

**AS PERSPECTIVAS DA RELAÇÃO DE
TRABALHO NO BRASIL**
As reformas sindical e trabalhista



República Federativa do Brasil
Ministério Público da União

Procurador-Geral da República
Antonio Fernando Barros e Silva de Souza

Diretora-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União
Lindôra Maria Araujo

Procuradora-Geral do Trabalho
Sandra Lia Simón

Conselheiro do MPT no Conselho Administrativo da Escola Superior do
Ministério Público da União
Ricardo José Macedo de Britto Pereira

Coordenadora de Ensino da Escola Superior do Ministério Público da União/MPT
Daniela Ribeiro Mendes

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

**AS PERSPECTIVAS DA RELAÇÃO DE
TRABALHO NO BRASIL**
As reformas sindical e trabalhista

Coordenadora

Adriane Reis de Araujo

Colaboradores

Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes

Daniel Augusto Gaiotto

Eliney Bezerra Veloso

Inês Oliveira de Sousa

Isabella Gameiro da Silva Terzi

Renata Aparecida Crema Botasso Tobias

Ricardo José das Mercês Carneiro

Ricardo José Macedo de Britto Pereira

Rogério Rodriguez Fernandez Filho

Sueli Teixeira Bessa

Brasília

2006



Escola Superior do Ministério Público da União

SGAS Av. L2-Sul, Quadra 604, Lote 23

CEP 70200-901 – Brasília/DF

Tel.: (61) 3313-5114 – Fax: (61) 3313-5185

Home page: <<http://www.esmpu.gov.br>>

E-mail: <editoracao@esmpu.gov.br>

© Copyright 2006. Todos os direitos autorais reservados.

Diretoria de Pós-Graduação e Pesquisa

Hindemburgo Chateaubriand P. D. Filho – Procurador Regional da República

Setor de Apoio

Adriana Ribeiro Tosta

Setor de Documentação e Editoração

Cecilia S. Fujita

Projeto Gráfico

Ana Manfrinato Cavalcante

Secretaria Administrativa da Coordenação de Ensino – MPT

Roberto Rodrigues da Fonseca

Editoração eletrônica, revisão, fotolitos e impressão:

Artes Gráficas e Editora Pontual Ltda. – SIG/Sul Quadra 08 n. 2315 – CEP 70610-400 – Brasília/DF –

Tel.: (61) 3344-1210 – Fax: (61) 3344-3041 – E-mail: <graficapontual@ibestvip.com.br>

Tiragem: 1.000 exemplares

As opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca da Escola Superior do Ministério Público da União

P367 As perspectivas da relação de trabalho no Brasil: As reformas sindical e trabalhista /
Adriane Reis de Araujo, coordenadora. – Brasília: Escola Superior do Ministério
Público da União, 2006.
142 p.

ISBN 85-88652-05-6

1. Relação de trabalho, Brasil. 2. Direito do trabalho. 3. Sindicato. I. Título.
II. Araujo, Adriane Reis de (coord.).

CDD 342.6

SUMÁRIO

Apresentação..... 9

A REFORMA DA ORGANIZAÇÃO SINDICAL NA CONSTITUIÇÃO

Ricardo José Macedo de Britto Pereira

- 1 Considerações introdutórias..... 15
- 2 A liberdade sindical como direito fundamental.... 17
- 3 A dimensão individual e coletiva do direito de liberdade sindical. Direito de organização e de ação.... 20
- 4 O Estado como garante do direito de liberdade sindical..... 23
- 5 As normas sobre organização sindical como elementos estruturais do ordenamento jurídico trabalhista... 24
- 6 A organização sindical na Constituição de 1988... 26
- 7 Questões centrais de uma reforma da organização sindical..... 29
- 8 Conclusões..... 35

A ESTABILIDADE PROVISÓRIA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO CONTRA ATOS ANTI-SINDICAIS

Ricardo José das Mercês Carneiro

- 1 Introdução..... 39
- 2 A liberdade sindical e o ordenamento jurídico pátrio... 41
- 3 Análise do princípio da igualdade a partir da estrutura sindical brasileira..... 45
- 4 Configuração do abuso de direito..... 47
- 5 Conclusões..... 49

REFORMA TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIA E DIREITO DA MULHER

Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes

- 1 Introdução..... 53
- 2 Legislação trabalhista..... 55

2.1	As alterações da legislação infraconstitucional após 1988.	55
2.2	Persistência de textos ultrapassados na legislação trabalhista.	55
2.3	Edição de normas promocionais.	57
2.4	Da garantia de igualdade de remuneração.	58
2.5	Manutenção de creches pelo empregador.	60
2.6	Abono de faltas motivadas pela enfermidade de familiares.	62
3	Legislação previdenciária.	64
3.1	Seguridade Social: solidariedade x caráter contributivo.	64
3.2	Pensões de aposentadoria: tempo de contribuição para mulheres.	66
3.3	Distribuição de cargas familiares: assistência pré-escolar.	67
3.4	Licença-maternidade, licença à mãe adotante e licenças “parentais”.	70
3.5	A maternidade não deve onerar o empregador.	72
3.6	Limitação do benefício ao teto previdenciário.	74
4	Conclusão.	75

FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DE FÉRIAS

Inês Oliveira de Sousa, Eliney Bezerra Veloso, Renata Aparecida Crema Botasso Tobias, Sueli Teixeira Bessa, Isabella Gameiro da Silva Terzi e Daniel Augusto Gaiotto

