenciária”.

⁷²Cesare Grassetti, *Conservazione (Principio di)* em *Enciclopedia del Diritto*, Varese, Giuffrè, 1961, IX, p. 173.

⁷³Cesare Grassetti, *Conservazione (Principio di)* cit., p. 174. De acordo com isso, estatui o *Codice Civile* italiano: “Art. 1367. *Conservazione del contratto Nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno (1424).*”

⁷⁴DJU de 09.08.1991, p. 10.365. No mesmo sentido, cf. ainda, STJ – 3ª T., REsp n. 5.277/SC, Rel. Min. Nilson Naves in DJU de 26.11.90, p. 13.780).

⁷⁵José Aparecido dos Santos, *Cálculos de liquidação trabalhista* cit., p. 61.

⁷⁶Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito* cit. n. 313-B, p. 259.

Se, em ação proposta por sindicato, a sentença proferida em detrimento do empregador proíbe a extinção de contratos de trabalho de seus empregados, sob cominação de multa, sem fazer referência, porém, apenas a dispensa sem justa causa, não se deve supor exigível a sanção caso tenha havido, em condições perfeitamente normais, mero pedido de demissão. Afinal, não pode o empregador impedir que o próprio empregado tome a iniciativa de extinguir o contrato de trabalho.

Dizer, como faz Pontes de Miranda, que a sentença deve ser interpretada sempre de modo estrito⁷⁷ é já conclusão bastante questionável. É certo que não se executa nem se exige o cumprimento do que na sentença não se contém, ainda que, segundo o direito positivo, nela devesse figurar. Se os honorários advocatícios não foram deferidos, não podem ser cobrados⁷⁸. De idêntico modo, se não foi concedida a multa de 40% do FGTS, não se pode executar a parcela, mesmo sendo em tese devida, pelo reconhecimento, por exemplo, da dispensa sem justa causa. Por fim, deferidas horas extras, mas não concedidos reflexos em títulos decorrentes do contrato, não se pode ampliar a condenação quando de sua liquidação, para incluir esses reflexos. Mas do exposto não se tira regra de interpretação necessariamente restritiva de julgados. Melhor é dizer que a sentença deve ser executada ou cumprida conforme os seus termos, “sem ampliações ou restrições”⁷⁹, ou, em outras palavras, que deve ser executada “como soa”⁸⁰.

Nem existe motivo, ademais, para dar-se sempre prevalência à interpretação mais favorável ao executado. A máxima segundo a qual na dúvida adota-se solução mais benigna ao devedor, válida, talvez, no plano do direito material⁸¹, não tem pertinência na hipótese de interpretação de decisões judiciais, ao contrário

⁷⁷Comentários ao Código de Processo Civil cit., 1947, vol. II, p. 327. Na jurisprudência, acolhendo a proposição: “Interpretação de decisões exequêndas. Critérios...Há leis que têm de ser interpretadas de modo estrito, e outras não. As sentenças devem, sempre, ser interpretadas de modo estrito. Manuel Mendes de Castro (*Practica Lusitana*, III, 147) entalhou a regra, que é a primeira do *método de interpretação das sentenças* e merece toda a atenção: *Sententia est stricti iuris et stricto modo intelligi debet...*” (Pontes de Miranda). Na espécie, verifica-se que a condenação atine apenas às diferenças de adicional de horas extras, por ter considerado o reclamante comissionista puro e por haver ausência de remuneração integral dessa parcela, de acordo com os documentos dos autos. Sob pena de ofensa à coisa julgada, não cabe a dedução das horas extras pagas espontaneamente pelo empregador, pois não cuidou a sentença exequênda de condenar o executado ao pagamento dessa parcela, mas, tão-somente, diferenças sobre os adicionais.” (TRT – 23ª Reg., AP n. 0730/2000, Rel. Juiz Roberto Benatar, Ac. n. 1.877/2000, julg. em 15.08.2000).

⁷⁸Liquidação de sentença. Honorários advocatícios. I - Ação de reparação de dano decorrente de ato ilícito. Não tendo havido condenação em honorários advocatícios no processo de conhecimento, impossível incluir-se, quando da liquidação da sentença, a verba honorária no montante indenizatório. II - art. 20 do Código de Processo Civil, inviolado.” (STJ – 4ª T., REsp. n. 2.043/RJ, Rel. Min. Fontes de Alencar, julg. em 06.03.90 in DJU de 09.04.90 p. 2.747).

⁷⁹TRT - 15ª Reg., SE, Ac. n.º 011080/95, Rel. Juiz Castro Tournon in DJSP de 03.07.95, p. 103.

⁸⁰Trib. Justiça do Rio de Janeiro, 2ª Câmara, Ap n. 90.687, Rel. Des. Euclides Felix de Souza in Alexandre de Paula, Código de Processo Civil anotado, São Paulo, RT, 1977, vol. III, p. 142.

do que já se sugeriu⁸². Se na decisão, por exemplo, determinado número é mencionado em algarismos e por extenso, não havendo outros elementos que indiquem qual o correto, não tem de prevalecer necessariamente o que seja mais benéfico ao executado. Mais acertada é a aplicação do critério preconizado pelo art. 12, da Lei n. 7.357, de modo que se considere o número indicado por extenso⁸³. Qual a razão? É mais fácil errar-se na grafia do número em algarismos do que ao lançá-lo por extenso. Daí a pertinência da regra também no campo da interpretação das decisões judiciais.

O que se pode sim adotar, inclusive em matéria trabalhista, é a máxima *in dubio pro libertate*, para que não se imponha restrição à liberdade de outrem se não existe previsão clara no pronunciamento judicial.

Diversamente, a máxima *in dubio pro misero* ou *in dubio pro operario*, sempre lembrada pela doutrina trabalhista⁸⁴, nada indica tenha sido acolhida no ordenamento jurídico brasileiro, muito menos como critério hermenêutico. No direito positivo nacional não se encontra previsão como a existente em vários outros sistemas jurídicos, em que preconizada a interpretação da lei, nos casos duvidosos, no sentido mais favorável ao trabalhador⁸⁵. A regra existente no ordenamento brasileiro é outra e corresponde ao art. 8º, da CLT. Não há, pois, campo para invocar a máxima na interpretação das decisões judiciais, mesmo quando proferidas em processos trabalhistas, em litígio entre empregados e empregados.

⁸¹Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito cit.*, n. 435, p. 352, e José Xavier Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Commercial Brasileiro cit.*, n. 236, p. 213.

⁸²Affonso Fraga, *Theoria e Pratica na Execução das Sentenças*, São Paulo, C. Teixeira, 1922, p. 54/55.

⁸³Trata-se da lei que disciplina o cheque e preceitua, no art. 12, ao regular a hipótese de contradição entre os valores inscritos no documento: "Feita a indicação da quantia em algarismos e por extenso, prevalece esta no caso de divergência..."

⁸⁴Cf., por todos, Américo Plá Rodríguez, *Principios de direito do trabalho*, São Paulo, LTr, 2000, p. 107 e segs.

⁸⁵Por exemplo: Constituição da Venezuela, de 2000, art. 89, n. 3: "*Cuando hubiere dudas acerca de la aplicación o concurrencia de varias normas, o en la interpretación de una determinada norma se aplicará la más favorable al trabajador o trabajadora.*"; Lei Federal do Trabalho do México, art. 18: "*En la interpretación de las normas de trabajo se tomaran en consideracion sus finalidades señaladas en los artículos 2o. y 3o. En caso de duda, prevalecerá la interpretación mas favorable al trabajador.*"; Código do Trabalho de El Salvador, Art. 13: "*En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de las normas legales de trabajo, prevalecerá la más favorable al trabajador; entendiéndose por tal, aquella que considerada en su totalidad le otorgue mayores beneficios.*"; Código Substantivo do Trabalho da Colômbia, art. 21: "*Normas mas favorables. En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador*"; Lei do Contrato de Trabalho argentina, art. 9º: "*En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjunto de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo. Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador*".

7. CONCLUSÃO.

O problema da interpretação das decisões judiciais, embora revestido de grande importância prática, tem sido pouco considerado pela doutrina e mesmo pelo direito positivo. Os critérios aplicáveis não são idênticos aos que incidem em matéria de interpretação legal ou de atos negociais. Existem peculiaridades, que devem ser consideradas, como, entre outras, a importância da fundamentação na compreensão do dispositivo ou a presunção de julgamento em conformidade com a lei e mesmo com a jurisprudência dominante. Já a máxima *in dubio pro misero* ou *in dubio pro operario* não constitui indicativo de como devem ser interpretadas as decisões em processos trabalhistas.

Claudio Cesar Grizi Oliva

Atual Representante da AAT-SP junto à ABRAT (Associação Brasileira dos Advogados Trabalhistas), Ex-Presidente da Associação dos Advogados Trabalhistas de São Paulo (biênio 2005/2006), Ex-Secretário Geral da Associação dos Advogados Trabalhistas de São Paulo (biênio 2002/2004), Advogado formado pela Universidade de São Paulo com habilitação em Direito Social, Pós Graduado com Mestrado pela Fundação Getúlio Vargas (MBA) em Direito Empresarial, Professor Universitário e da Escola Superior de Advocacia Trabalhista da Associação dos Advogados Trabalhistas de São Paulo, da Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª. Região e da Escola Superior da Advocacia da OAB/SP, Mestrando em Direito do Trabalho pela PUC-SP.

*“Dissimular é fingir não ter o que se tem.
Simular é fingir ter o que não se tem.
O primeiro refere-se a uma presença,
O segundo a uma ausência.”*

Jean Baudrillard

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

I - INTRODUÇÃO :

Este texto busca contribuir para uma reflexão sobre tema proposto pelo Seminário organizado pela Escola da Magistratura da 2ª Região, onde seus organizadores, o Juiz Dr. Salvador Laurino e a Desembargadora Dra. Lizete Belido Rocha (aos quais volto a agradecer o convite de participação) propuseram duas questões para o debate :

- 1. *É necessário que haja congruência entre a discriminação de verbas no acordo e o pedido formulado pelo autor da demanda ?***
- 2. *É legítima a discriminação de verbas no acordo em desconformidade com condenação que já transitou em julgado ?***

Importante, em primeiro lugar, lembrarmos que o tema de fundo está ligado ao primeiro capítulo da ampliação da competência da Justiça do Trabalho iniciado com a Emenda Constitucional no.20 e repetida pela de no.45.

Buscando responder a estas questões, vejo a necessidade de uma abordagem em três níveis :

- a) No nível da praxe;
- b) Em seguida no nível dogmático;
- c) E, por fim, por meio de um questionamento que ouse chamar de político, sociológico e filosófico;

II – AS TRÊS ABORDAGENS:

A) Praxe :

Em 1999 havia sido convidado pela Escola da Magistratura do TRT da 15ª Região a ministrar cursos de cálculos de liquidação de sentença e nesta oportunidade acompanhei os primeiros debates quanto ao impacto da Emenda Constitucional no.20.

Naquela ocasião sustentavam os juízes que seria preciso revisar os conhecimentos de Direito Tributário, resgatando conceitos como os de fato gerador e inscrição na dívida ativa.

Nada disso ocorreu, porém, como sói acontecer com a Justiça do Trabalho, cuja capacidade de absorção de novas matérias e de uma quantidade crescente de processos é notória, mas exige uma agilidade que nos impõe uma certa superficialidade.

No caso da execução de ofício das contribuições ao INSS, no entanto, o resultado é o de que tais créditos têm sido tratados como custas processuais, sem qualquer margem para discussões ou defesas propriamente ditas.

Aliás, não são poucos os que reconhecem “extra-oficialmente” esta situação bem como a própria inconstitucionalidade senão da Emenda 20 (repetida pela de no.45) ao menos da Lei 10.035/00, mas deixam clara uma imposição prática (cuja raiz política é inegável) no sentido de manter a Justiça do Trabalho no enalço de crescente arrecadação, aceitando a missão como forma de fortalecimento político, valendo lembrar que no final da década de 90 enfrentava uma grave crise de credibilidade com ataques tão virulentos que chegavam a propor sua extinção.²

Portanto, a partir desta postura do fato consumado, adotado por ampla maioria dos que tratam do assunto e que decorre da bilionária arrecadação que se obtém ano a ano como bem ressaltou o Ministro Luiz Marinho na abertura do referido Seminário, tem-se que trabalhar de forma pragmática e enfrentar esta estranha estrutura, pela qual o INSS mantém-se a reboque da iniciativa dos empregados buscarem reparações pela via judiciária.

E assim, em havendo uma reclamação trabalhista que envolva créditos que constituam salário de contribuição o INSS se agarrará a isto e não largará jamais, brandindo a Lei 10.035/00 e agora a Lei da Super Receita.³

2. Refiro-me ao Senador Antonio Carlos Magalhães falecido recentemente.

3. Lei nº 11.457/2007 (16.03.2007)

Lembremos, então do texto dos parágrafos 3º e 4º do artigo 832 da CLT, introduzidos pela Lei 10.035/00:

§ 3º As decisões cognitivas ou homologatórias deverão sempre indicar a natureza jurídica das parcelas constantes da condenação ou do acordo homologado, inclusive o limite de responsabilidade de cada parte pelo recolhimento da contribuição previdenciária, se for o caso.

§ 4º O INSS será intimado, por via postal, das decisões homologatórias de acordos que contenham parcela indenizatória, sendo-lhe facultado interpor recurso relativo às contribuições que lhe forem devidas.

E também as alterações e novos parágrafos da Lei 11.457/2007 (Super Receita):

§ 4o A União será intimada das decisões homologatórias de acordos que contenham parcela indenizatória, na forma do art. 20 da Lei no 11.033, de 21 de dezembro de 2004, facultada a interposição de recurso relativo aos tributos que lhe forem devidos.

§ 5o Intimada da sentença, a União poderá interpor recurso relativo à discriminação de que trata o § 3o deste artigo.

§ 6o O acordo celebrado após o trânsito em julgado da sentença ou após a elaboração dos cálculos de liquidação de sentença não prejudicará os créditos da União.

§ 7o O Ministro de Estado da Fazenda poderá, mediante ato fundamentado, dispensar a manifestação da União nas decisões homologatórias de acordos em que o montante da parcela indenizatória envolvida ocasionar perda de escala decorrente da atuação do órgão jurídico.”

E a partir deles, voltando às questões que nos foram colocadas, é praxe a celebração de acordos antes do início da instrução processual com a declaração das partes de que a totalidade das verbas tem caráter indenizatório, bastando que o valor envolvido tenha algum lastro nos pedidos que não compõem o salário de contribuição, como FGTS com 40% de multa, aviso prévio e férias indenizadas com 1/3 de abono etc.

Mais interessante é que alguns chegam a sugerir que ao menos uma parte percentual seja mantida como salário de contribuição, recolhendo-se algum valor ao INSS para não provocar (ou ao menos aplacar) seu apetite arrecadador...

Alguém é capaz de sustentar a partir da realidade e dos textos legais que este acordo focado em verbas é vedado ?

Evidente que não.

Pois que o reclamante pode perfeitamente desistir de pedidos, como poderia sequer ter reclamado as verbas de caráter salarial (o que ocorre muitas vezes por força de prescrição).

Assim como poderia ter faltado à audiência, ter transacionado em uma Comissão de Conciliação Prévia ou até por meio de arbitragem, como vem crescentemente sendo aceito pela jurisprudência e doutrina.

Que novo tipo de indisponibilidade seria esta que até mesmo diante da Justiça se imporia ?

De algum estado totalitário, talvez...

Ou por outro ângulo, indaga-se :- não pode mais haver um acordo sem que isto signifique reconhecimento integral dos pedidos ? Terá a “res dúbia” se transformado em coisa líquida e certa ?

Mais uma vez as respostas só podem ser negativas, eis que ultrapassaria os limites do razoável presumir que tudo aquilo que o reclamante lança em sua petição inicial é verdadeiro (lembrando que estamos na Justiça do Trabalho onde não existem honorários de sucumbência para o autor e em quase todos os processos há deferimento dos benefícios da justiça gratuita e, portanto ousar nos pedidos – para não dizer exagerar – é por assim dizer, convidativo).

Fica evidente que há algo muito errado com esta estrutura, pois que nesta fase processual é possível celebrar acordo sem reconhecer coisa alguma. E em sendo assim o valor envolvido não tem natureza definida, eis que serve apenas para por fim ao litígio.

E este raciocínio se aplica também àquelas situações em que o reclamante pretende um reconhecimento de vínculo empregatício com pagamento de verbas que constituem salário de contribuição e a defesa sustenta sua inocorrência :- qualquer valor de acordo, dada a indefinição da natureza jurídica da relação havida entre as partes, teria natureza também indefinida.

Portanto, temos que a Lei parte de premissa inexistente e se o INSS (e agora a União) pretenderem recorrer o farão sem qualquer substrato de prova e não sendo partes do processo sequer poderiam manter aberta a instrução processual e pretender realizá-la !

Autarquia e União não podem deixar de cumprir sua obrigação fiscalizatória e administrativa.

De outra forma estará confirmado que a Justiça deixa de ser Justiça e torna-se uma mera gestão empírica de necessidades.

Já na situação de uma sentença com trânsito em julgado tudo mudaria de figura, pois dentro desta estrutura e desta praxe haveria um efeito declaratório da sentença que não pode ser alterada e criaria uma realidade...

Mas a coisa julgada só se faz entre as partes, as quais podem a qualquer tempo deixar de executar ou mesmo renunciar ao direito. A Justiça do Trabalho de qualquer modo não tem competência para conhecer da matéria e, portanto, não gera para o INSS e União qualquer título executivo, valendo lembrar que não se pode executar sem título e muito menos executar uma sentença declaratória...

E assim passamos para a segunda abordagem.

B) Dogmática:

É inegável que o Direito é uma ciência que necessariamente se alicerça em enunciados de validade indiscutível a partir de um processo histórico de construção de conceitos que se inter-relacionam de forma lógica e racional.

Basear-se em fatos consumados seria o fim do próprio Direito, dever-se por essência.

Não é possível simplesmente abandonar garantias como a do devido processo legal, da ampla defesa e da separação dos poderes.

Com certeza é legítimo buscar a preservação do sistema de previdência e fomentar a redistribuição de renda.⁴

Para alcançar este desiderato, porém, não se justifica sacrificar as garantias individuais e os direitos fundamentais de primeira geração e que tiveram por escopo exatamente limitar o poder do estado.

Não hesito em sustentar que a Emenda Constitucional no.20 e o inciso VIII do artigo 114 da Constituição Federal (Emenda Constitucional no.45) são inconstitucionais, eis que ferem exatamente o Princípio do Devido Processo Legal insculpido no inciso LIV do artigo 5o de nossa Carta Política da seguinte forma :

“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

E fazem parte do devido processo legal as regras que limitam os efeitos da coisa julgada, também garantia individual.⁵

Salta aos olhos que a estrutura imposta pela Lei 10.035/2000 e depois pela Lei 11.457/2007 está equivocada e não se coaduna com a realidade ou com o ordenamento jurídico do qual deveria fazer parte, mas em relação ao qual parece orbitar sem jamais sobre ele repousar.

Isto porque as contribuições fiscais e previdenciárias são tributadas pelo sistema de lançamento por homologação, significando que a fonte pagadora está obrigada a calcular, reter e recolher tais impostos (não se cogitando outra natureza para a contribuição previdenciária que não a de tributo).

Esta obrigação está sujeita a fiscalização dos órgãos administrativos

4. O termo é previdência já que não fomos capazes de implantar um sistema de seguridade social.

5. Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

Art. 469. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo

Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

correspondentes. Em não havendo qualquer constatação de irregularidade, tem-se como homologada a exação realizada ou, caso contrário, a fonte pagadora fica subrogada na obrigação correspondente.

Este mesmo sistema deve ser aplicado na Justiça do Trabalho, ou seja, ao final do processo, no momento da satisfação do crédito do reclamante, a fonte pagadora calcula, retém e recolhe as contribuições previdenciárias e fiscais.

Em retendo a menos, passaria a ser executada, evidentemente a partir do ato administrativo da inscrição na dívida ativa⁶ e que constitui o título executivo, pelo INSS ou pela União, com a aplicação do Código Tributário Nacional e da Lei dos Executivos Fiscais, velha conhecida da execução trabalhista.

Em retendo a mais, continuaria o reclamante com crédito em face da reclamada.

No silêncio do reclamante, do INSS e da União, seriam simplesmente arquivados os autos.

Simple, efetivo e eficiente, sem deixar de impor ao Estado que cumpra sua obrigação de fiscalizar e fazer suspender a prescrição.

Como isto não se dá devido à própria estrutura e dinâmica do sistema tributário, passamos à terceira parte da aproximação reflexiva.

C) Política – Sociológica e Filosófica :

Existe uma crise de legitimidade geral no Direito como um todo nestes confins (sem trocadilho) da periferia da economia capitalista global. Crise que se estende ao Direito Tributário.

Norberto Bobbio conceitua legitimidade a partir da idéia de uma nova ordem revolucionária que passa a ter seus preceitos normativos e administrativos obedecidos de forma espontânea pela população.⁷

Em nosso país todos parecem se esquivar do pagamento dos impostos.

Além do aspecto sócio cultural herdado desde o processo de colonização, é claro o exagero na carga tributária cuja injusta incidência só faz agravar esta crise de legitimidade.

Criado um círculo vicioso, temos uma carga tributária excessiva e mal distribuída gerando arrecadações que parecem jamais cobrir os gastos públicos, de forma a empurrar grande parte da economia para a informalidade ou até mesmo o exemplo candente da transformação fraudulenta de pessoas naturais em pessoas

6. Lei 6830/80 (Executivo Fiscal) Art.2º,

§ 3º - A inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito e suspenderá a prescrição, para todos os efeitos de direito, por 180 dias, ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo.

7. "O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito" – Norberto Bobbio – Ícone Editora.

jurídicas (que nasce da necessidade de escapar de uma tributação excessiva sobre salários e acaba contribuindo para a precarização dos direitos trabalhistas).

Segue-se a isto o trágico desaparecimento dos órgãos públicos para a fiscalização eficiente, o que fez o INSS (e agora a União) adotar a cômoda postura de aguardar pelos contribuintes na Justiça do Trabalho.

Comemora-se uma arrecadação bilionária, mas não me parece haver motivo para festejar, pois esta estratégia de “fiscalização” tardia e passiva faz imaginar quantos bilhões não se deixou de arrecadar.

Fechando este círculo, temos que a falta de fiscalização só faz exacerbar o desenfreio “dumping social” que ocorre em todas as esquinas :- para se tornarem mais competitivas, em muitos setores, as empresas se vêem obrigadas a burlar o direito social como um todo na medida em que sempre haverá um concorrente que o fará antes com um mínimo de risco de ser fiscalizado e que somente eventualmente poderá vir a ser finalmente flagrado no futuro na Justiça do Trabalho, onde poderá vir a acertar suas contas.⁸

Nesta ocasião remota e incerta, entretanto, o estrago causado pela concorrência desleal já não tem qualquer possibilidade de vir a ser reparado.

Vale mais uma vez lembrar que em 1999 falava-se na extinção da Justiça do Trabalho e através de uma acomodação entre Poderes, a força arrecadadora salvou a Justiça do Trabalho, engrandecendo-a politicamente face ao hipertrofiado Poder Executivo.

Engrandecida como instrumento de arrecadação do Poder Executivo por um lado, amesquinhada como Justiça por outro, abala-se o equilíbrio da tripartição de poderes.

É de se perguntar, então, se os fins justificam os meios e se esta típica ruptura da Ética na Política que inaugurou a era moderna não estará fechando um perigoso ciclo, cujos desdobramentos em uma sociedade de massas e no momento de apogeu do liberalismo mercantilista, não constitui perigo iminente para o Estado Democrático de Direito.

III – CONCLUSÃO :

Com 25 anos de Justiça do Trabalho posso dizer que pertença a uma geração de profissionais desta área que vivenciou suas transformações mais drásticas e que culminaram com uma espetacular ampliação de sua competência, transformando-a de Justiça do Empregado para verdadeira Justiça do Trabalho.

Vibrando com suas conquistas, sonho, porém, em vê-la transformada

8. Vale lembrar que a incidência de uma contribuição patronal da ordem de 28,5% é o fator primordial deste “dumping”.

na Justiça Social e, para tanto, melhor do que ser um mero instrumento de arrecadação, suprimindo uma obrigação que não é sua, seria incluir dentre suas atribuições conhecer das ações dos segurados em face do INSS, impondo-lhe cumprir sua obrigação de promover verdadeiramente a Seguridade Social como ápice do Estado do Bem Estar Social e não como mera agência de equilíbrio econômico-financeiro do estado mínimo que não só empurra os trabalhadores para o sistema de previdência privada como nisto, infelizmente, também vem se transformando.

Fabrcio Lopes Oliveira

Procurador Federal; Chefe do Pólo Trabalhista da Procuradoria Geral Federal em São Bernardo do Campo; Especialista em Direito do Trabalho pela USP; Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/SP

ITEM I DA SÚMULA 368 DO TST – PONDERAÇÕES ACERCA DE SEUS IMPASSES E POTENCIAIS SOLUÇÕES

01) Introdução; 02) Retrospecto preambular; 03) As restrições impostas pelo INSS; 04) Essência constitucional da crise sob análise; 4.1) Sob a perspectiva gramatical; 4.2) Sob a perspectiva sistemática; 4.3) Sob a perspectiva histórica; 4.4) Quanto à perspectiva teleológica; 05) A maior efetividade possível como valor a ser buscado; 06) Fundamento da crise e suas soluções; 6.1) Fundamentos; 6.2) Soluções ponderadas; 07) Conclusões

01) INTRODUÇÃO

Embora tenda a ser superada no curto prazo fato é que, permanecem ainda algumas dúvidas acerca da competência da Justiça do Trabalho para executar contribuições sociais, devidas em função de vínculos de emprego por ela reconhecidos. Tem-se hoje uma situação curiosa em que, em última análise, o texto do item I da Súmula 368 do TST conflita com a nova redação do art. Levando em conta que a súmula ainda não fora cancelada, vale uma breve ponderação acerca do tema.

02) RETROSPECTO PREAMBULAR

É sabido que, desde a edição da EC 20/98, que terminou inserindo dentre outros dispositivos um § 3º ao art. 114 da CF, diversas crises exigiram debruçar dos operadores do direito no sentido de serem dirimidas. Considerando que o texto do anterior §3º do art. 114 da CF terminou sendo mantido após a Reforma realizada pela EC 45, restaram mantidas as crises mencionadas.

A primeira leitura do §3º do antigo art. 114 da CF terminou gerando uma infinidade de divergências, de dúvidas. Com a edição da Lei 10.0035/00 parte das dúvidas foram debeladas haja vista que, adequado ou não, fora construído um procedimento a ser observado.

Uma das dúvidas havidas apontava, justamente, para a possibilidade de se executar à justiça do trabalho as contribuições decorrentes de vínculos de emprego por ela reconhecidos.

Ignorando o texto constitucional, a primeira leitura que se estabeleceria apontava para a inviabilidade de tal cobrança. E tal ocorreu pois, pretendeu-se definir a abrangência do dispositivo constitucional partindo, equivocadamente, da legislação infraconstitucional. A interpretação baseava-se na redação do § único do art. 876 da CLT, provida pela Lei 10.035/00. Considere-se a redação do dispositivo:

“Serão executadas *ex officio* os créditos previdenciário devidos em decorrência de decisão proferida pelos juízes e tribunais do trabalho, resultante de condenação ou homologação de acordo.”

Sustentava-se que, o dispositivo celetário fazia referência apenas a condenação e homologação, descartando, pois, as sentenças meramente declaratórias. Tal interpretação resta, *concessa vênia*, equivocada. E o equívoco parte justamente da direção, do norte conferido ao vetor interpretativo. O sentido conferido rumava da legislação infraconstitucional para a Constituição. Definia-se o conteúdo do dispositivo constitucional a partir da lei ordinária.

Os tribunais regionais dividiram-se entre a restrição e a ampliação da competência. Entre a possibilidade de executar apenas contribuições sociais derivadas do espectro condenatório da sentença e, executar a totalidade das contribuições devidas em função das decisões proferidas.

A divergência noticiada tomou inclusive as turmas do Tribunal Superior do Trabalho.

Exatamente no sentido de dirimir a crise de interpretação que se estabeleceu, o TST, cumprindo seu papel de órgão responsável por tornar homogênea a interpretação da legislação trabalhista, editou a Súmula de nº. 368 do TST. Da referida Súmula, resta pertinente ao tema sob análise o item I. Considere-se a redação original da súmula:

“I – A justiça do Trabalho é competente para determinar o recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais provenientes das sentenças que proferir. A competência da Justiça do Trabalho para execução das contribuições previdenciárias alcança as parcelas integrantes do salário-de-contribuição, pagas em virtude de contrato, ou de emprego reconhecido em juízo, ou decorrente de anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social _ CTPS, objeto de acordo homologado em juízo. “

Quando se imaginava solucionada a questão, outros problemas surgiram.

O TST, por intermédio de sua presidência, passou a reconhecer certo desprestígio à sua atuação pelo fato de o INSS, Instituto Nacional do Seguro Social,

não repercutir de forma direta e imediata o conteúdo das declarações de vínculo realizadas às sentenças. Uma autêntica *capitis diminutio*¹.

A motivação da decisão de rever o texto original da súmula consta de exposição de motivos divulgada no site do Tribunal Superior do Trabalho. Considere-se:

“O Pleno do Tribunal Superior do Trabalho decidiu hoje (10), por **maioria de votos**, que não cabe à Justiça do Trabalho (JT) a cobrança das contribuições devidas ao INSS sobre as **ações declaratórias**, nas quais é reconhecido o vínculo de emprego do trabalhador. A execução do tributo pela JT ficará restrita às decisões em que há condenação da empresa ao pagamento de parcelas trabalhistas e sobre os valores resultantes de acordos entre as partes.

Na sessão, os ministros do TST criticaram a postura adotada pela Previdência Social diante das decisões judiciais que declaram a relação de emprego. Os valores correspondentes ao reconhecimento do vínculo têm sido recolhidos a um fundo específico do INSS e não diretamente à conta do trabalhador na Previdência. O INSS, contudo, não admite a decisão judicial como prova de tempo de serviço do trabalhador, que termina com a aposentadoria postergada.

“Trata-se de uma injustiça com o trabalhador e um despropósito a Justiça do Trabalho garantir a arrecadação do tributo sobre o dinheiro do trabalhador, que não tem a contagem de tempo reconhecida para a aposentadoria e fica sem os próprios valores recolhidos”, afirmou o presidente do TST, ministro Vantuil Abdala.

O ministro pretendia que tivesse sido firmado um acordo prévio sobre esta questão com a Previdência, o que não foi possível pela alta rotatividade no comando do Ministério.

A mudança de entendimento foi adotada após a revisão da Súmula nº 368 do TST, que interpreta o alcance do dispositivo constitucional que atribui à Justiça do Trabalho a competência para a execução das contribuições previdenciárias decorrentes de suas decisões. O tema foi objeto de um amplo estudo feito pelo ministro Simpliciano Fernandes, cujo posicionamento foi adotado pela maioria dos integrantes do TST.

Com a decisão do Pleno, o inciso I da Súmula 368 passa a dispor que “a

¹ Conceito de *capitis diminutio* pode ser encontrado ao link http://bib.us.es/guiaspormaterias/ayuda_invest/derecho/conceptoDeCapitisDiminutio.pdf acessado aos 16.11.2007

competência da Justiça do Trabalho, quanto à execução das contribuições previdenciárias, limita-se às sentenças condenatórias em pecúnia que proferir e sobre os valores objeto de acordo homologado que integrem o salário de contribuição”.

Em função dessa ausência de repercussão previdenciárias das sentenças laborais portanto, decidiu o pleno do TST rever a súmula e inviabilizar a arrecadação sobre os períodos reconhecidos.²

Reagindo à restrição imposta pela nova redação do item I da Súmula 368, o Congresso Nacional inseriu ao texto da Lei 11457/07 o art. 42, responsável pela alteração de diversos artigos da CLT. Dentre os artigos alterados, relevante ao presente a nova redação conferida ao § único do art. 831 da CLT. Considere-se:

Parágrafo único. Serão executadas **ex-officio** as contribuições sociais devidas em decorrência de decisão proferida pelos Juízes e Tribunais do Trabalho, resultantes de condenação ou homologação de acordo, inclusive sobre os salários pagos durante o período contratual reconhecido.” (NR)

Diante da manifestação do Congresso Nacional, mais uma vez a crise tendia a ser debelada. Contudo, o TST insiste na idéia restritiva. Considere-se recente precedente, acerca da repercussão do novel dispositivo celetário citado:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. ESCLARECIMENTOS. SÚMULA 368 DO TST. LEI 11.457/2007. O entendimento consubstanciado na Súmula 368, I, do TST decorre de aplicação do art. 114, VIII, c/c o art. 195, I, a, ambos da CF/88. Permanecendo inalterados tais dispositivos, não há de se falar em alteração do verbete sumular, em decorrência do advento da Lei 11.457/2007. Embargos Declaratórios providos apenas para prestar esclarecimentos (**TST – 2ª Turma - ED-A-RR - 126/2003-022-04-00 Relator - JOSÉ SIMPLICIANO FONTES DE F. FERNANDES - 09/11/2007**).

A crise, portanto, persiste e considerando que deriva de interpretação do texto constitucional, tornou-se irrelevante a alteração realizada ao texto da CLT

Concluído breve retrospecto, de rigor ponderar-se um tanto acerca do ponto fulcral da crise, a saber: o posicionamento do INSS – Instituto Nacional do seguro Social -, diante das decisões proferidas pela Justiça obreira.

03) AS RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELO INSS

Embora distintos, os ramos previdenciário e tributário da ciência do

² Conferir redação atual do item I da S. 368 do TST.

direito terminam, em diversas hipóteses mostrando-se interdependentes. Por vezes alguns conceitos são tomados por empréstimo. Em outras oportunidades, situações caracterizadas em função da incidência de normas trabalhistas, repercutem em âmbito previdenciário e vice versa. Enfim, a legislação mesmo se relaciona. O conceito de empregado encerra o exemplo mais usual de correlação entre os âmbitos.

Do conceito de empregado terminou surgindo um dos grandes problemas da execução fiscal trabalhista.

As contribuições sociais destinadas ao custeio da seguridade social, como regra, são geridas pelo INSS – Instituto Nacional de Seguro Social, Autarquia Federal criada pela Lei 8.029/90, responsável pela gestão do Regime Geral de Previdência. A referida autarquia tem deixado de considerar, para eventuais concessões de benefícios, os vínculos de emprego declarados pela Justiça do Trabalho. Tal conduta tem se baseado em mais de um argumento. Considere-se dois dos principais:

- a) a limitação subjetiva da coisa julgada quanto á reclamação trabalhista;
- b) a necessidade de início de prova material para consideração do tempo de serviço, nos termos do §3º do art. 55 da Lei 8213/91³.

Diversos outros diplomas infralegais detalham as exigências quanto ao início de prova material, contudo, a análise dois obstáculos apontados acima resta suficiente ao deslinde da questão.

A questão da limitação subjetiva da coisa julgada termina sendo superável com algum aprofundamento teórico ao ramo processual da ciência do direito, mormente diante da consideração da chamada *Teoria da Eficácia Natural da Sentença*, desenvolvida por Enrico Túlio Liebman. Ainda no sentido da superação de tal argumento, o Superior Tribunal de Justiça tem relativizado os termos do art. 462 do CPC, exatamente no que pertine à hipótese tratada.⁴

A necessidade de início de prova material por sua vez, tem trazido

³ § 3º A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, **só produzirá efeito quando baseada em início de prova material**, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento.

⁴ "PROCESSUAL E PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO. COMPROVAÇÃO. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. SENTENÇA TRABALHISTA. NÃO VIOLAÇÃO AO ART. 472 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL INCIDÊNCIA DO ART. 55, § 3º DA LEI Nº 8.213D 91. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. I - **A questão posta em debate restringe-se em saber se a sentença trabalhista constitui ou não início de prova material, pois as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS advieram por força desta sentença.** II - Neste contexto, mesmo o Instituto não tendo integrado a lide trabalhista, impõe-se considerar o resultado do julgamento proferido em sede de Justiça Trabalhista, já que se trata de uma verdadeira decisão judicial, não importando cuidar-se de homologatória de acordo, conforme alegado pelo Instituto. Portanto, não se caracteriza a ofensa ao artigo 472 do Código de Processo Civil. Ademais, se no bojo dos autos da reclamatória trabalhista, há elementos de

sérios inconvenientes.

O caput do art. 55 da Lei 8213/91 evidencia que cabe ao decreto regulamentador a definição dos documentos suficientes à caracterização do chamado *início de prova material*. Considere-se:

Art. 55. O tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no Regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o art. 11 desta Lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado:

Fora editado o Dec. 3048/99 com o objetivo de regulamentar a lei de benefícios, bem como a de custeio da seguridade social. O referido decreto traça as diretrizes pertinentes às provas da prestação de serviços aos seus artigos 62 e 63. Interessa ao presente estudo, especificamente, o inciso I do §2º do art. 62 do referido decreto. Considere-se:

§ 2º Servem para a prova prevista neste artigo os documentos seguintes: (Parágrafo e incisos restabelecidos pelo Decreto nº 4.729, de 9/06/2003)

I - o contrato individual de trabalho, a Carteira Profissional e/ou a Carteira de Trabalho e Previdência Social, a carteira de férias, a carteira sanitária, a caderneta de matrícula e a caderneta de contribuições dos extintos institutos de aposentadoria e pensões, a caderneta de inscrição pessoal visada pela Capitania dos Portos, pela Superintendência do Desenvolvimento da Pesca, pelo Departamento Nacional de Obras Contra as Secas e declarações da Receita Federal;

O problema estaria resolvido se, a regulamentação parasse exatamente nesse ponto pois, as sentenças disseminariam o registro de eventual contrato declarado à CTPS e, a CTPS serviria de prova. Ocorre que há mais a ser considerado.

O posicionamento restritivo adotado por parte do INSS justifica-se na medida que, se faz necessário resguardar o erário das não raras tentativas de criar vínculos de emprego fraudulentos.

A junção do inciso I do art. 4º do CPC, com o § 1º do art. 11 da CLT trazem perigo manifesto ao equilíbrio do Regime Geral de Previdência Social. O primeiro admite a ação meramente declaratória e, o segundo a considera

comprovação, pode ser reconhecido o tempo de serviço. III - A jurisprudência desta Eg. Corte vem reiteradamente decidindo no sentido de que a sentença trabalhista pode ser considerada como início de prova material, sendo apta a comprovar-se o tempo de serviço prescrito no artigo 55, § 3º da Lei nº 8.213D 91, desde que fundamentada em elementos que o Instituto Previdenciário não tenha integrado a respectiva lixeira. IV - Recurso especial conhecido, mas desprovido" (REsp. nº 497.008D PE, Relator o Ministro GILSON DIPP, DJU de 29D 9D 2003)".

imprescritível. . E tal afirmação se justifica diante da ponderação do conteúdo do inciso I do art. 34 da Lei 8213/91. Considere-se este último dispositivo:

Art. 34. No cálculo do valor da renda mensal do benefício, inclusive o decorrente de acidente do trabalho, serão computados: (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

I - para o **segurado empregado e trabalhador avulso, os salários-de-contribuição referentes aos meses de contribuições devidas, ainda que não recolhidas pela empresa, sem prejuízo da respectiva cobrança e da aplicação das penalidades cabíveis;** (Incluído pela Lei nº 9.032, de 1995))

O dispositivo determina que , independentemente do recolhimento efetivo das contribuições sociais devidas, o tempo de contribuição será considerado para o segurado empregado. Eis o cerne de toda a contenda.