1	Introdução.	79
2	Flexibilização laboral e figuras afins.	80
3	Flexibilização e o direito sindical no Brasil.	83
4	Férias – finalidade social.	88
5	Direito às férias. Legislação aplicável. Normas internacionais. Direito comparado. Direito brasileiro.	89
6	Flexibilização do direito de férias.	93
7	Conclusão.	96

A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO DO TRABALHO NO BRASIL

Rogério Rodriguez Fernandez Filho

1	Um retorno à dialética do processo.	101
1.1	Introdução.	101
1.2	Pressuposto hermenêutico.	105
1.3	Metodologia da interpretação.	106
1.4	O interesse público na Constituição.	109
1.5	O interesse público e o princípio da disponibilidade.	111
1.6	Interpretação do inciso LV do art. 5º da Constituição.	117
1.7	O princípio do contraditório e o Ministério Público no Código de Processo Civil.	121
1.8	Manifestação e intervenção, duas formas distintas de participação no processo.	126
1.9	Um bom argumento dogmático.	133
1.10	Conclusão.	136

APRESENTAÇÃO

O direito do trabalho é fruto de séculos de árduas e violentas lutas dos trabalhadores por melhores condições de vida e de exercício de sua atividade. O próprio dia 1º de maio, data em que na maior parte dos países se comemora o Dia do Trabalho, retrata essa situação. Nesse dia, em 1886, a greve geral de milhares de trabalhadores de Chicago por melhores condições de trabalho e pela redução da jornada diária de 13 para 8 horas foi duramente reprimida pela polícia, resultando em inúmeros presos, mortos e feridos.

Entretanto, a crise da economia mundial a partir de 1970, a modificação do quadro das relações comerciais internacionais e os avanços tecnológicos influíram para uma substancial alteração das relações trabalhistas em todo o planeta. As medidas estatais, antes destinadas a combater o desemprego, como, exemplificativamente, o trabalho a tempo parcial, a terceirização, a redução da idade para aposentadoria e a majoração da idade para a conclusão dos estudos básicos, foram por um lado ampliadas para abranger todos os trabalhadores e se mostraram, por outro lado, inviáveis a longo prazo. Seus objetivos não foram atingidos. Como resultado tivemos a precarização das relações de trabalho.

A população mundial clama por uma solução geral. Em 2003, conforme os dados da Organização Internacional do Trabalho, pelo menos 1 bilhão de pessoas trabalhou na informalidade. No Brasil, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o número de trabalhadores informais atinge 42,7% das pessoas em atividade. O percentual de pessoas desempregadas atinge o patamar médio de 20% nos grandes centros urbanos brasileiros, conforme informação do Dieese¹.

Esse novo quadro trabalhista gera intensa cobrança sobre os empresários, para aumentar sua competitividade no mercado mundial, e sobre os trabalhadores, para desenvolver plena capacidade de exercício de múltiplas funções, com a maior produtividade possível e alta qualificação. Em nosso país, as condições de segurança e medicina do trabalho em geral pioraram. O efeito já se faz sentir na própria saúde

¹ Disponível em: <<http://turandot.dieese.org.br/icv/TabelaPed?tabela=5>>. Acesso em: 15 mar. 2004.

pública. Hoje, conforme dados do Ministério da Previdência Social, o acidente e a violência estão em primeiro lugar como causas de afastamento da atividade, seguidos de doenças osteomusculares e depressão. É indiscutível a vinculação desse quadro com a piora da qualidade de vida e de trabalho do brasileiro².

Cresce a pressão social interna por um modelo mais adequado de relação de trabalho. Entretanto, inquieta-nos a pergunta: o que fazer?

Os empresários reclamam urgência no abrandamento do rigor da legislação trabalhista como forma de estimular a contratação de empregados e incrementar o desenvolvimento econômico. Os trabalhadores, por sua vez, pretendem a garantia de criação de mais postos de trabalho e a manutenção das mínimas condições para o desenvolvimento das suas atividades de forma segura e protegida. Propugna-se a exclusão ou redução do intervencionismo estatal das relações de labor.

Em 3 de outubro de 2001, o Poder Executivo enviou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 5.483, com o objetivo de alterar o art. 618 da Consolidação das Leis do Trabalho. Referida proposta autorizava os empregadores e trabalhadores a ajustarem quaisquer condições de trabalho, mediante convenção ou acordo coletivo, tendo como única limitação os direitos mínimos assegurados nas normas constitucionais e nas normas de segurança e saúde no trabalho. No dia 3 de abril de 2003, a nova cúpula governista solicitou a retirada do regime de urgência desse projeto, que retornou às comissões técnicas. O Poder Executivo então, por meio do Decreto n. 4.796, de 30 de julho de 2003, instituiu o Fórum Nacional do Trabalho, órgão tripartite, com a finalidade de coordenar a negociação entre os representantes dos trabalhadores, empregadores e governo federal sobre a reforma sindical e trabalhista no Brasil. O fórum prioriza a discussão da reforma do modelo sindical. Concomitantemente, em 2003, iniciou-se a tramitação no Congresso Nacional de dois projetos de emenda constitucional (n. 29 e 121) preconizando a revisão da estrutura sindical brasileira. Em 16 de março de 2004, a sua plenária aprovou o relatório final sobre essa temática.

² BOFF, Bernadete M.; LEITE, Dóris F; AZAMBUJA, Maria Inês R. Morbidade subjacente à concessão de benefício por incapacidade temporária para o trabalho. *Revista Saúde Pública* [on line], v. 36, n. 3, p. 337-342, jun. 2002. Disponível em: <http://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102002000300013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 maio 2004.

O Fórum Nacional do Trabalho em seguida iniciou a discussão sobre a reforma da legislação individual trabalhista. Essa reforma foi boicotada por diversos segmentos que condicionavam a sua discussão à aprovação do novo modelo de organização sindical. Em 2005, as alterações do modelo constitucional foram pontuais e mantiveram em geral a estrutura vigente. O Poder Executivo optou pela remessa de um projeto mais limitado de reforma trabalhista e sindical (minirreforma). A discussão ainda está em andamento no Fórum Nacional do Trabalho.

As questões citadas mobilizam a nação. Segundo o levantamento da CNT/Sensus, entre todas as reformas em tramitação no Congresso Nacional – reforma agrária, judiciária, política –, para 46% dos entrevistados a reforma trabalhista é a mais importante (fonte: *Folhaonline* de 10 fev. 2004). Nesse cenário, certamente o Ministério Público do Trabalho, como instituição permanente e essencial à Justiça no Brasil (art. 129 da Constituição Federal), tem muito a contribuir para o incremento dos debates, pois a atuação dos seus integrantes envolve a discussão de problemas crônicos e polêmicos da sociedade brasileira, como o trabalho infantil, o trabalho escravo, a discriminação e as questões voltadas à segurança e medicina do trabalho.

O membro ministerial atualmente é figura presente no local de trabalho, mediante inspeções regulares desenvolvidas em conjunto com outros órgãos ou decorrentes de investigação procedida em inquérito civil público. Sua participação também é constante em fóruns nacionais de discussão sobre os temas mencionados e outros afetos às relações de emprego. Em seu cotidiano, o Procurador do Trabalho depara com situações para se dizer no mínimo contrastantes. Atua na defesa do interesse público encontrado tanto em relações complexas, como aquelas decorrentes do teletrabalho, trabalho em domicílio, inclusão de minorias no mercado de trabalho, fraudes à Justiça e às normas trabalhistas, como em relações desumanas, como é o caso de exploração sexual infantil e trabalho escravo.

Diante da indiscutível repercussão nacional das reformas pendentes, a Escola Superior do Ministério Público da União, por iniciativa de seu Conselheiro-fundador Jonhson Meira Santos, aprovou a criação de grupos de estudo no âmbito do Ministério Público do Trabalho, durante o ano de 2003, com o intuito de fomentar o debate

entre seus membros sobre a reforma da legislação sindical e trabalhista. A presente obra traz a compilação dos textos produzidos nesse período nos mais variados pontos da federação. São abordados diversos aspectos da relação de trabalho: coletivo, individual e processual, de maneira a retratar as muitas facetas de um mesmo problema.

A obra se inicia com a reflexão do Procurador Regional do Trabalho em Brasília, Ricardo José Macedo de Britto Pereira, sobre a relação coletiva de trabalho, que, partindo da análise do direito fundamental à liberdade sindical e dos limites a serem observados pelo legislador constituinte derivado na sua alteração, aprecia o papel a ser desempenhado pelo Estado nas relações coletivas de trabalho, indicando a estrutura sindical que entende recomendável para se assegurar a negociação coletiva do trabalho eficiente, legítima e ampla.

O tema continua sob a apreciação do Procurador do Trabalho em Sergipe, Ricardo José das Mercês Carneiro. Seu trabalho se volta para a efetiva proteção dos dirigentes do sindicato contra atos anti-sindicais por meio da estabilidade provisória reconhecida em lei. O autor critica o posicionamento jurisprudencial de limitação da estabilidade sindical a sete membros da diretoria (art. 522 da Consolidação das Leis do Trabalho) independentemente do tamanho da entidade em apreço e ressalta a prática da pulverização da organização sindical em entidades de abrangência municipal como medida de proteção aos dirigentes, contrariando o intuito de fortalecimento desses grupos sociais, normalmente obtido por meio da unidade sindical. Ao final, preconiza a discussão do tema nesse momento de reforma legislativa.

A discussão sobre a relação trabalhista individual, trazida no texto da Procuradora do Trabalho do Paraná, Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes, expressa o tratamento do direito do trabalho e previdenciário dispensado à mulher trabalhadora, destacando a incompatibilidade de diversas normas consolidadas com o diploma constitucional. Traz à tona a necessidade de se fomentar a edição de normas promocionais da igualdade de gênero no âmbito laboral e de distribuição do ônus da prova em matéria discriminatória. A autora propugna a divisão da carga familiar entre os pais, com o intuito de estreitamento dos laços dos membros desse núcleo social.

Já os Procuradores do Trabalho, então lotados no Mato Grosso, Inês Oliveira de Sousa, Eliney Bezerra Veloso, Renata Aparecida Cre-

ma Botasso Tobias, Sueli Teixeira Bessa, Isabella Gameiro da Silva Terzi e Daniel Augusto Gaiotto, fazem seu estudo sobre o instituto das férias. Analisam historicamente esse direito e verificam a possibilidade de regulamentação de seu exercício pelas partes contratantes, tendo em vista se tratar de direito voltado à saúde do empregado, com claro interesse público.

Por fim, o trabalho de Rogério Rodriguez Fernandez Filho, Sub-procurador-Geral do Trabalho, faz uma digressão sobre os princípios do processo e propõe a alteração legal com o fim de aprimorar a contribuição do Ministério Público do Trabalho na seara litigiosa das relações processuais trabalhistas, tornando-a mais eficaz.

A reflexão dos autores é enriquecedora e aponta aspectos nodais da relação coletiva e individual de trabalho no Brasil. Estou certa de que a presente obra poderá contribuir de forma efetiva para o debate nacional em curso.