O TST, independentemente dos eventuais prejuízos que venham a ser enfrentados pelo INSS, exige que suas sentenças repercutam sob a perspectiva previdenciária. O INSS, por sua vez, como terá que considerar o tempo declarado e implantar benefícios, enfrenta problema de difícil resolução. Mesmo que houvesse a predisposição da autarquia em, por uma IN por exemplo, abrir as portas às fraudes, a Constituição Federal impõe a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial como princípio. Considere-se

04) ESSÊNCIA CONSTITUCIONAL DA CRISE SOB ANÁLISE.

Não há a menor dúvida de que o cerne de toda a crise narrada parte do texto constitucional. E nesse aspecto, realmente o TST tem absoluta razão. Importa muito pouco a redação que se venha a conferir ao texto da CLT, pois o posicionamento do TST baseia-se na interpretação do inciso VIII do art. 114, combinado com o art. 109 I da Constituição Federal. É de se verificar apenas se adequada resta a interpretação implementada. Considerem-se os dispositivos mencionados:

Considerem-se os dispositivos apontados:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - 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;

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

...

VIII a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Em que pese a clareza dos dispositivos, há quem sustente e, com certa razão, que a interpretação resta invariavelmente necessária e que, restaria superada a máxima *in claris cessat interpretatio*. Pois, que seja. Necessário se faz, portanto, ponderar regras básicas de hermenêutica constitucional.

Exatamente no sentido de aprofundar as noções gerais acerca interpretação da Constituição, seguindo inclusive veemente sugestão realizada pelo Ministro Sepúlveda Pertence⁵, inevitável pontuar os ensinamentos de Luiz Roberto Barroso.

Com o intuito de esclarecer um tanto acerca dos termos hermenêutica, interpretação e aplicação, leciona Barroso⁶:

“A hermenêutica jurídica é um domínio teórico, especulativo, cujo objeto é a formulação, o estudo e a sistematização dos princípios e regras de interpretação do direito. A interpretação é a atividade prática de revelar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma, tendo por finalidade fazê-la incidir em um caso concreto. A aplicação de uma norma jurídica é o momento final do processo interpretativo, sua concretização, pela efetiva incidência do preceito sobre a realidade de fato.”

Traçadas essas premissas conceituais, esclarece o autor⁷ supra que as normas constitucionais detêm peculiaridade. Aponta dentre outras a sua superioridade jurídica, a abertura da linguagem utilizada, o maior grau de abstração, menor densidade jurídica. Aponta ainda a natureza política dessas normas quanto ao conteúdo, objeto e resultados.

Embora aponte a natureza política das normas constitucionais, reequilibra a retórica afirmando que:

“A despeito de seu caráter político, a Constituição materializa a tentativa de conversão do Poder Político em Poder Jurídico. Seu objeto é um esforço de juridicização do fenômeno político. Mas **não se pode pretender objetividade plena ou total distanciamento das paixões em um domínio donde se cuida da partilha do poder em nível horizontal e vertical** e onde se distribuem competências de governo administrativas, tributárias, além da complexa delimitação dos direitos dos cidadãos e suas relações entre si e

⁵ O Ministro Sepúlveda Pertence prefaciara a obra “Interpretação e Aplicação da Constituição”, de Luiz Roberto Barroso. São Paulo: Saraiva 2004. p. XI

⁶ Op. Cit. p. 103

⁷ Cf. op. Cit. p. 109

com o Poder Público. ”

Essa impossibilidade do afastamento pleno das paixões diante da interpretação de dado dispositivo constitucional justifica a crise instalada entre o TST e o INSS, bem como com o próprio Ministério da Previdência. O TST, que havia interpretado, a princípio, de forma objetiva os dispositivos constitucionais, sentido-se aviltado em seus poderes e, em busca da otimização da tutela do trabalhador, distanciou-se da objetividade necessária e, apaixonadamente proveu nova redação à Sumula 368.

A paixão na interpretação é contudo, de certa forma assimilada por Barroso⁸ que, apenas fixa-lhe alguns limites. Considere-se os parâmetros colocados :

“... não é possível neutralizar inteiramente a interferência de fatores políticos na interpretação constitucional. A racionalidade total, como bem percebeu Hesse, não é atingível no direito constitucional. Isso não significa que se deva renunciar a ela, mas sim buscar a *‘racionalidade possível’*. A interpretação da Constituição, a despeito do caráter político do objeto e do agentes que a levam a efeito, é uma tarefa jurídica, e não política. Sujeita-se, assim, aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação exigíveis das decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Uma corte constitucional não deve ser cega ou indiferente às conseqüências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum. **Mas somente pode agir dentro dos limites e das possibilidades abertas pelo ordenamento. Contra o direito o juiz não deve decidir jamais. Em caso de conflito entre o direito e a política, o juiz está vinculado ao direito.**”

Portanto, é admissível certo grau de subjetivismo, de influência política, social, religiosa, filosófica ao processo de interpretação. Perfeito. Contudo, limites existem. Em busca de traçar um caminho para o estabelecimento de limites, o autor⁹ lembra ainda que influenciam a interpretação da Constituição a) contexto social, cultural e institucional; b) a posição do intérprete; c) a metodologia jurídica.

Reste evidente que, nova redação da Súmula 368 deriva do contexto institucional que se apresenta. O descompasso entre as exigências do TST e as possibilidades do INSS e Ministério da Previdência deu ensejo à nova interpretação.

Dentre os métodos de interpretação a doutrina aponta o gramatical, o sistemático, o histórico e o teleológico.

Esclarece Barroso que qualquer dos métodos deve ser absolutizado, devendo, antes, objetivar combina-los de modo que se completem. ¹⁰

⁸ Op cit. p. 112

⁹ Op. Cit. p. 124

¹⁰ Op. Cit. p. 125

E vem o apontamento fundamental de Barroso¹¹ no sentido de viabilizar algum limite à interpretação constitucional. Considere-se:

Da aplicação dos diferentes métodos a uma dada espécie concreta podem ocorrer duas possibilidades: a) ou todos eles condizem ao mesmo resultado; b) ou apontam eles para resultados divergentes. Na primeira hipótese, o caso será facilmente resolvido, pela incidência da solução única resultante das convergências dos diferentes métodos. Tratar-se-á de um caso fácil. Na segunda, estar-se-á diante de um caso difícil. Para sua solução não há uma formulação simples e objetiva a ser colhida no ordenamento, sendo necessária a atuação subjetiva do intérprete e a realização de escolhas, com eventual emprego de discricionariedade. Não existe, a rigor, nenhuma hierarquia predeterminada entre os variados métodos interpretativos, nem um critério rígido de desempate. A tradição romano-germânica todavia, desenvolveu algumas diretrizes que podem ser úteis. Duas delas são destacadas a seguir:

Em primeiro lugar, a atuação d intérprete deve conter-se dentro dos limites e possibilidades do texto legal. A interpretação gramatical não pode ser inteiramente desprezada. (...) Todavia, não é possível distorcer ou ignorar os sentido das palavras para se chegar a um resultado que delas esteja inteiramente dissociado. Em segundo lugar, os métodos objetivos como o sistemático e o teleológico tem preferência sobre o método tido como subjetivo, que é o histórico. “

Os limites postos passam a conferir substrato para as primeiras análises concretas, acerca da plausibilidade da interpretação constante do item I da Súmula 368 do TST.

4.1) SOB A PERSPECTIVA GRAMATICAL

Partindo da literalidade do texto do inciso VIII do art. 114 da Constituição Federal tem-se que, tal dispositivo empregara signos lingüísticos, palavras que, não dificultam a compreensão. São palavras de significados que, embora não sejam unívocos de forma absoluta, não dão margem a dúvidas relevantes acerca do significado, sentido com o qual foram empregados.

Considere-se a literalidade mais uma vez:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

...

¹¹ Op; cit. p. 126

VIII a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, **decorrentes das sentenças que proferir**; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Esclarece o dicionário Houaiss da Língua Portuguesa¹² a sobre a palavra *decorrente*:

“decorrente adj. 2g (adjetivo de dois gêneros) 1. que decorre 1.1 que passa; decursivo (tempo d.) 1.2 que se segue; conseqüente”

Segue ainda sobre o verbo *decorre*¹³:

“decorrer v. 1.int. escoar-se, passar (diz-se de tempo) (já decorreram dois meses dois meses, desde que ele partiu) 2. int. desenrolar-se, transcorrer (de maneira contínua) ; processar-se, correr ... 3. Suceder int. suceder (algo) ocorrer, acontecer... 4. **t. i . ter origem em; proceder, derivar ...** “ (grifo meu).

Dentre os significados apontados, o mais adequado é o que se refere a ***origem, procedência***. Portanto, fora deslocada a competência material, da justiça federal comum para a especializada do trabalho, de forma específica, pra tratar de contribuições específicas, que decorram, que tenham origem, que derivem das sentenças por ela proferidas.

Ainda sob a perspectiva gramatical observa-se que, a constituição não fez qualquer restrição quanto à espécie de sentença que viabilizaria a execução de contribuições sociais à Justiça do Trabalho. Encerra regra básica de hermenêutica a impossibilidade do intérprete restringir onde o legislador não o faz.

O Supremo Tribunal Federal, por intermédio da Min. Carmem Lucia, ao apreciar recentemente um Hábeas Corpus tratando de competência para apreciação de crime em aeronave, conferiu relevante lição sobre interpretação constitucional. Considere-se a ementa:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. COMPETÊNCIA JURISDICIONAL. CRIMES DE ROUBO QUALIFICADO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA PRATICADOS A BORDO DE AERONAVE. ART. 109, INC. IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO. 1. É da Justiça Federal a competência para processar e julgar crime praticado a bordo

¹² HOUAISS, Antonio. e outros. Rio de janeiro: Objetiva, 2004. p. 922.

¹³ Idem

de aeronave (art. 109, inc. IX, da Constituição da República), pouco importando se esta encontra-se em ar ou em terra e, ainda, quem seja o sujeito passivo do delito. Precedentes. **2. Onde a Constituição não distingue, não compete ao intérprete distinguir.** 3. Recurso desprovido. (RHC 86998 / SP - SÃO PAULO ..jurisprudencia/ RHC86998 / SP - RECURSO EM HABEAS CORPUS Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Relator(a) p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA Julgamento: 13/02/2007 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação DJ 27-04-2007 PP-00070 EMENT VOL-02273-02 PP-00223)

A injustificada restrição constante da redação do item I da Súmula 368 do TST fora também apontada por Marcos Neves Fava¹⁴, em artigo escrito em conjunto com Carina Bellini Cancela conforme segue:

Se a Constituição não limitou a competência da Justiça do Trabalho, mencionando genericamente no *inciso VIII do artigo 114* “as sentenças que proferir”, não cabe ao legislador ordinário, muito menos aos Tribunais, ou a quaisquer intérpretes, limitar a abrangência de norma constitucional amplamente debatida no seu nascedouro.

4.2) SOB A PERSPECTIVA SISTEMÁTICA

A questão deve necessariamente ser ponderada procedendo-se um cotejo com os demais dispositivos constitucionais. Não é de se desprezar sequer o preâmbulo pois, embora não tenha densidade normativa, não há dúvida que norteia a interpretação das normas constitucionais.

A base fática utilizada para a revisão da súmula 368 apontou para a injustiça de serem descontadas as contribuições sociais do trabalhador, sem que qualquer retorno lhe seja. Justiça encerra um dos valores constantes do preâmbulo constitucional e, dessa forma, merece ponderação a construção realizada pelo pleno do TST. Ocorre que o enriquecimento indevido é improvável. Diante do desconto e eventual negativa do INSS no sentido de considerar a sentença laboral, tem o trabalhador duas opções, a saber: a) pleitear administrativamente a retificação dos seus dados constantes do CNIS – Cadastro Nacional de Informações Sociais, trazendo o início de prova material a que alude o art. 55 da Lei 8213/91 junto com cópias do processo trabalhista; b) diante da impossibilidade de juntada do início de prova material, tem-se ainda a possibilidade do pedido administrativo de

¹⁴ FAVA, Marcos Neves e CANCELA, Carina Bellini. *Efetividade Da Jurisdição Trabalhista E Recolhimentos Previdenciários – Crítica À Revogação Da Súmula 368 Do Tribunal Superior Do Trabalho*. http://www.trt02.gov.br/geral/tribunal2/Legis/CLT/Doutrina/MNF_09_09_06_5.html acessado aos 15.11.2007.

devolução dos valores recolhidos indevidamente, conforme critérios do art. 89 da Lei 8212/91. Portanto, não há a necessária injustiça à sistemática aplicada, embora o trato não seja ideal conforme haverá de ser ponderado.

Ainda no sentido da interpretação sistemática resta relevante mencionar que, a redação original da Súmula 368 demonstrava haver assimilado a tendência pertinente à reforma do Judiciário. Tal se sustenta, pois, um dos grandes valores inseridos ao texto constitucional pela reforma do judiciário foi o princípio da razoável duração do processo. A chamada razoável duração do processo dá-se não apenas com a otimização do procedimento mas, também, com a possibilidade de se evitar um novo processo. É justamente o caso. A execução da totalidade das contribuições evita um procedimento administrativo independente e, mais ainda, mais um processo à Justiça Federal Comum.

4.3) SOB A PERSPECTIVA HISTÓRICA

É de se observar que, tanto as circunstâncias fáticas vivenciadas ao final de 1998¹⁵, quanto a evolução da legislação acerca da execução fiscal trabalhista¹⁶, apontam para otimização da estrutura da Justiça do Trabalho. Otimização com o objetivo de melhor aproveitamento e ganho sensível de relevância também sob a perspectiva política. Ganhos à área política, o engrandecimento da relevância social da Justiça obreira já foram bastante necessárias durante a história recente de tal instituição. Exatamente com esse objetivo fora viabilizada a execução de contribuições sociais à justiça obreira, restando de todo acertada a manutenção do apreço pelo evidenciar de sua relevância.

4.4) QUANTO À PERSPECTIVA TELEOLÓGICA

A intenção do alargamento da competência material da Justiça do Trabalho aponta para diversos fundamentos. Tem-se, conforme mencionado, a questão política da manutenção da instituição. Tem-se a necessidade de se coibir veio da evasão fiscal que se evidenciava de longa data.¹⁷ Houve ainda a intenção de se aproveitar processo que já tramitava, e evitar que um novo feito fosse produzido à Justiça Federal comum.

¹⁵ Havia notório movimento político no sentido da extinção da Justiça Federal especializada do Trabalho.

¹⁶ Sobre a evolução das legislação sobre a execução fiscal trabalhista, conferir: Cf MARTINS, Sérgio Pinto. *Execução da Contribuição Previdenciária na Justiça do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2001

¹⁷ Deixar de prover o pagamento das rubricas trabalhistas devidas durante o contrato de trabalho, terminava viabilizando o pagamento à Justiça do Trabalho e, frequentemente ficavam as reclamadas livres do recolhimento dos tributos que incidiam sobre a folha de salários.

A intenção do legislador constituinte derivado reformador aponta, sem dúvida, para a maior amplitude possível da interpretação do dispositivo.

Aplicando-se conjuntamente método gramatical, sistemático, histórico e teleológico tem-se que, o entendimento mais adequado do inciso VIII do art. 114 da CF aponta para a redação original do item I da Súmula 368 do TST.

05) A MAIOR EFETIVIDADE POSSÍVEL COMO VALOR A SER BUSCADO

Luiz Roberto Barroso¹⁸ sustenta que a efetividade, enquanto princípio de interpretação constitucional, “... traduz a mais notável preocupação do constitucionalismo dos últimos tempos.

Celso Ribeiro Bastos¹⁹, encerra dentre o que chama de “Pressupostos Hermenêuticos Constitucionais” o nomeado postulado da “Maior efetividade possível”.

O ideal de busca pela maior efetividade da constituição inspira-se dentre outros, nos ensinamentos colhidos em Konrad Hesse²⁰. A idéia é, definitivamente, abandonar a concepção de Constituição como mero pedaço de papel que, por vezes, confronta a chamada Constituição Real do país, nas palavras de Ferdinand Lassale, citadas à obra de Konrad Hesse²¹. Hesse não sustenta a dissociação absoluta entre a Constituição Jurídica e a realidade mas, admite que a tensão é constante entre o normatizado e a realidade. Realidade e norma deve conviver, mesmo que com pontuais conflitos. Afinal, o objetivo é conformar a realidade ao ideal e, não fazer sucumbir o ideal de comportamento aos traços ditados pela realidade.

Esclarecendo o ideal contido ao princípio ou postulado da máxima efetividade, leciona o Barroso²²: “Os grande autores da atualidade referem-se à necessidade de dar preferência, nos problemas constitucionais, aos pontos de vista que levem as normas a obter a máxima eficácia ante as circunstâncias de cada caso.”

Exatamente no mesmo sentido, Celso Bastos²³ aduz: “O princípio da máxima eficiência (Canotilho) significa que, sempre que *possível*, deverá ser o dispositivo constitucional interpretado num sentido que lhe atribua maior eficácia.”

O TST, impulsionado por confessa intenção política, intenção de ser atendido em seu pleito quanto á repercussão previdenciária das sentenças trabalhistas, passou a ignorar em absoluto regramento básico de hermenêutica. Justamente o regramento, o postulado, o princípio constitucional da máxima efetividade das normas.

Ideal restava a interpretação originalmente conferida à medida que, se utilizava do maior potencial viabilizado pela literalidade da norma.

06) FUNDAMENTO DA CRISE E SUAS SOLUÇÕES

6.1) FUNDAMENTOS

A retaliação realizada pelo TST em face do pretense desprestígios de suas decisões não resta adequada por dois motivos fundamentais.

- a) não houve desprestígio algum;
- b) o caminho para solução da problemática é legislativo, não jurisdicional;

Pondere-se um tanto o sustentado.

Não houve desprestígio pois, em verdade a ausência da repercussão previdenciária das sentenças trabalhistas dá-se em função da partição da competência jurisdicional realizada pela Constituição Federal.

A rigor a competência para apreciar demandas em que um dos pólos é ocupado por uma autarquia federal, é da Justiça Federal COMUM. Tal divisão se manteve exatamente dessa forma até a EC20/98 que, pontual e excepcionalmente, deslocou parte da competência material da Justiça Federal comum para a Justiça do Trabalho. Parte. Apenas parte. O deslocamento implica exceção que, enquanto exceção, deve ser interpretada restritivamente. Logo, deslocou-se a possibilidade de executar apenas determinadas contribuições sociais e, nada mais.

É curioso notar como até o final do ano de 2000 as limitações à competência material da justiça do trabalho restavam claramente definidas no que pertine ao INSS. Tanto assim que, diante de diversas investidas por parte de Juízes de primeiro grau, fora editada a OJ n°. 57 da SDI – II do TST. Considere-se seu texto :

Paulatinamente, contudo, foram se otimizando as pressões por parte do TST no sentido de que as sentenças declaratórias de vínculo fossem consideradas pelo INSS, ao momento de se aferir o preenchimento dos requisitos para eventuais benefícios.

Necessária uma breve ponderação a respeito do mérito da pretensão manifestada pelo TST. O ideal de dirimir à Justiça do Trabalho inclusive os conflitos periféricos, os conflitos que margeiam a relação de emprego é de todo salutar e recomendável. Em última análise, àqueles que se propõe a pensar o direito material e processual do trabalho com o objetivo de efetivamente fazer a diferença á vida dos trabalhadores, não pode discordar da essência cultivada ao pleito manifestado pelo TST. O método adotado para trabalhar a idéia foi equivocado. A inviabilização da arrecadação talvez não surta o efeito pretendido. De muito mais valia a negociação para produção de um adequado texto legislativo, com reunião de técnicos do TST, Ministério da Previdência, INSS, Procuradoria Geral Federal, dentre outros órgãos.

Ao curto prazo se inviabiliza a arrecadação, impõe-se a necessidade de um processo administrativo de cobrança para, posteriormente, inscrever valores em dívida e ajuizar uma execução fiscal à Justiça Federal comum, se o crédito ainda puder ser constituído e cobrado.

6.2) SOLUÇÕES PONDERADAS

Não ficou claro para o TST que a recusa não se deu em função de injustificado subjetivismo por parte de qualquer dirigente. Ocorre que, tem-se obstáculos de índole legislativa e pragmática que, necessariamente devem ser transpostos para viabilizar um entendimento entre as instituições.

Limitando a repercussão das sentenças às relações dos segurados com o INSS tem-se, além a própria competência material da Justiça do Trabalho, o texto da lei 8213/91 conforme visto.

Resta fundamental, portanto, no mínimo uma alteração ao texto da Lei 8213/91. Esse o mínimo que se pode conceber no sentido de compatibilizar o sistema relativo ao Regime Geral de Previdência Social às pretensões do TST. Uma alteração, por exemplo, justamente no §3º do art. 55 da L. 8213/91. Algo no sentido de considerar-se, expressamente as sentenças trabalhistas provas materiais suficientes do tempo de serviço.

A solução legislativa não é contudo de todo simples. Necessário se faz contemplar ao eventual projeto, a solução que será conferida às sentenças baseadas ao reconhecimento da revelia ou confissão. Há de haver tratamento diferenciado entre as sentenças sob pena de indiscriminadamente viabilizar-se a fraude.

E a fraude por meio da forja de uma relação de emprego, não é de todo novidade ao processo do trabalho. A colusão, exatamente nesse sentido, já fora inclusive tratada pelo TST à OJ 122 de sua SDI, que além de conferir legitimidade ao MPT para o ajuizamento de eventual rescisória, define o marco inicial para contagem do prazo decadencial a que alude o art. 495 do CPC. E frise-se, a possibilidade de colusão não tem relação alguma com a atuação do judiciário. Por vezes é possível que se torne inviável a percepção da fraude. Tem-se certeza de que o judiciário faz de tudo quanto possível no sentido de coibir tal prática, até em função de tal mister restar institucionalizado ao art. 129 do CPC.

A solução legislativa sob a perspectiva constitucional aponta para uma tendência de alterações mais abruptas, mais radicais. Poder-se-ia repensar, inclusive, a possibilidade de atrair para a justiça do trabalho parte das demandas movidas em face do INSS – Instituto Nacional de Seguro Social. Poder-se-ia deslocar, por exemplo, especificamente as ações de justificação judicial. Tal vez implementar uma justificação judicial incidental aos processos trabalhistas, com o objetivo de viabilizar justamente a repercussão previdenciária das sentenças que

declaram vínculos de emprego.

Tais alterações viriam exatamente na esteira e com o mesmo espírito da valorização da Justiça do Trabalho e, mais ainda, viria no sentido de prover ao trabalhador uma resposta estatal mais completa, que tendesse a resolver de uma forma mais efetiva as problemáticas advindas das relações de emprego que manteve.

Alterações de tal porte viriam no sentido da razoável duração do processo, da mais efetiva garantia da dignidade da pessoa humana, enfim, atenderiam a uma infinidade de valores constitucionais.

É sempre interessante que não se perca de vista que, independente da solução encontrada, o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema atinente ao Regime Geral de Previdência Social deve ser levado em consideração, nos termos do caput do art. 201 da Constituição Federal.

07) CONCLUSÕES

a) Diante da inexistência de qualquer discriminação quanto à espécie de sentença referida ao inciso VIII do art. 114 da CF, insustentável, cientificamente, a interpretação realizada pelo TST à nova redação do item I da Súmula 368 do TST.

b) O crise entre TST e Executivo Federal baseia-se na interpretação da Constituição e, razão assiste ao TST no sentido da inocuidade da nova redação conferida ao §único do art. 876 da CLT.

c) Ao TST também assiste razão no mérito da exigência intentada. Contudo, a forma de pressão escolhida restou equivocada. O método restou inadequado pois a problemática tem fulcro normativo e, de normatização complexa. Necessariamente deverão ser dirimidos problemas como a competência material da justiça do trabalho em face do INSS - autarquia federal; o potencial desequilíbrio ao RGPS que poderá advir da consideração indiscriminada das sentenças trabalhistas; a possibilidade de uma justificação judicial incidental com efeitos previdenciários; a flexibilização quanto à prova testemunhal, que pondera à Justiça do Trabalho.

d) A crise instalada encerra conflito de forças que, no curto prazo não tem vencedor. Perdem todos os envolvidos. Fisco não arrecada. Judiciário tem desnecessariamente otimizada sua demanda recursal e, mais ainda, não atende aos anseios do jurisdicionado que, independente de recolher ou não tributos, continuará sem contar tempo de serviço. O trabalhador, talvez seja o único a não absorver o prejuízo em termos institucionais, arcando mesmo em termos pessoais com o prejuízo. Enquanto forças institucionais são medidas, os sem força alguma é que padecem.

e) Diante da persistência no impasse, ao governo federal resta o

manejo adequado de uma ação direta de constitucionalidade, buscando ao Supremo Tribunal Federal, declaração de constitucionalidade do § único do art. 876 da CLT, vinculando todo o judiciário no sentido da decisão.

Sebastião Geraldo de Oliveira

Desembargador do TRT da 3ª Região.

ATUALIDADES SOBRE A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DO ACIDENTE DO TRABALHO

1.Introdução; 2.Fundamentos constitucionais do dano moral; 3.Cabimento da indenização por dano moral no acidente do trabalho; 4.Finalidade da indenização por dano moral; 5.Prova do dano moral; 6.Critérios para arbitramento da indenização; 7.Cumulação do dano moral e dano estético; 8.Legitimidade para postular a indenização por dano moral; 9.Transmissibilidade do dano moral; 10.Arbitramento da indenização quando há vários titulares; 11.Controle do montante indenizatório pelo TST; 12.O dano moral na responsabilidade civil objetiva; 13.Conclusão 14. Bibliografia;

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos cresceu de forma significativa o número de ações ajuizadas na Justiça do Trabalho com pedido de indenização por danos morais. O impulso maior ocorreu após a vigência da Emenda Constitucional n. 45/2004, que atribuiu competência à Justiça do Trabalho para o julgamento das causas envolvendo pedidos de indenizações decorrentes dos acidentes do trabalho e situações equiparáveis, porquanto em tais demandas, quase sempre, há pedido de indenização por danos morais, cumulado com o pleito de reparação por danos patrimoniais e/ou danos estéticos.

O dano moral assume papel de maior relevo quando decorrente do infortúnio laboral, porquanto o trabalhador é atingido na sua integridade psicobiofísica, o que muitas vezes significa o desmonte traumático de um projeto de vida, o encarceramento compulsório numa cadeira de rodas e o sepultamento precoce dos sonhos acalentados quanto à possibilidade de um futuro melhor. Basta dizer que no Brasil, a cada dia, somando-se as estatísticas das mortes com os afastamentos por invalidez total permanente, por volta de 50 trabalhadores deixam definitivamente o mundo do trabalho.

A indenização pelos danos materiais pode até alcançar a recomposição do prejuízo e a equivalência matemática norteia os critérios de cálculo. No entanto, a dor da exclusão, a tristeza da inatividade precoce, a solidão do abandono na intimidade do lar, o vexame da mutilação exposta, a dificuldade para os cuidados pessoais básicos, o constrangimento da dependência permanente de outra pessoa, a sensação de inutilidade, o conflito permanente de um cérebro que ordena a um corpo que não

consegue responder, a orfandade ou a viuvez inesperada, o vazio da inércia imposta, tudo isso e muito mais não tem reparação ou recomposição. A dor moral deixa na alma feridas abertas e latentes que só o tempo, com vagar, cuida de cicatrizar, mesmo assim, sem apagar o registro.

No desenvolvimento deste artigo vamos tratar das singularidades e controvérsias atuais a respeito da indenização por dano moral decorrente do acidente do trabalho ou doença ocupacional.

2. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO DANO MORAL

O reconhecimento do direito à indenização pelo dano moral passou por longo período de maturação no Brasil. Contudo, as resistências que existiam contra o seu cabimento restaram superadas com o advento da Constituição da República de 1988. Pelo art. 5º, V, foi assegurado “o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. Também prevê o inciso X do referido artigo: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O suporte principal desses dois dispositivos da Lei Maior encontra-se na *dignidade da pessoa humana*, que constitui um dos fundamentos da República, conforme indicado expressamente no art. 1º, III, da Constituição de 1988. O destaque da dignidade como valor supremo do constitucionalismo contemporâneo ampliou o conceito do direito à vida; ou seja, a Constituição não só protege o direito à vida, mas o direito de viver com dignidade. Enfatiza *Arion Romita* que “a dignidade da pessoa humana atua como fundamento do princípio estruturante do Estado democrático de direito e, em consequência, impregna a totalidade da ordem jurídica, espraia-se por todos os ramos do direito positivo e inspira não só a atividade legislativa como também a atuação do Poder Judiciário” (2). Nessa mesma direção vale citar também a lição da constitucionalista *Cármem Lúcia Antunes Rocha*, atual Ministra do STF:

“A constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana modifica, em sua raiz, toda a construção jurídica: ele impregna toda a elaboração do Direito, porque ele é o elemento fundante da ordem constitucionalizada e posta na base do sistema. Logo, a dignidade da pessoa humana é princípio havido como superprincípio constitucional, aquele no qual se fundam todas as escolhas políticas estratificadas no modelo de Direito plasmado na formulação textual da Constituição” (3).

Como se vê, no estudo do dano moral acidentário não se pode perder

² ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*, 2007, p. 267.

³ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *O direito à vida digna*, 2004, p. 38.

de vista que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, dentre outros, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. Além disso, a ordem econômica deve estar apoiada na valorização do trabalho (art. 170), a ordem social terá como base o primado do trabalho (art. 193) e constitui objetivo fundamental da República construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I). O princípio constitucional de que a saúde é direito de todos e dever do Estado (art. 196), adaptado para o campo do Direito do Trabalho, indica que a saúde é direito do trabalhador e dever do empregador. Para isso, a Constituição garantiu no art. 7º, XXII, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Esses princípios fundamentais entalhados no alto da hierarquia constitucional devem estar no ponto de partida de qualquer análise a respeito das normas de proteção à vida e à saúde dos trabalhadores e, conseqüentemente, da indenização por danos morais decorrentes dos acidentes do trabalho. A função ordenadora e estruturante dos princípios permite compreender a evolução e a crescente importância doutrinária atribuída ao estudo dos direitos da personalidade, valendo citar o conceito jurídico de princípio, adotado por *Celso Antônio Bandeira de Mello*: “Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”⁽⁴⁾.

Com efeito, aquele que não considerar os princípios constitucionais positivos estará lidando apenas na periferia do Direito, ignorando as íntimas conexões do ramo específico com o seu tronco de sustentação, sua causa primeira. Avistando o continente mas sem captar o conteúdo, atento ao detalhe mas distraído do conjunto, não perceberá a irradiação da seiva tonificante, que parte do núcleo constitucional para abastecer e vitalizar toda a extensão abrangida pela ciência jurídica, influenciando com certeza todo o regramento da proteção à saúde do trabalhador.

O professor *Gustavo Tepedino*, discorrendo a respeito do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, registra com lucidez o propósito da Constituição da República de 1988:

“O legislador constituinte, de maneira categórica, pretende evitar que a iniciativa econômica privada possa ser desenvolvida de maneira prejudicial à promoção da dignidade da pessoa humana e à justiça social. Rejeita, igualmente, que os espaços privados, como a família, a empresa e a propriedade, possam representar uma espécie de zona franca para violação do projeto constitucional. Daí ter regulamentado, sem cerimônia, e malgrado as violentas e tão mal-humoradas críticas que sofreu, todas as relações jurídicas de direito privado”⁽⁵⁾.

⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de Direito Administrativo*, 1990, p. 299.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plenária, ao julgar a ADI-MC n. 1.347-5, colocou nos fundamentos do acórdão a importância de considerar os princípios constitucionais na análise das questões relacionadas à saúde dos trabalhadores:

“Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, que também os valores sociais do trabalho constituem um dos fundamentos sobre os quais se edifica, de modo permanente a construção do Estado democrático de direito (CF, art. 1º, IV, primeira parte), pois é preciso reconhecer que o sentido tutelar que emana desse postulado axiológico abrange, dentre outras providências, a adoção, tanto pelos organismos públicos quanto pela própria comunidade empresarial, de medidas destinadas a proteger a integridade da saúde daqueles que são responsáveis pela força de trabalho. A preservação da saúde de classe trabalhadora constitui um dos graves encargos de que as empresas privadas são depositárias”.

Para arrematar essas considerações, é imperioso citar a doutrina valiosa do Ministro do STJ *Carlos Alberto Menezes Direito* e do Desembargador *Sérgio Cavalieri*, em obra conjunta, quando asseveram que a Constituição de 1988 deu uma nova feição e maior dimensão ao dano moral:

“Entendemos que todos os conceitos tradicionais de dano moral tiveram que ser revistos pela ótica da Constituição de 1988. Assim é, porque a atual Carta, na trilha das demais Constituições elaboradas após a eclosão da chamada *questão social*, colocou o Homem no vértice do ordenamento jurídico da Nação, fez dele a primeira e decisiva realidade, transformando os seus direitos no fio condutor de todos os ramos jurídicos. E, ao inserir em seu texto normas que tutelam os valores humanos, a Constituição fez também estrutural transformação no conceito e valores dos direitos individuais e sociais, o suficiente para permitir que a tutela desses direitos seja agora feita por aplicação direta de suas normas. Ninguém desconhece que as normas constitucionais, por serem de hierarquia superior, balizam a interpretação e aplicação de toda a legislação infraconstitucional, de sorte a não ser possível aplicar esta em desarmonia com aquelas. A Constituição Federal, logo no seu primeiro artigo, inciso III, consagrou a *dignidade humana* como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito. Temos hoje o que pode ser chamado de *direito subjetivo constitucional à dignidade*. Ao assim fazer, a Constituição deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão, porque a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos. O direito à imagem, à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade, à liberdade estão englobados no direito à dignidade, verdadeiro fundamento e essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa humana.

⁵ TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In NAVES, Bruno Torquato, FIÚZA, César, FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. *Direito Civil: atualidades*, 2003, p. 118.

Essa, sem dúvida, é a matriz constitucional para o conceito de dano moral. *Dano moral, à luz da Constituição vigente, nada mais é do que violação do direito à dignidade*” (6).

Complementando a previsão constitucional, o Código Civil de 2002 contempla expressamente o dano moral quando dispõe, no artigo 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Esse dispositivo genérico completa o ciclo de positivação do dano moral no nosso ordenamento jurídico, suplantando definitivamente os argumentos daqueles que ainda resistiam ao seu reconhecimento (7).

3. CABIMENTO DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NO ACIDENTE DO TRABALHO

A indenização por acidente do trabalho, independentemente dos benefícios acidentários, está prevista expressamente na Constituição da República de 1988. Com efeito, estabelece o art. 7º: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXVIII – seguro contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”. Aliás, convém mencionar que, a rigor, não se trata de “indenização do direito comum”, como ainda a denominam muitos autores e acórdãos, mas indenização fundada na própria Constituição da República. Nesse sentido a advertência oportuna do civilista *Sérgio Cavaliéri*:

“Ainda que com matriz constitucional, advogados e juízes, curiosamente, continuam falando em *indenização acidentária fundada no direito comum*, para diferenciá-la daquela outra que decorre diretamente da legislação acidentária. Não nos parece adequada a expressão porque essa indenização é fundada na própria Constituição (norma expressa) e não no direito comum” (8).

O cabimento da indenização por danos morais decorrentes do acidente do trabalho é, atualmente, questão pacificada na doutrina e jurisprudência. Em primeiro lugar porque o dispositivo constitucional acima transcrito não restringiu a indenização apenas aos aspectos patrimoniais, não podendo o intérprete impor limitações onde a norma não restringiu. Em segundo, porque o Código Civil consagra a cláusula genérica

⁶ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo código civil*, v. XIII, 2007, pp. 102-103.

⁷ Enfatiza *Yussef Cahali* a respeito do dano moral que “o instituto atinge agora a sua maturidade e afirma a sua relevância, esmaecida de vez a relutância daqueles juízes e doutrinadores então vinculados ao equivocado preconceito de não ser possível compensar a dor moral com dinheiro”. In *Dano moral*, 2005, p. 19).

⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 2007, p. 134.

da indenização decorrente do ato ilícito no art. 186, onde está indicado expressamente o dano moral. Em terceiro, porque o mesmo Código Civil quando trata da indenização por danos pessoais indica as parcelas da reparação material, mas deixa a ressalva “sem excluir outras reparações” (art. 948) ou “além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido” (art. 949). Nessas ressalvas, não há dúvidas, deve ser incluída a indenização pelos danos morais do acidentado ou de seus dependentes.

O certo é que o ato ilícito - como é o caso do acidente do trabalho por culpa ou dolo do empregador - pode provocar danos materiais e danos morais, ou seja, danos patrimoniais e extrapatrimoniais. E ninguém nega que os acidentes do trabalho e as doenças ocupacionais que geram morte ou invalidez repercutem inevitavelmente no equilíbrio psicológico, no bem-estar ou na qualidade de vida da vítima e/ou de sua família.

Em síntese, se estiverem presentes os pressupostos para o deferimento da indenização pelos danos materiais, é cabível também o deferimento da compensação pelos danos morais.

4. FINALIDADE DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

O dano moral propriamente dito sempre existiu, mas a possibilidade de sua indenização foi conquista do progresso da civilização, após longo período de maturação. Havia um certo embaraço ou constrangimento em aceitar a compensação de sofrimentos, dores ou angústias por valores monetários, chegando-se até a dizer que era imoral a indenização por dano moral.

No entanto, as reflexões dos juristas e a crescente valorização da dignidade da pessoa humana facilitaram a percepção de dois fundamentos essenciais para justificar a indenização por danos morais: a vítima não pode ser deixada ao desamparo, nem os lesantes impunes. Esses dois fundamentos repercutem seriamente na harmonia da convivência social, porque a vítima desamparada é tomada de revolta e pode alimentar o desejo de vingança; por outro lado, a impunidade dos causadores do dano acaba estimulando a ocorrência de novas lesões.

Se a reparação no seu real sentido não é possível, cabe pelo menos uma compensação monetária, um lenitivo, oferecendo ao lesado um outro bem da vida para acalmar sua revolta e facilitar sua resignação diante do fato consumado. Não se trata, porém, de estabelecer um preço para a dor sofrida, mas de criar possibilidades para que o acidentado desenvolva novas atividades ou entretenimentos, para vencer as recordações dolorosas e superar a dor (⁹). Na expressão lapidária de *Cunha Gonçalves*, a

⁹ “A indenização, em caso de danos morais, não visa reparar, no sentido literal, a dor, a alegria, a honra, a tristeza ou a humilhação; são valores inestimáveis, mas isso não impede que seja precisado um valor compensatório, que amenize o respectivo dano, com base em alguns elementos como a

indenização pelo dano moral “não é remédio, que produza a cura do mal, mas sim um calmante. Não se trata de suprimir o passado, mas sim de melhorar o futuro” ⁽¹⁰⁾.

O Projeto de Lei n. 6.960/2002, apresentado pelo Deputado *Ricardo Fúza*, propõe introduzir mais um parágrafo no art. 944 do Código Civil, realçando exatamente os dois fundamentos da indenização por danos morais: § 2º *A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante (NR)*. Em reiteradas decisões o Colendo STJ vem enfatizando a dupla finalidade da indenização por danos morais, como ocorreu no julgamento do Recurso Especial n. 860.705: “O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor para que não volte a reincidir” ⁽¹¹⁾.

Uma parte da doutrina civilista entende que não se mostra cabível a função punitiva da indenização por danos morais, já que a pena deve ser tratada no seu ramo próprio no campo do Direito Penal. Enfatizam que a indenização deve ficar restrita à sanção civil, pelo que não deve atingir o território da punição de caráter penal, como asseveram os defensores da teoria do valor de desestímulo, inspirada nos *punitive damages* do direito norte-americano. No Brasil, entretanto, prevalece na doutrina e jurisprudência o sistema aberto que conjuga o caráter compensatório e punitivo do dano moral. A propósito, por ocasião da IV Jornada de Direito Civil promovida em Brasília pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em outubro de 2006, foi aprovado o Enunciado n. 379, confirmando a validade do aspecto punitivo da indenização pelos danos morais, com a seguinte redação: “Art. 944 - O art. 944, *caput*, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”.