Brasília, 2 de novembro de 2005.

Adriane Reis de Araújo

Procuradora Regional do Trabalho da 10ª Região e
Coordenadora de Ensino da ESMPU/MPT (2001/2004)

A REFORMA DA ORGANIZAÇÃO SINDICAL NA CONSTITUIÇÃO

*Ricardo José Macedo de Britto Pereira**

SUMÁRIO:

- 1 Considerações introdutórias.
- 2 A liberdade sindical como direito fundamental.
- 3 A dimensão individual e coletiva do direito de liberdade sindical. Direito de organização e ação.
- 4 O Estado como garante do direito de liberdade sindical.
- 5 As normas sobre organização sindical como elementos estruturais do ordenamento jurídico trabalhista.
- 6 A organização sindical na Constituição de 1988.
- 7 Questões centrais de uma reforma da organização sindical.
- 8 Conclusões.

1 Considerações introdutórias

Uma proposta de emenda visando alterar as disposições constitucionais sobre liberdade sindical não pode desconsiderar aspectos básicos que devem servir de guia para sua aprovação. Importa ressaltar quatro deles para o presente estudo: a) a liberdade sindical é um direito fundamental; b) o direito fundamental de liberdade sindical compreende uma dimensão individual e coletiva, assim como os meios de organização e de ação; c) a liberdade sindical impõe prestações ativas e passivas ao Estado; d) as normas sobre organização sindical compõem a base que estrutura o ordenamento jurídico trabalhista.

O desenvolvimento desses quatro pontos, que estão interligados, contribui para a determinação do núcleo do direito fundamental de liberdade sindical, que constitui um marco à atuação do constituinte derivado, na escolha das características definidoras do modelo de sindicato mais adequado para a nossa realidade.

* Procurador Regional do Trabalho. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília e Doutor em Direito do Trabalho pela Universidad Complutense de Madrid. (revalidado pela Universidade de Brasília). Membro do Conselho Administrativo da Escola Superior do Ministério Público da União. Professor da UnB e Cesape/Uniceub.

Não se trata de defender posição consagrando a existência de um direito natural de liberdade sindical, segundo o qual as sociedades, independentemente do ordenamento jurídico positivo, estão obrigadas a suportar a organização e a ação visando à melhoria das condições de trabalho, de acordo com modelos previamente determinados. Entende-se, ao contrário, que os titulares, o conteúdo e a força normativa desse direito podem variar conforme as opções políticas que se adotem em cada tempo e lugar.

No entanto, o processo de tomada de decisão esbarra em limites materiais. O direito de liberdade sindical está previsto em todos os ordenamentos jurídicos democráticos, assim como nos principais instrumentos internacionais sobre direitos humanos. Uma aproximação entre seus textos e a extração de princípios comuns orienta não só a atividade de interpretação do direito, mas serve também de ponto de referência para a alteração de suas disposições. A reforma da Constituição é ato de extrema responsabilidade e pressupõe o compromisso com os avanços sociais. Somente uma postura de indiferença ao retrocesso seria compatível com a total liberdade dos representantes da nação para operar as mudanças necessárias. A reforma sindical em nosso país deve aperfeiçoar o modelo existente, para convertê-lo em expressão fiel da cláusula do Estado Democrático de Direito, prevista no art. 1º da Constituição.

As considerações teóricas sobre os mencionados tópicos podem auxiliar a adoção de um juízo de valor sobre as propostas que serão debatidas no Congresso. Além disso, confere suporte para enfrentar a matéria preliminar na temática, que é a própria conveniência de alterar o sistema existente baseado numa modalidade de organização, com alternativas limitadas.

Esse debate preliminar, com forte componente político, pode realizar-se mediante perspectivas variadas, como a ideológica ou pragmática. Nosso interesse recai, sobretudo, na legitimidade que a atividade sindical pode lograr de acordo com o tipo de organização prevalente. Sabe-se, porém, que ela não é suficiente, visto que uma atividade legítima pode restringir-se a um número reduzido de trabalhadores ou mesmo resultar ineficiente. O modelo ideal de liberdade sindical, e como tal adequado à realidade brasileira, é aquele que, ao mesmo tempo, proporcione legitimidade, seja eficiente e beneficie elevado número de trabalhadores.

O atual sofre de déficit de legitimidade, ainda que cumpra, de alguma forma, exigências de eficiência e extensão. As propostas devem suprir o déficit, sem comprometer, e sim preservar ou incrementar, o que o modelo atual satisfaz somente de maneira parcial. Esse parece ser o grande desafio a ser enfrentado pelo constituinte derivado.

2 A liberdade sindical como direito fundamental

A consagração da liberdade sindical como direito fundamental implica uma série de conseqüências sobre sua disciplina, que aqui serão tratadas em alguns de seus aspectos. O primeiro diz respeito à estrutura determinante de seu conteúdo.

Os direitos fundamentais são dotados de máxima posição hierárquica, força normativa e importância. Ao mesmo tempo possuem alto grau de indeterminação, pela simplicidade e generalidade de seus enunciados¹. Essa relativa vagueza de conteúdo é decorrência lógica da importância e do caráter expansivo; quanto mais genéricos são os textos dos direitos fundamentais, mais concreta é a probabilidade de abarcar um número maior de titulares e de contemplar um amplo espectro de situações suscetíveis de tutela.