5. PROVA DO DANO MORAL

Alguns juízes estão indeferindo o pedido de indenização a título de danos morais decorrentes do acidente do trabalho, ao fundamento de não ter havido prova efetiva da ocorrência do dano moral. De acordo com esse ponto de vista não é devida a indenização, se a vítima suporta bem a ofensa ou se o acidente ou a doença ocupacional não lhe comprometem o aspecto psicológico, apesar das seqüelas definitivas que possam ter ensejado o deferimento de reparação dos danos materiais.

Consideramos equivocada esse entendimento, que coloca como

gravidade objetiva do dano, a personalidade da vítima, sua situação familiar e social, a gravidade da falta, ou mesmo a condição econômica das partes”. STJ. 5ª Turma. REsp. n. 239.973/RN, Rel.: Ministro Edson Vidigal, julgado em 16 maio de 2000, DJ 12 jun. 2000, p. 129.

¹⁰ CUNHA GONÇALVES, Luiz da. *Tratado de direito civil*, 1957, v. 12, t. II, p. 543.

¹¹ STJ. 2ª Turma, Rel.: Ministra Eliana Calmon, DJ 16. nov. 2006.

pressuposto da indenização a prova de que o lesado passou por um período de sofrimento, dor, humilhação, depressão etc. Ora, é desnecessário demonstrar o que ordinariamente acontece (art. 334, I, do CPC) e que decorre da própria natureza humana, ou seja, o dano *in re ipsa* ⁽¹²⁾. Se houvesse mesmo a necessidade dessa prova, o resultado poderia variar tão-somente pelos aspectos pessoais do acidentado: aquele mais sensível e emotivo seria indenizado e o mais resignado teria o pedido indeferido. Discorrendo a respeito do tema, anota *Rui Stoco*:

“A afirmação de que o dano moral independe de prova decorre muito mais da natureza imaterial do dano do que das *quaestionis facti*. Explica-se: Como o dano moral é, em verdade, um ‘não dano’, não haveria como provar, quantificando, o alcance desse dano, como ressuma óbvio. Sob esse aspecto, porque o gravame no plano moral não tem expressão matemática, nem se materializa no mundo físico e, portanto, não se indeniza, mas apenas se compensa, é que não se pode falar em prova de um dano que, a rigor, não existe no plano material” ⁽¹³⁾.

Para a condenação compensatória do dano moral não é imprescindível a produção de prova das repercussões que o acidente do trabalho tenha causado, como ocorre no campo dos danos materiais; basta o mero implemento do dano injusto para criar a presunção dos efeitos negativos na órbita subjetiva do acidentado. Nesse sentido a doutrina de *Sérgio Cavalieri*:

“O dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum” ⁽¹⁴⁾.

Ainda que a vítima, por razões pessoais, tenha suportado bem o acidente ou a doença ocupacional, permanece a necessidade da condenação, pois a indenização pelo dano moral expõe também uma finalidade pedagógica, já que demonstra para o infrator e a sociedade a punição exemplar decorrente do desrespeito às regras da segurança e saúde no local de trabalho. Enfatiza *Carlos Alberto Bittar* que “não se cogita, em verdade, pela melhor técnica, em prova de dor, ou de aflição, ou de constrangimento,

¹² “Provado o fato, não há necessidade de prova do dano moral, nos termos de persistente jurisprudência da Corte”. Cf. STJ. 3ª Turma. REsp. n. 261.028/RJ, Rel.: Ministro Carlos Alberto Menezes, DJ 20 ago. 2001. “Na concepção moderna da reparação do dano moral prevalece a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto”. STJ. 4ª Turma. REsp. n. 173.124/RS, Rel.: Ministro Asfor Rocha, DJ 19 nov. 2001.

¹³ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*, 2007 pp. 1714-1715.

¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 2007, p. 83.

porque são fenômenos ínsitos na alma humana como reações naturais a agressões do meio social. Dispensam, pois, comprovação, bastando, no caso concreto, a demonstração do resultado lesivo e a conexão com o fato causador, para responsabilização do agente”⁽¹⁵⁾.

Em síntese, quando estiverem presentes os pressupostos para o deferimento da reparação pelos danos materiais, é cabível também o acolhimento do pedido de indenização pelos danos morais. A jurisprudência mais autorizada também adota o entendimento aqui esposado, valendo transcrever a ementa de alguns acórdãos:

“Dano moral. Demonstração. Doença profissional. Caracterização. I -

O dano moral prescinde de prova da sua ocorrência, em virtude de ele consistir em ofensa a valores humanos, bastando a demonstração do ato em função do qual a parte diz tê-lo sofrido. II - Por isso mesmo é que em se tratando de infortúnio do trabalho há de se provar que ele, o infortúnio, tenha ocorrido por dolo ou culpa do empregador, cabendo ao Judiciário se posicionar se o dano dele decorrente se enquadra ou não no conceito de dano moral. III - É certo que o inciso X do artigo 5º da Constituição elege como bens invioláveis, sujeitos à indenização reparatória, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. IV - Encontra-se aí subentendida no entanto a preservação da dignidade da pessoa humana, em virtude de ela ter sido erigida em um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a teor do artigo 1º, inciso III da Constituição. V - Significa dizer que a norma do inciso X do artigo 5º da Carta Magna deve merecer interpretação mais elástica a fim de se incluir entre os bens ali protegidos não só a honra e a imagem no seu sentido mais estrito, mas também seqüelas psicológicas oriundas de ato ilícito, em razão de elas, ao fim e ao cabo, terem repercussões negativas no ambiente social. VI - Constatado ter o recorrido adquirido hérnia de disco em conseqüência das condições agressivas do trabalho executado, em função da qual se extrai notório abalo psicológico e acabrunhamento emocional, tanto quanto irrefutável depressão por conta do confinamento das possibilidades de inserção no mercado de trabalho, impõe-se a conclusão de achar-se constitucionalmente caracterizado o dano moral. Recurso conhecido e desprovido. TST. 4ª Turma. RR n. 449/2004-561-04-00.9, Rel.: Ministro Barros Levenhagen, *DJ* 19 dez. 2006.

“Indenização. Dano moral. Dano presumido. Como se trata de algo imaterial ou ideal, a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Por outras palavras, o dano moral está ínsito na ilicitude do ato praticado, decorre da gravidade do ilícito em si, sendo desnecessária sua efetiva demonstração, ou seja, como já sublinhado: o dano moral existe *in re ipsa*. Afirma *Ruggiero*: “Para o dano ser indenizável, basta a perturbação feita pelo ato ilícito nas relações psíquicas, na tranqüilidade, nos sentimentos, nos

¹⁵ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*, 1999, p. 136.

afetos de uma pessoa, para produzir uma diminuição no gozo do respectivo direito”. STJ. 1ª Turma. REsp n. 608.918, Rel.: Ministro José Delgado, *DJ* 21 jun. 2004.

“Ação indenizatória – Acidente de trabalho – Lesão por esforço repetitivo – LER – Dano moral – Para a indenização por dano moral motivada por doença profissional, bastante a prova do fato, do qual decorre, no caso, a óbvia repercussão psicológica sobre a trabalhadora que se vê atingida e frustrada em face de sua capacidade para continuar exercendo a atividade laboral para a qual se preparou e concretamente desempenhava, integrada à classe produtiva de seu país”. STJ. 4ª Turma. REsp n. 329.094/MG, Rel.: Ministro Aldir Passarinho Júnior, RSTJ, v. 15, n. 163, p. 388, mar. 2003.

De qualquer forma, pode ser do interesse da vítima demonstrar a extensão dos danos morais, com as singularidades do caso concreto, cujas provas poderão influenciar no arbitramento do valor da indenização, mormente se o acidente do trabalho tiver causado repercussões prejudiciais mais agudas, acima do que a simples presunção sugere. Com efeito, não se exige a prova dos danos morais como pressuposto de condenação, mas na instrução processual podem ser colhidos elementos importantes que auxiliem o julgador na dosimetria adequada do montante indenizatório.

6. CRITÉRIOS PARA ARBITRAMENTO DA INDENIZAÇÃO

O valor da indenização por dano moral tem sido fixado por arbitramento do juiz, de acordo com as circunstâncias do caso, já que não existe ainda dispositivo legal estabelecendo parâmetros objetivos a respeito ⁽¹⁶⁾.

¹⁶ O Projeto de Lei n. 150 de 1999, já aprovado no Senado e atualmente aguardando votação na Câmara dos Deputados (PL n. 7.124/2002), estabelece os critérios para a fixação do valor dos danos morais:

“Art. 7º Ao apreciar o pedido, o juiz considerará o teor do bem jurídico tutelado, os reflexos pessoais e sociais da ação ou omissão, a possibilidade de superação física ou psicológica, assim como a extensão e duração dos efeitos da ofensa.

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juiz fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes níveis:

I – ofensa de natureza leve: até R\$ 20.000,00 (vinte mil reais);

II – ofensa de natureza média: de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a R\$ 90.000,00 (noventa mil reais);

III – ofensa de natureza grave: de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) a R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais).

§ 2º Na fixação do valor da indenização, o juiz levará em conta, ainda, a situação social, política e econômica das pessoas envolvidas, as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral, a intensidade do sofrimento ou humilhação, o grau de dolo ou culpa, a existência de retratação espontânea,

A opção atual do arbitramento pelo Judiciário propicia ao juiz fixar com mais precisão e liberdade a justa indenização, sem as amarras normativas padronizadas, de modo a poder dosar, após análise equitativa, o valor da condenação com as tintas específicas do caso concreto. Com efeito, está sedimentada a tendência de não haver qualquer tarifação para o dano moral, nem mesmo para aqueles casos previstos na Lei de Imprensa: “Guiou-se a jurisprudência das Turmas integrantes da 2ª Seção do STJ, no sentido de que, em face da Constituição de 1988, não mais prevalece a tarifação da indenização devida por dano moral, decorrente de publicação considerada ofensiva à honra e dignidade das pessoas” (17). No ano de 2004, o STJ adotou a Súmula 281 prevendo: “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”.

Enfatiza o professor *Fernando Noronha* que “a reparação de todos os danos que não sejam suscetíveis de avaliação pecuniária obedece em regra ao princípio da *satisfação compensatória*: o quantitativo pecuniário a ser atribuído ao lesado nunca poderá ser equivalente a um ‘preço’, será o valor necessário para lhe proporcionar um lenitivo para o sofrimento infligido, ou uma compensação pela ofensa à vida ou à integridade física” (18).

Assinala o Juiz *Artur Marques da Silva Filho* que “a doutrina e a jurisprudência vêm indicando que sempre deve ser considerado: o grau de culpa, o dano em si, as condições econômicas e sociais da vítima e do ofensor. A solução do problema de estimação do *quantum* deve ser casuística” (19). Para *Caio Mário* a vítima “deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva” (20).

Pode ser também invocada, analogicamente, a disposição do parágrafo único do art. 953 do Código Civil, que estabelece: “Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso”.

O pagamento da indenização por danos morais, no entanto, não obedece ao mesmo critério aplicado aos danos materiais. Em vez de se estabelecer um valor

o esforço efetivo para minimizar a ofensa ou lesão e o perdão, tácito ou expresso.

§ 3º A capacidade financeira do causador do dano, por si só, não autoriza a fixação da indenização em valor que propicie o enriquecimento sem causa, ou desproporcional, da vítima ou de terceiro interessado.

§ 4º Na reincidência, ou diante da indiferença do ofensor, o juiz poderá elevar ao triplo o valor da indenização”.

17 STJ. 4ª Turma. REsp. n. 103.312/RJ, Rel.: Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJ 9 out. 2000, p. 150.

18 NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, v. 1. 2003, p. 569.

19 SILVA FILHO, Artur Marques da. “A responsabilidade civil e o dano estético”. *Revista dos Tribunais*, v. 689, p. 47, 1993.

20 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, 2002, p. 60.

mensal na forma de pensionamento, deve-se arbitrar uma indenização para pagamento imediato, em parcela única, como forma rápida de amenizar o sofrimento e propiciar alguma melhoria de vida para a vítima, considerando as suas condições pessoais. Nesse sentido, observou o Juiz *Páris Pena*, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que:

“Em matéria de dano moral, o valor da indenização há de ser suficiente tanto para facilitar a que o ofendido obtenha lenitivos para sua dor, não pela quantificação em termos materiais, como, também, porque, mercê da indenização respectiva, poderá cercar-se de condições de sobrevivência mais compatíveis com sua dignidade de pessoa humana, tornando-a mais apta ao enfrentamento diuturno de sua deficiência. Além disso, tal condenação tem o efeito pedagógico, no sentido de tornar a sociedade efetivamente mais humana, colocando-a sob a égide dos princípios éticos impeditivos e dissuasivos de condutas quais a que teve a ré” (21).

Em arremate, podemos afirmar que, por enquanto, não há parâmetros ou limites normativos para estipular o valor da indenização por dano moral, ficando ao prudente arbítrio do juiz a sua fixação, diante das múltiplas especificidades do caso concreto. Todavia, algumas considerações importantes assentadas na doutrina e jurisprudência devem nortear a dosimetria dessa indenização:

- a) a fixação do valor indenizatório obedece a duas finalidades básicas que devem ser ponderadas conforme as peculiaridades do acidente ou doença ocupacional: compensar a dor, o constrangimento ou o sofrimento da vítima e, pedagogicamente, combater a impunidade⁽²²⁾;
- b) é imprescindível considerar o grau de culpa do empregador e a gravidade dos efeitos do acidente ou doença ocupacional;
- c) o valor arbitrado não tem como objetivo servir para enriquecimento da vítima, nem de ruína para o empregador⁽²³⁾;
- d) o arbitramento da indenização deve ser feito com a devida prudência, mas

²¹ Cf. MINAS GERAIS. TAMG. 1ª Câm. Civil. Ap. Cível 213.381-9, Rel.: Juiz Páris Pena, julgada em 11 jun. 1996.

²² **Dano moral. Valor fixado. Efeito pedagógico e punitivo.** O escopo da reparação do prejuízo experimentado pela vítima concentra-se na inibição do agente causador do dano a praticar outros atos ilícitos, sem permitir o locupletamento da outra parte. Nessa linha de raciocínio, deflui-se que o valor arbitrado atingiu o desígnio esperado, ou seja, a função pedagógica e punitiva que a indenização deve representar para o agente ofensor. Agravo de Instrumento a que se nega provimento.” TST. 2ª Turma. AIRR n. 4039/2002-902-02-00, Rel.: Ministro Simpliciano Fontes de F. Fernandes, DJ 23 jun. 2006.

²³ **“Ementa: Dano moral. Fixação do valor da indenização.** A quantificação do dano moral deve atender às necessidades da parte ofendida e aos recursos da parte ofensora, de modo a não ser o valor da indenização demasiado alto para acarretar um enriquecimento sem causa àquele que o recebe, nem tão insignificante a ponto de ser inexpressivo para quem o paga. Devem ser consideradas, invariavelmente, a intensidade, a gravidade, a natureza e os reflexos do sofrimento experimentado, bem como a repercussão de caráter pedagógico que a pena imposta trará ao ofensor.” TRT 12ª Região - Acórdão n. 2.487/2007 - Rel.: Juiz Gilmar Cavalheri - DJ 15 mar. 2007.

temperada com a necessária coragem, fugindo dos extremos dos valores irrisórios ou dos montantes exagerados, que podem colocar em descrédito o Poder Judiciário e esse avançado instituto da ciência jurídica;

e) deve-se ter em conta a situação econômica das partes, especialmente para que a penalidade tenha efeito prático e repercussão na política administrativa da empresa;

f) ainda que a vítima tenha suportado bem a ofensa, permanece a necessidade da condenação, pois a indenização pelo dano moral tem também uma finalidade pedagógica, já que demonstra para o infrator e a sociedade a punição exemplar daquele que desrespeitou as regras básicas da convivência humana ⁽²⁴⁾.

7. CUMULAÇÃO DO DANO MORAL E DANO ESTÉTICO

Além das indenizações por dano material e moral, pode ser cabível a indenização por dano estético, quando a lesão decorrente do acidente do trabalho compromete ou pelo menos altera a harmonia física da vítima. Enquadra-se no conceito de dano estético qualquer alteração morfológica do acidentado como, por exemplo, a perda de algum membro ou mesmo um dedo, uma cicatriz ou qualquer mudança corporal que cause repulsa, afeiamento ou apenas desperte a atenção por ser diferente⁽²⁵⁾.

O prejuízo estético não caracteriza a rigor um terceiro gênero de danos, mas representa uma especificidade destacada do dano moral, sobretudo quando não produz repercussão de natureza patrimonial, como ocorre no caso de acidentes sofridos por um artista ou modelo. Aliás, pontua *Teresa Ancona* que o dano à estética pessoal é

²⁴ Vale citar alguns exemplos de valores de indenizações por danos morais, fixados pelos Tribunais Superiores: 1. TST- AIRR 1358/2002-011-11-41 - Mantida a condenação em 400 salários mínimos; 2. STJ- RESP 575.523 - Mantida indenização de R\$ 100.000,00; 3. STJ- RESP 565299 - Provimento do recurso para aumentar o valor para 250 salários mínimos; 4. STJ - RESP 612613 - Mantida a indenização de 500 salários mínimos; 5. TST - RR - 1600/2004-002-23-40 - Fixado o valor de 30 vezes a remuneração do autor; 6. STJ - RESP 577787 - Mantida a indenização de 500 salários mínimos; 7. STJ- RESP721.091 - Provimento do recurso para elevar a indenização para R\$150.000,00; 8. STJ- RESP 515750 - Provimento do recurso para reduzir a indenização para 300 salários mínimos; 9. STJ- AGA 495955 - Mantida a indenização de 500 salários mínimos; 10. TST- AIRR 1358/2002-011-11-41 - Mantida a condenação em 400 salários mínimos.

²⁵ Para *GRIOT*, inclui-se na integridade corporal a integridade da aparência, da imagem, principalmente os traços da face e os movimentos habituais de uma pessoa. Observa, ainda, que "haverá atentado à existência física não somente em caso de ferimento, de secção ou fratura de uma parte do corpo, como também quando o gravame é feito à aparência física: cada ser humano vem ao mundo envolvido na forma de seu corpo; ele será julgado em grande parte, conforme a sua aparência física, que lhe pode atrair à primeira vista, a simpatia ou a antipatia; é por sua aparência física que uma pessoa marca desde o início seu círculo de ação, e esta aparência pode favorecer ou prejudicar o desenvolvimento de sua personalidade", *Apud* CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*, 2005, p. 203.

uma das espécies do gênero dano moral ⁽²⁶⁾.

Com o reconhecimento efetivo do dano moral pela Constituição de 1988, durante algum tempo predominou o entendimento de que a indenização desse dano, por ser mais ampla, já abrangia o dano estético. Aliás, no IX Encontro de Tribunais de Alçada, realizado em São Paulo no ano de 1997, adotou-se como conclusão unânime que “o dano moral e dano estético não se cumulam, porque ou o dano estético importa em dano material ou está compreendido no dano moral”.

Mas a jurisprudência seguiu trilha diversa. No julgamento da Apelação Cível n. 1.669/97 do antigo Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, deferiu-se o pagamento de indenizações cumuladas para o dano estético e o dano moral, adotando-se como fundamento: “Danos estéticos e danos morais. Efeitos diversos, o dano estético correspondendo a uma alteração morfológica do indivíduo, à lesão física facilmente perceptível exteriormente, à deformação corporal que agride a visão, causando desagrado, repulsa, desconforto etc., sendo o dano moral o sofrimento mental, a dor da alma, a aflição e angústia a que a vítima é submetida, causando-lhe depressão, desânimo e sensação irremovível de infelicidade” ⁽²⁷⁾. De forma semelhante decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no julgamento da Apelação Cível n. 12.227/99, adotando como ementa do acórdão:

“Dano moral – Cumulação com dano estético – É possível a acumulação de dano moral com estético quando as respectivas indenizações decorram de pressupostos próprios de cada um deles, ou seja, concede-se a primeira verba em virtude do sofrimento e da angústia por que passou a vítima no momento do fato e ao longo do tratamento e a segunda como reparação da deformidade resultante do evento danoso” ⁽²⁸⁾.

Posteriormente, também o Colendo STJ, inspirado pelas decisões do Rio de Janeiro, passou a adotar entendimento no sentido da possibilidade de cumulação das duas indenizações ⁽²⁹⁾.

Como se verifica, mesmo estando a espécie dano estético compreendida no gênero dano moral, a doutrina e a jurisprudência evoluíram para deferir indenizações distintas quando esses danos forem passíveis de apuração em separado, com causas inconfundíveis. O dano estético está vinculado ao sofrimento pela deformação com seqüelas permanentes, facilmente percebidas, enquanto o dano moral está ligado ao

²⁶ LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético: responsabilidade civil*, 2004, p. 21.

²⁷ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Alçada. 7ª Câmara Civil. Rel.: Fabrício Paulo Bandeira Filho, julgado em 02 abr. 1997.

²⁸ Cf. RIO DE JANEIRO. TJRJ. 16ª Câmara Civil. Rel.: Desembargador Miguel Ângelo Barros, julgado em 7 jan. 1999, DORJ 24 jun. 1999, *In Revista dos Tribunais* v. 88, n. 769, p. 352, nov. 1999.

²⁹ Confira, dentre outros, os acórdãos dos Recursos Especiais números: 94.569/RJ, 203.142/RJ, 210.351/RJ e 244.839/RJ.

sofrimento e todas as demais conseqüências nefastas provocadas pelo acidente ⁽³⁰⁾.

Anota *Sérgio Cavalieri* que “prevaleceu na Corte Superior de Justiça o entendimento de que o dano estético é algo distinto do dano moral, correspondendo o primeiro a uma alteração morfológica de formação corporal que agride a visão, causando desagrado e repulsa; e o segundo, ao sofrimento mental – dor da alma, aflição e angústia a que a vítima é submetida. Um é de ordem puramente psíquica, pertencente ao foro íntimo; outro é visível porque concretizado na deformidade” ³¹.

A opção do Código Civil de 2002, de indicar genericamente a indenização de outras reparações ou prejuízos que o ofendido prove haver sofrido (arts. 948 e 949), deixa espaço indiscutível para acrescentar a compensação pelo dano estético, conforme se apurar no caso concreto.

Atualmente, a jurisprudência está firme no sentido de que é possível a cumulação das indenizações por dano moral e dano estético, devendo os fundamentos da decisão indicar os motivos de um e outro deferimento:

“Indenização. Atropelamento. Amputação de membro inferior. Fixação de verba única para cobrir a condenação devida pelos danos moral e estético. Permite-se a cumulação de valores autônomos, um fixado a título de dano moral e outro a título de dano estético, derivados do mesmo fato, somente quando os referidos danos forem passíveis de apuração em separado, tendo causas inconfundíveis que devem ficar devidamente explicitadas pelo órgão julgador ao atribuir valores em separado a cada um deles, sob pena de indevido bis in idem. A cumulação dos danos moral e estético é atendida quando, ainda que se tenha a estipulação de um valor único, nele se tenha expressamente considerado o valor devido pelos dois danos”. STJ. 4ª Turma. REsp. n. 203.142/RJ, Rel.: Ministro César Asfor Rocha, DJ 27 mar. 2000.

“Dano moral e dano estético - Cumulação. Admite-se a cumulação do dano moral e estético, ainda que derivados do mesmo fato, quando possuem fundamentos distintos. O dano moral é compensável pela dor e constrangimento impostos ao autor e o dano estético pela anomalia que a vítima passou a ostentar. O dano estético afeta “a integridade pessoal do ser humano, em geral, e em particular a harmonia física, concebidas como materialização de um direito humano garantido no nível constitucional”. Ele poderá ser o resultado de uma ferida que gera cicatriz, da

³⁰ **“Acidente de trabalho. Danos morais e estéticos. Cumulatividade.** As indenizações por danos morais e estéticos decorrentes de um mesmo acidente de trabalho podem ser cumuladas, porquanto, quando a lesão implica uma deformidade física permanente, são atingidos, ao mesmo tempo, bens jurídicos claramente distintos: a higidez emocional, ligada ao sofrimento psíquico provocado pelo acidente, e a integridade física, vinculada à deformação estética irreversível”. Santa Catarina. TRT 12ª Região. RO n. 01476-2005-024-12-00-5, Rel.: Juíza Maria Regina Olivé Malhadas, DJ 15 out. 2006.

³¹ CAVALIERI FILHO. *Programa de responsabilidade civil*, 2007, pp. 97-98.

amputação de um membro, falange, orelha, nariz, olho ou outro elemento da anatomia humana. Quando se constata que um semelhante possui alguma parte do corpo alterada em relação à imagem que tinha formado o observador, o fato causa impacto a quem percebe através de seus sentidos. É inegável que esse dano estético provoca também impacto sobre a percepção da própria vítima, afetada com a diminuição da harmonia corporal. O que se visa proteger não é a beleza, valor relativo na vida cotidiana, mas garantir as circunstâncias de regularidade, habitualidade ou normalidade do aspecto de uma pessoa; busca-se reparar que o ser humano, vítima da cicatriz, se veja como alguém diferente ou inferior, ante a curiosidade natural dos outros, na vida de relação. A reparação não resulta, portanto, do fato de a cicatriz ser repulsiva, embora essa circunstância possa aumentar o quantum ressarcitório, tampouco de ser sanada mediante uma cirurgia plástica, fato que poderá atenuar o valor da indenização (GRANDOV, Balldomero e BASCARY Miguel Carrillo. Cicatrices. Dano estético y Derecho a la integridad física. Rosário: Editora FAZ, 2000, pp 34 e 40)”. Minas Gerais. TRT. 3ª Região. 2ª Turma. RO n. 01771-2002-032-03-00-2, Rel.: Juíza Alice Monteiro de Barros. Revista LTr. v. 68, n. 3, p. 361, mar. 2004.

“Indenização - Acidente do trabalho - Danos morais e estéticos - Cumulação. Cumula-se o ressarcimento do dano estético com o dano moral quando, em relação a este, ocorrer a deformidade física que, expondo a vítima a constrangimentos, venha a causar-lhe também a perda da auto-estima, experimentando prejuízos em conviver ou suportar a lesão estética, até mesmo dificultando em conseguir emprego. Minas Gerais. TJMG. 11ª Câm. Apelação Cível n. 2.0000.00.420497-7/000(2), Rel.: Des. Duarte de Paula, DJ 24 abr. 2007.

Como se depreende do exposto, o acidente do trabalho que acarreta alguma deformação morfológica permanente pode gerar o dano moral cumulado com o dano estético, ou apenas o primeiro, quando não ficar qualquer seqüela. Em outras palavras, o acidentado que sofreu qualquer deformação pode receber uma indenização por danos morais agravada, cuja agravante (o dano estético) deve ser calculada separadamente.

8. LEGITIMIDADE PARA POSTULAR A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

Cabe analisar neste passo a questão controvertida a respeito da legitimidade para postular a indenização por danos morais, especialmente no caso de acidente fatal. Quais pessoas, dentre os familiares ou aqueles que de alguma forma mantinham vínculos de proximidade com a vítima, são titulares do direito à indenização por danos morais?

Inicialmente, é oportuno registrar que a competência para o julgamento dos pedidos de indenização por danos morais ou materiais decorrentes do acidente do trabalho é da Justiça do Trabalho, mesmo quando os postulantes são os dependentes ou sucessores da vítima. A nova redação do art. 114 da Constituição da República, promovida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, atribui à Justiça Laboral competência para processar e julgar “as ações oriundas da relação de trabalho” e, mais enfaticamente no Inciso VI, “as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho”. Como se verifica, a competência foi atribuída à Justiça do Trabalho em razão da matéria e não da pessoa, visto que o cerne da controvérsia a ser apreciada continuará sendo se ocorreu o acidente do trabalho ou situação equiparada, se o empregador agiu com dolo ou culpa, se houve (des)cumprimento das normas de segurança da CLT, se houve culpa exclusiva ou concorrente da vítima, se as condições e a organização do trabalho eram saudáveis etc.

É verdade que as decisões do STJ nos conflitos de competência estavam adotando o entendimento de que a competência, nessa hipótese, era da Justiça Comum, mas o STF, em recente pronunciamento, explicitou que a competência é mesmo da Justiça do Trabalho:

“Ementa: Agravo regimental em Recurso Extraordinário. Constitucional. Competência em razão da matéria. Indenização por danos morais e patrimoniais, decorrentes de acidente do trabalho. Ação ajuizada ou assumida pelos dependentes do trabalhador falecido. Competência da Justiça Especial. Compete à Justiça do Trabalho apreciar e julgar pedido de indenização por danos morais e patrimoniais, decorrentes de acidente do trabalho, nos termos da redação originária do artigo 114 c/c inciso I do artigo 109 da Lei Maior. Precedente: CC 7.204. Competência que remanesce ainda quando a ação é ajuizada ou assumida pelos dependentes do trabalhador falecido, pois a causa do pedido de indenização continua sendo o acidente sofrido pelo trabalhador. Agravo regimental desprovido”. STF. 1ª Turma, RE-AgR 503.043/SP Rel.: Ministro Carlos Ayres Britto, DJ 01 jun. 2007.

O acidente do trabalho fatal repercute intensamente no núcleo familiar do falecido, mas projeta seus reflexos dolorosos a todos que de alguma forma estavam a ele vinculados afetivamente. O passamento repentino do trabalhador que saiu de casa para ganhar a vida, mas paradoxalmente a perde, causa “um profundo sentimento de dor, de pesar, de frustração, de ausência, de saudade, de desestímulo, de irrisignação”⁽³²⁾. Como observa Sérgio Severo, “se a morte de alguém não aniquila o espírito das pessoas que lhe querem, com certeza amputa-lhes uma importante parte do seu patrimônio afetivo”⁽³³⁾.

³² CAHALI. Yussef Said. *Dano moral*, 2005, p. 114.

³³ SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*, 1996, p. 25.

Com efeito, os danos causados pelo óbito atingem reflexamente outros parentes ou mesmo terceiros que compartilhavam da convivência do acidentado. São os chamados danos morais indiretos ou em ricochete, decorrentes do ato ilícito. O mesmo acontece nos acidentes graves que deixam o trabalhador com invalidez permanente total, alterando por completo sua rotina de vida.

Se é verdade que todos os que se sentiram lesados são, potencialmente, titulares do direito à reparação dos danos morais e, ainda, que a morte projeta repercussões diretas e indiretas sobre um grande número de pessoas, como identificar, dentre aquelas atingidas, quem ou quais têm legitimidade para receber indenização?

A resposta não é tão simples, sobretudo em razão da ausência de previsão legal a respeito. Vejam que a morte poderá causar sofrimento intenso, conforme as circunstâncias, para o cônjuge, filhos, pais, netos, avós, sobrinhos, tios, genros, noras, primos etc. Sem falar nas situações decorrentes da união estável, ligações homossexuais duradouras, noivos, afilhados, amigos íntimos, ex-cônjuge e inúmeras situações que poderão surgir na apreciação do caso concreto.

Por outro lado, se vier a ser deferida a reparação para todos os que de algum modo sentiram a dor da perda, há o risco de estender demasiadamente o âmbito da indenização, podendo gerar uma indesejável banalização do dano moral. Vale lembrar que no caso do dano material, aqui invocado por analogia, o Código Civil estabeleceu que somente serão ressarcidos os danos diretos e imediatos (art. 403).

Predomina, portanto, o entendimento de que a abrangência do dano moral passível de indenização é mais restrita. A maior dificuldade é conseguir formular um critério seguro para estabelecer essa delimitação.

Quando nos deparamos com essas demandas, o primeiro pensamento sugere que os beneficiários da reparação serão os membros do núcleo familiar mais íntimo da vítima. Mas essa colocação deve ser analisada com cautela, porque nas últimas décadas ocorreu no Brasil uma mudança significativa no perfil demográfico. A família, no sentido estrito, encolheu e a natureza do vínculo afetivo diversificou-se. Além disso, os membros da família, em razão das demandas profissionais, podem estar espalhados por diversas localidades distantes, não havendo mais aquela convivência de proximidade, a não ser para um grupo reduzido.

O Código Civil de 1916 estabelecia no parágrafo único do art. 76: “O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família”. Essa regra, contudo, não foi acolhida no Código de 2002. Talvez pudéssemos fazer alguma analogia com a previsão estampada no parágrafo único do art. 12⁽³⁴⁾.

Em Portugal o Código Civil⁽³⁵⁾ tem disposição expressa sobre os

³⁴ Código Civil. Art. 12. Parágrafo único: “Em se tratando de morto, terá legitimidade para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau”.

³⁵ Aprovado pelo Decreto-lei n. 47.344 de 25 nov. 1966.

beneficiários da indenização por danos morais (ou danos não patrimoniais), sendo que a existência dos parentes mais próximos exclui do direito os mais afastados:

“Art. 496º 2. Por morte da vítima, o direito à indenização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes; e, por último, aos irmãos ou sobrinhos que os representem”.

De certa forma há um consenso doutrinário e jurisprudencial de que o núcleo familiar básico, formado por aqueles que tenham residido sob o mesmo teto, convivendo diariamente com a vítima, são partes legítimas para postular a indenização por dano moral. Na maioria das vezes, as ações têm sido ajuizadas pelo cônjuge sobrevivente, isoladamente ou em conjunto com os filhos da vítima. Aliás, o STF, em decisão de 1967, já mencionava: “O dano decorrente da morte de uma pessoa, ligada a outra por vínculo de sangue, é presumido, daí, o direito a indenização” ⁽³⁶⁾.

Como visto, há uma presunção de danos morais para os componentes do núcleo familiar mais íntimo da vítima. No entanto, adverte *Cavaliere Filho* que “só em favor do cônjuge, companheira, filhos, pais e irmãos menores há uma presunção *juris tantum* de dano moral por lesões sofridas pela vítima ou em razão de sua morte. Além dessas pessoas, todas as outras, parentes ou não, terão que provar o dano moral sofrido em virtude de fatos ocorridos com terceiros” ⁽³⁷⁾.

Apesar da presunção mencionada, importa salientar que o laço de parentesco não é o fator decisivo para o julgamento da legitimidade, porquanto o pressuposto básico é o laço afetivo ⁽³⁸⁾. Como pondera *Aguiar Dias*, há mortes que causam alívio e não aflição aos parentes, enquanto, muitas vezes, terceiros experimentam sofrimento intenso pela morte de alguém ⁽³⁹⁾.

Ao trabalhar o tema dos legitimados à reparação pelo dano moral, *Caio Mário* constata a complexidade da matéria, mas sugere alguns critérios de identificação:

“Onde a matéria se complica é quando um terceiro pretende a indenização por dano moral, em consequência da lesão sofrida por outrem (o pai em relação ao filho, deste em relação àquele, do marido quanto à mulher e vice-versa). O primeiro elemento a considerar é o grau do relacionamento entre a vítima e o demandante. O segundo, são as circunstâncias de fato, se os cônjuges, posto não legalmente

³⁶ Cf. STF. 1ª Turma. RE n. 59358/GB, Rel.: Ministro Djaci Falcão, julgado em 05 jun. 1967.

³⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 2007, p. 84.

³⁸ Na opinião do juiz paulista *Ronaldo Alves de Andrade*, além dos familiares nucleares, “são legitimados ao pleito de dano moral decorrente do homicídio, aquelas pessoas muito próximas à vítima e que com ela mantinham especial relação afetiva e que por essa razão experimentaram extremada dor moral em razão da perda do ente querido. É o caso da companheira, noiva ou namorada que durante anos mantinham estreita relação afetiva com a vítima e que muita vez sofrem mais a perda do que os próprios familiares. Destarte, nos parece injusta a solução que somente reconhece legitimidade aos familiares da vítima”. Cf. *Dano moral à pessoa e sua valoração*, 2000, p. 163.

³⁹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, v. II, 1995, p. 794.

separados, o estão de fato; se o filho é rompido com o pai; e outras circunstâncias de fato ponderáveis. Em terceiro lugar, o que inspira o juiz a existência de ‘dor real e profunda’ a que se referem Mazeaud e Tunc, circunstância esta que Yves Chartier qualifica como ‘necessariamente subjetiva’” (40).

Afirma Carlos Alberto Bittar que “as pessoas legitimadas são, exatamente, aquelas que mantêm vínculos firmes de amor, de amizade ou de afeição, com os parentes mais próximos; os cônjuges que vivem em comum; os unidos estavelmente, desde que exista a efetiva aproximação...” (41). Na concepção de *Vilson Rodrigues Alves* são legitimadas para postular o dano moral “as pessoas mais próximas da vítima, porquanto essa proximidade suscita o vínculo de afeição e, com a ruptura dele, o que traduz empiricamente o dano apatrimonial, pela diminuição do que a dor acarreta à energia da vida” (42).

Por tudo que foi exposto, é imperioso concluir que a identificação dos legitimados para postular indenização por dano moral dependerá muito das especificidades do caso concreto, de acordo com o prudente convencimento do juiz. Com certeza o ponto de partida será sempre o núcleo familiar restrito, dos que mantinham convivência mais íntima com a vítima e que são presumivelmente aqueles diretamente afetados. Outros pretendentes também poderão lograr êxito, desde que apresentem provas convincentes de laço afetivo duradouro com a vítima e dos efeitos danosos causados pela morte, de modo a justificar o deferimento da reparação por danos morais. Para finalizar este tópico, vale citar alguns julgados a respeito do tema:

“Responsabilidade civil. Morte. Dano moral. Legitimidade e interesse de irmãos e sobrinhos da vítima. Circunstâncias da causa. Convívio familiar sob o mesmo teto. Ausência de dependência econômica. Irrelevância. Precedente da turma. I - A indenização por dano moral tem natureza extrapatrimonial e origem, em caso de morte, no sofrimento e no trauma dos familiares próximos das vítimas. Irrelevante, assim, que os autores do pedido não dependessem economicamente da vítima. II - No caso, em face das peculiaridades da espécie, os irmãos e sobrinhos possuem legitimidade para postular a reparação pelo dano moral”. STJ. 4ª Turma. REsp 239.009/RJ, Rel.: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 4 set. 2000.

“Responsabilidade Civil. Indenização. Dano extrapatrimonial. Morte de

⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, 2002, p. 317.

⁴¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*, 1999, p. 156, nota de rodapé n. 277.

⁴² ALVES, Vilson Rodrigues. *Acidentes de trânsito e responsabilidade civil*, v. II, 2002, p. 756. Esse mesmo autor afirma em nota de rodapé, na página indicada, que “não é a dor que se indeniza. É o que a dor diminui da energia vital. Rigorosamente, o dano moral não é essa dor, mas o que essa dor acarreta”.

irmã. Os irmãos têm direito à reparação do dano moral sofrido com a morte da irmã, sendo presumidamente maior a dor da irmã viúva que morava em companhia da vítima, diferente do irmão, casado, residente em outro endereço. Recurso conhecido em parte e parcialmente provido”. STJ. 4ª Turma. REsp 254.318/RJ, Rel.: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 22 mar. 2001.