Quando se diz que a liberdade sindical é um direito fundamental, a preservação desse *status* depende de mecanismos apropriados, capazes de conferir amparo à organização de grupos de pressão para interferir na determinação das condições de trabalho, observando-se determinados limites de fato e jurídicos. Não se mostra adequada a esse propósito a formulação de regras que estabeleçam pressupostos absolutos para sua aplicação. Os direitos fundamentais constituem modalidades de normas mais ajustadas à noção de princípios que de regras. Sua exigibilidade, em geral, está em constante tensão com outros princípios e bens constitucionais, de maneira que sua concretização se verifica por meio de um processo de ponderação dos valores presentes nas circunstâncias concretas².

¹ ALEXY R., Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. In: CARBONEL, M. (Ed.). *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2003, p. 31 y ss.

² V. ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. 2. reimpr. Madrid: CEP, 2001. Do mesmo autor: Epílogo a teoría de los derechos fundamentales (1). *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, n. 66, p. 14

Esse ponto, portanto, possui especial relevância: as liberdades fundamentais não se ajustam a uma especificação minuciosa do enunciado que as garantam, pelo risco de perderem em generalidade e, conseqüentemente, terem comprometida sua posição de supremacia. As limitações só se justificam para a tutela de outros direitos constitucionais. Além disso, as disposições de direitos fundamentais devem contar com providências que, eliminando eventuais barreiras a seu exercício, possibilitem a sua máxima efetividade.

Um modelo de liberdade sindical de caráter definitivo não comporta detalhamento excessivo que importe limitação intrínseca. Esse detalhamento pode ser necessário em contextos passageiros, caso em que as normas correspondentes devem fazer parte de disposições transitórias ou serem encomendadas ao legislador.

Além do aspecto estrutural, deve-se tomar em conta a consagração da liberdade sindical em diversos documentos internacionais e nas Constituições dos países democráticos. Isto evidencia a posição de destaque que a liberdade sindical possui para a defesa da dignidade da pessoa humana e a realização dos princípios democráticos. Afastar-se do enunciado comum desses textos compromete, sem dúvida, a efetivação desses valores.

A liberdade sindical está consignada, só para mencionar instrumentos universais e americanos, havendo diversos outros regionais que a tutelam, na Declaração Internacional de Direitos Humanos de 1948, nos Pactos Internacionais dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e também dos Direitos Cívicos e Políticos, ambos de 1966. Também integra o rol de direitos da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José) de 1966 e do Protocolo adicional de São Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais de 1988. As declarações mais recentes que a prevêm em nosso âmbito são as de Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, da Organização Internacional do Trabalho, de 1998, que faz referência às Convenções da OIT sobre a matéria, e a Declaração Sociolaboral do Mercosul, do mesmo ano. As declarações, ainda que desprovidas de

ss., sept./dic. 2002. ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil: ley, derecho, justicia*. 2. ed. Madrid: Trotta, 1997, p. 109 ss. PRIETO SANCHÍS, L. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2003, p. 123 ss.

juridicidade no sentido técnico, representam importante parâmetro para qualquer operação relacionada com o complexo normativo que trata da liberdade sindical. Os mencionados pactos e convenções³, somados às convenções da OIT sobre liberdade sindical, números 98⁴ e 154⁵, são de observância obrigatória no ordenamento interno brasileiro e espera-se que a reforma permita a ratificação da Convenção n. 87. De acordo com o art. 5º, § 2º, da Constituição brasileira, é possível defender que esses textos possuem valor constitucional, pelo menos no aspecto material, ainda que não haja sido consolidada uma jurisprudência no Supremo Tribunal Federal sobre o alcance desse dispositivo⁶. Não se justifica a resistência de alguns setores em reconhecer posição constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos. A Constituição argentina é expressa a respeito dos mais importantes tratados sobre direitos humanos (art. 75, 22), o que é bastante relevante, na medida em que uma integração no Mercosul somente é possível com a aproximação dos ordenamentos jurídicos de seus membros, especialmente quanto à compreensão de seus dispositivos. Com o acréscimo do § 3º ao art. 5º da Constituição, promovido pela EC n. 45/2004, é inquestionável que os tratados sobre direitos humanos, aprovados na forma ali prevista, terão *status* constitucional. Reforça-se, assim, a tese de que o § 2º atribui aos direitos contidos nos tratados internacionais ratificados pela forma tradicional o caráter de conteúdo adicional dos direitos fundamentais expressamente previstos na Constituição.

³ O Pacto Internacional foi ratificado pelo Decreto-Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991, *DO* de 13 dez. 1991, p. 28838, Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992, *DO* de 7 jul. 1992, p. 8713, com vigência interna em 24 de abril de 1992. O Pacto de São José da Costa Rica, pelo Decreto-Legislativo n. 27, de 26 de maio de 1992, *DO* de 28 maio 1992, Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, *DO* de 9 nov. 1992, p. 15562, com vigência interna em 25 de setembro de 1992. O Protocolo adicional de São Salvador, pelo Decreto-Legislativo n. 56, de 19 de abril de 1995, *DO* de 28 abr. 1995, p. 5945, Decreto n. 3.321, de 30 de dezembro de 1999, *DO* de 31 dez. 1999, p. 12, com vigência interna em 16 de novembro de 1999.

⁴ Decreto-Legislativo n. 49, de 27 de agosto de 1952, *DCN* de 28 ago. 1952, p. 8607.

⁵ Decreto-Legislativo n. 22, de 12 de maio de 1992, *DO* de 13 maio 1992, p. 5977, Decreto n. 1.256, de 29 de setembro de 1994, *DO* de 30 set. 1994, p. 14823, com vigência interna em 10 de julho de 1993.

⁶ V. SÜSSEKIND, A. *Direito constitucional do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 65, que faz menção à decisão na ADIN 1.675-1.