“Ementa: Responsabilidade civil - Dano moral e material - Acidente de trabalho que causa paraplegia ao marido e pai - Dano reflexo - Sofrimento dos familiares - Dever de indenizar. A extensão dos danos morais aos membros da família se torna inevitável, pois em decorrência do princípio da solidariedade familiar. Os membros ligados pelo sangue, afeto e amor, auxiliam o pai e marido debilitado, buscando facilitar e amenizar a convivência com a nova situação, condignamente, tentando, sempre que possível, abrandar o sofrimento, que no caso da paraplegia se torna patente. O direito de indenizar o abalo emocional dos familiares deflui do próprio princípio do direito à saúde, uma vez que, pela sua releitura podemos compreendê-lo como o completo bem-estar psicofísico e social”. Minas Gerais. TJMG. 4ª Câ. Cível. Apelação cível nº 1.0024.05.579590-0/001, Rel.: Dárcio Lopardi Mendes - DJ 19 abr. 2007.

9. TRANSMISSIBILIDADE DO DANO MORAL

Uma corrente doutrinária defende que o dano moral tem caráter personalíssimo, não sendo, portanto, transmissível com a herança, já que a personalidade desaparece com a morte do seu titular. Nessa linha de raciocínio observa o clássico *Wilson Melo da Silva*:

“Os danos morais dizem respeito ao foro íntimo do lesado. Seu patrimônio ideal é marcadamente individual, e seu campo de incidência o mundo interior de cada um de nós. (...) Os bens morais são inerentes à pessoa, incapazes, por isso, de subsistir sozinhos. Desaparecem com o próprio indivíduo. Podem os terceiros compartilhar de minha dor, sentindo, eles próprios, por eles mesmos, as mesmas angústias que eu. O que se não concebe, porém, é que as minhas dores, as minhas angústias, possam ser transferidas de mim para o terceiro. Isto seria atentatório da própria natureza das coisas e, materialmente, impossível. Não existe, pois, o *jus hereditatis* relativamente aos danos morais, tal como acontece com os danos puramente patrimoniais. A personalidade morre com o indivíduo, arrastando atrás de si todo o seu patrimônio. Só os bens materiais sobrevivem ao seu titular” (43).

⁴³ SILVA, Wilson Melo da. *O Dano moral e sua reparação*, 1983, p. 649. No mesmo sentido pontua Yussef Cahali: “Não se adquire esse direito por sucessão, nem é ele transmissível aos herdeiros do seu titular. Direito personalíssimo, atrelado, aliás, aos direitos da personalidade, só o respectivo titular

O Código Civil argentino adota expressamente como regra a corrente da intransmissibilidade do direito à indenização pelo dano moral, salvo quando a ação tiver sido ajuizada pelo defunto (44).

Cumprindo assinalar, porém, que mesmo para os defensores dessa corrente, poderiam os dependentes da vítima reclamar a indenização, mas agindo em nome próprio, pelo seu dano moral pessoal, a dor de cada um, e não como direito do acidentado transmitido pela via hereditária.

Já os defensores da transmissibilidade, como o também clássico *Aguar Dias*, argumentam que “a ação de indenização se transmite como qualquer outra ação ou direito aos sucessores da vítima. Não se distingue, tampouco, se a ação se funda em dano moral ou patrimonial. A ação que se transmite aos sucessores supõe o prejuízo causado em vida da vítima. Porque a um morto não se pode causar nenhum dano” (45).

A controvérsia, todavia, a despeito dos sábios fundamentos mencionados, pode ser colocada sob outro enfoque mais esclarecedor, que permite superar o antagonismo, sem contrariar, na essência, a lição dos mestres.

Logo que acontece o dano injusto, ocorre também o fato gerador do direito à sua reparação. O Código Civil atual estabelece: violado o direito, nasce para o titular a pretensão (art. 189). E como essa reparação normalmente é feita em dinheiro, o patrimônio da vítima já passa a contar com aquele provável crédito. Ora, como a herança é considerada um todo unitário (art. 1.791 do Código Civil), também o crédito que poderá resultar daquela ação integra a universalidade dos bens que a compõem.

Adotando-se essa linha de raciocínio, pode-se perceber que, de fato, o dano moral não é transmissível. É mesmo uma questão de lógica incontestável. O que se transmite é o direito de acionar o responsável para reparar o dano causado à vítima quando viva. O art. 943 do Código Civil atual prevê expressamente: “O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança”. Não fosse assim, a morte da vítima seria um prêmio para o lesante, que estaria exonerado da obrigação. Em síntese, o dano sofrido pela vítima tem natureza moral, mas a sua reparação, ao contrário, tem caráter patrimonial.

A abordagem do problema por esse enfoque foi realizada, há muito, por *Leon Mazeaud*, merecendo transcrição, pela sua lucidez:

“O herdeiro não sucede no sofrimento da vítima. Não seria razoável admitir-se que o sofrimento do ofendido se estendesse ao herdeiro e este, fazendo seu o sofrimento do morto, acionasse o responsável a fim de indenizar-se da dor alheia.

se legítima para o seu exercício, e ninguém pode fazê-lo por ele; não exercido em vida pelo beneficiário, esse direito à reparação do dano moral fenece, levando o beneficiário para seu túmulo toda a consternação de um dano moral não reparado’ Cf. *Dano moral*, 2005, p. 171.

⁴⁴ Argentina. Código Civil. “Art. 1.099. Si se tratare de delitos que no hubiesen causado sino agravio moral, como las injurias o la difamación, la acción civil no pasa a los herederos y sucesores universales, sino cuando hubiese sido entablada por el difunto”.

⁴⁵ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, v. II, 1995, p. 802.

Mas é irrecusável que o herdeiro sucede no direito de ação que o morto, quando vivo ainda, tinha contra o autor do dano. Se o sofrimento é algo pessoal, a ação de indenização é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos herdeiros. Sem dúvida a indenização paga ao herdeiro não apaga ou elimina o sofrimento que afligiu a vítima. Mas também é certo que, se a vítima, ela mesma, houvesse recebido uma indenização, não eliminaria igualmente a dor que houvesse padecido. O direito a uma indenização simplesmente ampliou seu patrimônio. A indenização cumpre a sua finalidade compensatória, antes como depois do falecimento da vítima, com as mesmas dificuldades que resultam da reparação de um prejuízo moral por uma indenização pecuniária. Dano moral por ser de natureza extrapatrimonial, não comunica esta particularidade à ação de indenização” (46).

Em sintonia com esse entendimento, enfatizou *Mário Moacyr Porto* que “o sofrimento em si, é intransmissível, a dor não é ‘bem’ que componha o patrimônio do *de cuius*. O que se transmite por direito hereditário, é o direito de acionar o responsável, é a faculdade de perseguir em juízo o autor do dano, quer material ou moral. Tal direito é de natureza patrimonial, e não extrapatrimonial” (47).

Está predominando a corrente que defende a natureza patrimonial da ação indenizatória e conseqüentemente o seu caráter de hereditariedade, quando a vítima falece no curso da referida ação. Alinham-se nesse sentido, entre outros, *Aguiar Dias*, *Sérgio Cavalieri*, *Maria Helena Diniz*, *Arnaldo Rizzardo*, *Carlos Roberto Gonçalves*, *Carlos Alberto Bittar e Sérgio Severo* (48). Em sentido contrário manifestam-se *Rui Stoco*, *Yussef Said Cahali e Aparecida Amarante* (49).

Diante do que foi exposto, depreende-se que se a morte ocorrer quando o acidentado já tiver ajuizado a ação indenizatória a respeito do dano moral, ocorre automaticamente a transmissão do eventual crédito para os herdeiros (Art. 943 do Código Civil combinado com art. 43 do CPC). Nesse aspecto está sedimentada a jurisprudência:

“Agravado de Instrumento. Indenização por dano moral. Direito personalíssimo. Processo em curso. Sucessão. O falecimento do autor no

46 MAZEAUD, Leon. *Recueil Critique Dalloz*, 1943, p. 46, *Apud* Mário Moacyr Porto. “Dano moral”, in *Revista dos Tribunais*, ano 73, v. 590, dez. 1984, p. 39.

47 PORTO, Mário Moacyr. “Dano moral”, in *Revista dos Tribunais*, ano 73, v. 590, dez. 1984, p. 39.

48 DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, v. II, 1995, p. 802; CAVALIERI FILHO, Sérgio, *Programa de responsabilidade civil*, 2007, p. 85; DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*, v. 7, 2002, p. 151; RIZZARDO, Arnaldo. *A reparação nos acidentes de trânsito*, 2001, p. 247; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil*, v. 11, 2003, p. 351; BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*, 1999, p. 157; SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*, 1996, p. 33.

49 STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*, 2007, p. 254; CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*, 2005, pp. 171 e 802-807; AMARANTE, Aparecida. *Responsabilidade civil por dano à honra*, 1996, p. 141.

curso do processo em que busca a reparação por dano moral não impede a continuação da demanda por intermédio de seus sucessores, vez que o direito reconhecido já ganhou contornos patrimoniais. Agravo não provido”. TST - 4ª Turma. AIRR n. 35806/2003-007-11-40, Rel.: Juíza convocada Maria Doralice Novaes, DJ 08 jun. 2007.

“Processual civil. Recurso especial. Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos morais e materiais. Morte da vítima. Legitimidade ativa do espólio. Na linha da jurisprudência desta Corte, o espólio detém legitimidade para suceder o autor na ação de indenização por danos morais. Precedentes”. STJ. 4ª Turma. REsp 648191/RS, Rel.: Ministro Jorge Scartezzini, DJ 06 dez. 2004.

O problema, no entanto, fica um pouco mais complexo quando a vítima do acidente do trabalho falece antes de ajuizar a ação reparatória.

Se ocorreu a morte imediata, não há falar em transmissão do direito de acionar o causador do dano moral, porque a vítima não sobreviveu ao acidente de modo a experimentar pessoalmente todas as agruras oriundas do infortúnio. Na hipótese, os familiares, dependentes ou os que se sentirem de algum modo lesados poderão intentar ação *jure proprio*, para obter a reparação do dano moral. Não agirão na condição de sucessores da vítima, mas como autores, em nome próprio, buscando a indenização cabível.

O espólio, em tal circunstância, não detém legitimidade para postular a indenização por dano moral porque o eventual direito é daqueles indiretamente lesados (dano em ricochete) e não necessariamente dos herdeiros. O possível valor da indenização não chegou a compor o patrimônio do acidentado morto e, portanto, não faz parte da herança a ser inventariada e repartida aos herdeiros. Nessa hipótese os titulares do direito à indenização pelos danos morais devem ingressar em juízo em nome próprio e não como sucessores do morto. Daí a conveniência de sanear adequadamente o processo por ocasião da primeira audiência (art. 13 do CPC) para evitar a posterior extinção do processo. Vejam a jurisprudência:

“Espólio – Ação relativa a direitos de natureza não-hereditária – Illegitimidade ativa. O espólio, herança ou monte-mor, figura do Direito das Sucessões, é o conjunto de bens constitutivos do patrimônio material e moral do de cujus e que, pelo fato da morte, transmitir-se-á aos seus herdeiros. Nasce o espólio no momento em que se abre a sucessão e perdura tão-somente até o trânsito em julgado da sentença de partilha, quando os bens que compõem aquela universalidade são repartidos entre os interessados. Indo os bens do falecido para outras pessoas, extingue-se a comunhão hereditária e o espólio desaparece. A legitimidade ad causam do espólio alcança, pois, tão-somente as ações relativas a direitos transmissíveis, não abrangendo aqueles desprovidos de caráter hereditário,

tais como o direito ao recebimento de indenização por danos materiais (pensionamento) e por danos morais, sofridos individualmente pelos herdeiros em razão do desenlace. Titular desses direitos não é o espólio, mas cada um dos lesados, a quem cabe defendê-los em nome próprio. Processo que se extingue, de ofício, em face da carência da ação, por ilegitimidade ativa do espólio. Minas Gerais. TRT. 3ª Reg. 2ª Turma. RO n. 01327-2005-062-03-00-1, Rel.: Juiz Sebastião Geraldo de Oliveira, DJ 10 fev. 2006.

Responsabilidade civil do Estado. Dano moral decorrente de morte causada por acidente de trabalho. Espólio. Ilegitimidade. Direito pessoal dos herdeiros. Controvérsia gravitante em torno da legitimidade ativa do espólio para pleitear a reparação por dano moral resultante do sofrimento causado à família do de cujus, em decorrência de seu abrupto falecimento em acidente de trabalho. O artigo 1.526, do Código Civil de 1916 (atual artigo 943, do CC-2002), ao estatuir que o direito de exigir reparação, bem como a obrigação de prestá-la, transmitem-se com a herança (*droit de saisine*), restringe-se aos casos em que o dever de indenizar tenha como titular o próprio de cujus ou sucessor, nos termos do artigo 43, do CPC. Precedentes desta Corte: RESP 648191/RS, Relator Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, DJ de 06.12.2004; RESP 602016/SP, Relator Ministro Castro Filho, Terceira Turma, DJ de 30.08.2004; RESP 470359/RS, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ de 17.05.2004; AgRg no RESP 469191/RJ, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ de 23.06.2003; e RESP 343654/SP, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ de 01.07.2002. Deveras, cedo que nem sempre há coincidência entre os sujeitos da lide e os sujeitos do processo, restando inequívoco que o dano moral pleiteado pela família do de cujus constitui direito pessoal dos herdeiros, ao qual fazem jus, não por herança, mas por direito próprio, deslegitimando-se o espólio, ente despersonalizado, nomine proprio, a pleiteá-lo, posto carecer de autorização legal para substituição extraordinária dos sucessores do falecido. Recurso especial desprovido. STJ. 1ª Turma. REsp n. 697.141, Rel.: Ministro Luiz Fux, DJ 29 maio 2006.

Outra hipótese comum é aquela em que o acidentado sobreviveu lucidamente por algum tempo, porém, morreu quando estava preparando o ajuizamento da ação. Já havia, por exemplo, separado documentos, contratado advogado ou manifestado a sua intenção de obter a justa compensação dos danos morais experimentados. Nesse caso, entendemos que os herdeiros, como sucessores, ou mesmo o espólio têm legitimidade para ajuizar ação postulando a indenização por dano moral que a vítima efetivamente experimentou e indubitavelmente expressou.

Como observam *Carlos Alberto Direito* e *Sérgio Cavalieri*, “podem os herdeiros ajuizar ação para haver o ressarcimento relativo ao dano moral causado ao

autor da herança, desde que demonstrem que o próprio lesado sinalizou o seu sofrimento moral, a sua indignação, a sua revolta, o seu repúdio em relação ao ato ilícito que origina o pedido de indenização formulado pelos herdeiros, embora não tenha em vida iniciado a ação correspondente” (50).

Resta analisar a situação em que a vítima, apesar de ter sobrevivido lucidamente ao acidente, não esboçou qualquer desejo de buscar a reparação do dano moral, nem mesmo manifestou o seu inconformismo.

Se, por razões pessoais, o acidentado não se sentiu atingido moralmente, torna-se difícil falar em direito de reparação transmitido com a universalidade dos bens da herança. É que ele não contava com o valor da eventual indenização no seu patrimônio, ou por não ter se sentido lesado, ou por ter renunciado ao direito por razões de foro íntimo. O Ministro do STJ, *Ari Pargendler*, por ocasião do seu voto-vista no julgamento do Recurso Especial n. 302.029, aduziu a respeito: “Em princípio, portanto, o direito à indenização pelo dano moral se transmite hereditariamente. Mas, para esse efeito, é preciso, salvo melhor juízo, que a vítima, tenha, em vida, sentido o dano moral que os herdeiros querem ver reparado”.

É certo, no entanto, que o comportamento do acidentado enquanto vivo, optando por não reclamar a reparação do dano moral não prejudica os interesses dos seus familiares ou outros lesados indiretos, que poderão buscar a eventual indenização do dano extrapatrimonial em nome próprio.

10. ARBITRAMENTO DA INDENIZAÇÃO QUANDO HÁ VÁRIOS TITULARES

Neste passo vamos tecer algumas considerações sobre o arbitramento do dano moral quando há pluralidade de legitimados ativos, integrantes ou não do núcleo familiar mais restrito. A indenização deverá ser fixada em valor único para rateio entre os diversos credores ou atribuída separadamente a cada um?

Discorrendo a respeito do assunto, assevera *Carlos Alberto Bittar* que há “plena autonomia do direito de cada lesado, de sorte que, nas demandas do gênero se atribuem indenizações próprias e individualizadas aos interessados: assim acontece, por exemplo, quanto a mulher e filho, com respeito à morte provocada do marido ou pai (...). Nada impede se faça sob litisconsórcio o pleito judicial, quando admissível, mas cada demandante faz jus a indenização compatível com a sua posição” (51).

De acordo com o magistério de *Humberto Theodoro Júnior* seria preferível atribuir a indenização ao “núcleo familiar como uma unidade ou uma comunidade” (52). Em obra específica a respeito do dano moral, o jurista mineiro explica com mais vagar

⁵⁰ DIREITO, Carlos Alberto Menezes, CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil*, v. XIII, 2007, p. 360.

⁵¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*, 1999, p. 157.

seu pensamento:

“Definidos os parentes a serem indenizados, remanesce outro problema sério: o cálculo da indenização será feito de modo a multiplicar a verba reparatória pelo número de parentes do ofendido, ou se apurará um valor geral a ser rateado entre os membros do clã? Sempre nos pareceu que a indenização do dano moral não deve ser apurada de maneira diversa do que se passa com o dano material. Assim como o pensionamento se estipula em bloco para a família, também a indenização da dor moral deve ser única, e não repetida inúmeras vezes diante de cada parente que compareça em juízo em busca de reparação”⁽⁵³⁾.

Se os danos morais decorrentes do acidente do trabalho fatal atingiram diretamente ou por ricochete diversas pessoas, não padece dúvida de que a pretensão reparatória é individual de cada lesado, podendo ser apresentada em juízo separadamente ou em litisconsórcio. Contudo, considerando que na apuração do dano material o valor da pensão é rateado entre os beneficiários, como argumentou *Humberto Theodoro*, é razoável também que o montante da indenização por dano moral seja fixado de forma global para o conjunto dos credores, solução essa que vem tendo acolhimento na jurisprudência mais autorizada⁽⁵⁴⁾.

A indenização única ou fixada em bloco evita que ocorra elástico excessivo da condenação, com o risco de desviar a reparação do dano moral de suas finalidades básicas. Nessa linha de raciocínio colhe-se o entendimento do civilista *Rui Stoco*:

⁵² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, v. III, t. 2, p. 49.

⁵³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*, 2001, p. 94.

⁵⁴ “**Responsabilidade Civil. Dano moral. Morte de esposa e mãe.** Deferimento de indenização equivalente a 500 salários-mínimos, a ser repartida igualmente entre os beneficiários. Recurso conhecido em parte pela divergência e provido parcialmente”. STJ. 4ª Turma. REsp 163484/RJ, Rel.: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 20 ago.1998.

“**Ação indenizatória. Falecimento de esposa e filho menor. Dano moral e material.** Ao reconhecer que os autores - esposo e pai, filhos e irmãos das vítimas - fazem também jus ao ressarcimento pelos danos materiais e morais sofridos, pode o STJ, em face do preceituado no art. 257 do Regimento Interno, aplicar o direito à espécie, definindo, de logo, na medida em que possível, à luz dos fatos incontroversos existentes nos autos, a indenização e/ou seus parâmetros respectivos, consoante cada uma das postulações feitas na inicial. Dano moral devido como compensação pela dor da perda e ausência suportadas pelos autores, no equivalente a 500 (quinhentos) salários mínimos por cada uma das vítimas, a serem repartidos equitativamente, consideradas as circunstâncias dos autos”. STJ. 4ª Turma. REsp 41614/SP, Rel.: Ministro Aldir Passarinho Junior, julgado em 21 out. 1999.

“**Acidente do trabalho. Dano moral:** Embora o dano moral seja individual, a quantificação da indenização devida a cada um dos familiares deve atenção também ao montante global para não se onerar excessivamente o agente responsável. Fixação da indenização em valores diferenciados, conforme a proximidade do laço familiar”. Rio Grande do Sul. TJRS. 9ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 70003117819, Rel.: Des. Paulo Tarso Vieira Sanseverino, julgada em 28 dez. 2001.

“Não se pode pôr em dúvida que a compensação do *pretium doloris* é uma só. Se ingressa em juízo um só legitimado, terá direito a um determinado valor. Por exemplo, 200 salários mínimos. Se ingressam dois ou mais legitimados, deverão repartir entre si os mesmos 200 salários mínimos, e assim por diante. E se posteriormente outro legitimado pleiteia reparação pelo mesmo fato, quando outro já tenha obtido aquele valor em ação judicial, só restará a este último pleitear parte desse valor daquele que já recebeu e não pretender ‘valor novo’. Assim não fosse e então estar-se-ia diante de verdadeira indústria da indenização, criando-se insuportável ‘bola de neve’, o que não se admite”⁽⁵⁵⁾.

11. CONTROLE DO MONTANTE INDENIZATÓRIO PELO TST

Como não há parâmetros legais para o arbitramento da indenização por danos morais, fica ao prudente arbítrio do juiz fixar o valor da condenação, de acordo com as especificidades do caso concreto, conforme acima mencionado. No entanto, em algumas ocasiões, tem ocorrido arbitramento de valores extremamente elevados ou propositadamente módicos. Nas duas hipóteses há prejuízo para a ciência jurídica e descrédito para o Poder Judiciário, podendo, paradoxalmente, “desmoralizar” o avançado instituto do dano moral. Se o valor for insignificante, permanece a revolta da vítima e o infrator não terá estímulo para alterar sua conduta; se for exagerado, causará o enriquecimento da vítima e o inconformismo do infrator pela desproporção da penalidade.

Diante de tais ocorrências, o Superior Tribunal de Justiça, desde 1997, em casos excepcionais, vem atuando no sentido de estabelecer certa razoabilidade nas indenizações por danos morais, para evitar os abusos da fixação de valores irrisórios ou exorbitantes. Enfatizam *Carlos Alberto Direito* e *Sérgio Cavaliere* que “diante dos excessos praticados com a imposição de verbas absurdas, fora da realidade, despropositadas, o Superior Tribunal de Justiça entendeu necessário rever em recurso especial o valor da indenização, superando o óbice da Súmula n. 07”⁽⁵⁶⁾. O Ministro do STJ *Nilson Naves*, relator do acórdão pioneiro sobre o controle do valor do dano moral (REsp n. 53.321), indicou nos fundamentos daquela decisão:

“Por maiores que sejam as dificuldades, e seja lá qual for o critério originariamente eleito, o certo é que, a meu ver, o valor da indenização por dano moral não pode escapar ao controle do Superior Tribunal de Justiça. Urge que esta Casa, à qual foram constitucionalmente cometidas tão relevantes missões, forneça e exerça controle, de modo a que o lesado, sem dúvida alguma, tenha reparação, mas de

⁵⁵ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*, 2007, p. 1712.

⁵⁶ DIREITO, Carlos Alberto Menezes, CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil*, v. XIII, 2007, p. 377.

modo também que o patrimônio do ofensor não seja duramente ofendido. O certo é que o enriquecimento não pode ser sem justa causa”.

Na mesma trilha do STJ, o Tribunal Superior do Trabalho está admitindo o processamento de Recurso de Revista para viabilizar a revisão do montante indenizatório a título de dano moral, nas hipóteses de arbitramento em valores excessivos ou irrisórios, de modo a garantir a observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, conforme artigo 5º, V, da Constituição da República:

“Embargos da reclamante. Recurso de revista. Conhecimento. Indenização. Montante arbitrado à condenação. A Turma, para concluir pela fixação do valor da indenização, em montante inferior àquele fixado pelo Regional, não incursionou na prova dos autos, mas amparou-se na inobservância dos critérios da proporcionalidade e razoabilidade preconizados no inciso V, do art. 5º, da CF, que restou violado em sua literalidade. Ausência de violação do art. 896 da CLT. Embargos não conhecidos”. TST. SBDI-I. E-ED-RR n. 530/1999-043-15-00.8, Rel.: Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, DJ 24 nov. 2006.

“Recurso de revista. Conhecimento. Indenização por dano moral e material. Valor da indenização. Critérios da proporcionalidade e da razoabilidade. O exame do conhecimento do Recurso de Revista em que se discute o quantum devido a título de indenização por dano moral e/ou material não está restrito aos pressupostos inscritos no art. 896 da CLT, visto que a fixação dessa indenização envolve a observância aos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, e a aferição da observância aos aludidos critérios não remete, necessariamente, ao campo da prova. Dessarte, pode a Turma desta Corte, com base no quadro fático descrito pelo Tribunal Regional, concluir que a indenização fixada atendeu a ditos critérios. Na hipótese dos autos, sem incursionar na prova, é possível verificar que o Tribunal Regional, ao fixar o quantum da indenização, observou os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade preconizados no inc. V do art. 5º da Constituição da República. Recurso de Revista de que não se conhece”. TST. 5ª Turma. RR n. 1170/2002-108-03-00, Rel.: Ministro João Batista Brito Pereira, DJ 20 abr. 2007.

“Danos morais. Proporcionalidade na fixação do quantum debeatur. Caráter excepcional da intervenção desta corte. Embora as Cortes Superiores venham admitindo rever o valor fixado nas instâncias ordinárias a título de indenização por danos morais, essa atividade deve ser exercida de forma parcimoniosa, visando a reprimir apenas as quantificações estratosféricas ou excessivamente módicas. 2. No caso, o valor fixado a título de danos morais revelase compatível com a lesão perpetrada, não se justificando a excepcional intervenção desta Corte. Agravo de Instrumento a que se nega provimento”. TST. 3ª Turma.

AIRR n. 1211/2003-001-19-40, Rel.: Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJ 04 maio 2007.

12. O DANO MORAL NA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

Estando presentes os pressupostos para o deferimento da reparação por danos materiais, é cabível também a indenização por danos morais. Assim, mesmo quando se adota como fundamento da reparação a responsabilidade civil objetiva, ou seja, aquela que independe de culpa do causador do dano, não há qualquer impedimento para a condenação relativa aos danos morais. De qualquer forma, a questão comporta alguns ajustes e temperamentos na dosimetria do *quantum* indenizatório.

Conforme já enfatizamos, a indenização por danos morais tem duas finalidades básicas: dar uma compensação para a vítima e punir, pedagogicamente, o infrator pela sua conduta. Ocorre que nas hipóteses em que o deferimento da indenização tem como fundamento tão-somente a teoria do risco, especialmente quando ausente qualquer prova de culpa do empregador no acidente, parece não haver espaço para considerar o efeito punitivo da indenização. Sem dúvida a finalidade de compensar a vítima continua; todavia, se não foi a conduta do réu que gerou o acidente, mas sim um risco inerente à atividade, é pelo menos questionável o aspecto da condenação com propósito punitivo-pedagógico.

Não se deve esquecer que o grau de culpa do empregador no acidente deve ser considerado para o arbitramento da indenização pelo dano moral, tanto que o art. 944 do Código Civil estabelece no parágrafo único: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

Diante desse preceito legal cabe indagar: E quando não houver culpa alguma do empregador, mas apenas condenação pela teoria do risco, a redução equitativa da indenização é também cabível?

Acreditamos que a resposta seja positiva e que o norte fundamental da fixação do montante indenizatório será mesmo a equidade, que foi expressamente mencionada no dispositivo transcrito. É oportuno citar nesse sentido o entendimento doutrinário de *Roger Silva Aguiar*:

“O *quantum* a ser indenizado - se a obrigação de indenizar envolverá a reparação integral, parcial ou mesmo se aproximar de zero - é uma questão a ser decidida à luz dos dispositivos contidos no Capítulo II, dos quais sobressai o artigo 944, parágrafo único. O aludido dispositivo é inequivocamente a válvula reguladora da norma contida no artigo 927, parágrafo único, importando ressaltar de imediato sua construção também sob bases valorativas: ‘poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização’. (...) O artigo 944, parágrafo único, desempenha

o papel de complementar o trabalho valorativo do aplicador do direito quando este se inicia no artigo 927, parágrafo único. A possibilidade de ‘calibrar’ o valor da indenização, segundo a participação do agente na origem do dano, apresenta-se como peça-chave na construção de uma solução equitativa na distribuição do ônus de arcar com o prejuízo” (57).

Convém ressaltar neste passo o papel cada vez mais destacado que a doutrina e o legislador estão atribuindo à equidade para dimensionar a justa reparação do dano, principalmente quando se trata de dano moral. Aliás, em juízo de equidade pode-se chegar até ao ponto de indeferir a indenização, mesmo havendo o dano, conforme previsto no art. 928, parágrafo único, do Código Civil: “A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem”.

Como se vê, no campo das indenizações por acidentes do trabalho o juiz dispõe de um poder discricionário mais elástico para proferir o julgamento, em razão das peculiaridades e conseqüências do caso concreto que não podem ser ignoradas. No Estado Democrático de Direito, a superação de certos postulados de cunho estritamente patrimonialista produz como efeito a relativização de princípios até então invioláveis, para colocar em proeminência os valores axiológicos da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, sem distinção essencial entre o autor e o réu. Como assevera o Ministro *Carlos Alberto Reis de Paula*, apoiado em *Carnelutti*, “o escopo do processo não é a simples composição, mas a justa composição da lide” (58).

13. CONCLUSÃO

É inegável que a Justiça do Trabalho vive um momento histórico singular, rico em mudanças e com intensa renovação de idéias. Estamos ao mesmo tempo consolidando os avanços rumo ao Estado Democrático de Direito, de acordo com os princípios fundamentais da Constituição de 1988, assimilando os conceitos novos do Código Civil de 2002 e conhecendo as outras matérias decorrentes da ampliação de competência implementada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, sem contar as freqüentes mudanças legislativas. Parece que ingressamos numa era de reformas permanentes, na qual predomina a idéia de renovação continuada.

Diante desse quadro de efervescência, é natural que haja muitas questões polêmicas, que geram substancial debate doutrinário, e a indenização

⁵⁷ AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade civil objetiva - Do risco à solidariedade*, 2007, p. 90.

⁵⁸ PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*, 2001, p. 193.

pelos danos morais decorrentes dos acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais com certeza figura entre os assuntos de maior evidência. Procuramos neste artigo abordar as principais controvérsias e expor nosso ponto de vista. Esperamos, assim, que essas singelas considerações possam contribuir para a compreensão e a busca de respostas para os inúmeros questionamentos que o tema desperta.

14. BIBLIOGRAFIA

AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade civil objetiva - Do risco à solidariedade*. São Paulo: Atlas, 2007.

ALVES, Vilson Rodrigues. *Acidentes de trânsito e responsabilidade civil*. T. 2. Campinas: Bookseller, 2002.

AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade civil por dano à honra*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ANDRADE, Ronaldo Alves. *Dano moral à pessoa e sua valoração*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1990.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3ª ed. rev. atual. e ampl., 2ª t. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CUNHA GONÇALVES, Luiz da. *Tratado de Direito Civil: em comentário ao Código Civil português; adaptação ao direito brasileiro completada sob supervisão dos Ministros Orozimbo Nonato, Costa Manso e Vicente Ráo*. v. 12, t. 2. São Paulo: Max Limonad, 1957.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10ª ed. 2 v. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. 16ª ed., v. 7. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil*. v. 13. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil: parte especial: direito das obrigações*. v. 11. São Paulo: Saraiva, 2003.

LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético: responsabilidade civil*. 3ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2004.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2007.

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

PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9ª ed. 8ª t. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PORTO, Mário Moacyr. “Dano moral”. In *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 590, pp. 37-40, dez. 1984.

RIZZARDO, Arnaldo. *A reparação nos acidentes de trânsito*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 2ª ed. rev. e aum. São Paulo: LTr, 2007.

SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA FILHO, Artur Marques. “A responsabilidade civil e o dano estético”. In *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 689, pp. 38-47, mar. 1993.

SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 3ª ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. “A constitucionalização do Direito Civil: perspectivas interpretativas diante do novo Código”. In NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIÚZA, César; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima (Coord.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, v. 3, t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 4^a ed. Atual. e ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

Ingo Wolfgang Sarlet

Doutor em Direito (Universidade de Munique, Alemanha). Pós-Doutoramento junto ao Instituto Max-Planck de Direito Social Estrangeiro e Internacional (Munique), Universidade de Munique, Alemanha) e Georgetown Law Center (Washington-DC) Professor Titular de Direito Constitucional na Faculdade e no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da PUC/RS e na Escola Superior da Magistratura do RS. Juiz de Direito no RS.

A EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA JURÍDICA: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO¹

1) Considerações gerais; 2) Contornos do direito fundamental à segurança jurídica no Estado democrático de Direito e na Constituição Federal de 1988; 3) Segurança jurídica e proibição de retrocesso; 3.1 – Considerações de ordem geral; 3.2 – O problema da proibição de retrocesso e suas manifestações; 3.3 – Fundamentação jurídico-constitucional de uma proibição de retrocesso no Brasil, especialmente em matéria de direitos sociais; 3.3.1 – Os direitos fundamentais sociais e a crise do Estado social e democrático de Direito: o dilema da manutenção de níveis satisfatórios de proteção social num contexto de crise; 3.3.2 – O princípio da proibição de retrocesso na Constituição de 1988; 3.4 – Dignidade da pessoa, mínimo existencial e proteção da confiança como critérios materiais para aferição dos padrões de segurança (jurídica e social) no âmbito da proibição de retrocesso; 4 – Considerações finais.

O presente artigo versa sobre a íntima conexão entre o princípio da segurança jurídica, na condição de um dos elementos nucleares do Estado democrático de Direito, a

¹ Na elaboração deste texto (desenvolvido no âmbito de um projeto mais amplo envolvendo os direitos fundamentais sociais) contamos com o apoio decisivo do Instituto Max-Planck de Direito Social Internacional e Estrangeiro, sediado em Munique, Alemanha, onde desenvolvemos boa parte da nossa pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, notadamente em língua alemã, parte da qual acabou sendo utilizada neste trabalho. De modo particular, agradeço aos Professores Doutores Bernd Baron von Maydell, Hans Friedrich Zacher e Ulrich Becker, assim como aos Doutores e Pesquisadores Eva Maria Hohnerlein e Bernd Schulte, tanto pela generosa acolhida, quanto pelas valiosas informações e referências sobre o tema, agradecimentos extensivos aos demais pesquisadores e funcionários do Instituto, especialmente à equipe da biblioteca. Destaque-se, de outra parte, que o texto foi originalmente publicado na obra coletiva organizada pela Profa. Cármen Lúcia Antunes Rocha, *Constituição e*

dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, discutindo, em especial, a fundamentação, as possibilidades e os limites de um princípio da proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro.

Palavras-chave: segurança jurídica – proibição de retrocesso social – direitos fundamentais – dignidade da pessoa humana

1 - CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Mesmo que se saiba, pelo menos desde Heráclito, “que a imutabilidade não é um atributo das coisas deste mundo, que nada está em repouso e tudo flui” e que também para o Direito tal destino se revela inexorável², igualmente é certo de que o clamor das pessoas por segurança (aqui ainda compreendida num sentido amplo) e – no que diz com as mudanças experimentadas pelo fenômeno jurídico - por uma certa estabilidade das relações jurídicas, constitui um valor fundamental de todo e qualquer Estado que tenha a pretensão de merecer o título de Estado de Direito, de tal sorte que, pelo menos desde a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 o direito (humano e fundamental) à segurança passou a constar nos principais documentos internacionais e em expressivo número de Constituições modernas, inclusive na nossa Constituição Federal de 1988, onde um direito geral à segurança e algumas manifestações específicas de um direito à segurança jurídica foram expressamente previstas no artigo 5º, assim como em outros dispositivos da nossa Lei Fundamental.

Que também o direito à segurança (e isto vale mesmo limitando-nos à segurança jurídica) é marcado pela multifuncionalidade e complexidade inerente aos direitos fundamentais de um modo geral, assume feições de obviedade. No entanto, são justamente estas características, somadas aos inúmeros problemas e perplexidades registrados no âmbito doutrinário e jurisprudencial, por sua vez retroalimentados pelas grandes dificuldades e repercussões na esfera da aplicação aos casos concretos, que seguem imprimindo permanente atualidade e relevância ao tema. Ainda que nos limitássemos a apontar a discussão em torno de um conceito constitucionalmente adequado de direitos adquiridos (e não de um conceito calcado predominantemente – se não exclusivamente - em postulados do direito privado) e do alcance da proteção assegurada pela Constituição a estas posições jurídicas (o que envolve a tormentosa discussão a respeito da oponibilidade do direito adquirido contra a Constituição e as suas emendas, bem como a possibilidade de sua eventual relativização) já teríamos farto material para o debate.

Segurança Jurídica, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, bem como em outras publicações, com algumas variações quanto ao conteúdo, conforme o caso.

² Cf. a oportuna lembrança de Cláudio Ari Mello, *Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade*, in: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.), *O Novo Código Civil e a Constituição*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

Quando se percebe, contudo, que o alcance do direito à segurança jurídica é muito mais abrangente e que levar a sério a segurança jurídica implica a análise de todas as suas dimensões, o que inclui não apenas uma compreensão do significado e conteúdo do direito à segurança jurídica, mas alcança igualmente o problema de sua eficácia e efetividade, torna-se imperioso direcionar os rumos da investigação, pena de inevitável dispersão e superficialidade. Assim, tendo em conta os limites (especialmente espaciais) da presente contribuição, procuremos evitar pelo menos – e na medida do possível – a dispersão, já que o aprofundamento adequado de qualquer aspecto vinculado à temática exigiria um ensaio de dimensões monográficas.

Tendo em conta tais premissas, optamos por enfrentar o que provavelmente ainda constitui (e não apenas entre nós) um dos aspectos menos desenvolvidos de um direito à segurança jurídica, qual seja, o da sua eficácia e efetividade, sem desconsiderar aqui que, para o cidadão, a possibilidade de confiar na eficácia e, acima de tudo, na efetividade dos direitos que lhe são assegurados pela ordem jurídica já íntegra, de certo modo, um direito à segurança. Como também nesta esfera o leque de alternativas segue imenso (em se considerando as peculiaridades de cada manifestação especial do direito à segurança) centraremos a nossa atenção na idéia de proteção da pessoa (notadamente dos seus direitos fundamentais) e da própria ordem jurídica objetiva contra medidas de cunho retrocessivo, isto é, que tenham por escopo a redução e/ou supressão de posições jurídicas (aqui tomadas em sentido amplo) já implementadas. Assim, é possível afirmar que o presente estudo tem por objetivo principal analisar a eficácia do direito à segurança jurídica na condição de direito à proteção contra o retrocesso em matéria de direitos fundamentais, priorizando aquilo que a doutrina tem designado de princípio da vedação do retrocesso social, já que é na esfera dos direitos sociais (pela intensa e muitas vezes indispensável atuação do legislador infraconstitucional no que concerne à sua regulamentação e implementação) onde se concentra o maior número de problemas e para onde também nós direcionaremos o nosso estudo.

Cuida-se, aliás, de temática reveladora da genética vinculação entre o direito à segurança social (aqui considerado como direito a um conjunto de direitos sociais [simultaneamente positivos e negativos] garantidores de uma vida com dignidade) e do direito à segurança jurídica. Que a análise da problemática relativa à proibição de retrocesso no âmbito dos direitos sociais não dispensa uma prévia, embora necessariamente rápida incursão pelo significado e conteúdo do direito à segurança jurídica, bem como uma compreensão mínima das diversas facetas da própria proibição de retrocesso no direito constitucional brasileiro, vai aqui assumido como corolário lógico-sistemático da limitação temática ora proposta. Além disso, ao invés de detalharmos já nesta fase todos os aspectos a serem versados, preferimos adotar uma metodologia calcada na contínua apresentação e delimitação do tema, à medida que o texto vai sendo estruturado. Na esperança de que com este procedimento o leitor não venha a ser tomado por demasiada insegurança, desde logo registramos o nosso profundo agradecimento pelo convite que nos foi formulado pela ilustre Organizadora desta coletânea, concedendo-nos a oportunidade ímpar não apenas

de voltar a escrever sobre o tema³, desta feita em tão seleta companhia, mas também por poder participar desta oportuna e justa homenagem a um dos grandes Juristas e Magistrados brasileiros, Ministro Sepúlveda Pertence, cuja trajetória existencial tem sido marcada por um elevado espírito público e um comprometimento sério e conseqüente com os mais relevantes valores da nossa ordem jurídica.

2 – CONTORNOS DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA JURÍDICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Sem que se vá aqui colacionar e analisar toda a gama de documentos internacionais e constitucionais que, ao longo dos tempos, agasalharam um direito fundamental à segurança, o que se percebe, desde logo e mesmo a partir de uma análise superficial, é que de modo geral as Constituições e a normativa internacional, em sua expressiva maioria, não especificaram os contornos do direito à segurança, no sentido de não terem precisado o seu âmbito de aplicação. Com efeito, a utilização da expressão genérica segurança faz com que o direito à segurança (também) possa ser encarado como uma espécie de cláusula geral, que abrange uma série de manifestações específicas, como é o caso da segurança jurídica, da segurança social, da segurança pública, da segurança pessoal, apenas para referir as mais conhecidas.

De outra parte, constata-se que para além da menção genérica a um direito à segurança, algumas de suas dimensões mais concretas (em particular as já referidas) igualmente acabaram sendo objeto de previsão expressa nos diversos pactos internacionais e Constituições. Assim, apenas para tomarmos alguns exemplos que nos são próximos, verifica-se que tanto a Constituição da República Portuguesa (1976) quanto a Constituição Espanhola (1978) asseguram a todos um direito à liberdade pessoal e segurança (respectivamente, artigo 27/1 e 17.1), destacando-se que este direito à segurança, além de ter sido consagrado juntamente com o direito geral de liberdade, encontra-se associado diretamente aos dispositivos sobre os limites da restrição da liberdade pessoal⁴. Ambas as Constituições voltam a referir-se à segurança no âmbito das disposições que versam sobre a ordem social, já que a Constituição Portuguesa reconhece, além de um direito à segurança no emprego (artigo 53), que todos têm um direito à segurança social (artigo 63/1) e a

³ Remetemos aqui ao nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 393 e ss., bem como no artigo *O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade*, in: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, nº 17, 1999, pp. 111 e ss.

⁴ V., neste sentido, no que diz com a Espanha, o atual ensaio de Francisco Fernández Segado, *El derecho a la libertad y a la seguridad personal en España*, in: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (Org.), *Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 416 e ss., explorando as diversas dimensões de um direito à segurança pessoal e revelando – ainda que não explicitamente – o quanto este possui um caráter autônomo em relação a um direito à segurança jurídica.

Espanhola, no âmbito dos seus *principios rectores de la política social y econômica* dispõe, entre outras referências à segurança, que os poderes públicos devem assegurar a proteção social, econômica e jurídica da família (artigo 39.1). O Constituinte Espanhol, diversamente do que ocorreu no caso de Portugal, chegou a referir expressamente a segurança jurídica no mesmo dispositivo que assegura a irretroatividade das disposições sancionadoras desfavoráveis ou restritivas de direitos individuais (artigo 9.3).

No plano internacional, por sua vez, verifica-se que os principais documentos em matéria de reconhecimento e proteção dos Direitos Humanos Fundamentais não contêm referência expressa a um direito à segurança jurídica como tal, mas apenas à segurança pessoal do indivíduo, como é o caso, apenas a título ilustrativo, da Declaração dos Direitos Humanos da ONU, de 1948 (artigo 3º), do Pacto Internacional da ONU de Direitos Civis e Políticos de 1966 (artigo 9º) e da Convenção Americana de São José da Costa Rica, de 1969 (artigo 7º, nº 1). A segurança jurídica encontra-se contemplada apenas no âmbito de algumas garantias contra a irretroatividade de determinados atos estatais, notadamente em matéria penal, mediante o reconhecimento do princípio de que ninguém poderá ser condenado por delito que não tenha sido previamente tipificado em lei (artigo 9º, da Convenção Americana, artigo 15 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, bem como o artigo 11, da Declaração da ONU). Tal ausência de previsão expressa de um direito à segurança jurídica ou mesmo da proteção de direitos adquiridos não constitui, todavia, obstáculo ao reconhecimento de algumas manifestações do princípio da segurança jurídica no âmbito do direito convencional regional e na esfera da jurisprudência das instâncias judiciais supra-nacionais, com destaque para o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o que aqui não será desenvolvido⁵.

Certo é que havendo, ou não, menção expressa a um direito à segurança jurídica, de há muito, pelo menos no âmbito do pensamento constitucional contemporâneo, se enraizou a idéia de que um autêntico Estado de Direito é sempre também – pelo menos em princípio *e num certo sentido* - um Estado da segurança jurídica,⁶ já que, do contrário,

⁵ A respeito desta temática, v., dentre outros, Winfried Boecken, *Der verfassungsrechtliche Schutz von Altersrentenansprüche und Anwartschaften in Italien und in der Bundesrepublik Deutschland sowie deren Schutz im Rahmen der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlin: Duncker & Humblot, 1987; Franz Ruland, *Verfassungs-und europarechtliche Grenzen bei der Umgestaltung des Sozialstaats im Bereich der Alterssicherung*, in: VSSR 1997, pp. 19, 40 e ss.; Wolfgang Rüfner, *Verfassungs-und europarechtliche Grenzen bei der Umgestaltung des Sozialstaats im Bereich des Sozialhilferechts*, in: VSSR 1997, pp. 59 e ss.; Eberhard Eichendorfer, *Umbau des Sozialstaats und Europarecht*, in: VSSR 1997, pp. 71 e ss. Importa consignar que a doutrina, de um modo geral, refere que a proteção outorgada no plano do direito europeu é em geral bem mais frágil do que as soluções desenvolvidas na esfera interna (constitucional) de cada Estado, até mesmo em respeito às circunstâncias específicas de cada País e diante da necessidade de uma ampla liberdade de cada legislador interno nesta seara. Isto não significa, contudo, que não existam contribuições de relevo que aqui pudessem ser exploradas, mas que, em face da delimitação do tema e da abordagem constitucional voltada ao direito pátrio aqui proposta, deixaremos de adentrar.

também o “governo das leis” (até pelo fato de serem expressão da vontade política de um grupo) poderá resultar em despotismo e toda a sorte de iniquidades. Com efeito, a doutrina constitucional contemporânea, de há muito e sem maior controvérsia no que diz com este ponto, tem considerado a segurança jurídica como expressão inarredável do Estado de Direito, de tal sorte que a segurança jurídica passou a ter o *status* de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito⁷. Assim, para além de assumir a condição de direito fundamental da pessoa humana, a segurança jurídica constitui simultaneamente princípio fundamental da ordem jurídica estatal e, para além desta, da própria ordem jurídica internacional.

No caso da ordem jurídica brasileira, a Constituição Federal de 1988, após mencionar a segurança como valor fundamental no seu Preâmbulo, incluiu a segurança no seletivo elenco dos direitos “invioláveis” arrolados no *caput* do artigo 5º, ao lado dos direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade. Muito embora em nenhum momento tenha o nosso Constituinte referido expressamente um direito à segurança jurídica, este (em algumas de suas manifestações mais relevantes) acabou sendo contemplado em diversos dispositivos da Constituição, a começar pelo princípio da legalidade e do correspondente direito de a não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (artigo 5º, inciso II), passando pela expressa proteção do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito (artigo 5º, inciso XXXVI), bem como pelo princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal (de acordo com o artigo 5º, inciso XXXIX, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal) e da irretroatividade da lei penal desfavorável (artigo 5º, inciso XL), até chegar às demais garantias processuais (penais e civis), como é o caso da individualização e limitação das penas (artigo 5º, incisos XLV a XLVIII), das restrições à extradição (artigo 5º, incisos LI e LII) e das garantias do

⁶ Não é por nada que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em recentíssimo julgado, reiterou o seu já consagrado entendimento sufragando a idéia de que a segurança jurídica constitui um dos elementos nucleares do princípio do Estado de Direito, no sentido de que o particular encontra-se protegido contra leis retroativas que afetem os seus direitos adquiridos, evitando assim que venha a ter frustrada a sua confiança na ordem jurídica, já que segurança jurídica significa, em primeira linha, proteção de confiança, que, por sua vez, possui hierarquia constitucional (BverfGE=Coletânea Oficial das Decisões do Tribunal Constitucional Federal, vol. 105, 2002, p. 57). Entre nós, vale destacar a sempre abalizada lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 15ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 112 e ss., sinalando que, a despeito de não poder ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico, o princípio da segurança jurídica “é, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo.”

⁷ Cfr., dentre tantos, as contribuições de José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1999, pp. 252 e ss.; Helmuth Schulze-Fielitz, *Kernelemente des Rechtsstaatsprinzips*, in: Horst Dreier (Org.), *Grundgesetz Kommentar*, vol. II, Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, pp. 184 e ss., bem como Michael Sachs, *Das Rechtsstaatsprinzip*, in: Michael Sachs (Org.), *Grundgesetz Kommentar*, München: C.H. Beck, 1996, pp. 641 e ss. Entre nós, v. o já lembrado Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 112 e ss.

devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, incisos LIV e LV), apenas para referir algumas das mais relevantes, limitando-nos aqui aos exemplos extraídos do artigo 5º, que, num sentido amplo, também guardam conexão com a noção de segurança jurídica.

Assim, bastariam estas breves considerações, para demonstrar o quanto a segurança jurídica (aqui tomada num sentido propositalmente amplo) assumiu um lugar de destaque na atual ordem jurídico-constitucional brasileira, ao lado da segurança social (igualmente consagrada de modo expresso no âmbito da ordem social e ligada diretamente aos direitos fundamentais à saúde, assistência e previdência social). Importa lembrar, neste contexto, que a segurança jurídica (para além das manifestações específicas expressamente constantes do texto constitucional) integra, na condição de subprincípio, também os elementos nucleares da noção de Estado de Direito plasmada na Constituição de 1988 desta sendo indissociável. Ademais, nem o princípio fundamental da segurança jurídica e nem mesmo o complexo de direitos fundamentais específicos já referidos e agasalhados pelo nosso Constituinte, esgotam o elenco de possibilidades quando se cuida de delimitar o âmbito de proteção de um direito à segurança jurídica, à luz do sistema constitucional brasileiro⁸. Dentre essas outras possíveis manifestações, destacam-se duas que, pela sua relevância para a presente abordagem, já aqui não poderiam deixar de ser mencionadas, quais sejam, a idéia da proteção da confiança e a da proibição de retrocesso. Ambas, contudo, carecem de maior explicitação e desenvolvimento, missão da qual nos ocuparemos no próximo segmento.

Que o direito à segurança não se restringe, por sua vez, a estas dimensões e abrange, para além de um direito à segurança jurídica e social, um direito geral à segurança, no sentido de um direito à proteção [por meio de prestações normativas e materiais] contra atos – do poder público e de outros particulares - violadores dos diversos direitos pessoais, igualmente parece evidente. Isto deflui tanto de uma série de previsões expressas e específicas no texto constitucional (despontando aqui a formulação genérica adotada pelo Constituinte no artigo 5º, caput, da CF), quanto do reconhecimento de deveres gerais e especiais de proteção que resultam diretamente da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, na condição de expressões de uma ordem de valores comunitária e que, pelo ângulo subjetivo, levou expressiva parte da doutrina a reconhecer a existência de correspondentes direitos à proteção.⁹

⁸ Uma mostra disso é o fato de que as leis nº 9868 e 9882, ambas de 1999, cancelaram a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 dos seus integrantes, e com base justamente no argumento da segurança jurídica, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou mesmo outorgar-lhe eficácia prospectiva. Ainda que tal possibilidade tenha sido objeto de intensa discussão (que aqui não iremos reprimir) o fato – e isto é o que importa neste momento - é que a segurança jurídica assume um caráter tão relevante para o legislador pátrio, a ponto de justificar até mesmo – mesmo que em caráter excepcional - que não se venha a anular os atos praticados sob a égide de uma lei declarada inconstitucional na esfera do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade.

⁹ A respeito deste tópico (deveres de proteção e direitos à proteção, como expressão de uma dupla

Da mesma forma, inquestionável a conexão direta entre a segurança jurídica (nas suas diversas manifestações) e as demais dimensões referidas, notadamente da segurança social e pessoal, tal qual sumariamente delineadas, já que segurança social – aqui destacada pela sua relevância para o presente ensaio - também envolve necessariamente um certo grau de proteção dos direitos sociais (acima de tudo no âmbito dos benefícios de cunho existencial) contra ingerências dos órgãos estatais, assim como contra violações providas de outros particulares. Aliás, tal circunstância já seria suficiente para demonstrar o quanto mesmo a segurança jurídica jamais será estritamente “jurídica”, já que se cuida de condição precípua da própria segurança pessoal e da ordem comunitária como um todo, temática que, a despeito de seu fascínio e relevância, aqui não iremos desenvolver de modo autônomo.

Portanto, mesmo cientes da correção e atualidade da lição de Heráclito e ainda que estejamos cada vez mais inseridos – como bem demonstrou Ilya Prigogine¹⁰ - num contexto marcado pelas incertezas (e incerteza, em determinado sentido, sempre será

dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais), v., em primeira linha, o paradigmático ensaio de Robert Alexy, *Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen*, in: *Der Staat* n° 29, 1990, p. 49 e ss., bem como os desenvolvimentos da teoria dos deveres de proteção efetuados pelo mesmo autor no seu já clássico e indispensável *Theorie der Grundrechte*, 2ª ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 410 e ss. (existe conhecida tradução para o espanhol com o título *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997). Na doutrina nacional, v. o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 145 e ss., assim como o recente e importante ensaio de Daniel Sarmento, *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria*, in: Ricardo Lobo Torres e Celso Albuquerque Mello (Org.), *Arquivos de Direitos Humanos*, vol. IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.63 e ss.

¹⁰ Ilya Prigogine, *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*, São Paulo: Editora UNESP, 1996. Muito embora o autor discorra sobre o fenômeno do tempo e, de modo geral, sobre o futuro da ciência em face das complexidades do mundo real, sustentando, em linhas gerais e entre outros aspectos, que mesmo no âmbito do conhecimento científico as certezas a respeito de certo fenômeno perduram apenas até a descoberta, por força do avanço tecnológico e do incremento dos métodos científicos, de novas perspectivas, já que vivemos num universo em permanente construção. Tais considerações aplicam-se, como é sabido e amplamente aceito, *mutatis mutandis*, também no campo das instituições, da cultura e, no que diz respeito ao presente ensaio, na esfera do próprio Direito, já que a complexidade das relações sociais em geral e da vida dão conta da atualidade e pertinência da abordagem proposta pelo autor, isto sem falar na circunstância de que a evolução no campo da ciência igualmente tem gerado uma série de inseguranças e mudanças significativas no plano jurídico-institucional. Basta, neste contexto, apontar para as novas tendências legislativas em termos de proteção do genoma humano, no campo da biomedicina em geral, na regulação do uso da informática, das comunicações, da proteção ambiental, etc. Além disso, a dinâmica da vida social e econômica obriga o Estado e o legislador a respostas rápidas e eficazes para enfrentar os desafios da realidade, o que não raras vezes conduz a medidas de cunho interventivo na esfera pessoal dos indivíduos, sendo causadora de expressivos e justificados níveis de insegurança pessoal e coletiva. Tal dimensão, contudo, será explorada nos capítulos que seguem.

indicativo de insegurança), segue sendo certo que também no direito constitucional brasileiro a segurança jurídica constitui princípio e direito fundamental. Aliás, justamente em face da instabilidade institucional, social e econômica vivenciada (e não estamos aqui em face de um fenômeno exclusivamente nacional), que inevitavelmente tem resultado numa maratona reformista, igualmente acompanhada por elevados níveis de instabilidade, verifica-se que o reconhecimento, a eficácia e a efetividade do direito à segurança cada vez mais assume papel de destaque na constelação dos princípios e direitos fundamentais. Que, além disso, a segurança jurídica não pode ser encarada por um prisma demasiadamente formal e não quer, além disso, significar a absoluta previsibilidade dos atos do poder público e a impossibilidade de sua alteração, aqui vai assumido como elementar e deverá ser confirmado ao longo da nossa exposição¹¹.

3- SEGURANÇA JURÍDICA E PROIBIÇÃO DE RETROCESSO

3.1 – CONSIDERAÇÕES DE ORDEM GERAL

Considerando que também a segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano¹², viabilizando, mediante a garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida, bem como a sua realização, desde logo é perceptível o quanto a idéia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada à própria noção de dignidade da pessoa humana.

¹¹ Convém destacar este ponto, já que também em nome de uma determinada noção de segurança jurídica já foram e poderão ser cometidas graves iniquidades. Da mesma forma, temos por equivocado o pensamento dos que – ainda que movidos pelas melhores intenções (dentre as quais encontra-se a segurança jurídica) - propugnam pela supressão do controle difuso de constitucionalidade (argumentando que este é um dos responsáveis pelo estado caótico no qual se encontra a jurisdição brasileira), acarretando, no nosso sentir, um deslocamento de perspectiva. Especialmente a adoção irrestrita do instituto das súmulas vinculantes, a despeito de estar servindo pretensamente a causa da segurança jurídica, em muitos casos está, em verdade, servindo a uma determinada (e neste caso não desejável) concepção de segurança jurídica compreendida como absoluta previsibilidade das decisões judiciais e uma completa sujeição ao entendimento dos Tribunais Superiores, que passam – a depender da natureza do provimento (como ocorre na declaração de constitucionalidade e na interpretação conforme a Constituição) a estar investidos de funções de cunho tipicamente legislativo. Para uma análise mais detida desta temática, remetemos às indispensáveis e já clássicas lições de Clémerson Merlin Clève, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999 e Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1999, bem como aos recentes e alentados estudos de José Adércio Leite Sampaio, *A Constituição Reinventada*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, e Lenio Luiz Streck, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002 (este priorizando uma análise crítica à luz da hermenêutica filosófica).

¹² Cfr. bem lembra Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 113.

Se partirmos do pressuposto de que a dignidade da pessoa pode ser definida como sendo “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”¹³, ver-se-á que a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranqüilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas.

Com efeito, a plena e descontrolada disponibilização dos direitos e dos projetos de vida pessoais por parte da ordem jurídica acabaria por transformar os mesmos (e, portanto, os seus titulares e autores) em simples instrumento da vontade estatal, sendo, portanto, manifestamente incompatível mesmo com uma visão estritamente kantiana da dignidade¹⁴. Para além disso, há que levar em conta que especialmente o reconhecimento e a garantia de direitos fundamentais tem sido consensualmente considerado uma exigência inarredável da dignidade da pessoa humana (assim como da própria noção de Estado de Direito), já que os direitos fundamentais (ao menos em princípio e com intensidade variável) constituem explicitações da dignidade da pessoa, de tal sorte que em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa.¹⁵ Portanto, a proteção dos direitos fundamentais, pelo menos no que concerne ao seu núcleo essencial e/ou ao seu conteúdo em dignidade¹⁶, evidentemente apenas será possível onde

¹³ Este o conceito (conscientemente amplo e analítico) proposto no nosso *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62.

¹⁴ Convém não esquecer que, para Immanuel Kant, *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*, in: Os Pensadores – Kant (II), Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980, pp. 134 e ss., a pessoa humana constitui um fim em si mesma e, portanto, não pode ser empregada como simples meio da vontade própria e alheia. Assim, desde logo verifica-se que, na concepção de Kant (largamente incorporada ao pensamento filosófico, político e jurídico contemporâneo) a coisificação e instrumentalização da pessoa humana encontra-se desde logo vedada, ainda que – consoante oportuna lembrança de Ronald Dworkin, *El dominio de la vida. Una discusión acerca Del aborto, la eutanásia y la libertad individual*, Barcelona: Ariel, 1998, p. 310, isto não signifique que em hipótese alguma as pessoas não possam ser colocadas em alguma situação de desvantagem.

¹⁵ Aqui vale colacionar a lição de Dominique Rousseau, *les libertes individuelles et la dignité de la personne*, Paris: Montchrestien, 1998, p. 70, ao referir que os direitos fundamentais adquirem vida e inteligência por meio da dignidade da pessoa, ao passo que esta não se realiza e torna efetiva se não pelos direitos fundamentais.

¹⁶ Convém lembrar aqui não existir uma necessária convergência entre o conteúdo em dignidade da pessoa e o núcleo essencial dos direitos fundamentais, já que a garantia do núcleo essencial (que

estiver assegurado um mínimo em segurança jurídica.

Não sendo o caso de detalhar (pelo menos nesta quadra da exposição) ainda mais a íntima e evidente conexão entre dignidade da pessoa e segurança jurídica, importa, todavia, registrar que um patamar mínimo em segurança (jurídica) estará apenas assegurado quando o Direito assegurar também a proteção da confiança do indivíduo (e do corpo social com um todo) na própria ordem jurídica e, de modo especial, na ordem constitucional vigente. Neste sentido, constata-se que segurança jurídica implica sempre um certo grau de proteção da confiança, o que, a despeito de não constituir nenhuma novidade, não dispensa algumas considerações adicionais, já que cuida-se de dimensão carente de maior desenvolvimento entre nós e que, além disso, guarda direta ligação com a temática da proibição de retrocesso.

Como bem destaca Gomes Canotilho, em lição que aqui recolhemos como pressuposto da nossa análise, o princípio da segurança jurídica (aqui também tomado em sentido amplo como abrangendo a proteção da confiança) exige tanto a confiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos atos do poder público, quanto a segurança do cidadão no que diz com as suas disposições pessoais e efeitos jurídicos de seus próprios atos, de tal sorte que tanto a segurança jurídica quanto a proteção da confiança incidem em face de qualquer ato de qualquer órgão estatal.¹⁷ A segurança jurídica, na sua dimensão objetiva, exige um patamar mínimo de continuidade *do* (e, no nosso sentir, também *no*) Direito, ao passo que, na perspectiva subjetiva, significa a proteção da confiança do cidadão nesta continuidade da ordem jurídica no sentido de uma segurança individual das suas próprias posições jurídicas.¹⁸ Que ambos os princípios implicam a proteção dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, constitui aspecto que, além de encontrar sustentação na doutrina, na jurisprudência e no direito constitucional positivo contemporâneo (ainda que em muitos casos de modo implícito¹⁹) assume ares de obviedade

possui uma função autônoma) pode ir até mesmo além da proteção assegurada pelo conteúdo em dignidade da pessoa, dependendo do direito fundamental que estiver em causa.

¹⁷ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 252. Registre-se que não são poucos os que tratam a segurança jurídica e a proteção de confiança como princípios independentes e elementares e constitutivos (embora ambos intimamente vinculados) do Estado de Direito, assim como outros preferem compreender a proteção de confiança como subprincípio (e, portanto, elemento) da segurança jurídica. Tal discussão, para efeito deste ensaio, não se reveste de maior importância (com o que não estamos, por óbvio, refutando a relevância em si da temática) já que para o nosso propósito basta a certeza – e neste ponto, reitere-se, inexistente maior controvérsia, de que ambas as categorias (proteção da confiança e segurança jurídica) andam abraçadas e não podem ser compreendidas isoladamente.

¹⁸ Este o ensinamento de Helmuth Schulze-Fielitz, *Kernelemente des Rechtsstaatsprinzips*, in: Horst Dreier, *Grundgesetz Kommentar*, p. 184.

¹⁹ Não são poucas as Constituições que deixaram de assegurar expressamente os direitos adquiridos, sem que disso resulte uma desconsideração das situações jurídicas consolidadas por força dos princípios da segurança jurídica e da proteção de confiança, diretamente deduzidos do princípio do Estado de Direito, tal como ocorre na Alemanha, de acordo com a praticamente unanimidade da

e não tem merecido maior controvérsia, pelo menos em se tratando de Constituições de um Estado de Direito. O mesmo, todavia, não se pode afirmar em relação ao alcance desta proteção²⁰, onde a controvérsia principia já no plano conceitual, visto que até hoje sequer existe consenso no concernente ao conceito e conteúdo da noção de direitos adquiridos. De resto, considerando os objetivos propostos e o fato de que expressiva parte dos ensaios que integram a presente coletânea discorrem sobre tal temática, renunciamos desde logo a qualquer desenvolvimento da matéria.

De qualquer modo, ainda no que diz com a proteção de confiança, esta atua como importante elemento para a aferição da legitimidade constitucional de leis e atos de cunho retroativo, até mesmo pelo fato de que a irretroatividade de determinados atos do poder público encontra o seu fundamento justamente na necessidade de proteger a confiança do cidadão na estabilidade de suas posições jurídicas e do próprio ordenamento, o que tem levado ao reconhecimento, para além da salvaguarda dos direitos adquiridos, até mesmo de um certo grau de proteção das assim denominadas expectativas de direitos, assim como da necessidade de estabelecer regras de transição razoáveis, nos casos de uma alteração de determinados regimes jurídicos²¹.

Ainda neste contexto, convém não olvidar (muito embora seja comum a falta de lembrança) que o princípio da proteção da confiança guarda estreita relação com o princípio da boa-fé (no sentido de que a proteção da confiança constitui um dos elementos materiais da boa-fé), que, apesar de estar sendo intensamente versado na esfera do direito privado (pelo menos de algum tempo para cá²²), ainda se ressentem – pelo menos no direito pátrio – de um maior desenvolvimento no âmbito do direito público (especialmente no

doutrina e do entendimento de há muito consagrado no Tribunal Constitucional Federal.

²⁰ Basta lembrar aqui a discussão em torno da oponibilidade dos direitos adquiridos contra emendas constitucionais, em relação à qual adotamos posição favorável, mas que aqui deixamos de desenvolver, inclusive considerando a existência de expressiva e qualificada doutrina a respeito do tema.

²¹ Neste sentido, também tem apontado a jurisprudência da Corte Constitucional Alemã e de outros Tribunais Constitucionais, destacando-se, todavia, que a doutrina e jurisprudência germânicas não costumam reconhecer uma proteção da confiança nos casos em que o legislador apenas regula suportes fáticos *pro futuro*, o que, contudo, não afasta a existência de hipóteses excepcionais onde se verifica uma configuração fática especialmente merecedora da proteção da confiança (Cfr., por todos, Michael Sachs, *Das Rechtsstaatsprinzip*, in: Grundgesetz-Kommentar, p. 644, colacionando acórdãos do Tribunal Constitucional Federal)

²² No direito brasileiro, um dos pioneiros no trato do princípio da boa-fé certamente foi o professor Clóvis do Couto e Silva, *O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português*, in: Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, cujas lições seguem influenciando importantes nomes da nossa doutrina, e não apenas no âmbito do direito privado. Dentre as contribuições nacionais mais recentes, importa referir a obra de Teresa Negreiros, *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, bem como o alentado estudo de Judith Martins-Costa, *A Boa-Fé no Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 472 e ss., e o contributo de Jorge Cesa Ferreira da Silva, *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 45 e ss.

campo do direito constitucional, administrativo e tributário), em que pese alguns importantes progressos já efetuados²³. Importa lembrar aqui o fato de que a proteção da confiança constitui um dos elementos materiais do princípio da boa-fé²⁴, tendo por corolário – notadamente no âmbito das relações negociais – o dever da parte de não fraudar as legítimas expectativas criadas pelos próprios atos²⁵, o que evidencia a conexão direta da boa-fé com a proteção da confiança no sentido de uma certa auto-vinculação dos atos e, portanto, de uma inequívoca relação com a noção de proibição de retrocesso.

Que a proteção da confiança e a segurança jurídica de modo geral não se limitam às dimensões aqui exemplificativa e sumariamente referidas já foi devidamente anunciado. O que importa consignar, nesta quadra, é a circunstância de que a dignidade da pessoa humana não exige apenas uma proteção em face de atos de cunho retroativo (isto, é claro, quando estiver em causa uma efetiva ou potencial violação da dignidade em algumas de suas manifestações), mas também não dispensa – pelo menos é esta a tese que estaremos a sustentar – uma proteção contra medidas retrocessivas, mas que não podem ser tidas como propriamente retroativas, já que não alcançam as figuras dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Basta lembrar aqui a possibilidade de o legislador, seja por meio de uma emenda constitucional, seja por uma reforma no plano legislativo, suprimir determinados conteúdos da Constituição ou revogar normas legais destinadas à regulamentação de dispositivos constitucionais, notadamente em matéria de direitos sociais, ainda que com efeitos meramente prospectivos. Com isso, deparamo-nos com a noção que tem sido “batizada” pela doutrina – entre outros termos utilizados – como proibição (ou vedação) de retrocesso²⁶ e aproximamo-nos ainda mais do cerne do nosso estudo.

3.2 – O PROBLEMA DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO E SUAS MANIFESTAÇÕES

Se tomarmos a idéia da proibição de retrocesso em um sentido amplo, constata-se, desde logo, que a nossa ordem jurídica, ainda que não sob este rótulo, também já consagrou a noção, pelo menos em algumas de suas dimensões. Com efeito, desde logo

²³ Cite-se, a título ilustrativo, o estudo de Almiro do Couto e Silva, *Princípio da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito*, in: Revista de Direito Público, vol. XX, nº 84, out./dez. 1987, especialmente p. 61 e ss; Mais recentemente, v. aqui por todos, Juarez Freitas, *Estudos de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 19 e ff., versando especificamente sobre o princípio da boa-fé e da proteção da confiança, como critérios para a anulação e convalidação de atos administrativos.

²⁴ Cfr. bem o lembra Jorge Cesa Ferreira da Silva, *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, p. 45 e ss.

²⁵ Cfr. a lição de Judith Martins-Costa, *A boa-fé no Direito Privado*, p. 474-5, colacionando doutrina e jurisprudência neste sentido.

²⁶ Cfr., a respeito da multiplicidade na esfera terminológica, José Vicente dos Santos Mendonça, *Vedação do Retrocesso: o que é e como perder o medo*, in: Gustavo Binenbojm (Coord), Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XII (Direitos Fundamentais), Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 218.

se verifica que a já mencionada garantia constitucional dos direitos adquiridos, dos atos jurídicos perfeitos e da coisa julgada, assim como as demais limitações constitucionais de atos retroativos ou mesmo as garantias contra restrições legislativas dos direitos fundamentais²⁷, constituem uma decisão clara do Constituinte em prol de uma vedação do retrocesso pelo menos nestas hipóteses. Da mesma forma, a proteção contra a ação do poder constituinte reformador, notadamente no concernente aos limites materiais à reforma, igualmente não deixa de constituir uma relevante manifestação em favor da manutenção de determinados conteúdos da Constituição, notadamente de todos aqueles que integram o cerne material da ordem constitucional ou – para os que ainda teimam em refutar a existência de limites implícitos – pelo menos daqueles dispositivos (e respectivos conteúdos normativos) expressamente tidos como insuprimíveis (inclusive tendencialmente), pelo nosso Constituinte²⁸. Ambas as constelações referidas, todavia, em que pese a sua relevância e a despeito de abarcarem expressiva parcela das situações envolvendo a problemática de medidas retrocessivas do poder público (especialmente, mas não exclusivamente na esfera legislativa), não esgotam o espectro de situações carentes de uma proteção em face de um retrocesso, notadamente a que aqui iremos desenvolver, tal como já anunciado.

Com efeito, na esteira do que tem sido reconhecido na seara do direito constitucional alienígena e, de modo particular, em face do que tem sido experimentado no âmbito da prática normativa (muito embora não exclusivamente nesta esfera), cada vez mais constata-se a existência de medidas inequivocamente retrocessivas que não chegam a ter caráter propriamente retroativo, pelo fato de não alcançarem posições jurídicas já consolidadas no patrimônio de seu titular, ou que, de modo geral, não atingem situações anteriores. Assim, por paradoxal que possa parecer à primeira vista, retrocesso também pode ocorrer mediante atos com efeitos prospectivos. Basta lembrar aqui da hipótese – talvez a mais comum em se considerando as referências feitas na doutrina e jurisprudência

²⁷ A respeito dos limites à restrição legislativa dos direitos fundamentais já existe abundante e valiosa doutrina entre nós. Neste contexto, restringindo-nos apenas à produção monográfica específica, vale citar as contribuições de Suzana Toledo Barros, *O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 1996; Gilmar Ferreira Mendes/Inocência Mártires Coelho/Paulo Gustavo Gonet Branco, *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 2000; Jairo Gilberto Schäfer, *Direitos Fundamentais: proteção e restrições*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; Wilson Antônio Steinmetz, *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

²⁸ A respeito do conteúdo dos limites materiais à reforma constitucional e do alcance da sua proteção, especialmente demonstrando que também esta proteção não poderá ser absoluta, já que o nosso Constituinte vedou apenas uma abolição efetiva ou tendencial, que, em princípio, não impede ajustes e até mesmo algum tipo de flexibilização desde que respeitado o núcleo essencial do princípio e/ou direito protegido, v. o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 3ª ed., especialmente p. 371 e ss., bem como o recente artigo, também da nossa autoria, sobre *Os Direitos Fundamentais Sociais como Limites Materiais ao Poder de Reforma da Constituição: contributo para uma leitura constitucionalmente adequada*, in: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* (Diretor e Fundador: Paulo Bonavides), Número 1, janeiro/junho de 2003, Belo Horizonte: Del Rey, pp. 631-80.

– da concretização pelo legislador infraconstitucional do conteúdo e da proteção dos direitos sociais, especialmente (mas não exclusivamente) na sua dimensão positiva, o que nos remete diretamente à noção de que o conteúdo essencial dos direitos sociais deverá ser interpretado (também!) no sentido dos elementos nucleares do nível prestacional legislativamente definido, o que, por sua vez, desemboca inevitavelmente no já anunciado problema da proibição de um retrocesso social. Em suma, a questão central que se coloca neste contexto específico da proibição de retrocesso é a de saber se e até que ponto pode o legislador infraconstitucional (assim como os demais órgãos estatais, quando for o caso) voltar atrás no que diz com a implementação dos direitos fundamentais sociais, assim como dos objetivos estabelecidos pelo Constituinte – por exemplo, no artigo 3º, da Constituição de 1988 - no âmbito das normas de cunho programático (ou impositivo, se preferirmos esta terminologia²⁹) ainda que não o faça com efeitos retroativos e que não esteja em causa uma alteração do texto constitucional.

Não se poderá, contudo, confundir o problema da concretização legislativa dos direitos fundamentais sociais - em que pesem suas inequívocas similitudes e seus aspectos comuns - com o da manutenção dos níveis gerais de proteção social alcançados no âmbito do Estado Social, já que esta problemática abrange toda e qualquer forma de redução das conquistas sociais, mesmo quando realizadas única e exclusivamente no plano da legislação infraconstitucional densificadora do princípio da Justiça e do Estado Social que, paralelamente com o princípio do Estado de Direito e com o princípio democrático, encontrou ampla e expressa guarida na nossa Constituição. Neste contexto, poder-se-ia indagar a respeito da possibilidade de desmontar-se, parcial ou totalmente (e mesmo com efeitos prospectivos), o sistema de seguridade social (incluindo os parques benefícios no âmbito da assistência social e os serviços e prestações assegurados no já fragilizado e insuficiente Sistema Único de Saúde), o acesso ao ensino público e gratuito, a flexibilização dos direitos e garantias dos trabalhadores, entre tantas outras hipóteses que aqui poderiam ser referidas a título ilustrativo e que bem demonstram o quanto tal problemática nos é próxima e está constantemente na ordem do dia.

²⁹ Desde logo, para espantar toda e qualquer incompreensão, seguimos entendendo que o reconhecimento da existência de normas de cunho programático (nas suas diversas manifestações) em hipótese alguma significa que estas normas sejam destituídas de eficácia, sendo, ademais, sempre imediatamente – portanto, diretamente - aplicáveis na medida da sua eficácia. Assim, também a recepção da distinção entre normas de eficácia plena e limitada (categoria na qual se enquadram, em princípio, as normas de cunho programático) se deve ao fato de existirem diferenças consideráveis no concernente às “cargas eficaciais” das normas constitucionais, no sentido de que estas – ainda que tenham sempre eficácia e aplicabilidade (direta) – poderão não gerar sempre os mesmos efeitos ou, pelo menos, não na mesma extensão. Não sendo o nosso propósito desenvolver aqui o ponto, remetemos ao nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 280 e ss; Especificamente a respeito das normas programáticas, importa conferir especialmente a obra de Regina Maria Macedo Nery Ferrari, *Normas constitucionais programáticas. Normatividade, operatividade e efetividade*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, assim como a recente contribuição de José Carlos Vasconcellos dos Reis, *As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Desde logo, à vista do que foi colocado, nos parece dispensar maiores considerações, o quanto medidas tomadas com efeitos prospectivos podem representar um grave retrocesso, não apenas (embora também) sob a ótica dos direitos de cada pessoa considerada na sua individualidade, quanto para a ordem jurídica e social como um todo. Para além disso, percebe-se nitidamente a amplitude e complexidade da temática³⁰ relativa a uma proibição de retrocesso especialmente (embora não exclusivamente) no âmbito daquilo que, em outra oportunidade, designei de uma „eficácia protetiva“ dos direitos fundamentais³¹. Que não estamos diante de um fenômeno que se manifesta apenas na seara dos direitos fundamentais sociais (o que, considerando uma acepção ampla da proibição de retrocesso, já deflui da proteção outorgada aos direitos adquiridos em geral e à proteção com base nas assim denominadas „cláusulas pétreas“ da Constituição) igualmente merece destaque. Todavia, também há que reconhecer – até mesmo em face dos exemplos citados em caráter especulativo no parágrafo anterior – que é na seara das normas que estabelecem objetivos na seara da justiça social e, acima de tudo, dos direitos fundamentais sociais³², que a problemática tem alcançado a sua maior repercussão e onde também nós – tal como anunciado – iremos centrar a nossa atenção, notadamente naquilo em que estão em causa as noções de segurança jurídica, proteção da confiança e a dignidade da pessoa, no âmbito de uma proibição do retrocesso. Antes, contudo, de enveredarmos de vez por todas por este caminho, pelo menos algumas palavras sobre a efetiva possibilidade de se admitir, à luz do direito constitucional positivo pátrio, uma proteção contra o retrocesso na acepção mais limitada aqui enfocada e que, para efeitos de uma delimitação em relação às demais dimensões referidas, designaremos de proibição de retrocesso em sentido estrito e que, da mesma forma como recentemente foi proposto por José Vicente Mendonça, será analisada pelo prisma da dogmática jurídico-constitucional³³.

³⁰ Dentre a doutrina pátria mais recente, v. a contribuição de José Vicente dos Santos Mendonça, *Vedação do Retrocesso: o que é e como perder o medo*, p. 205 e ss., ao referir tanto a ausência de uniformidade terminológica no âmbito da doutrina, quanto ao destacar, ainda que com base em outro critério do que o aqui adotado, algumas das diversas e possíveis acepções da problemática (especialmente pp. 218 e ss.).

³¹ Cfr. o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, pp. 361 e ss.

³² Aqui não iremos discorrer a respeito da conceituação de direitos fundamentais sociais, para o que remetemos ao nosso *Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988*, in: Ingo Wolfgang Sarlet (Org). *O Direito Público em Tempos de Crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 146 e ss.