Conseqüentemente, não se pode negar o valor desses tratados como relevante elemento de interpretação na configuração do direito de liberdade sindical na Constituição. Nesse aspecto, a reforma não opera no vazio; insere-se num contexto interpretativo já consolidado, que determina limites à sua realização.

Preserva-se, ademais, a idéia de interligação entre os direitos fundamentais. O caráter fundamental de um direito não se esgota no rol de possibilidades que seu enunciado proporciona. É parte de um todo entrelaçado, no sentido de que o exercício satisfatório de um deles contribui (e ao mesmo tempo depende) para a realização de todos os demais. Essa interação favorece a efetividade dos direitos fundamentais, produzindo reflexos na vida de toda a comunidade⁷.

3 A dimensão individual e coletiva do direito de liberdade sindical. Direito de organização e de ação

Em que pese o acirrado debate sobre a possibilidade de uma titularidade coletiva para os direitos⁸, é inquestionável que a liberdade sindical só se torna efetiva quando se reconhecem às entidades sindicais determinadas possibilidades, faculdades e garantias para alcançar os resultados pretendidos. A liberdade sindical não se restringe ao exercício da liberdade de organização. Também alcança o direito de estabelecer estratégias de ação e utilizar os meios necessários para lograr os objetivos traçados. Tudo, evidentemente, em harmonia com os direitos de terceiros, assim como dos próprios trabalhadores e empregadores. A imposição de limites, porém, não pode chegar ao ponto de individualizar os interesses coletivos, pois debilitaria seriamente a atividade sindical.

Na atualidade, há forte tendência de se conferir interpretação constitucional que integra no conteúdo do direito de liberdade sindical um genérico direito de negociação coletiva e de greve. Essa cons-

⁷ HÄBERLE, P. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Trad. Jürgen Saligmann y César Landa. Granada: Comares, 2003, p. 40/03.

⁸ Sobre esta questão, ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (Ed.). *Una discusión sobre derechos colectivos*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas; Universidad Carlos III de Madrid; Dykinson, 2001. LÓPEZ CALERA, M. *¿Hay derechos colectivos?* Barcelona: Ariel, 2000.

trução tem origem na Alemanha, onde prevalece a idéia de que a liberdade sindical prevista no art. 9.3 da Lei Fundamental e os mecanismos de conflitos coletivos são instrumentos para a realização da contratação coletiva⁹.

Interpretação semelhante foi adotada pela jurisprudência constitucional na Espanha. Além do direito de liberdade sindical, previsto no art. 28.1 da Constituição espanhola, consta expressamente o direito de negociação coletiva no art. 37.1. A negociação coletiva das condições de trabalho compete aos representantes dos trabalhadores e dos empresários, sejam de caráter sindical ou não. O direito de greve encontra disciplina no art. 28.2. Ainda assim, a liberdade sindical expressa no art. 28.1 possui uma amplitude que engloba aspectos fundamentais da negociação coletiva e da greve promovidas pelos sindicatos¹⁰. O principal efeito prático é que, para o grupo normativo em que se insere o art. 28, a Constituição espanhola prevê um rol de garantias privilegiado, como o recurso de amparo, que não alcança o art. 37.1 (art. 53.1). Nesse sentido, a negociação coletiva sindical desfruta de proteção diferenciada da realizada por outros entes legitimados que não se constituam como sindicatos.

A doutrina italiana também considera que os meios de ação coletivos estão incluídos no genérico direito de liberdade sindical previsto no art. 39.1 da Constituição italiana¹¹.

Por outro lado, o respeito à individualidade é fundamental para que o movimento sindical possa exercer uma representação autêntica

⁹ DÄUBLER, Wolfgang. *Derecho del trabajo*. Trad. esp. M. Paz Acero Serna y Pio Acero López. Rev. Antonio Ojeda Avilés. Madrid: MTSS, 1994, p. 117. ZACHERT, Ulrich. *Lecciones de derecho del trabajo alemán*. Trad. Fernando M. Rodríguez y Natividad Mendoza Navas. Madrid: MTAS, 1998, p. 40. KAUFMANN, O.; KESSLER, F.; KÖHLER, P.A. *Le droit social en Allemagne*. 2. éd. Bruxelles: Kluwer, 2001, p. 105.

¹⁰ Ver VIDA SORIA, J.; GALLEGO MORALES, A. Artículo 28.1. In: ALZAGA VILLAMIL, Oscar (Dir.). *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Madrid: Cortes Generales, Editoriales de Derecho Reunidas, 1996, t. 3, arts. 24 a 38; e VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. El derecho a la negociación colectiva en la jurisprudencia constitucional. In: *Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social*. Madrid: MTAS, 1996, p. 119 ss.

¹¹ Ver GIUGNI, Gino. *Diritto sindacale*. Bari: Cacucci, 2001, p. 176; e CARINCI, Franco et al. *Diritto del lavoro*: 1. Il diritto sindacale. 4. ed. Torino: UTET, 2002, p. 62-63.

dos interesses dos trabalhadores. A imposição de regras resultantes da autonomia coletiva de maneira autoritária constitui grave violação à liberdade sindical. Não é aceitável a existência de interesses coletivos que não correspondam a uma síntese das reivindicações, idéias e problemas defendidos e vividos pelos trabalhadores.