³³ Cfr. José Vicente dos Santos Mendonça, *Vedação de retrocesso: o que é e como perder o medo*, p. 218 e ss., que faz referência a outras possíveis acepções da proibição de retrocesso. Registre-se que a nossa concepção de proibição de retrocesso em sentido estrito, embora próxima, não coincide exatamente com o entendimento adotado pelo ilustre Procurador da República citado, já que este restringe a proibição de retrocesso em sentido estrito à seara dos direitos sociais. No nosso entender, a proibição de retrocesso em sentido estrito não se manifesta apenas na esfera dos direitos fundamentais sociais (ou das normas programáticas em matéria de justiça social em geral) mas diz com a possibilidade de limitar a auto-reversibilidade de medidas do poder público que tenham concretizado direitos

3.3 – FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE UMA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO NO BRASIL, ESPECIALMENTE EM MATÉRIA DE DIREITOS SOCIAIS

3.3.1 – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A CRISE DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O DILEMA DA MANUTENÇÃO DE NÍVEIS SATISFATÓRIOS DE PROTEÇÃO SOCIAL NUM CONTEXTO DE CRISE

O ponto de partida de uma fundamentação constitucional (embora não exclusivamente dogmático-jurídica) de uma proibição de retrocesso encontra-se diretamente conectado às contradições inerentes ao próprio Estado social e democrático de Direito³⁴, especialmente no âmbito da crise de efetividade e identidade pela qual passam tanto o Estado, a Constituição e os direitos fundamentais, a tal ponto que – e neste sentido com razão – já se sustentou que estamos a vivenciar um verdadeiro mal-estar constitucional e um pessimismo pós-moderno³⁵. Com efeito, seja em virtude do incremento dos níveis de exclusão sócio-econômica e da implantação, em maior ou menor escala, daquilo que Boaventura Santos designou de „fascismo societal“³⁶ em todo o Planeta (já que também nos países desenvolvidos tem aumentado gradativamente o número de pessoas que vivem abaixo da linha de pobreza), seja como consequência da fragilização das instituições estatais e do fortalecimento correspondente das esferas de poder econômico no contexto da globalização³⁷, certo é que hoje, mais do que nunca, constata-se que a problemática da sobrevivência do assim denominado Estado social e democrático de Direito – e, conseqüentemente, da efetiva implementação de padrões mínimos de justiça social – constitui um dos temas centrais da nossa época. A já corriqueira afirmativa de que o “Welfare State” ou Estado-Providência se encontra gravemente enfermo³⁸, além de constantemente

fundamentais em geral, ainda que o problema tenha indubitavelmente maior relevância no campo dos direitos sociais e que este tenha sido o enfoque priorizado neste estudo.

³⁴ Para efeitos deste estudo e sem adentrar aqui na relevante discussão conceitual e terminológica a respeito do tema, adotamos aqui as premissas subjacentes ao conceito desenvolvido por Hans Friedrich Zacher, *Das soziale Staatsziel*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Org), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, Heidelberg: C.F. Muller, 1987, número de margem 96, no sentido de que o Estado social e democrático de Direito constitui um Estado Social que se realiza mediante os procedimentos, a forma e os limites inerentes ao Estado de Direito, sendo, por outro lado, um Estado de Direito voltado à consecução da justiça social

³⁵ Cfr. a oportuna e instigante advertência feita por José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. V e ss.

³⁶ Cfr. Boaventura Souza Santos, *Reinventar a Democracia: entre o Pré-contratualismo e o Pós-Contratualismo*, Coimbra: Oficina do Centro de Estudos Sociais, 1998, p. 23.

³⁷ Sobre o tema, dentre muitos, v. especialmente José Eduardo Faria, *O Direito na Economia Globalizada*, São Paulo: Malheiros, 1999; Plauto Faraco de Azevedo, *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999 (notadamente p. 96 e ss.); Daniel Sarmento, *Direitos Sociais e Globalização: limites ético-jurídicos ao realinhamento constitucional*, in: *Revista de Direito Administrativo*, nº 223, 2001, pp. 154 e ss.

submetido à prova, não perdeu, portanto, sua atualidade, não sendo à toa que já se fala até mesmo na formação de um Estado pós-social, impregnado dos contrastes e da complexidade da pós-modernidade³⁹. Que as discussões de longe já não se restringem mais à esfera da análise política, sócio-econômica e jurídica, mas se transformaram na preocupação de larga parcela da humanidade pela manutenção de seu padrão de vida e até mesmo pela sua sobrevivência resulta mais do que evidente.

Oportunamente denominado de filho da moderna sociedade industrial, o Estado social de Direito não poderá jamais permanecer imune às suas transformações e desenvolvimento.⁴⁰ Limitando-nos, por exemplo, a uma das manifestações da atuação do Estado Social e analisando a problemática dos sistemas de segurança social e, quando for o caso, também da implementação dos direitos sociais assegurados na Constituição ou mesmo na esfera legal (infraconstitucional),⁴¹ verifica-se que é particularmente nesta esfera que o dilema representado pela simultânea necessidade de proteção e, por outro lado, de uma constante adequação dos níveis de segurança social vigentes à realidade sócio-econômica cambiante e tendencialmente desfavorável se manifesta com particular agudeza. Se, por um lado, a necessidade de uma adaptação dos sistemas de prestações sociais às exigências de um mundo em constante transformação não pode ser desconsiderada, simultaneamente o clamor elementar da humanidade por segurança e justiça sociais – em suma, por direitos sociais efetivos – continua a ser um dos principais desafios e tarefas do Estado.⁴²

De outra parte, a crescente insegurança no âmbito da seguridade social decorre, neste contexto, de uma demanda cada vez maior por prestações sociais (ainda mais em sociedades marcadas pelo incremento da exclusão social) e de um paralelo decréscimo da capacidade prestacional do Estado e da sociedade.⁴³ O quadro delineado remete-nos, por outro lado, ao angustiante questionamento de o quanto as conquistas sociais podem e devem ser preservadas e, portanto, dizem diretamente com a pergunta de

³⁸ Neste sentido, entre outros, Pierre Rosanvallon, *A Crise do Estado-Providência*, Goiânia: UNB, 1997, analisando o problema especialmente com base na experiência francesa.

³⁹ Dentre a vasta literatura disponível, limitamo-nos aqui a referir, entre nós (conferir)

⁴⁰ Cfr. Karl Heinrich Friauf, *Der Sozialstaat des Grundgesetzes unter den Bedingungen der Industriegesellschaft*, in: *Sozialstaat - Idee und Entwicklung, Reformzwänge und Reformziele*, Köln: Wirtschaftsverlag Bachem, 1996, p. 67.

⁴¹ Cumpre destacar que nem sempre as Constituições, mesmo de um Estado Social de Direito, consagram expressamente direitos sociais, limitando-se, como foi o caso da Lei Fundamental da Alemanha, a enunciar uma cláusula geral reconhecendo o princípio da justiça social e remetendo ao plano infraconstitucional a concretização deste princípio, especialmente pela implementação legislativa e administrativa de um sistema eficiente de segurança social.

⁴² A este respeito v. Bernd Schulte, *Bestandschutz sozialer Rechtspositionen – Eine rechtsvergleichende Betrachtung*, in: ZIAS 1988, pp. 208 e ss.

⁴³ Cf., entre outros, Bernd Schulte, *Wie sicher ist die soziale Sicherung? International-vergleichende Perspektive*, in: B. Riedmüller/M. Rodenstein (Org), *Wie sicher ist die soziale Sicherheit?*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989, pp. 323-4. Sobre as causas da crise v. também Pierre Rosanvallon, *A Crise do Estado-Providência*, pp. 13 e ss.

o quão segura é, afinal de contas, a segurança social⁴⁴. Que tal questionamento, como já anunciado, diz de perto com a problemática da segurança jurídica e com a garantia (e garantia é segurança) de uma existência digna para todos, igualmente dispensa aqui maiores comentários. Ainda que o entendimento dominante pareça ser mesmo o de que uma supressão pura e simples dos sistemas de seguridade social, sem qualquer tipo de compensação, não é, em princípio, admissível, não tendo sequer sido seriamente defendida (pelo menos não abertamente e salvo exceções), a problemática relativa à proteção constitucional das conquistas na esfera da justiça social permanece no centro das atenções.⁴⁵ Em outras palavras, cuida-se de investigar se, como e em que medida os direitos fundamentais sociais e, de modo geral, os sistemas de proteção social no âmbito da concretização dos direitos sociais e do princípio fundamental da justiça social, podem ser assegurados contra uma supressão e/ou restrições⁴⁶.

Convém relembrar o leitor⁴⁷ de que, ao mesmo tempo em que a discussão em torno da redução (e até mesmo do desmonte completo) do Estado social de Direito e dos direitos sociais que lhe são inerentes apresenta proporções mundiais, não há como desconsiderar que as dimensões da crise e as respostas reclamadas em cada Estado individualmente considerado são inexoravelmente diversas, ainda que se possam constatar pontos comuns. Diferenciadas são, por outro lado, as soluções encontradas por cada ordem jurídica para enfrentar o problema, diferenças que não se limitam à esfera da natureza dos instrumentos, mas que abrangem, de modo especial, a intensidade da proteção outorgada por estes aos sistemas de seguridade social, o que, à evidência, não poderá deixar de ser

⁴⁴ Esta mesma pergunta constitui precisamente o título de uma das obras aqui citadas, notadamente Bernd Riedmüller/Martin Rodenstein (Org), *Wie sicher ist die soziale Sicherheit?*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989.

⁴⁵ A este respeito v. Eberhard Eichenhofer, *Der verfassungsrechtliche Schutz von sozialversicherungsrechtlichen Anrechten in der Bundesrepublik Deutschland, Italien und den USA*, in: ZIAS 1988, pp. 239 e ss.; Otto Depenheuer, *Wie sicher ist verfassungsrechtlich die Rente? – vom liberalen zum solidarischen Eigentumsbegriff*, in: AÖR n° 120 (1995), pp. 417 e ss.; Karl Jürgen Bieback, *Verfassungsrechtlicher Schutz gegen Abbau und Umstrukturierung von Sozialleistungen*, Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1997. Na literatura em língua portuguesa encontramos, posicionando-se favoravelmente a uma vedação pelo menos relativa de retrocesso na esfera social, especialmente José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1999, pp. 320 e ss.

⁴⁶ Note-se que a proteção contra eventual retrocesso, mesmo no campo dos direitos fundamentais, também não abrange apenas os direitos de cunho prestacional (positivo) embora nesta esfera seja mais usual e possivelmente mais impactante no que diz com as suas conseqüências, mas também alcança a proteção de outros direitos sociais, bastando aqui referir os direitos dos trabalhadores (boa parte dos quais são, em primeira linha, direitos de defesa [negativos]).

⁴⁷ Reportamo-nos aqui às considerações tecidas em nosso estudo anterior sobre o tema (*O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade*, in: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, n° 17, 1999, pp. 111 e ss.), no qual, contudo, centramos a nossa atenção na apresentação da “solução” germânica, com algumas considerações juscomparativas.

considerado nas linhas que se seguem, de tal sorte que também a temática da proibição de retrocesso reclama um tratamento constitucionalmente adequado. Tal enfoque – necessariamente diferenciado e contextualizado – assume feições ainda mais emergenciais quando nos damos conta que a Constituição Brasileira insere-se num ambiente significativamente diverso do constitucionalismo europeu, onde estamos vivenciando inclusive o surgimento de uma Constituição Européia, além de ter (ainda) um caráter marcadamente compromissário e dirigente, o que, somado ao fato – bem lembrado por Lenio Streck – de que as promessas da modernidade entre nós sequer foram minimamente cumpridas e que o Estado democrático (e social) de Direito brasileiro, na condição de Estado da justiça material, não passa de um simulacro⁴⁸, torna a discussão em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos sociais absolutamente obrigatória e inadiável.

3.3.2 – O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Na doutrina e jurisprudência nacional e estrangeira, constata-se, de modo geral, uma postura amistosa relativamente ao princípio da proibição de um retrocesso social, muito embora não se possa dizer que existe um consenso a respeito desta problemática. No âmbito da doutrina constitucional portuguesa, que tem exercido significativa influência sobre o nosso próprio pensamento jurídico, o que se percebe é que, de modo geral, os defensores de uma proibição de retrocesso, dentre os quais merece destaque o nome do

⁴⁸ Neste contexto insere-se a (entre nós) célebre discussão a respeito da “sobrevivência” do constitucionalismo dirigente, tal qual sustentado, originariamente, pelo ilustre publicista de Coimbra, José Joaquim Gomes Canotilho (na sua obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra: Coimbra Editora, 1982), justamente em função da revisão crítica levada a efeito pelo próprio Gomes Canotilho em diversos trabalhos mais recentes, especialmente a contar da década de 1990, no que diz com as premissas basilares de sua antiga tese, bastando aqui remeter o leitor ao prefácio redigido para a segunda edição da obra ora citada. Não sendo o caso de adentrar aqui esta controvérsia, o que se verifica é que as mudanças no âmbito do pensamento do Professor Gomes Canotilho sem dúvida devem ser enquadradas no seu devido contexto, já que nem o texto da Constituição Portuguesa de 1976 guarda o mesmo perfil revolucionário e dirigente que lhe foi originariamente atribuído, já que objeto de várias e relativamente profundas revisões, notadamente em face da inserção de Portugal na União Européia e, portanto, seu enquadramento em uma ordem jurídica supranacional. Por isso também nós – embora não de modo necessariamente coincidente com o de outros autores – seguimos sustentando que o paradigma da Constituição dirigente ainda cumpre um relevante papel no âmbito do constitucionalismo pátrio e apresenta – mesmo hoje (e talvez por isso mesmo) – todo um potencial a ser explorado. A respeito dessa temática, v., ainda, além do indispensável contributo de Lenio Luiz Streck, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, especialmente p. 106 e ss., também as lições de Gilberto Bercovici, *A Problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro*, in: Revista de Informação Legislativa, nº 142, Brasília: Senado Federal, abril/junho de 1999, pp. 35-51, assim como a oportuna coletânea organizada por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, *Canotilho e a Constituição Dirigente*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, obra que reúne aportes de diversos autores nacionais e retrata uma discussão sobre o tema travada com o próprio Gomes Canotilho.

conceituado publicista Gomes Canotilho, sustentam que após sua concretização em nível infraconstitucional, os direitos fundamentais sociais assumem, simultaneamente, a condição de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional, de tal sorte que não se encontram mais na (plena) esfera de disponibilidade do legislador, no sentido de que os direitos adquiridos não mais podem ser reduzidos ou suprimidos, sob pena de flagrante infração do princípio da proteção da confiança (por sua vez, diretamente deduzido do princípio do Estado de Direito), que, de sua parte, implica a inconstitucionalidade de todas as medidas que inequivocamente venham a ameaçar o padrão de prestações já alcançado.⁴⁹ Esta proibição de retrocesso, segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, pode ser considerada uma das conseqüências da perspectiva jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais sociais na sua dimensão prestacional, que, neste contexto, assumem a condição de verdadeiros direitos de defesa contra medidas de cunho retrocessivo, que tenham por objeto a sua destruição ou redução.⁵⁰

Esta mesma concepção encontrou acolhida também na jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal, que, já há algum tempo (Acórdão nº 39, de 1984), declarou a inconstitucionalidade de uma lei que havia revogado boa parte da Lei do Serviço Nacional de Saúde, sob o argumento de que com esta revogação estava o legislador atentando contra o direito fundamental à saúde (art. 64 da CRP), ainda mais em se levando em conta que este deveria ser realizado justamente mediante a criação de um serviço nacional, geral e gratuito de saúde (art. 64/2 da CRP),⁵¹ posição esta que, em linhas gerais, restou reafirmada pelo mesmo Tribunal Constitucional ao reconhecer, recentemente, a inconstitucionalidade da exclusão – por meio de lei – das pessoas com idade entre 18 e 25 anos (mesmo com ressalva dos direitos adquiridos) do benefício do rendimento mínimo de inserção, que havia substituído o rendimento mínimo garantido, que contemplava esta faixa etária⁵². Neste contexto, impõe-se uma referência ao fato de que uma declaração de inconstitucionalidade no âmbito da proibição de retrocesso social não se faz necessária tão-

⁴⁹ Cfr. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pp. 474-5.

⁵⁰ Cf. José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra: Coimbra Editora., 1982, p. 374, entendimento que, neste ponto, não tem sido objeto de maior reformulação em obras posteriores do renomado constitucionalista; Assim também José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 131.

⁵¹ A respeito desta decisão, v. principalmente José Casalta Nabais, *Os Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, in: Boletim do Ministério da Justiça nº 400 (1990), pp. 40-1, que se refere à estabilidade dos direitos fundamentais sociais legislativamente concretizados, salientando, contudo, que o Tribunal não chegou a posicionar-se expressamente a favor de uma proibição de retrocesso social. Ainda relativamente a esta paradigmática decisão, apontou-se para a circunstância de que o Tribunal apenas considerou vedada a revogação da Lei do Serviço Nacional de Saúde, de tal sorte que tão-somente a restauração de uma omissão inconstitucional foi tida como vedada, sustentando-se, neste contexto, que uma simples redução ou alteração do nível de concretização e realização do direito à saúde teria sido chancelada pelo Tribunal (neste sentido, v. João Caupers, *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, Coimbra: Almedina, 1985, p. 43).

⁵² Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional nº 509/2002, de 19.12.2002.

somente quando se cuida da revogação, mas também quando estamos diante de uma afronta legislativa ao conteúdo do direito fundamental social concretizado pelo legislador.⁵³ Também na Alemanha, onde, de resto, a doutrina e jurisprudência lusitana encontrou forte inspiração, de há muito existe um elevado grau de consenso a respeito do reconhecimento de algumas manifestações da proibição de retrocesso na esfera da segurança social, destacando-se a expressiva produção doutrinária e jurisprudencial acerca do tema, pelo menos desde o incremento dos ajustes levados a efeito no âmbito da já referida crise do Estado Social⁵⁴.

Muito embora não seja o caso de aqui retomar, em toda a sua amplitude, a discussão a respeito da proibição de retrocesso social na Alemanha, vale destacar que lá, a despeito da ausência de uma proteção expressa até mesmo dos direitos adquiridos no plano constitucional, tanto a doutrina, quanto o Tribunal Constitucional Federal, sempre chancelaram a proteção (ainda que não ilimitada) tanto do direito adquirido como das próprias expectativas de direitos (em que pese com menor intensidade), dimensões que, como já demonstrado, integram uma compreensão ampla da proibição de retrocesso. Além disso, no âmbito de uma jurisprudência tida como referencial, especialmente no que concerne à criatividade da solução, o Tribunal Constitucional Federal reconheceu, em uma série de decisões, que a garantia da propriedade alcança também a proteção de posições jurídico-subjetivas de natureza pública (com destaque para os direitos a prestações no âmbito da seguridade social legislativamente concretizados), existindo atualmente, a despeito de uma série de críticas, um determinado grau de consenso nesta esfera.⁵⁵

Como bem demonstrou Peter Badura, a partir do conceito funcionalista de propriedade desenvolvido por Martin Wolff ainda na época de Weimar, a garantia da propriedade, para além da proteção da propriedade em termos de direitos reais, alcançou também uma função conservadora de direitos, oferecendo ao indivíduo segurança jurídica relativamente aos direitos patrimoniais reconhecidos pela ordem jurídica, além de proteger a confiança depositada no conteúdo de seus direitos.⁵⁶

O Tribunal Federal Constitucional chancelou este entendimento,

⁵³ Neste sentido, Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 351, que igualmente se posiciona favoravelmente à proibição de retrocesso social e, de modo mais contundente, José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 327.

⁵⁴ A respeito do tema v. especialmente e aqui por todos, Rolf-Ulrich Schlencker, *Soziales Rückschrittsverbot und Grundgesetz*, Berlin: Duncker & Humblot, 1986, advogando, em monografia considerada referencial, a existência de uma vedação relativa de retrocesso em matéria de direitos sociais. A respeito da “solução” alemã na matéria v. também o nosso já referido *O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade*, pp. 111 e ss.

⁵⁵ Cfr. Hans-Jürgen Papier, *Anmerkungen zu Art. 14 GG*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, *Grundgesetz Kommentar*, vol. II, München: C.H. Beck, 1994, p. 77.

⁵⁶ Cfr. Peter Badura, *Eigentum*, in: E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel (Org). *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2ª ed., Berlin: Walter de Gruyter, p. 347. Registre-se que não adentraremos aqui a discussão (travada especialmente no âmbito da doutrina privatista) em torno de uma concepção funcionalista de propriedade e da gradativa afirmação, pelo menos no âmbito do direito pátrio, de uma

considerando que a proteção por meio da garantia da propriedade tem por pressuposto a circunstância de que ao titular do direito é atribuída uma posição jurídica equivalente à da propriedade privada e que, no caso de uma supressão sem qualquer compensação, ocorreria uma colisão frontal com o princípio do Estado de Direito⁵⁷, o que, especialmente pela inclusão no âmbito de proteção da garantia da propriedade de direitos patrimoniais na esfera da segurança social, acabou levando a uma ampliação do conceito de propriedade vigente no direito privado, do qual o conceito constitucional de propriedade veio a se desprender quase que completamente⁵⁸.

Todavia, cumpre frisar que nem todos os direitos patrimoniais de natureza pública (inclusive nem todos os direitos sociais) foram considerados protegidos pela garantia da propriedade, já que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, aqui apresentada em apertadíssima síntese, devem estar satisfeitos alguns requisitos: a) à posição jurídica individual (isto é, ao direito subjetivo a prestação social) deve corresponder uma contraprestação pessoal de seu titular, que necessariamente não pode ser irrelevante, de tal sorte que uma equivalência absoluta entre a prestação estatal e a contrapartida pessoal não tem sido considerada indispensável, sendo tido como suficiente que a pretensão do particular não se encontre embasada única e exclusivamente numa prestação unilateral do Estado⁵⁹; b) deve tratar-se de uma posição jurídica de natureza patrimonial, que possa ser tida como de fruição privada para o seu titular, o que ocorre quando o titular do direito pode partir da premissa de que se cuida de uma posição jurídica pessoal, própria e exclusiva, caracterizada por uma essencial disponibilidade por parte de seu titular⁶⁰; c) A prestação deve servir à garantia da existência de seu titular, já que a propriedade também protege as condições necessárias para uma vida autônoma e responsável, especialmente considerando que a maior parte dos cidadãos alcança a sua segurança existencial menos por meio do patrimônio privado imobiliário e/ou mobiliário, do que pelo resultado de seu trabalho e, portanto, por meio de suas posições jurídico-subjetivas patrimoniais⁶¹.

No âmbito destes três pressupostos e do seu gradativo incremento, bem como da ampliação do conteúdo social da propriedade a eles vinculada⁶², a proteção das

visão que poderíamos designar de existencial da propriedade, como revelam, entre outros, os paradigmáticos estudos de Gustavo Tepedino, *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999; Ricardo Aronne, *Propriedade e Domínio*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999; e Luiz Edson Fachin, *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

⁵⁷ Sobre a evolução da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal nesta matéria, v., entre outros, Walter Leisner, *Eigentum*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Org), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. VI, Heidelberg: C.F. Mueller, 1992, p. 1069.

⁵⁸ Esta a oportuna lição de Brunn Otto Bryde, *Anmerkungen zu Art. 14 GG*, in: Ingo von Münch/Philip Kunig, *Grundgesetz- Kommentar*, vol. I, 4ª ed., Muenchen: C.H. Beck, 1992, p. 830.

⁵⁹ Cfr. *BVerfGE* (= Coletânea Oficial das Decisões do Tribunal Constitucional Federal), vol. 69, pp. 272, 301.

⁶⁰ Cfr. Novamente *BVerfGE* vol. 69, pp. 272, 300-1.

⁶¹ Cfr. *BVerfGE* vol. 53, pp. 257, 294.

⁶² Tal incremento do conteúdo social da garantia da propriedade foi bem destacado por Walter Leisner,

posições jurídico-subjetivas patrimoniais de direito público foi consideravelmente enrobustecida, abrangendo a considerável parte das prestações que integram o sistema público de seguridade social (especialmente aposentadorias, pensões, seguro-desemprego, seguro contra acidentes de trabalho, etc), além de alcançar até mesmo as expectativas de direitos, notadamente aquelas posições que, mediante o implemento de outras condições (por exemplo, um certo prazo de espera e/ou carência) tornam-se plenamente exigíveis⁶³. De outra parte, tem sido excluídas da proteção as prestações de cunho reabilitatório e secundário, sem a respectiva contraprestação⁶⁴, assim como prestações discricionárias, que não radicam numa posição jurídica similar à propriedade privada, devendo, portanto, tratar-se de prestações obrigatórias⁶⁵.

A despeito das diversas e relevantes críticas formuladas em relação à solução preconizada pelo Tribunal Constitucional Federal, que aqui não poderão ser rastreadas e discutidas na sua integralidade (destacando-se a objeção de que a proteção por meio da garantia da propriedade é insuficiente, por não abranger uma série de posições jurídicas relevantes na esfera da proteção social, sendo, ademais, demasiado relativa, já que ampla a possibilidade de intervenções na propriedade⁶⁶), bem como considerando a existência de outras formas de proteção contra o retrocesso reconhecidas e desenvolvidas na doutrina e jurisprudência constitucional germânica (como é o caso das alternativas embasadas na proteção de confiança, no princípio da isonomia e na dignidade da pessoa humana)⁶⁷, o que importa, nesta quadra da exposição, é a constatação da importância que tem sido atribuída à proibição de retrocesso, mesmo bem além da proteção dos direitos adquiridos, em ordens constitucionais onde inexistente uma expressa previsão de tal proibição e onde – convém frisar este aspecto – os níveis de proteção social são muito superiores aos nossos. Que também na Alemanha (e, de resto, na esfera européia) tal proteção não é absoluta e em que medida – e sob que pressupostos – algum tipo de retrocesso é considerado constitucionalmente legítimo, voltará ser referido mais adiante, ainda que sem maior

in: Handbuch des Staatsrechts, vol. VI, p. 1070.

⁶³ Neste sentido *BVerfGE* vol. 53, pp. 257, 289-90.

⁶⁴ Cfr. Rudolf Wendt, *Anmerkungen zu Art. 14 GG*, in: Michael Sachs (Org). Grundgesetz, München: C.H. Beck, 1996, p. 492.

⁶⁵ Cfr. Hans-Jürgen Papier, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, vol. II, p. 94.

⁶⁶ Neste sentido v. também Hans-Jürgen Papier (op. cit., p. 94), sustentando que, além de assegurar uma proteção relativizante, o recurso supletivo à garantia da propriedade como fundamento constitucional para uma proteção das posições subjetivas patrimoniais de direito público é até mesmo desnecessário, já que a especial força jurídica dos direitos subjetivos públicos decorre de outras normas constitucionais. Da literatura mais recente, registre-se o estudo crítico de Harald Bogs, *Art. 14 GG (Eigentum) als Vertrauensschutz-Basisnorm für Rentenversicherte?*, in: Franz Ruland/Bernd Baron von Maydell/Hans-Jürgen Papier (Org), *Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats – Festschrift für Hans F. Zacher zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: C.F. Müller, 1998, pp. 65-83, desenvolvendo especialmente a idéia de que existem caminhos mais eficazes para a proteção dos direitos subjetivos na esfera da previdência social do que a oferecida pela garantia da propriedade.

⁶⁷ Cfr. o nosso *O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso...*, p. 124 e ss.

aprofundamento.

Contra o reconhecimento, em princípio, de uma proibição de retrocesso na esfera das conquistas sociais, costuma esgrimir-se especialmente o argumento de que esta esbarra no fato de que o conteúdo do objeto dos direitos fundamentais sociais não se encontra, de regra, definido ao nível da Constituição, sendo, além disso, indeterminável sem a intervenção do legislador, de tal sorte que este deverá dispor de uma quase absoluta liberdade de conformação nesta seara, que, por sua vez, engloba a autonomia para voltar atrás no que diz com as próprias decisões, liberdade esta que, no entanto, se encontra limitada pelo princípio da proteção da confiança e pela necessidade de justificação das medidas reductionistas.⁶⁸

Tal concepção, ao menos no nosso sentir, não pode merecer acolhida, sob pena de se outorgar ao legislador o poder de dispor (de modo demasiado livre) do conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais, notadamente no que diz com a sua concretização legislativa, já que no plano da mudança constitucional formal já se dispõe da proteção (igualmente não absoluta, embora reforçada) assegurada pelos limites à reforma da Constituição, temática que – tal como anunciado – aqui não será desenvolvida. Da mesma forma, não há como acolher – pelo menos não integralmente e de modo especial no que diz com as suas conseqüências – a crítica tecida, entre nós, por Roger Stiefelman Leal, que chega a admitir – em face da incapacidade prestacional do poder público (no âmbito dos limites postos pela reserva do possível) a possibilidade de uma total supressão de uma determinada legislação concretizadora de direitos sociais ou políticas públicas nesta seara⁶⁹.

Com efeito, em se admitindo uma ausência de vinculação mínima do legislador (assim como dos órgãos estatais em geral) ao núcleo essencial já concretizado na esfera dos direitos sociais e das imposições constitucionais em matéria de justiça social, estar-se-ia chancelando uma fraude à Constituição, pois o legislador – que ao legislar em matéria de proteção social apenas está a cumprir um mandamento do Constituinte – poderia pura e simplesmente desfazer o que fez no estrito cumprimento da Constituição. Valendo-nos aqui da lição de Jorge Miranda (que, todavia, admite uma proibição apenas relativa de

⁶⁸ Este o pensamento de Miguel Afonso Vaz, *Lei e Reserva de Lei. A causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976*, Porto, 1992, p. 383 e ss., consignando-se, todavia, que o autor não chega a considerar inexistente qualquer manifestação de uma proibição de retrocesso, já que faz menção à proteção da confiança e à necessidade de uma justificação para a edição de medidas retrocessivas no âmbito da legislação infraconstitucional. Entre nós, seguindo precisamente esta linha de entendimento, v. Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 163, para quem “a admissão de um princípio da proibição de retrocesso social, entendido como uma garantia dos direitos sociais perante a lei, conflita com o princípio da autonomia do legislador, uma vez que o nível de determinação constitucional desses direitos parece ser nenhum”.

⁶⁹ Cfr. Roger Stiefelman Leal, *Direitos Sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais*, artigo extraído da página do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do RGS, acessível em <http://orion.ufrgs.br/mestredir/doutrina/leal2.htm>

retrocesso), o legislador não pode simplesmente eliminar as normas (legais) concretizadoras de direitos sociais, pois isto equivaleria a subtrair às normas constitucionais a sua eficácia jurídica, já que o cumprimento de um comando constitucional acaba por converter-se em uma proibição de destruir a situação instaurada pelo legislador⁷⁰.

Além disso, mediante a supressão pura e simples do próprio núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social (especialmente dos direitos sociais vinculados ao mínimo existencial) estará sendo afetada, em muitos casos, a própria dignidade da pessoa, o que desde logo se revela inadmissível, ainda mais em se considerando que na seara das prestações mínimas (que constituem o núcleo essencial mínimo judicialmente exigível dos direitos a prestações) para uma vida condigna não poderá prevalecer até mesmo a objeção da reserva do possível e a alegação de uma eventual ofensa ao princípio democrático e da separação dos poderes⁷¹.

Sem que aqui se pretenda rastrear todas as dimensões da questão, procedendo a uma exaustiva análise de toda a doutrina e jurisprudência disponível⁷², importa, contudo, cimentar minimamente a possibilidade de se reconhecer um princípio de proibição de retrocesso também na ordem jurídico-constitucional brasileira. No plano doutrinário, valem-nos da lição de Luís Roberto Barroso, que, de certo modo, representa o entendimento que (a despeito de algumas posições reticentes) tem – cada vez mais – dominado o nosso cenário jurídico. Para o notável constitucionalista carioca, “por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido”⁷³. Em linhas gerais, o que se percebe é que a noção de proibição de retrocesso tem sido por muitos reconduzida à noção que José Afonso da Silva apresenta como sendo de um direito subjetivo negativo, no sentido de que é possível impugnar judicialmente toda e qualquer medida que se encontre em conflito com o teor da Constituição (inclusive com os objetivos estabelecidos nas normas de cunho programático), bem como rechaçar medidas legislativas que venham, pura e simplesmente, subtrair supervenientemente a uma norma constitucional o grau de concretização anterior que lhe foi outorgado pelo legislador⁷⁴.

⁷⁰ Cfr. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, p. 397 e ss.

⁷¹ Sobre este ponto remetemos ao nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 287 e ss. Neste mesmo sentido, pugnano por um reconhecimento ed um direito subjetivo individual a determinada prestação social, v., entre outros, especialmente Andreas Krell, *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*, p. 37 e ss., Ana Paula de Barcellos, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, p. 246 e ss., e, mais recentemente, Marcos Maselli Gouvêa, *O controle judicial das omissões administrativas*, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

⁷² Para uma análise mais detida das diversas posições no âmbito da doutrina (especialmente brasileira e portuguesa) remetemos ao estudo de José Vicente dos S. Mendonça, *Vedação do retrocesso...*, p. 218 e ss.

⁷³ Cfr. Luís Roberto Barroso, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158.

⁷⁴ Neste sentido, aponta-se aqui, entre outros, além do já referido entendimento de Luís Roberto

Em suma, reiterando aqui a lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira, as normas constitucionais que reconhecem direitos sociais de caráter positivo implicam uma proibição de retrocesso, já que “uma vez dada satisfação ao direito, este transforma-se, nessa medida, em direito negativo, ou direito de defesa, isto é, num direito a que o Estado se abstenha de atentar contra ele.”⁷⁵

Sem que se pretenda aqui esgotar nem aprofundar isoladamente todo o leque de razões passíveis de serem referidas, verifica-se que, no âmbito do direito constitucional brasileiro, o princípio da proibição de retrocesso, como já sinalizado, decorre implicitamente do sistema constitucional, designadamente dos seguintes princípios e argumentos de matriz jurídico-constitucional:

- a) O princípio do Estado democrático e social de Direito, que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, o qual necessariamente abrange a proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de segurança contra medidas retroativas e, pelo menos em certa medida, atos de cunho retrocessivo de um modo geral;
- b) O princípio da dignidade da pessoa humana que, exigindo a satisfação – por meio de prestações positivas (e, portanto, de direitos fundamentais sociais) – de uma existência condigna para todos, tem como efeito, na sua perspectiva negativa, a inviabilidade de medidas que fiquem aquém deste patamar;
- c) No princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais contido no artigo 5º, parágrafo 1º, e que abrange também a maximização da proteção dos direitos fundamentais. Com efeito, a indispensável otimização da eficácia e efetividade do direito à segurança jurídica (e, portanto, sempre também do princípio da segurança jurídica) reclama que se dê ao mesmo a maior proteção possível, o que, por seu turno, exige uma proteção também contra medidas de caráter retrocessivo, inclusive na acepção aqui desenvolvida;
- d) As manifestações específicas e expressamente previstas na Constituição, no que diz com a proteção contra medidas de cunho retroativo (na qual se enquadra a proteção dos direitos adquiridos, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito) não dão conta do universo de situações que integram a noção mais ampla de segurança jurídica, que, de resto, encontra fundamento direto no artigo 5º, caput, da nossa Lei Fundamental e no princípio do Estado social e democrático de Direito;

Barroso, a lição já clássica (mantida em edições mais recentes de sua obra) de José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 147 e 156 e ss.; Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, pp. 397-99, Lenio Luiz Streck, *Hermenêutica Jurídica e (m) crise*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 31 e ss., assim como, Ana Paula de Barcellos, *A eficácia dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 68 e ss., que sustenta tratar-se de um desdobramento de uma eficácia negativa dos princípios constitucionais. Mais recentemente, v. José Vicente dos S. Mendonça, *Vedação do Retrocesso...*, p. 218 e ss., muito embora sinalando que não se trata de uma questão apenas atrelada à eficácia negativa das normas constitucionais.

⁷⁵ Cfr. Joaquim José Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, p. 131.

e) O princípio da proteção da confiança, na condição de elemento nuclear do Estado de Direito (além da sua íntima conexão com a própria segurança jurídica) impõe ao poder público – inclusive (mas não exclusivamente) como exigência da boa-fé nas relações com os particulares – o respeito pela confiança depositada pelos indivíduos em relação a uma certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo e das relações jurídicas especificamente consideradas;

f) Os órgãos estatais, especialmente como corolário da segurança jurídica e proteção da confiança, encontram-se vinculados não apenas às imposições constitucionais no âmbito da sua concretização no plano infraconstitucional, mas estão sujeitos a uma certa auto-vinculação em relação aos atos anteriores.⁷⁶ Esta, por sua vez, alcança tanto o legislador, quando os atos da administração e, em certa medida, dos órgãos jurisdicionais, aspecto que, todavia, carece de maior desenvolvimento do que o permitido pelos limites do presente estudo;

g) Negar reconhecimento ao princípio da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte.⁷⁷ Com efeito, como bem lembra Luís Roberto Barroso, mediante o reconhecimento de uma proibição de retrocesso está a se impedir a frustração da efetividade constitucional, já que, na hipótese de o legislador revogar o ato que deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito, estaria acarretando um retorno à situação de omissão (inconstitucional, como poderíamos acrescentar) anterior.⁷⁸ Precisamente neste contexto, insere-se a também argumentação deduzida pelos votos condutores

⁷⁶ Cfr., dentre outros, Harmut Maurer, *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Org), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III, Heidelberg: C.F. Muller, p. 244 e ss., não obstante o autor – assim como a doutrina e jurisprudência em geral – sejam bastante restritivos no que diz com a admissão de uma auto-vinculação do legislador, temática que aqui não iremos desenvolver mas que tem sido objeto de uma certa discussão na Alemanha, sob a rubrica de uma vinculação sistêmica do legislador, desenvolvida essencialmente à luz do princípio da igualdade. Neste sentido, v., entre outros, Uwe Kischel, *Systembindung des Gesetzgebers und Gleichheitssatz*, in: *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 124, 1999, pp. 174-211.

⁷⁷ Tal ponto de vista apenas poderia ser sustentado, em tese, em se partindo da premissa de que os direitos sociais não podem (mesmo no que diz com seu conteúdo essencial) ser definidos em nível constitucional, a exemplo do que parece propor Manuel Afonso Vaz, *Lei e Reserva de Lei...*, pp. 383-4, mas que contraria até mesmo a lógica do sistema jurídico-constitucional, notadamente no que diz com a função concretizadora exercida pelo legislador e demais órgãos estatais.

⁷⁸ Cfr. Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, pp. 158-9. Neste contexto, assume relevância a controvérsia a respeito dos limites do controle da atividade legislativa pelo Poder Judiciário, vinculada, por sua vez, à questão da legitimidade dos órgãos jurisdicionais para tal controle, temática que evidentemente aqui não poderia ser desenvolvida e sobre a qual existe vasta e qualificada doutrina nacional e estrangeira.

(especialmente do então Conselheiro Vital Moreira) do já referido *leading case* do Tribunal Constitucional de Portugal, versando sobre o Serviço Nacional de Saúde, sustentando que “as tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam também a não aboli-los uma vez criados”, aduzindo que “após ter emanado uma lei requerida pela Constituição para realizar um direito fundamental, é interdito ao legislador revogar esta lei, repondo o estado de coisas anterior. A instituição, serviço ou instituto jurídico por ela criados passam a ter a sua existência constitucionalmente garantida. Uma nova lei pode vir a alterá-los ou reformá-los nos limites constitucionalmente admitidos (grifo nosso); mas não pode vir a extingui-los ou revogá-los.”

h) Os argumentos esgrimidos restam enrobustecidos por um fundamento adicional extraído do direito internacional, notadamente no plano dos direitos sociais, econômicos e culturais. Com efeito, de acordo com a arguta observação de Victor Abramovich e Christian Courtis⁷⁹, bem retomada, no Brasil, por André de Carvalho Ramos,⁸⁰ a imposição (dever) de uma progressiva implementação efetiva da proteção social por parte dos Estados implica uma implícita vedação de retrocesso em relação aos direitos sociais já concretizados.

A partir do exposto, verifica-se que a proibição de retrocesso, mesmo na acepção mais estrita aqui enfocada, também resulta diretamente do princípio da maximização da eficácia de (todas) as normas de direitos fundamentais. Por via de consequência, o artigo 5º, parágrafo 1º, da nossa Constituição, impõe a proteção efetiva dos direitos fundamentais não apenas contra a atuação do poder de reforma constitucional (em combinação com o artigo 60, que dispõe a respeito dos limites formais e materiais às emendas constitucionais), mas também contra o legislador ordinário e os demais órgãos estatais (já que medidas administrativas e decisões jurisdicionais também podem atentar contra a segurança jurídica e a proteção de confiança), que, portanto, além de estarem incumbidos de um dever permanente de desenvolvimento e concretização eficiente dos direitos fundamentais (inclusive e, no âmbito da temática versada, de modo particular os direitos sociais) não pode – em qualquer hipótese – suprimir pura e simplesmente ou restringir de modo a invadir o núcleo essencial do direito fundamental ou atentar, de outro modo, contra as exigências da proporcionalidade.

Se em favor do reconhecimento, em princípio, de uma proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais não parecem subsistir maiores dúvidas, já que cada vez mais isoladas as vezes que se posicionam contrariamente ao instituto (ainda mais em face do elenco – não exaustivo – de argumentos colacionados), também é verdade

⁷⁹ Cf. Victor Abramovich e Christian Courtis. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid: Trotta, 2002, p. 92 e ss.

⁸⁰ Cf. André de Carvalho Ramos, *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 243 e ss.

que há, ainda, considerável espaço para controvérsia no que concerne à amplitude da proteção outorgada pelo princípio da proibição de retrocesso social. Com efeito, se é correto apontar a existência de elevado grau de consenso (pelo menos na doutrina e jurisprudência nacional e, de modo geral, no espaço europeu) quanto à existência de uma proteção contra o retrocesso, igualmente é certo que tal consenso (como já foi lembrado) abrange o reconhecimento de que tal proteção não pode assumir um caráter absoluto, notadamente no que diz com a concretização dos direitos sociais a prestações. Para além desse consenso (no sentido de que existe uma proibição relativa de retrocesso em matéria de direitos sociais), constata-se intensa discussão em torno da amplitude da proteção contra o retrocesso, sendo significativas as diferenças de entendimento registradas no âmbito doutrinário e jurisprudencial, mas também na seara das soluções adotadas pelo direito positivo de cada ordem jurídica individualmente considerada.

Neste sentido, Vieira de Andrade - que, convém dizê-lo, adota posição relativamente cautelosa nesta matéria (bem mais cautelosa e restritiva do que a sustentada no presente ensaio) - apontou para a circunstância de que a proibição de retrocesso social não pode ser tida como uma regra geral, sob pena de se colocar seriamente em risco a indispensável autonomia da função legiferante, já que não se pode considerar o legislador como órgão de mera execução das decisões constitucionais.⁸¹ Além disso - ainda de acordo com Vieira de Andrade - uma proibição em termos absolutos do retrocesso social acabaria por outorgar aos direitos fundamentais sociais a prestações legislativamente concretizados uma eficácia mais reforçada do que a atribuída aos direitos de defesa em geral, já que estes podem ser restringidos pelo legislador, desde que preservado seu núcleo essencial, ressaltando-se, ainda, que o direito constitucional lusitano justamente consagrou a juridicidade reforçada dos direitos, liberdades e garantias.⁸² Entre nós, muito embora partindo de um outro referencial em termos de direito constitucional positivo e do seu respectivo contexto sócio-econômico, cumpre registrar a lembrança de Andreas Krell, ao referir - na mesma linha de Vieira de Andrade (no que diz com a proibição de retrocesso) - que a aplicação dessa teoria, que, por si só não veda uma diminuição dos direitos sociais individuais para assegurar interesses públicos urgentes e relevantes, poderia levar a uma proteção maior dos direitos sociais em relação aos direitos de liberdade⁸³.

Bastaria esta linha argumentativa para reconhecer que (ainda que no Brasil não se possa acolher a tese de um regime jurídico diferenciado e reforçado dos direitos de defesa⁸⁴) não se pode encarar a proibição de retrocesso como tendo a natureza de uma regra geral de cunho absoluto, já que não apenas a redução da atividade legislativa à execução pura e simples da Constituição se revela insustentável, mas também pelo fato de que esta

⁸¹ Cfr. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1987, pp. 307-9.

⁸² Cf. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 309.

⁸³ Cfr. Andreas Krell, *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha - os (des) caminhos de um direito constitucional comparado*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 40.

solução radical, caso tida como aceitável, acabaria por conduzir a uma espécie de transmutação das normas infraconstitucionais em direito constitucional, além de inviabilizar o próprio desenvolvimento deste.⁸⁵ Além disso, resulta evidente que a admissão de uma vedação absoluta de retrocesso – especialmente no sentido estrito aqui versado – inexoravelmente resultaria na procedência das críticas formuladas pelos seus adversários. Assim, a proibição de retrocesso assume (como parece ter sido suficientemente fundamentado) feições de verdadeiro princípio constitucional fundamental implícito, que pode ser reconduzido tanto ao princípio do Estado de Direito (no âmbito da proteção da confiança e da estabilidade das relações jurídicas inerentes à segurança jurídica), quanto ao princípio do Estado Social, na condição de garantia da manutenção dos graus mínimos de segurança social alcançados, sendo, de resto, corolário da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais sociais e do direito à segurança jurídica, assim como da própria dignidade da pessoa humana.

Em se levando em conta que a proibição de retrocesso social, por não se tratar de regra geral e absoluta, mas, sim, de princípio, não admite solução baseada na “lógica do tudo ou nada” (na esteira das lições de Dworkin, Alexy e Canotilho⁸⁶), aceitando determinadas reduções no âmbito das conquistas sociais ao nível infraconstitucional, encontra-se vedada, desde logo e por evidente, sua supressão pura e simples. Com efeito, neste contexto, vale reproduzir a lição de Gomes Canotilho, ao sustentar que o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado pelo legislador encontra-se

⁸⁴ Registre-se que a Constituição de 1988, diversamente da Portuguesa e Espanhola, não traçou um regime jurídico diferenciado entre os direitos de defesa e os direitos sociais a prestações. Neste sentido, para um maior desenvolvimento, v. o nosso *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988...*, p. 150 e ss. Os direitos sociais são, portanto, igualmente fundamentais, no sentido formal e material, o que não impede que tal fundamentalidade venha a manifestar-se de modo

⁸⁵ Neste sentido v. também José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 308. Assim também João Caupers, *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, p. 44, que, apesar de favorável à proibição de retrocesso social, comunga o entendimento de que a proteção dos sistemas prestacionais existentes não pode ser maior do que a concedida aos direitos de liberdade (direitos de defesa).

⁸⁶ Com isso não estamos a admitir, na sua integralidade, todos os aspectos da teoria normativa de Alexy, especialmente no que diz com a distinção entre princípios e regras, já que – na esteira da iluminada proposta formulada por Juarez Freitas, *A Interpretação Sistemática do Direito*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 54 e ss. e 140 e ss., também as regras podem sofrer algum tipo de ponderação (hierarquização), no sentido de não estarem sujeitas inexoravelmente a uma lógica do “tudo ou nada”, especialmente pelo fato de que por detrás de uma antinomia entre duas (ou mais) regras encontra-se sempre uma antinomia de princípios. Sem que se pretenda avançar aqui nesta discussão (para o que remetemos à leitura da obra do ilustre jurista Gaúcho), o que importa é a compreensão de que os princípios, de fato e num certo sentido, constituem mandados de otimização e carecem da ponderação e harmonização com outros princípios (e regras, quando for o caso) no âmbito do sistema jurídico. Traçando uma visão crítica da teoria dos princípios, v., ainda, a recente contribuição de Humberto Bergman Ávila, *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo: Malheiros, 2003.

constitucionalmente garantido contra medidas estatais que, na prática, resultem na anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial, de tal sorte que a liberdade de conformação do legislador e a inerente auto-reversibilidade encontram limitação no núcleo essencial já realizado⁸⁷. Muito embora tal concepção possa servir como ponto de partida para a análise da problemática do alcance da proteção contra o retrocesso em matéria de direitos sociais, não nos parece dispensável algum tipo de aprofundamento, notadamente no que diz com a vinculação do problema às noções de dignidade da pessoa e segurança jurídica, o que será objeto da nossa atenção no próximo segmento.

3.4 – DIGNIDADE DA PESSOA, MÍNIMO EXISTENCIAL E PROTEÇÃO DA CONFIANÇA NA CONDIÇÃO DE CRITÉRIOS MATERIAIS PARA AFERIÇÃO DOS PADRÕES DE SEGURANÇA (JURÍDICA E SOCIAL) NO ÂMBITO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO

A dinâmica das relações sociais e econômicas, notadamente no que concerne às demandas de determinada sociedade em matéria de segurança social e, por via de consequência, em termos de prestações sociais asseguradas pelo poder público, por si só já demonstra a inviabilidade de se sustentar uma vedação absoluta de retrocesso em matéria de direitos sociais. Se somarmos estes fatores à variabilidade e instabilidade da capacidade prestacional do Estado e da própria sociedade (de qualquer Estado e sociedade, como deflui da experiência vivenciada em quase todos os recantos do planeta⁸⁸) como um todo, especialmente num contexto de crise econômica e incremento dos níveis de exclusão social (que, por sua vez, resulta no aumento da demanda por proteção social), acompanhado de problemas na esfera arrecadação de recursos que possam dar conta dos reclamos na esfera

⁸⁷ Cfr. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 327.

⁸⁸ Ilustrativa é, neste contexto, a crise relativamente aguda vivenciada, já há bom tempo mas com ritmo crescente, pela Alemanha, onde se intensificam os clamores em prol de uma reforma geral da Lei Fundamental, acusada, em diversos círculos (inclusive no meio acadêmico) de estar tornando ingovernável o país (v., a respeito, a ampla e bem documentada reportagem veiculada pelo importante periódico *Der Spiegel*, na sua edição de 12.05.03, que ostenta o sugestivo título *Die verstaubte Verfassung*, que, em bom português, significa “A Constituição empoeirada”). Registre-se, contudo, que muito embora significativa parcela das reformas em andamento envolva o sistema de segurança social e a problemática do ajuste fiscal e do déficit público, o que mais tem preocupado os críticos é a inviabilidade prática de mudanças com a rapidez necessária, tendo em conta o intrincado e paralisante sistema federativo, a repartição de competências, o intrincado sistema partidário e a complexidade do processo legislativo, além da possibilidade de pequenos blocos partidários e representantes dos Estados impedirem a aprovação de projetos essenciais para o saneamento do País e retomada do crescimento econômico. Se este discurso (entre nós igualmente difundido) há de prevalecer na sua íntegra, aqui não será questionado, mas o exemplo serve para demonstrar o quanto a questão da reforma do Estado e das instituições, num contexto social, político e econômico altamente explosivo e influenciado pela globalização econômica, representa um fenômeno de proporções mundiais e não pode ser simplesmente desconsiderado na seara jurídica e jurisdicional, especialmente no âmbito da discussão em torno da proibição de retrocesso.

da proteção social, igualmente dá conta que o reconhecimento de um princípio da proibição de retrocesso não poderia – como suficientemente destacado nas páginas precedentes – resultar numa vedação absoluta de qualquer medida que tenha por objeto a promoção de ajustes, eventualmente até mesmo de alguma redução ou flexibilização em matéria de segurança social, onde realmente estiverem presentes os pressupostos para tanto.

Visto isso, importa avançar no que diz com a construção de alguns critérios materiais que viabilizem uma solução constitucionalmente adequada e equânime no âmbito da aferição dos limites da aplicação do princípio da proibição de retrocesso. Neste contexto, a primeira noção a ser resgatada é a do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais que estejam sendo objeto de alguma medida retrocessiva. Como já restou suficientemente destacado, o legislador (assim como o poder público em geral) não pode, uma vez concretizado determinado direito social no plano da legislação infraconstitucional, mesmo com efeitos meramente prospectivos, voltar atrás e, mediante uma supressão ou mesmo relativização (no sentido de uma restrição), afetar o núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social constitucionalmente assegurado. Assim, como já deflui do próprio texto, é em primeira linha o núcleo essencial dos direitos sociais que vincula o poder público no âmbito de uma proteção contra o retrocesso e que, portanto, encontra-se protegido.

Que tal núcleo essencial encontra-se diretamente vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana, notadamente (em se tratando de direitos sociais prestacionais) ao conjunto de prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade, constitui uma das teses centrais aqui sustentadas, ainda que sem qualquer pretensão de originalidade. Além disso, a noção de mínimo existencial, compreendida, por sua vez, como abrangendo o conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade, que necessariamente só poderá ser uma vida saudável, que corresponda a padrões qualitativos mínimos,⁸⁹ nos revela que a dignidade da pessoa atual como diretriz jurídico-material tanto para a definição do núcleo essencial, quanto para a definição do que constitui a garantia do mínimo existencial, que, na esteira de farta doutrina, abrange bem mais do que a garantia da mera sobrevivência física, não podendo ser restringido, portanto, à noção de um mínimo vital ou a uma noção estritamente liberal de um mínimo suficiente para assegurar o exercício das liberdades fundamentais⁹⁰. Em se partindo do pressuposto que as prestações estatais

⁸⁹ Reportamo-nos aqui ao novamente ao nosso conceito de dignidade da pessoa tal como já citado neste ensaio, destacando que uma vida digna é necessariamente uma vida saudável. De tal conceito aproxima-se a noção recentemente sustentada por Luis Fernando Barzotto, *A Democracia na Constituição*, São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, especialmente p. 175 e ss., ao referir-se a uma “vida boa” como objetivo e fundamento do Estado democrático de Direito na Constituição de 1988.

⁹⁰ A respeito da noção de mínimo existencial, remetemos ao indispensável e pioneiro estudo de Ricardo Lobo Torres, *O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais*, in: Revista de Direito Administrativo, nº 177, 1989, p. 29 e ss., muito embora o autor – a partir de uma profunda análise especialmente da doutrina norte-americana e germânica – esteja aparentemente a se inclinar em prol de uma noção tendencialmente liberal (embora não necessariamente reducionista) de mínimo existencial, já que

básicas destinadas à garantia de uma vida digna para cada pessoa constituem (tal como já foi lembrado) inclusive parâmetro necessário para a justiciabilidade dos direitos sociais prestacionais, no sentido de direitos subjetivos definitivos que prevalecem até mesmo em face de outros princípios constitucionais (como é o caso da “reserva do possível” [e da conexas reserva parlamentar em matéria orçamentária] e da separação dos poderes, apenas para referir os que têm sido mais citados na doutrina, resulta evidente – ainda mais em se cuidando de uma dimensão negativa (ou defensiva) dos direitos sociais (e neste sentido não apenas dos direitos a prestações⁹¹) – que este conjunto de prestações básicas não poderá ser suprimido ou reduzido (para quem do seu conteúdo em dignidade da pessoa) nem mesmo mediante ressalva dos direitos adquiridos, já que afetar o cerne material da dignidade da pessoa (na sua dupla dimensão positiva e negativa) continuará sempre sendo uma violação injustificável do valor (e princípio) máximo da ordem jurídica e social.

Com isso também se percebe nitidamente que a proibição de retrocesso no sentido aqui versado representa, em verdade, uma proteção adicional outorgada pela ordem jurídico-constitucional, que vai além da proteção tradicionalmente imprimida pelas figuras do direito adquirido, da coisa julgada, bem como das demais vedações específicas de medidas retroativas. Assim, até mesmo em homenagem às evidentes diferenças entre atos de cunho retroativo e medidas prospectivas, não se poderia imprimir, ao menos em princípio, tratamento similar a ambas as situações.

A partir do exposto, e aderindo aqui ao magistério paradigmático de Juarez Freitas, verifica-se que também no âmbito da indispensável hierarquização (ou ponderação, como prefere boa parte da doutrina) a ser procedida em cada hipótese concreta em que estiver em causa uma medida retrocessiva – já que igualmente na seara da aplicação do princípio da proibição de retrocesso não há como escapar de uma interpretação tópicosistemática (inexoravelmente hierarquizadora) –, importa optar sempre (pois esta será não

bem destaca o papel da dignidade da pessoa na construção do conceito de mínimo existencial. Dentre as contribuições mais recentes, importa referir o já citado estudo de Ana Paula de Barcellos, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, especialmente p. 247 e ss.

⁹¹ Registre-se aqui que, a despeito das críticas incisivas formuladas por Flávio Galdino, *O Custo dos Direitos*, in: Ricardo Lobo Torres (Org), *Legitimação dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 139 e ss. (especialmente a partir da p. 173) sempre reconhecemos (embora talvez não com suficiente ênfase) a interligação entre direitos negativos e positivos, assim como o fato de que os direitos positivos possuem uma dimensão negativa (e a proibição de retrocesso é um dos aspectos que melhor dá conta desta circunstância). De outra parte, convém não esquecer que ao priorizarmos o critério da eficácia jurídica (e não propriamente o da efetividade, a despeito de estar intimamente relacionado com o primeiro) acabamos sustentando – e assim seguimos entendendo – que o fato de todos os direitos terem uma dimensão positiva (como bem enfatiza Flávio Galdino, na esteira de Holmes e Sunstein), no sentido de que também para proteger o direito de propriedade e a liberdade de expressão o poder público necessita disponibilizar todo um aparato judiciário, policial, etc, que implica em investimentos de ordem econômica (aspecto que nunca negamos, pois seria negar o óbvio), não afasta a possibilidade de qualquer Juiz (independentemente de uma dimensão positiva e economicamente relevante) desde logo e sem qualquer intermediação do legislador, assegurar – em qualquer processo – a fruição e/ou proteção dos direitos designados (por esta razão) de negativos ou defensivos.

a única, mas a melhor resposta hermenêutica) pela solução mais compatível com a dignidade da pessoa humana.⁹²

Justamente tal premissa (ainda que não expressamente referida da mesma forma na fundamentação), encontra-se na base do recente e já referido Acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal (Acórdão nº 509/2002), a respeito da inconstitucionalidade (por violação do princípio da proibição de retrocesso) do Decreto da Assembléa da República que, ao substituir o antigo rendimento mínimo garantido por um novo rendimento social de inserção, excluiu da fruição do benefício (ainda que mediante a ressalva dos direitos adquiridos) pessoas com idade entre 18 e 25 anos. Em termos gerais e para o que importa neste momento, a decisão, ainda que não unânime, entendeu que a legislação revogada, atinente ao rendimento mínimo garantido, concretizou o direito à segurança social dos cidadãos mais carentes (incluindo os jovens entre os 18 e 25 anos), de tal sorte que a nova legislação, ao excluir do novo rendimento social de inserção as pessoas nesta faixa etária, sem a previsão e/ou manutenção de algum tipo de proteção social similar, estaria a retroceder no grau de realização já alcançado do direito à segurança social a ponto de violar o conteúdo mínimo desse direito já que atingido o conteúdo nuclear do direito a um mínimo de existência condigna, não existindo outros instrumentos jurídicos que o possam assegurar com um mínimo de eficácia. Destaque-se, ainda, que o Tribunal Constitucional português reiterou pronunciamentos anteriores, reconhecendo que no âmbito da concretização dos direitos sociais o legislador dispõe de ampla liberdade de conformação, podendo decidir a respeito dos instrumentos e sobre o montante dos benefícios sociais a serem prestados, *sob pressuposto de que, em qualquer caso* a escolha legislativa assegure, com um mínimo de eficácia jurídica, a garantia do direito a um mínimo de existência condigna para todos os casos⁹³.

Para além do exposto, convém frisar que, na fundamentação do pedido de fiscalização da constitucionalidade em sede preventiva, aforado pelo Presidente da República, restou assentado que “mesmo quando se sustente numa justificação objectivamente comprovável e de base constitucional, o Estado não pode afetar ou suprimir prestações existentes de uma forma arbitrária, discriminatória, com eventual violação de princípios constitucionalmente consagrados, como sejam o princípio da confiança própria do Estado de Direito ou, mais especificamente, no caso, o princípio da igualdade ou o princípio da universalidade na titularidade e exercício dos direitos fundamentais.”

Da análise da paradigmática decisão ora citada, que harmoniza com a argumentação desenvolvida ao longo do presente texto, resulta que uma medida de cunho retrocessivo, para que não venha a violar o princípio da proibição de retrocesso, deve, além de contar com uma justificativa de porte constitucional, salvaguardar - em qualquer hipótese

⁹² Cfr., aqui retratado em apertadíssima síntese, Juarez Freitas, *A Interpretação Sistemática do Direito*, notadamente p. 207 e ss.

⁹³ Para quem deseja aprofundar a análise, vale a pena conferir na íntegra a fundamentação do já citado Acórdão nº 509/2002, Processo nº 768/2002, apreciado pelo Tribunal Constitucional de Portugal em 19.12.2002.

- o núcleo essencial dos direitos sociais, notadamente naquilo em que corresponde às prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade para todas as pessoas, já que – como bem revela o caso ora examinado – também haverá de ser respeitado o princípio da universalidade da titularidade e do exercício dos direitos fundamentais, pelo menos daqueles que possuem um conteúdo em dignidade da pessoa humana. De tal sorte não há, de fato, como sustentar que o reconhecimento de uma proibição de retrocesso em matéria de direitos sociais (nos termos expostos) resultaria numa aniquilação da liberdade de conformação do legislador, que, de resto – e importa relembrar tal circunstância – nunca foi e nem poderia ser ilimitada no contexto de um Estado constitucional de Direito, como bem revelam os significativos limites impostos na seara das restrições legislativas ao exercício dos direitos fundamentais. Além disso, não se poderá olvidar jamais que uma violação do mínimo existencial (mesmo em se cuidando do núcleo essencial legislativamente concretizado dos direitos sociais) significará sempre uma violação da dignidade da pessoa humana e por esta razão será sempre desproporcional e, portanto, inconstitucional⁹⁴.

Considerando que o núcleo essencial dos direitos fundamentais, inclusive sociais, nem sempre corresponde ao seu conteúdo em dignidade (que poderá ser variável, a depender do direito fundamental em causa) é de se admitir até mesmo a eventual inconstitucionalidade de medidas que – mesmo não afetando diretamente a dignidade da pessoa humana – inequivocamente estejam a invadir o núcleo essencial.

Que também no âmbito da proibição de retrocesso importa que se tenha sempre presente a circunstância de que o conteúdo do mínimo existencial para uma vida digna encontra-se condicionado pelas circunstâncias históricas, geográficas, sociais, econômicas e culturais em cada lugar e momento em que estiver em causa, resulta evidente e vai aqui assumido como pressuposto de nossa análise.

Considerando que a dignidade da pessoa humana e a correlata noção de mínimo existencial, a despeito de sua transcendental e decisiva relevância, não são os únicos critérios a serem considerados no âmbito da aplicação do princípio da proibição de retrocesso, importa retomar aqui as noções de segurança jurídica e proteção da confiança, igualmente referidas na decisão colacionada.

Muito embora o direito à segurança jurídica (que abrange um determinado nível de proteção da confiança das pessoas na estabilidade das suas posições jurídicas) seja mais amplo que o instituto da proibição de retrocesso no sentido aqui desenvolvido, já que abrange as figuras dos direitos adquiridos e outros institutos no âmbito dos limites da retroatividade dos atos do poder público, não há como desconsiderar que a garantia da manutenção de um nível mínimo de proteção social – no âmbito de um direito à uma

⁹⁴ A respeito da dignidade da pessoa humana como limite das restrições a direitos fundamentais v. o meu *A Dignidade da Pessoa Humana...*, p 119 e ss.; Sobre o princípio da proporcionalidade e a função da dignidade da pessoa humana neste contexto, v., entre outros, Heinrich Scholler, *O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha*, in: Revista Interesse Público nº 2, 1999, p. 93-107.

existência condigna – importa também em um correspondente padrão mínimo de segurança jurídica nesta esfera, já que as pessoas poderão – ou pelo menos deveriam poder estar em condições para tanto – confiar (e aqui a presença inquestionável de um elemento de proteção da confiança e de segurança jurídica) na manutenção de tais condições básicas de vida, especialmente no contexto de um Estado democrático de Direito inequivocamente comprometido com realização da justiça social.

Por outro lado, de acordo com o que deflui da experiência constitucional germânica, a proteção da confiança atua como diretriz para que, em cada situação concreta em que estiver em causa a afetação de alguma posição social, se possa aferir até que ponto é possível retroceder, já que – mesmo ressalvada a garantia do mínimo para uma existência com dignidade – o princípio da proteção da confiança poderá exigir níveis diferenciados e eventualmente mais reforçados de segurança jurídica, mesmo para o futuro.

Com efeito, ainda que a doutrina e jurisprudência constitucional tenham aplicado a proteção da confiança usualmente no contexto da proteção dos direitos adquiridos e em situações onde estavam em causa medidas de cunho retroativo (como transparece inclusive do Acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal), também é verdade que por força da proteção de confiança e do princípio da proporcionalidade (ambos deduzidos do Estado de Direito), o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em reiterada jurisprudência, reconhece um certo grau de proteção até mesmo para as expectativas de direitos, exigindo, nesta hipótese, pelo menos a adoção de razoáveis regras de transição (ainda que mediante a concessão de ampla liberdade para o legislador), pena de inconstitucionalidade⁹⁵. Como concretização do princípio da segurança jurídica, o princípio da proteção da confiança serve como fundamento para limitação de leis retroativas que agridem situações fáticas já consolidadas (retroatividade própria), ou que atingem situações fáticas atuais, acabando, contudo, por restringir posições jurídicas geradas no passado (retroatividade imprópria), já que a idéia de segurança jurídica pressupõe a confiança na estabilidade de uma situação legal atual⁹⁶. Com base no princípio da proteção da confiança, eventual intervenção restritiva no âmbito de posições jurídicas sociais exige, portanto, uma ponderação (hierarquização) entre a agressão (dano) provocada pela lei restritiva à confiança individual e a importância do objetivo almejado pelo legislador para o bem da coletividade⁹⁷.

⁹⁵ Cfr., por todas as decisões que aqui poderiam ser colacionadas, *BVerfGE* 67, pp. 1, 14 e ss. Oferecendo uma visão atualizada e crítica da discussão na Alemanha, v. Karl-Jürgen Bieback, *Verfassungsrechtliche Probleme, insbesondere Aspekte des Eigentumschutzes und Übergangsrechts bei einer Reform der Rentenversicherung – Diskutiert am Reformmodell des DJB*, in: Ursula Rust (Org), *Eigenständige Alterssicherung von Frauen*, Wiesbaden: Verlag Chmielorz GmbH, 2000. pp. 779 e ss.

⁹⁶ Cfr. Winfried Boecken, *Der verfassungsrechtliche Schutz ...*, p. 80.

⁹⁷ Cfr., dentre tantos, Dietrich Katzenstein, *Die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts...*, p. 862, com apoio na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Neste contexto, Hans-Jürgen Papier, *Der Einfluss des Verfassungsrechts auf das Sozialrecht*, in: Bernd Baron von Maydell/Franz Ruland (Org), *Sozialrechtshandbuch*, 2ª ed., Neuwied/Berlin: Luchterhand, 1996,

Tais considerações, mesmo que assim não o tenha sido expressamente admitido pela doutrina e jurisprudência referidas, certamente aplicam-se também no âmbito da proibição de retrocesso no sentido aqui desenvolvido, já que igualmente vinculada às noções de segurança jurídica e proteção da confiança, como pretendemos ter demonstrado. Além disso, assume relevo a argumentação de que tanto maior deverá ser a garantia da segurança jurídica individual, quanto mais merecedora de proteção for a confiança depositada pelo indivíduo no sistema vigente, proteção esta vinculada também ao fator tempo⁹⁸. Em outras palavras – valendo-nos do exemplo da alteração das regras para aposentadoria e pensões – quanto mais alguém estiver contribuindo num determinado regime de aposentadoria, maior deverá ser a sua segurança jurídica já que mais merecedora de proteção a sua confiança, o que, por sua vez, deverá ser observado no âmbito das regras de transição a serem estabelecidas pelo legislador. Resulta inadmissível, neste sentido, alterar as regras vigentes, ainda que mediante a ressalva dos direitos adquiridos, da mesma forma para quem estiver contribuindo – e, portanto, confiando – há dois, há vinte anos ou mesmo há trinta anos, pois é evidente que diversa a intensidade da confiança depositada pelo cidadão individualmente considerado (no sentido subjetivo) bem como diferente o dever de respeito a esta confiança. Que tais questões – consoante já frisado – nos remetem novamente ao princípio da proporcionalidade, mas também dizem com o princípio da isonomia, que igualmente devem ser observados neste contexto, salta aos olhos embora aqui não venha a ser mais desenvolvido, até mesmo por força dos limites deste estudo. Para nosso propósito, basta aqui que se faça referência, com particular ênfase, ao fato de que tanto o princípio da proteção da confiança, quanto os princípios da proporcionalidade e isonomia, exigem a adoção não apenas de regras razoáveis de transição, mas também a imposição de soluções suficientemente diferenciadas e proporcionais mesmo no âmbito interno das regras de transição.

De todo o exposto, recolhe-se, ainda, na esteira da lição de Hartmut Maurer (muito embora este não tenha explorado com maior ênfase a questão da proibição de

p. 120, lembra que no âmbito da ponderação de bens e interesses a ser procedida em cada caso, a regulação legislativa será inconstitucional apenas quando se verificar que a confiança do indivíduo na continuidade da situação legal atual pode ser tida como prevalente em face dos objetivos almejados pelo legislador com as alterações propostas, destacando, todavia, que tais critérios assumem um papel secundário na aferição da constitucionalidade de medidas retroativas. Tal fórmula tem sido largamente adotada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (especialmente desde *BVerfGE* 24, pp. 220, 230 e ss.), no sentido de que importa ponderar, em cada caso, entre a extensão do dano à confiança do indivíduo e o significado da medida adotada pelo poder público para a comunidade.

⁹⁸ A importância (muito embora relativa e complementar) do aspecto temporal também foi objeto de reconhecimento em parte da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, com destaque para a posição chancelada pelo primeiro Senado do Tribunal, que, ao referir os aspectos a serem considerados a partir da perspectiva do direito individual atingido pela reforma empreendida pelo legislador, considerou também a confiança gerada na pessoa do segurada pela preservação, por muitos anos, de suas posições jurídicas (Cfr., especialmente, *BVerfGE* 97, pp. 378, 389).

retrocesso no sentido aqui proposto), que segurança jurídica acaba por significar igualmente uma certa garantia de continuidade da ordem jurídica, que evidentemente não se assegura exclusivamente com a limitação de medidas estatais tipicamente retroativas⁹⁹. Que o princípio da proibição do retrocesso atua como relevante fator assecuratório também de um padrão mínimo de continuidade do ordenamento jurídico nos parece, portanto, mais um dado elementar a ser levado em conta.

4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Cientes de que deixamos muitas questões em aberto e renunciando, desde logo, a maiores avanços no exame da fascinante problemática que nos foi proposta, esperamos, todavia, que tenhamos logrado êxito pelo menos na tarefa de consignar algumas das possibilidades de desenvolvimento que o tema oferece. Em síntese, cremos ter conseguido demonstrar a estreita ligação entre o problema da proibição de retrocesso social e o direito à segurança jurídica, evidenciando o quanto a otimização da eficácia e efetividade deste direito e princípio fundamental reclama (também) uma certa proteção contra medidas do poder público que venham a aniquilar ou reduzir de modo desproporcional e/ou ofensivo à dignidade da pessoa (já que as duas situações nem sempre são coincidentes) os níveis já concretizados de proteção social. Por outro lado, atentando especialmente para os gritantes níveis de exclusão social e os correspondentes reclamos de proteção contra medidas que venham a corroer ainda mais os deficitários patamares de segurança social ora vigentes entre nós, é possível afirmar – com ênfase – que a análise sóbria e constitucionalmente adequada da temática ora versada neste ensaio e na obra coletiva no qual se encontra inserido, assume caráter emergencial.

Neste contexto, parece-nos que um dos desafios principais a serem enfrentados e vencidos é o da adequada hierarquização entre o direito à segurança jurídica (que não possui – convém frisá-lo – uma dimensão puramente individual, já que constitui elemento nuclear da ordem objetiva de valores do Estado de Direito como tal) e a igualmente fundamental necessidade de, sempre em prol do interesse comunitário, proceder aos ajustes que comprovadamente se fizerem indispensáveis, já que a possibilidade de mudanças constitucionalmente legítimas e que correspondam às necessidades da sociedade como um todo (mas também para a pessoa individualmente considerada) carrega em si também um componente de segurança que não pode ser desconsiderado.

No embate entre o paradigma do Estado Social intervencionista e altamente regulador e a nefasta tentativa de implantar um Estado minimalista à feição dos projetos

⁹⁹ Cfr. Hartmut Maurer, *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*,... p. 243 e ss., sinalando, todavia, a existência de uma distinção entre proteção de confiança e a garantia de continuidade da ordem jurídica, aspecto que aqui não iremos desenvolver e a respeito do qual, inclusive na doutrina germânica, não existe pleno consenso.

globalizantes do modelo econômico e da ideologia neoliberal, o correto manejo da proibição do retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais poderá constituir uma importante ferramenta jurídica para a afirmação do Estado necessário, do qual nos fala Juarez Freitas¹⁰⁰. E necessário será justamente o Estado apto a assegurar nunca menos do que uma vida com dignidade para cada indivíduo e, portanto, uma vida saudável para todos os integrantes (isolada e coletivamente considerados) do corpo social.

Importa relembrar, nesta quadra, a oportuna lembrança de Cármen Lúcia Antunes Rocha, que, ao sufragar o princípio da proibição de retrocesso, afirmou que “as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser destruídas, anuladas ou combatidas, por se cuidarem de avanços da humanidade, e não de dádivas estatais que pudessem ser retiradas segundo opiniões de momento ou eventuais maiorias parlamentares”. Tal assertiva merece ser levada ainda mais a sério quando estiver em causa o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, especialmente no que diz com a salvaguarda do mínimo existencial, em outras palavras, do conjunto de condições para uma vida saudável e, portanto, para uma vida com dignidade, tal qual sustentado ao longo do presente ensaio.

Por derradeiro¹⁰¹, cuidando-se a dignidade – do que se poderia denominar de “coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana”¹⁰², é imprescindível que se outorgue ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, em todas as suas manifestações e aplicações (portanto, também no âmbito da proibição de retrocesso e da correlata noção de segurança jurídica) a sua máxima eficácia e efetividade possível, em suma, que se guarde e proteja com todo o zelo e carinho este coração de toda sorte de moléstias e agressões, evitando ao máximo o recurso a cirurgias invasivas¹⁰³ e, quando estas se fizerem inadiáveis, que tenham por escopo viabilizar que este coração (ético-jurídico) efetivamente esteja e/ou venha a estar a bater para todas as pessoas com a mesma intensidade. Do contrário, tal qual com lucidez nos lembra Paulo Bonavides, estaremos cada vez mais próximos de uma lamentável, mas cada vez menos controlável e contornável transformação de muitos Estados democráticos de Direito em verdadeiros “estados neocoloniais”¹⁰⁴, onde estarão seguros (a exemplo dos “amigos do rei”) apenas os amigos e parceiros do “colonizador” ou mesmo de alguma ditadura de plantão ou maioria parlamentar ocasional, mas somente enquanto gozarem da privilegiada condição de amigos e parceiros! Com isso, no entanto, já estamos a trilhar caminhos que, embora sua evidente conexão, ultrapassem as fronteiras deste estudo.

¹⁰⁰ Referindo-se a uma noção de Estado necessário, v. Juarez Freitas, *Estudos de Direito Administrativo*, p. 31 e ss.

¹⁰¹ Neste último parágrafo, tomamos a liberdade de reproduzir o nosso próprio pensamento, tal qual exposto no nosso *Dignidade da Pessoa Humana...*, pp. 148-9.

¹⁰² Cfr. Cármen Lúcia Antunes Rocha, *O princípio da dignidade da pessoa...*, p. 32.

¹⁰³ Valemo-nos aqui da figura utilizada por Juarez Freitas, *Tendências atuais e perspectivas da hermenêutica constitucional*, in: Revista da AJURIS nº 76, 1999, p. 404, aplicando-a, todavia, à Constituição como um todo, na condição de coração jurídico-institucional de um Estado.

¹⁰⁴ Cfr. Paulo Bonavides, *Do País Constitucional ao País Neocolonial. A derrubada da Constituição e a reconstrução pelo golpe de Estado institucional*, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 110.

ENUNCIADOS APROVADOS NA 1ª JORNADA DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO 23/11/2007

COMISSÕES	ENUNCIADOS
I	1 a 17
II	18 a 23
III	24 a 35
IV e V	36 a 54
VI	55 a 62
VII	63 a 79

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO. Os direitos fundamentais devem ser interpretados e aplicados de maneira a preservar a integridade sistêmica da Constituição, a estabilizar as relações sociais e, acima de tudo, a oferecer a devida tutela ao titular do direito fundamental. No Direito do Trabalho, deve prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS – FORÇA NORMATIVA.

I – ART. 7º, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EFICÁCIA PLENA. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO. DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEVER DE PROTEÇÃO. A omissão legislativa impõe a atuação do Poder Judiciário na efetivação da norma constitucional, garantindo aos trabalhadores a efetiva proteção contra a dispensa arbitrária.

II – DISPENSA ABUSIVA DO EMPREGADO. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. NULIDADE. Ainda que o empregado não seja estável, deve ser declarada abusiva e, portanto, nula a sua dispensa quando implique a violação de algum direito fundamental, devendo ser assegurada prioritariamente a reintegração do trabalhador.

III – LESÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. ÔNUS DA PROVA. Quando há alegação de que ato ou prática empresarial disfarça uma conduta lesiva a direitos fundamentais ou a princípios constitucionais, incumbe ao empregador o ônus de provar que agiu sob motivação lícita.

3. FONTES DO DIREITO – NORMAS INTERNACIONAIS.

I – FONTES DO DIREITO DO TRABALHO. DIREITO COMPARADO. CONVENÇÕES DA OIT NÃO RATIFICADAS PELO BRASIL. O Direito Comparado, segundo o art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, é fonte subsidiária do Direito do Trabalho. Assim, as Convenções da Organização Internacional do Trabalho não ratificadas pelo Brasil podem ser aplicadas como fontes do direito do trabalho, caso não haja norma de direito interno pátrio regulando a matéria.

II – FONTES DO DIREITO DO TRABALHO. DIREITO COMPARADO. CONVENÇÕES E RECOMENDAÇÕES DA OIT. O uso das normas internacionais, emanadas da Organização Internacional do Trabalho, constitui-se em importante ferramenta de efetivação do Direito Social e não se restringe à aplicação direta das Convenções ratificadas pelo país. As demais normas da OIT, como as Convenções não ratificadas e as Recomendações, assim como os relatórios dos seus peritos, devem servir como fonte de interpretação da lei nacional e como referência a reforçar decisões judiciais baseadas na legislação doméstica.

4. “DUMPING SOCIAL”. DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido “dumping social”, motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os artigos 652, “d”, e 832, § 1º, da CLT.

5. UNICIDADE SINDICAL. SENTIDO E ALCANCE. ART. 8º, II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. A compreensão do art. 8º, II, da CF, em conjunto com os princípios constitucionais da democracia, da pluralidade ideológica e da liberdade sindical, bem como com os diversos pactos de direitos humanos ratificados pelo Brasil, aponta para a adoção, entre nós, de critérios aptos a vincular a concessão da personalidade sindical à efetiva representatividade exercida pelo ente em relação à sua categoria, não podendo restringir-se aos critérios de precedência e especificidade. Desse modo, a exclusividade na representação de um determinado grupo profissional ou empresarial, nos termos exigidos pelo art. 8º, II, da Constituição da República, será conferida à associação que demonstrar maior representatividade e democracia interna segundo critérios objetivos, sendo vedada a discricionariedade da autoridade pública na escolha do ente detentor do monopólio.