A necessária aproximação entre dimensão individual e coletiva da liberdade sindical não se ajusta à diferenciação que se faz entre direitos civis e políticos, de um lado, e sociais, econômicos e culturais, de outro. A liberdade sindical, devido a sua complexidade, não pertence a uma ou outra categoria com exclusividade. Trata-se de uma distinção que não favorece os trabalhadores, uma vez que a conquista da cidadania no local de trabalho está condicionada ao exercício dos direitos fundamentais, em sua mais ampla extensão. Considerados em conjunto, esses direitos são instrumentos inseparáveis para a realização plena do ser humano; de forma individualizada são fins em si mesmos. A distinção dessas categorias, para efeitos de exigibilidade, vai perdendo importância¹², fortalecendo a idéia de que o respeito à dignidade humana também se impõe nas relações de trabalho, tanto no aspecto negativo, não interferindo em determinados comportamentos e aspectos da vida do trabalhador, quanto no positivo, proporcionando condições para o exercício satisfatório dos direitos.

Para sintetizar, a formação de autênticas coletividades de interesses é possível a partir de uma interação mútua e contínua entre as dimensões individual e coletiva do direito de liberdade sindical. A ruptura desse equilíbrio, no sentido de uma individualização ou coletivização exacerbadas, termina por prejudicar o movimento sindical como um todo.

O jogo entre as dimensões individual e coletiva depende, além do reconhecimento dos direitos fundamentais no local de trabalho e fora dele, de um fluxo de informações necessário a uma situação de comunicação apropriada ao exercício do direito de liberdade sindical.

¹² V. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999, e ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

4 O Estado como garante do direito de liberdade sindical

Outra questão relevante refere-se à intervenção do Estado no exercício da liberdade sindical. Como já ressaltado, por um lado, a liberdade sindical não depende do Estado para seu reconhecimento e necessita de mecanismos defensivos contra a ingerência estatal. Por outro, a atuação para favorecê-la não a viola; ao contrário, faz-se extremamente necessária. O Estado possui o dever de adotar as providências para a concretização satisfatória dos direitos fundamentais. Hoje, tem ganhado prestígio a corrente que entende que os direitos fundamentais, além de direitos subjetivos dos indivíduos ou grupos, são garantias constitucionais “de esferas de vida reguladas e organizadas conforme princípios de liberdade, que possuem um significado objetivo-institucional”¹³. São duas dimensões dos direitos fundamentais sem que uma tenha precedência lógica sobre a outra. A institucionalização dos direitos fundamentais não acarreta “o enfraquecimento da liberdade individual; ao contrário, propõe e produz um reforço da liberdade”¹⁴.

Assim, o exercício do direito de liberdade sindical está diretamente ligado ao espaço de liberdade e de atuação estatal para promovê-lo. O papel do Estado consiste em promover garantias dirigidas a cada interessado para participar à sua maneira do movimento sindical, como também ao grupo para eleger as estratégias e adotar mecanismos eficazes de pressão, removendo as barreiras que inviabilizem a realização ótima do direito, mas também coibindo os excessos, para que seu exercício não extrapole o ordenamento jurídico.

Como princípio constitucional que interage com outros princípios, e não regra de caráter absoluto, cabe ao legislador estabelecer os limites razoáveis à liberdade sindical, harmonizando seu exercício com os interesses da sociedade, sem afetar o núcleo essencial do direito. Ao mesmo tempo, compete-lhe ampliar esse exercício, removendo eventuais resistências injustificadas, para que sua concretização se dê da maneira mais ampla e efetiva possível.

¹³ Essa dimensão institucional não equivale ao conceito de garantias de instituto ou institucionais formulado por C. Schmitt “com um grande número de limitações e alternativas aparentes”. Na dimensão institucional dos direitos a liberdade não é antítese, mas conceito correlativo de instituição. Cf. HÄBERLE, P. *La libertad ...* cit., p. 123-125.

¹⁴ Cf. HÄBERLE, P. *La libertad ...* cit., p. 125-126.

5 As normas sobre organização sindical como elementos estruturais do ordenamento jurídico trabalhista

Uma reforma do ordenamento jurídico trabalhista não se aperfeiçoa sem a previsão de um modelo sindical consistente. Qualquer proposta de alteração da relação entre as diversas fontes normativas no âmbito trabalhista está condicionada ao tipo de organização sindical existente.

No passado, havia uma projeção para a expansão do Direito individual do Trabalho. As transformações verificadas nas atividades de produção de bens e serviços, inevitáveis num sistema capitalista em que a liberdade de empresa figura como garantia constitucional, permitiram aos empresários estabelecer novas formas que não se enquadram nas figuras previstas na legislação trabalhista. O Direito individual do Trabalho, ao contrário da expectativa criada em torno ao seu campo de incidência, foi perdendo um significativo espaço para formas de contratação disciplinadas por outros ramos do direito.

Já em relação ao Direito coletivo do Trabalho, houve um movimento de expansão no sentido de ampliar as categorias de trabalhadores destinatárias de suas normas. Por outro lado, como conseqüência da individualização e fragmentação das relações de trabalho, houve profunda transformação no ambiente de trabalho, comprometendo a unidade, o sentimento de solidariedade e a disposição dos trabalhadores de lutar por melhores condições de trabalho. O prestígio do Direito coletivo do Trabalho, na preservação do papel de regulador das relações de trabalho, está vinculado, mais do que nunca, a novas alternativas capazes de forjar identidades coletivas¹⁵. Pode-se pensar na substituição do antigo lema da classe operária “igualdade, unidade, solidariedade” por um mais adequado ao momento atual, baseado na “diversidade, comunicação, solidariedade”. Apesar das diferenças existentes entre as modalidades de prestação de trabalho na atual economia, os trabalhadores compartilham o fato comum de enfrentarem uma “estrutura de poder socioeconômico” que comprime seus interesses. A partir do momento que essas diferenças são mutuamente compreendidas é possível “uma coesão social e, conseqüentemente, ações comuns”¹⁶.