6. GREVES ATÍPICAS REALIZADAS POR TRABALHADORES. CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS. Não há, no texto constitucional, previsão reducionista do direito de greve, de modo que todo e qualquer ato dela decorrente está garantido, salvo os abusos. A Constituição da República contempla a greve atípica, ao fazer referência à liberdade conferida aos trabalhadores para deliberarem acerca da oportunidade da manifestação e dos interesses a serem defendidos. A greve não se esgota com a paralisação das atividades, eis que envolve a organização do even-

to, os piquetes, bem como a defesa de bandeiras mais amplas ligadas à democracia e à justiça social.

7. ACESSO À JUSTIÇA. CLT, ART. 651, § 3º. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. ART. 5º, INC. XXXV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. Em se tratando de empregador que arregimente empregado domiciliado em outro município ou outro Estado da federação, poderá o trabalhador optar por ingressar com a reclamatória na Vara do Trabalho de seu domicílio, na do local da contratação ou na do local da prestação dos serviços.

8. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. SUCESSÃO NA FALÊNCIA OU RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Compete à Justiça do Trabalho – e não à Justiça Comum Estadual – dirimir controvérsia acerca da existência de sucessão entre o falido ou o recuperando e a entidade que adquira total ou parcialmente suas unidades de produção.

9. FLEXIBILIZAÇÃO.

I – FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS. Impossibilidade de desregulamentação dos direitos sociais fundamentais, por se tratar de normas contidas na cláusula de intangibilidade prevista no art. 60, § 4º, inc. IV, da Constituição da República.

II – DIREITO DO TRABALHO. PRINCÍPIOS. EFICÁCIA. A negociação coletiva que reduz garantias dos trabalhadores asseguradas em normas constitucionais e legais ofende princípios do Direito do Trabalho. A quebra da hierarquia das fontes é válida na hipótese de o instrumento inferior ser mais vantajoso para o trabalhador.

10. TERCEIRIZAÇÃO. LIMITES. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. A terceirização somente será admitida na prestação de serviços especializados, de caráter transitório, desvinculados das necessidades permanentes da empresa, mantendo-se, de todo modo, a responsabilidade solidária entre as empresas.

11. TERCEIRIZAÇÃO. SERVIÇOS PÚBLICOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. A terceirização de serviços típicos da dinâmica permanente da Administração Pública, não se considerando como tal a prestação de serviço público à comunidade por meio de concessão, autorização e permissão, fere a Constituição da República, que estabeleceu a regra de que os serviços públicos são exercidos por servidores aprovados mediante concurso público. Quanto aos efeitos da terceirização ilegal, preservam-se os direitos trabalhistas integralmente, com responsabilidade solidária do ente público.

12. AÇÕES CIVIS PÚBLICAS. TRABALHO ESCRAVO. REVERSÃO DA

CONDENAÇÃO ÀS COMUNIDADES LESADAS. Ações civis públicas em que se discute o tema do trabalho escravo. Existência de espaço para que o magistrado reverta os montantes condenatórios às comunidades diretamente lesadas, por via de benfeitorias sociais tais como a construção de escolas, postos de saúde e áreas de lazer. Prática que não malfeire o artigo 13 da Lei 7.347/85, que deve ser interpretado à luz dos princípios constitucionais fundamentais, de modo a viabilizar a promoção de políticas públicas de inclusão dos que estão à margem, que sejam capazes de romper o círculo vicioso de alienação e opressão que conduz o trabalhador brasileiro a conviver com a mácula do labor degradante. Possibilidade de edificação de uma Justiça do Trabalho ainda mais democrática e despida de dogmas, na qual a responsabilidade para com a construção da sociedade livre, justa e solidária delineada na Constituição seja um compromisso palpável e inarredável.

13. DONO DA OBRA. RESPONSABILIDADE. Considerando que a responsabilidade do dono da obra não decorre simplesmente da lei em sentido estrito (Código Civil, arts. 186 e 927) mas da própria ordem constitucional no sentido de se valorizar o trabalho (CF, art. 170), já que é fundamento da Constituição a valorização do trabalho (CF, art. 1º, IV), não se lhe faculta beneficiar-se da força humana despendida sem assumir responsabilidade nas relações jurídicas de que participa. Dessa forma, o contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro enseja responsabilidade subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo apenas a hipótese de utilização da prestação de serviços como instrumento de produção de mero valor de uso, na construção ou reforma residenciais.

14. IMAGEM DO TRABALHADOR. UTILIZAÇÃO PELO EMPREGADOR. LIMITES. São vedadas ao empregador, sem autorização judicial, a conservação de gravação, a exibição e a divulgação, para seu uso privado, de imagens dos trabalhadores antes, no curso ou logo após a sua jornada de trabalho, por violação ao direito de imagem e à preservação das expressões da personalidade, garantidos pelo art. 5º, V, da Constituição. A formação do contrato de emprego, por si só, não importa em cessão do direito de imagem e da divulgação fora de seu objeto da expressão da personalidade do trabalhador, nem o só pagamento do salário e demais títulos trabalhistas os remunera.

15. REVISTA DE EMPREGADO.

I – REVISTA – ILICITUDE. Toda e qualquer revista, íntima ou não, promovida pelo empregador ou seus prepostos em seus empregados e/ou em seus pertences, é ilegal, por ofensa aos direitos fundamentais da dignidade e intimidade do trabalhador.

II – REVISTA ÍNTIMA – VEDAÇÃO A AMBOS OS SEXOS. A norma do art. 373-A, inc. VI, da CLT, que veda revistas íntimas nas empregadas, também se aplica aos homens em face da igualdade entre os sexos inscrita no art. 5º, inc. I, da Constituição da República.

16. SALÁRIO.

I – SALÁRIO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. Os estreitos limites das condições para a obtenção da igualdade salarial estipulados pelo art. 461 da CLT e Súmula n. 6 do Colendo TST não esgotam as hipóteses de correção das desigualdades salariais, devendo o intérprete proceder à sua aplicação na conformidade dos artigos 5º, *caput*, e 7º, inc. XXX, da Constituição da República e das Convenções 100 e 111 da OIT.

II – TERCEIRIZAÇÃO. SALÁRIO EQÜITATIVO. PRINCÍPIO DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO. Os empregados da empresa prestadora de serviços, em caso de terceirização lícita ou ilícita, terão direito ao mesmo salário dos empregados vinculados à empresa tomadora que exercerem função similar.

17. LIMITAÇÃO DA JORNADA. REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. DIREITO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO A TODOS OS TRABALHADORES. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 62 DA CLT.

A proteção jurídica ao limite da jornada de trabalho, consagrada nos incisos XIII e XV do art. 7º da Constituição da República, confere, respectivamente, a todos os trabalhadores, indistintamente, os direitos ao repouso semanal remunerado e à limitação da jornada de trabalho, tendo-se por inconstitucional o art. 62 da CLT.

18. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL. TRABALHO DO ADOLESCENTE. ILEGALIDADE DA CONCESSÃO DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.

A Constituição Federal veda qualquer trabalho anterior à idade de dezesesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos (art. 7º, inciso XXXIII, CF, arts. 428 a 433 da CLT). Princípio da proteção integral que se impõe com prioridade absoluta (art. 227, *caput*), proibindo a emissão de autorização judicial para o trabalho antes dos dezesesseis anos.

19. TRABALHO DO MENOR. DIREITOS ASSEGURADOS SEM PREJUÍZO DE INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. A proibição de trabalho ao menor visa protegê-lo e não prejudicá-lo (exegese CF, art. 7º, *caput* e XXXIII e art. 227). De tal sorte, a Justiça do Trabalho, apreciando a prestação de labor pretérito, deve contemplá-lo com todos os direitos como se o contrato proibido não fosse, sem prejuízo de indenização suplementar que considere as peculiaridades do caso.

20. RURÍCOLA. PAGAMENTO INTEGRAL DAS HORAS EXTRAS. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 340 DO TST.

É devida a remuneração integral das horas extras prestadas pelo trabalhador rurícola, inclusive com o adicional de, no mínimo, 50%, independentemente de ser convencionado regime de “remuneração por produção”. Inteligência dos artigos 1º, incisos III e IV e 3º, 7º, XIII, XVI e XXIII, da CF/88. Não incidência da Súmula nº 340 do C. TST, uma vez que as condições de

trabalho rural são bastante distintas das condições dos trabalhadores comissionados internos ou externos e a produção durante o labor extraordinário é manifestamente inferior àquela da jornada normal, base de cálculo de horas extras para qualquer tipo de trabalhador.

21. FÉRIAS. APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO 132 DA OIT.

I – A época das férias será fixada pelo empregador após consulta ao empregado, salvo manifestação em contrário exteriorizada em acordo ou convenção coletiva;

II – As férias poderão ser fracionadas por negociação coletiva, desde que um dos períodos não seja inferior a duas semanas;

III – Qualquer que seja a causa de extinção do contrato de trabalho serão devidas férias proporcionais.

22. ART. 384 DA CLT. NORMA DE ORDEM PÚBLICA. RECEPÇÃO PELA

CF DE 1988. Constitui norma de ordem pública que prestigia a prevenção de acidentes de trabalho (CF, 7º, XXII) e foi recepcionada pela Constituição Federal, em interpretação conforme (artigo 5º, I, e 7º, XXX), para os trabalhadores de ambos os sexos.

23. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. AÇÃO DE COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO.

A Justiça do Trabalho é competente para julgar ações de cobrança de honorários advocatícios, desde que ajuizada por advogado na condição de pessoa natural, eis que o labor do advogado não é prestado em relação de consumo, em virtude de lei e de particularidades próprias, e ainda que o fosse, porque a relação consumista não afasta, por si só, o conceito de trabalho abarcado pelo artigo 114 da CF.

24. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CONFLITOS INTER

E INTRA-SINDICAIS. Os conflitos inter e intra-sindicais, inclusive os que envolvam sindicatos de servidores públicos (estatutários e empregados públicos), são da competência da Justiça do Trabalho.

25. CONDUTA ANTI-SINDICAL. PARTICIPAÇÃO EM GREVE. DISPENSA DO TRABALHADOR.

A dispensa de trabalhador motivada por sua participação lícita na atividade sindical, inclusive em greve, constitui ato de discriminação anti-sindical e desafia a aplicação do art. 4º da Lei 9.029/95, devendo ser determinada a “readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas” ou “a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento” sempre corrigidas monetariamente e acrescida dos juros legais.

26. CONDUTA ANTI-SINDICAL. CRIAÇÃO DE CCP SEM O AVAL DO SINDICATO LABORAL. *Na hipótese de o sindicato laboral simplesmente ignorar ou rejeitar de modo peremptório, na sua base, a criação de CCP, qualquer ato praticado com esse propósito não vingará, do ponto de vista jurídico. O referido juízo de conveniência política pertence tão-somente aos legitimados pelos trabalhadores a procederem deste modo. Agindo ao arrepio do texto constitucional e da vontade do sindicato laboral, os empregadores e as suas representações, ao formarem Comissões de Conciliação Prévia sem o pressuposto da aquiescência sindical obreira, não apenas criam mecanismos desprovidos do poder único para o qual o legislador criou as Comissões de Conciliação Prévia, como também incidem na conduta anti-sindical a ser punida pelo Estado.*

27. CONDUTA ANTI-SINDICAL. FINANCIAMENTO PELO EMPREGADOR. VEDAÇÃO. É vedada a estipulação em norma coletiva de cláusula pela qual o empregador financie a atividade sindical dos trabalhadores, mediante transferência de recursos aos sindicatos obreiros, sem os correspondentes descontos remuneratórios dos trabalhadores da categoria respectiva, sob pena de ferimento ao princípio da liberdade sindical e caracterização de conduta anti-sindical tipificada na Convenção nº 98 da OIT, ratificada pelo Brasil.

28. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. CONFLITOS SINDICAIS. LEGITIMIDADE. O Ministério Público do Trabalho possui legitimidade para promover as ações pertinentes para a tutela das liberdades sindicais individuais e coletivas, quando violados os princípios de liberdade sindical, nos conflitos inter e intra-sindicais, por meio de práticas e condutas anti-sindicais nas relações entre sindicatos, sindicatos e empregadores, sindicatos e organizações de empregadores ou de trabalhadores, sindicatos e trabalhadores, empregadores e trabalhadores, órgãos públicos e privados e as entidades sindicais, empregadores ou trabalhadores.

29. PEDIDO DE REGISTRO SINDICAL. COOPERATIVA. IMPOSSIBILIDADE DIANTE DO PRINCÍPIO DA UNICIDADE SINDICAL. NÃO CONFIGURA CATEGORIA PARA FINS DE ORGANIZAÇÃO SINDICAL, NOS TERMOS DO ART. 511 DA CLT E ART 4º DA PORTARIA MTE Nº 343/2000. Não é possível a formação de entidade sindical constituída por cooperativas, uma vez que afronta o princípio da unicidade sindical, bem como a organização sindical por categorias.

30. ENTIDADE SINDICAL. DENOMINAÇÃO. RESULTADO DE SUA REAL REPRESENTATIVIDADE. ART. 572 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. EXPLICITAÇÃO DA CATEGORIA E BASE TERRITORIAL. Da inteligência do artigo 572 da CLT decorre a exigência de que as entidades sindicais, em sua denominação, explicitem a categoria e a base territorial que realmente representam, para assegurar o direito difuso de informação.

31. ENTIDADE SINDICAL CONSTITUÍDA POR CATEGORIAS SIMILARES OU CONEXAS. FORMAÇÃO DE NOVA ENTIDADE COM CATEGORIA MAIS ESPECÍFICA. POSSIBILIDADE. NÃO FERIMENTO DA UNICIDADE SINDICAL. INVOCAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LIBERDADE SINDICAL. É possível a formação de entidade sindical mais específica, por desmembramento ou dissociação, através de ato volitivo da fração da categoria que pretende ser desmembrada, deliberada em Assembléia Geral amplamente divulgada com antecedência e previamente notificada a entidade sindical originária.

32. ENTIDADES SINDICAIS DE GRAU SUPERIOR. REQUISITOS PARA SUA CONSTITUIÇÃO. ARTS. 534 E 535 DA CLT. MANUTENÇÃO DESSES REQUISITOS PARA A PERMANÊNCIA DO REGISTRO JUNTO AO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. A permanência do número mínimo de entidades filiadas consubstancia-se condição *sine qua non* para a existência das entidades de grau superior.

33. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. SUPRESSÃO DE DIREITOS. NECESSIDADE DE CONTRAPARTIDA. A negociação coletiva não pode ser utilizada somente como um instrumento para a supressão de direitos, devendo sempre indicar a contrapartida concedida em troca do direito transacionado, cabendo ao magistrado a análise da adequação da negociação coletiva realizada quando o trabalhador pleiteia em ação individual a nulidade de cláusula convencional.

34. DISSÍDIO COLETIVO – CLÁUSULAS PRÉ-EXISTENTES. O §2º do art. 114 da CF impõe aos Tribunais do Trabalho que, no julgamento dos dissídios coletivos, respeitem as disposições convenionadas anteriormente. Idêntico entendimento deve ser aplicado às cláusulas pré-existentes previstas em sentenças normativas.

35. DISSÍDIO COLETIVO. COMUM ACORDO. CONSTITUCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE VULNERABILIDADE AO ART. 114, § 2º, DA CRFB. Dadas as características das quais se reveste a negociação coletiva, não fere o princípio do acesso à Justiça o pré-requisito do comum acordo (§ 2º, do art. 114, da CRFB) previsto como necessário para a instauração da instância em dissídio coletivo, tendo em vista que a exigência visa a fomentar o desenvolvimento da atividade sindical, possibilitando que os entes sindicais ou a empresa decidam sobre a melhor forma de solução dos conflitos.

36. ACIDENTE DO TRABALHO. COMPETÊNCIA. AÇÃO AJUIZADA POR HERDEIRO, DEPENDENTE OU SUCESSOR. Compete à Justiça do Trabalho apreciar e julgar ação de indenização por acidente de trabalho, mesmo quando ajuizada pelo herdeiro, dependente ou sucessor, inclusive em relação aos danos em ricochete.

37. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO ACIDENTE DE TRABALHO. ATIVIDADE DE RISCO. Aplica-se o art. 927, parágrafo único, do Código Civil nos acidentes do trabalho. O art. 7º, XXVIII, da Constituição da República, não constitui óbice à aplicação desse dispositivo legal, visto que seu *caput* garante a inclusão de outros direitos que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores.

38. RESPONSABILIDADE CIVIL. DOENÇAS OCUPACIONAIS DECORRENTES DOS DANOS AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO. Nas doenças ocupacionais decorrentes dos danos ao meio ambiente do trabalho, a responsabilidade do empregador é objetiva. Interpretação sistemática dos artigos 7º, XXVIII, 200, VIII, 225, §3º, da Constituição Federal e do art. 14, §1º, da Lei 6.938/81.

39. MEIO AMBIENTE DE TRABALHO. SAÚDE MENTAL. DEVER DO EMPREGADOR. É dever do empregador e do tomador dos serviços zelar por um ambiente de trabalho saudável também do ponto de vista da saúde mental, coibindo práticas tendentes ou aptas a gerar danos de natureza moral ou emocional aos seus trabalhadores, passíveis de indenização.

40. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. EMPREGADO PÚBLICO. A responsabilidade civil nos acidentes do trabalho envolvendo empregados de pessoas jurídicas de Direito Público interno é objetiva. Inteligência do artigo 37, § 6º da Constituição Federal e do artigo 43 do Código Civil.

41. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. ÔNUS DA PROVA. Cabe a inversão do ônus da prova em favor da vítima nas ações indenizatórias por acidente do trabalho.

42. ACIDENTE DO TRABALHO. NEXO TÉCNICO EPIDEMIOLÓGICO. Presume-se a ocorrência de acidente do trabalho, mesmo sem a emissão da CAT – Comunicação de Acidente de Trabalho, quando houver nexo técnico epidemiológico conforme art. 21-A da Lei 8.213/1991.

43. ESTABILIDADE ACIDENTÁRIA. AUSÊNCIA DE EMISSÃO DA CAT. A ausência de emissão da CAT – Comunicação de Acidente do Trabalho pelo empregador não impede o direito à estabilidade do art. 118 da Lei 8.213/1991, desde que comprovado que o trabalhador deveria ter se afastado em razão do acidente por período superior a quinze dias.

44. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO. SOLIDARIEDADE. Em caso de terceirização de serviços, o tomador e o prestador respondem solidariamente pelos danos causados à saúde dos

trabalhadores. Inteligência dos artigos 932, III, 933 e 942, parágrafo único, do Código Civil e da Norma Regulamentadora 4 (Portaria 3.214/77 do Ministério do Trabalho e Emprego).

45. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. PRESCRIÇÃO. A prescrição da indenização por danos materiais ou morais resultantes de acidente do trabalho é de 10 anos, nos termos do artigo 205, ou de 20 anos, observado o artigo 2.028 do Código Civil de 2002.

46. ACIDENTE DO TRABALHO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. O termo inicial do prazo prescricional da indenização por danos decorrentes de acidente do trabalho é a data em que o trabalhador teve ciência inequívoca da incapacidade laboral ou do resultado gravoso para a saúde física e/ou mental.

47. ACIDENTE DO TRABALHO. PRESCRIÇÃO. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. Não corre prescrição nas ações indenizatórias nas hipóteses de suspensão e/ou interrupção do contrato de trabalho decorrentes de acidentes do trabalho.

48. ACIDENTE DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO. NÃO COMPENSAÇÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. A indenização decorrente de acidente de trabalho ou doença ocupacional, fixada por pensionamento ou arbitrada para ser paga de uma só vez, não pode ser compensada com qualquer benefício pago pela Previdência Social.

49. ATIVIDADE INSALUBRE. PRORROGAÇÃO DE JORNADA. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. INVALIDADE. O art. 60 da CLT não foi derogado pelo art. 7º, XIII, da Constituição da República, pelo que é inválida cláusula de Convenção ou Acordo Coletivo que não observe as condições nele estabelecidas.

50. INSALUBRIDADE. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À DRT. Constatada a insalubridade em ação trabalhista, o juiz deve oficiar à Delegacia Regional do Trabalho para que a autoridade administrativa faça cumprir o disposto no art. 191, parágrafo único, da CLT.

51. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. CRITÉRIOS PARA ARBITRAMENTO. O valor da condenação por danos morais decorrentes da relação de trabalho será arbitrado pelo juiz de maneira equitativa, a fim de atender ao seu caráter compensatório, pedagógico e preventivo.

52. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. CORREÇÃO MO-

NETÁRIA. TERMO INICIAL. O termo inicial de incidência da correção monetária sobre o valor fixado a título de indenização por danos morais é o da prolação da decisão judicial que o quantifica.

53. REPARAÇÃO DE DANOS – HONORÁRIOS CONTRATUAIS DE ADVOGADO. Os artigos 389 e 404 do Código Civil autorizam o Juiz do Trabalho a condenar o vencido em honorários contratuais de advogado, a fim de assegurar ao vencedor a inteira reparação do dano.

54. PROVA PERICIAL. POSSIBILIDADE DE DISPENSA. Aplica-se o art. 427 do Código de Processo Civil no processo do trabalho, de modo que o juiz pode dispensar a produção de prova pericial quando houver prova suficiente nos autos.

55. TERMO DE AJUSTE DE CONDOTA – ALCANCE. A celebração de TAC não importa em remissão dos atos de infração anteriores, os quais têm justa sanção pecuniária como resposta às irregularidades trabalhistas constatadas pela DRT.

56. AUDITOR FISCAL DO TRABALHO. RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE EMPREGO. POSSIBILIDADE. Os auditores do trabalho têm por missão funcional a análise dos fatos apurados em diligências de fiscalização, o que não pode excluir o reconhecimento fático da relação de emprego, garantindo-se ao empregador o acesso às vias judicial e/ou administrativa, para fins de reversão da autuação ou multa imposta.

57. FISCALIZAÇÃO DO TRABALHO. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA E DOS CONTRATOS CIVIS. Constatando a ocorrência de contratos civis com o objetivo de afastar ou impedir a aplicação da legislação trabalhista, o auditor-fiscal do trabalho desconsidera o pacto nulo e reconhece a relação de emprego. Nesse caso, o auditor-fiscal não declara, com definitividade, a existência da relação, mas sim constata e aponta a irregularidade administrativa, tendo como consequência a autuação e posterior multa à empresa infringente.

58. AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ DA EXISTÊNCIA DA DÍVIDA. Não é dado ao Juiz retirar a presunção de certeza e liquidez atribuída pela lei, nos termos do arts. 204 do CTN e 3º da Lei nº 6.830/80, à dívida ativa inscrita regularmente. Ajuizada a ação de execução fiscal – desde que presentes os requisitos da petição inicial previstos no art. 6º da Lei nº 6.830/80 –, a presunção de certeza e liquidez da Certidão de Dívida Ativa somente pode ser infirmada mediante produção de prova inequívoca, cujo ônus é do executado ou do terceiro, a quem aproveite.

59. DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR (FISCALIZAÇÃO DO TRABALHO). CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. INTERPRETAÇÃO CONFORME DO ARTIGO 632 DA CLT. Aplicam-se ao Direito Administrativo sancionador brasileiro, em matéria laboral, os princípios do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV, da CRFB), com projeção concreta no art. 632 da CLT. Nesse caso, a prerrogativa administrativa de “julgar da necessidade das provas” deve ser motivada, desafiando a aplicação da teoria dos motivos determinantes, sob pena de nulidade do ato.

60. INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO E AFINS. AÇÃO DIRETA NA JUSTIÇA DO TRABALHO. REPARTIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. I – A interdição de estabelecimento, setor de serviço, máquina ou equipamento, assim como o embargo de obra (artigo 161 da CLT), podem ser requeridos na Justiça do Trabalho (artigo 114, I e VII, da CRFB), em sede principal ou cautelar, pelo Ministério Público do Trabalho, pelo sindicato profissional (artigo 8º, III, da CRFB) ou por qualquer legitimado específico para a tutela judicial coletiva em matéria labor-ambiental (artigos 1º, I, 5º, e 21 da Lei 7.347/85), independentemente da instância administrativa.

II – Em tais hipóteses, a medida poderá ser deferida [a] “inaudita altera parte”, em havendo laudo técnico preliminar ou prova prévia igualmente convincente; [b] após audiência de justificação prévia (artigo 12, caput, da Lei 7.347/85), caso não haja laudo técnico preliminar, mas seja verossímil a alegação, invertendo-se o ônus da prova, à luz da teoria da repartição dinâmica, para incumbir à empresa a demonstração das boas condições de segurança e do controle de riscos.

61. PRESCRIÇÃO. MULTAS ADMINISTRATIVAS IMPOSTAS PELA DRT. Aplica-se às ações para cobrança das multas administrativas impostas pela Delegacia Regional do Trabalho, por analogia, o prazo prescricional quinquenal, previsto no art. 174 do CTN.

62. DEPÓSITO RECURSAL ADMINISTRATIVO. RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL. O depósito exigido pelo parágrafo 1º do artigo 636 consolidado não afronta qualquer dispositivo constitucional que assegure a ampla defesa administrativa, o direito de petição aos órgãos públicos e o direito aos recursos administrativos.

63. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. LIBERAÇÃO DO FGTS E PAGAMENTO DO SEGURO-DESEMPREGO. Compete à Justiça do Trabalho, em procedimento de jurisdição voluntária, apreciar pedido de expedição de alvará para liberação do FGTS e de ordem judicial para pagamento do seguro-desemprego, ainda que figurem como interessados os dependentes de ex-empregado falecido.

64. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO POR PESSOA FÍSICA. RELAÇÃO DE CONSUMO SUBJACENTE. IRRELEVÂNCIA. Havendo prestação de serviços por pessoa física a outrem, seja a que título for, há relação de trabalho incidindo a competência da Justiça do Trabalho para os litígios dela oriundos (CF, art. 114, I), não importando qual o direito material que será utilizado na solução da lide (CLT, CDC, CC etc).

65. AÇÕES DECORRENTES DA NOVA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO – PROCEDIMENTO DA CLT.

I – Excetuada as ações com procedimentos especiais, o procedimento a ser adotado nas ações que envolvam as matérias da nova competência da Justiça do Trabalho é o previsto na CLT, ainda que adaptado.

II – As ações com procedimentos especiais submetem-se ao sistema recursal do processo do trabalho.

66. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DE NORMAS DO PROCESSO COMUM AO PROCESSO TRABALHISTA. OMISSÕES ONTOLÓGICA E AXIOLÓGICA. ADMISSIBILIDADE.

Diante do atual estágio de desenvolvimento do processo comum e da necessidade de se conferir aplicabilidade à garantia constitucional da duração razoável do processo, os artigos 769 e 889 da CLT comportam interpretação conforme a Constituição Federal, permitindo a aplicação de normas processuais mais adequadas à efetivação do direito. Aplicação dos princípios da instrumentalidade, efetividade e não-retrocesso social.

67. *JUS POSTULANDI*. ART. 791 DA CLT. RELAÇÃO DE TRABALHO. POSSIBILIDADE. A faculdade de as partes reclamarem, pessoalmente, seus direitos perante a Justiça do Trabalho e de acompanharem suas reclamações até o final, contida no artigo 791 da CLT, deve ser aplicada às lides decorrentes da relação de trabalho.

68. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS.

I – Admissibilidade da intervenção de terceiros nos Processos submetidos à jurisdição da Justiça do Trabalho.

II – Nos processos que envolvem crédito de natureza privilegiada, a compatibilidade da intervenção de terceiros está subordinada ao interesse do autor, delimitado pela utilidade do provimento final.

III – Admitida a denúncia da lide, é possível à decisão judicial estabelecer a condenação do denunciado como co-responsável.

69. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. APLICABILIDADE DO ART. 475-O DO CPC NO PROCESSO DO TRABALHO.

I – A expressão “...até a penhora...” constante da Consolidação das Leis do Trabalho, art. 899, é meramente referencial e não limita a execução provisória no âmbito do direito processual do trabalho, sendo plenamente aplicável o disposto no Código de Processo Civil, art. 475-O.

II – Na execução provisória trabalhista é admissível a penhora de dinheiro, mesmo que indicados outros bens. Adequação do postulado da execução menos gravosa ao executado aos princípios da razoável duração do processo e da efetividade.

-III – É possível a liberação de valores em execução provisória, desde que verificada alguma das hipóteses do artigo 475-O, § 2º, do Código de Processo Civil, sempre que o recurso interposto esteja em contrariedade com Súmula ou Orientação Jurisprudencial, bem como na pendência de agravo de instrumento no TST.

70. EXECUÇÃO. PENHORA DE RENDIMENTOS DO DEVEDOR. CRÉDITOS TRABALHISTAS DE NATUREZA ALIMENTAR E PENSÕES POR MORTE OU INVALIDEZ DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO. PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. POSSIBILIDADE. Tendo em vista a natureza alimentar dos créditos trabalhistas e da pensão por morte ou invalidez decorrente de acidente do trabalho (CF, art. 100, § 1º-A), o disposto no art. 649, inciso IV, do CPC deve ser aplicado de forma relativizada, observados o princípio da proporcionalidade e as peculiaridades do caso concreto. Admite-se, assim, a penhora dos rendimentos do executado em percentual que não inviabilize o seu sustento.

71. ARTIGO 475-J DO CPC. APLICAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO. A aplicação subsidiária do artigo 475-J do CPC atende às garantias constitucionais da razoável duração do processo, efetividade e celeridade, tendo, portanto, pleno cabimento na execução trabalhista.

72. EMBARGOS À EXECUÇÃO (IMPUGNAÇÃO). EFEITO SUSPENSIVO. Em razão da omissão da CLT, os embargos à execução (impugnação) não terão efeito suspensivo, salvo quando relevantes seus fundamentos e o prosseguimento da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação (art. 475-M do CPC).

73. EXECUÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. REVISÃO DA SÚMULA 368 DO TST.

I – Com a edição da Lei 11.457/2007, que alterou o parágrafo único do art. 876 da CLT, impõe-se a revisão da Súmula nº 368 do TST: é competente a Justiça do Trabalho para a execução das contribuições à Seguridade Social devidas durante a relação de trabalho, mesmo não havendo condenação em créditos trabalhistas, obedecida a decadência.

II – Na hipótese, apurar-se-á o montante devido à época do período contratual, mês a mês, executando-se o tomador dos serviços, por força do art. 33, § 5º, da Lei 8.212/91, caracterizada a sonegação de contribuições previdenciárias, não devendo recair a cobrança de tais contribuições na pessoa do trabalhador.

III – Incidem, sobre as contribuições devidas, os juros e a multa moratória previstos nos artigos 34 e 35 da Lei 8.212/91, a partir da data em que as contribuições seriam devidas e não foram pagas.

74. CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS A TERCEIROS. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. A competência da Justiça do Trabalho para a execução de contribuições à Seguridade Social (CF, art. 114, § 3º) nas ações declaratórias, condenatórias ou homologatórias de acordo cinge-se às contribuições previstas no art. 195, inciso I, alínea “a” e inciso II, da Constituição, e seus acréscimos moratórios. Não se insere, pois, em tal competência, a cobrança de “contribuições para terceiros”, como as destinadas ao “sistema S” e “salário-educação”, por não se constituírem em contribuições vertidas para o sistema de Seguridade Social.

75. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

I – O Ministério Público do Trabalho detém legitimidade para defender direitos ou interesses individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum, nos exatos termos do artigo 81, inciso III, do CDC.

II – Incidem na hipótese os artigos 127 e 129, inciso III, da Constituição Federal, pois a defesa de direitos individuais homogêneos quando coletivamente demandada se enquadra no campo dos interesses sociais previstos no artigo 127 da Magna Carta, constituindo os direitos individuais homogêneos em espécie de direitos coletivos *lato sensu*.

76. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REPARAÇÃO DE DANO MORAL COLETIVO. TRABALHO FORÇADO OU EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO.

I – Alegada a utilização de mão-de-obra obtida de forma ilegal e aviltante, sujeitando o trabalhador a condições degradantes de trabalho, a trabalho forçado ou a jornada exaustiva, cabe Ação Civil Pública de reparação por dano moral coletivo.

II – Legitimidade do Ministério Público do Trabalho para o ajuizamento da ação civil pública na tutela de interesses coletivos e difusos, uma vez que a referida prática põe em risco, coletivamente, trabalhadores indefinidamente considerados.

77. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMAÇÃO DOS SINDICATOS. DESNECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE ROL DOS SUBSTITUÍDOS.

I – Os sindicatos, nos termos do art. 8º, III, da CF, possuem legitimidade extraordinária para a defesa dos direitos e interesses – individuais e metaindividuais – da categoria respectiva em sede de ação civil pública ou outra ação coletiva, sendo desnecessária a autorização e indicação nominal dos substituídos.

II – Cabe aos sindicatos a defesa dos interesses e direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos) da categoria, tanto judicialmente quanto extrajudicialmente.

III – Na ausência de sindicato, é da federação respectiva a legitimidade extraordinária para a defesa dos direitos e interesses da categoria e, na falta de ambos, da confederação.

IV – O art. 16 da Lei da ação civil pública contraria toda a filosofia e sistemática das ações coletivas. A decisão proferida nas ações coletivas deve ter alcance, abrangência e eficácia em toda área geográfica afetada, seja em todo o território nacional (âmbito nacional) ou em apenas parte dele (âmbito supra-regional), conforme a extensão do ato ilícito e/ou do dano causado ou a ser reparado.

78. INEXISTÊNCIA DE LITISPENDÊNCIA ENTRE AÇÃO COLETIVA E AÇÃO INDIVIDUAL. Às ações coletivas ajuizadas pelos sindicatos e pelo Ministério Público na Justiça do Trabalho aplicam-se subsidiariamente as normas processuais do Título III do Código de Defesa do Consumidor. Assim, não haverá litispendência entre ação coletiva e ação individual, devendo o juiz adotar o procedimento indicado no art. 104 do CDC: a) o autor da ação individual, uma vez notificado da existência de ação coletiva, deverá se manifestar no prazo de trinta dias sobre o seu prosseguimento ou suspensão; b) optando o autor da ação individual por seu prosseguimento, não se beneficiará dos efeitos da coisa julgada da ação coletiva; c) o autor da ação individual suspensa poderá requerer o seu prosseguimento em caso de decisão desfavorável na ação coletiva.

79. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS DEVIDOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO.

I – Honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho. As partes, em reclamatória trabalhista e nas demais ações da competência da Justiça do Trabalho, na forma da lei, têm direito a demandar em juízo através de procurador de sua livre escolha, forte no princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil) sendo, em tal caso, devidos os honorários de sucumbência, exceto quando a parte sucumbente estiver ao abrigo do benefício da justiça gratuita.

II – Os processos recebidos pela Justiça do Trabalho decorrentes da Emenda Constitucional 45, oriundos da Justiça Comum, que nesta esfera da Justiça tramitavam sob a égide da Lei nº 9.099/95, não se sujeitam na primeira instância aos honorários advocatícios, por força do art. 55 da Lei 9.099/95 a que estavam submetidas as partes quando da propositura da ação.

ÍNDICE REMISSIVO DAS EMENTAS

Ação civil pública	12 – 75 – 76 – 77
Ação coletiva	78
Ação de cobrança de honorários advocatícios	23
Ação de execução fiscal	58
Ação individual	78
Acesso à Justiça	7
Acidente do trabalho	22 – 36 – 37 – 40 – 41 – 42 – 43 – 44 – 45 – 46 – 47 – 48
Adolescente	18
Ampla defesa	59
Aplicação subsidiária do processo comum	66
Atividade de risco	37
Atividade insalubre	49
Auditor Fiscal do Trabalho	56
Autorização judicial	18
Benefício previdenciário	48
Categorias	29 – 31
Comissão de Conciliação Prévia	26
Compensação	48
Competência	8 – 23 – 24 – 36 – 36 – 63 – 64 – 65 – 74
Competência territorial	7
Comum acordo	35
Conduta anti-sindical	25 – 26 – 27
Conflitos sindicais	24 – 28
Contraditório	59
Contribuições de terceiros	74
Contribuições previdenciárias	73
Convenção 132 da OIT	21
Convenções da OIT	3
Cooperativa	29
Correção monetária	52
Dano à sociedade	4
Danos	38 – 44
Danos morais	51 – 52
Danos morais coletivos	76
Denominação do sindicato	30
Denúnciação da lide	68
Dependente	36

Depósito recursal administrativo	62
Descanso	22
Desconsideração da pessoa jurídica	57
Desregulamentação dos direitos sociais	9
Destino das condenações	12
Dever de proteção	2
Dignidade da Pessoa Humana	1
Direito Comparado	3
Direito de imagem	14
Direitos fundamentais	1 – 2
Discriminação	16 – 25
Dispensa abusiva	2
Dissídio coletivo	34 – 35
Doenças ocupacionais	38 – 48
Domicílio	7
Dono da obra	13
<i>Dumping social</i>	4
Efeito suspensivo	72
Embargos à execução	72
Empregado público	40
Equiparação salarial	16
Estabilidade acidentária	43
Execução	73
Execução provisória	69
Expedição de ofício	50
Falência	8
Férias	21
FGTS	63
Fiscalização	56 – 57 – 59
Flexibilização	9
Fontes	3
Greve	6 – 25
Herdeiro	36
Honorários contratuais de advogado	53
Honorários sucumbenciais	79
Horas extras	20
Igualdade salarial	16
Imagem do trabalhador	14
Inconstitucionalidade	17
Indenização	53
Indenização suplementar	4 – 19

Insalubridade	50
Interdição do estabelecimento	60
Interesses individuais homogêneos	75 – 77
Intervenção de terceiros	68
Isonomia	16
Jornada	17
Jurisdição voluntária	63
<i>Jus postulandi</i>	67
Legitimidade	75 – 76 – 77 – 28
Liberdade sindical	31
Litispêndência	78
Meio ambiente	38 – 39
Menor	19
Ministério Público do Trabalho	28 – 75
Multa do art. 475-J do CPC	71
Multas administrativas	61
Negociação coletiva	33 – 49
Nexo técnico epidemiológico	42
Normas internacionais	3
Nulidade da dispensa	2
Omissão legislativa	2
Omissões	66
Ônus da prova	2 – 41 – 60
Penhora	70
Prescrição	45 – 46 – 47 – 61
Princípios	1 – 2 – 9 – 16 – 18 – 31 – 70
Procedimento	65
Prorrogação da jornada	22 – 49
Proteção Integral	18
Prova pericial	54
Recomendações da OIT	3
Recuperação judicial	8
Registro sindical	29 – 32
Relação de consumo	23 – 64
Relação de trabalho	67
Remuneração por produção	20
Reparação de danos	53
Repouso Semanal Remunerado	17
Representação sindical	5 – 30
Responsabilidade civil	38 – 40 – 41 – 44 – 45 – 51 – 52

Responsabilidade objetiva	37 – 38 – 40
Responsabilidade solidária	10 – 11 – 44
Responsabilidade subsidiária	13
Revista	15
Rol de substituídos	77
Rurícola	20
Salário eqüitativo	16
Saúde mental	39
Seguro-Desemprego	63
Serviços públicos	11
Sindicato	5 – 24 – 25 – 26 – 27 – 28 – 29 – 30 – 31 – 32 – 33 – 34 – 35 – 77
Sucessão	8 – 36
Suspensão contratual	47
Terceirização	10 – 11 – 16 – 44
Termo de Ajuste de Conduta	55
Trabalhador rural	20
Trabalho escravo	12
Trabalho forçado	76
Transação	33
Unicidade sindical	5 – 29 – 31

Publicação:

- Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região -

Projeto gráfico, impressão e acabamento:

- Secretaria de Apoio Administrativo -

- Setor de Gráfica -

- Setor de Encadernação -