¹⁵ SUPIOT, Alain. *Crítica del derecho del trabajo*. Madrid: MTAS, 1996, p. 109.

¹⁶ Cf. MÜCKENBERGER, Ulrich. Ideas para redefinir la relación de trabajo. *Revista Internacional del Trabajo*, v. 115 (1996), n. 6, p. 742.

As possibilidades do Direito coletivo do Trabalho de ampliar não só seus destinatários, mas de obter determinados graus de organização e de ação, condicionam-se à renovação do Direito individual do Trabalho. Esse ramo, assim como outros envolvidos com o trabalho humano, deverão proporcionar as garantias necessárias ao exercício das liberdades fundamentais, em especial das liberdades de opinião, expressão e de reunião, sobretudo no local de trabalho, como base para a criação de oportunidades de diálogo entre os trabalhadores e entre eles e os empregadores. A preocupação com a cidadania no interior da empresa é parte do processo de constitucionalização do Direito do Trabalho¹⁷. Esse processo compreende a elevação de princípios e regras trabalhistas ao plano constitucional e também a incidência dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, considerados em outros tempos incompatíveis com determinadas relações de poder, como a que determina a subordinação do trabalhador. Os valores constitucionais se projetam no ordenamento jurídico como um todo, dando um sentido específico às normas que se situam no plano infraconstitucional, de maneira que os direitos fundamentais tenham aplicação em cada dispositivo do ordenamento jurídico.

O potencial normativo do Direito do Trabalho, tanto individual como coletivo, não mais se sustenta na busca de uma aplicação autônoma de suas regras e princípios, em que o individual tem a função patrimonial de proporcionar os bens considerados básicos aos trabalhadores e o coletivo uma função complementar. O Direito do Trabalho de feição patrimonial e compartimentada corresponde a uma concepção superada e não tem sido capaz de regular o trabalho na sociedade contemporânea. Assume seu lugar o Direito pessoal do Trabalho, pelo que o Direito individual e coletivo são complementares entre si, sem que um tenha prevalência sobre o outro. Ademais, a capacidade de ambos é limitada e, por isso, dependem do suporte de outros ramos do direito, especialmente do Direito Constitucional.

¹⁷ V. MARTIN VALVERDE, Antonio. Contrato de trabajo y derechos fundamentales. *Revista de Derecho Social*, n. 6, 1999, p. 11 y ss. DÄUBLER, Wolfgang. Los trabajadores y la Constitución. *Contextos: Revista Crítica de Derecho Social*, n. 2, 1998, p. 71.

6 A organização sindical na Constituição de 1988

O modelo de organização sindical implantado pela Constituição de 1988 representou avanços significativos se comparado ao anteriormente existente. Apesar disso, a imposição da unicidade sindical e a preservação da contribuição prevista em lei, como mecanismos de sustento do poderio dos sindicatos, para efeitos de eficiência e extensão, se verificaram em detrimento da legitimidade. Por tais características, não há dúvida em afirmar que a eleição do constituinte recaiu em um modelo de transição, condição que com o tempo se tornaria mais evidente.

Só de maneira parcial as normas sobre organização sindical satisfazem as exigências de um modelo adequado. Em termos de extensão, a contribuição obrigatória prevista em lei permite que o sindicato alcance benefícios a todos os trabalhadores de uma categoria, com independência da filiação sindical. A unicidade, por sua vez, proporciona eficiência.

A carência de legitimidade, embora se intensifique com o tempo, não é absoluta. A previsão de sindicato único por categoria e da contribuição obrigatória foi resultado de uma aspiração compartilhada não só por expressivo segmento da classe trabalhadora, mas também dos empresários, no momento da Assembléia Nacional Constituinte. O sindicato único por categoria cumpre a função de fortalecimento das associações; não o favorecimento da intervenção indevida do Estado no movimento sindical, com o objetivo de controlá-lo ou de vinculá-lo a uma ideologia específica.

Apesar dos óbices à adoção da liberdade plena, na prática os sindicatos no Brasil experimentam algum grau de democracia¹⁸. Foi internacionalmente reconhecido o respeito a diversos princípios considerados fundamentais ao exercício da liberdade sindical. É em razão disso que as deficiências existentes não chegam ao ponto de compro-

¹⁸ Para a OIT, a unicidade sindical no Brasil, que existe em um contexto de pluralismo político, não evidencia restrições à independência dos sindicatos, sobretudo porque a previsão legal não impediu a multiplicidade de sindicatos (*Su voz en el trabajo*: Informe del director general. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo. 88ª Reunión, 2000, p. 32).

meter as normas resultantes da autonomia coletiva. Não fosse esse aspecto, qualquer disposição de acordos ou convenções coletivas estariam viciados desde a origem, abalando completamente o sistema de fontes das normas trabalhistas.

Portanto, uma posição em torno da conveniência de adotar modelo distinto de liberdade sindical no Brasil é sempre questão bastante controversa. O modelo atual tem alguma funcionalidade e com base nela se defende sua manutenção¹⁹. Por outro lado, essa funcionalidade é limitada, visto que se unificam as tendências existentes e, se fortalece mediante a fonte obrigatória de recursos, também promove uma ruptura no vínculo entre as entidades sindicais e seus representados.

O modelo existente não admite uma alteração do sistema de fontes normativas trabalhistas que confira mais ênfase às normas pactuadas no plano coletivo. O fosso existente entre as dimensões individual e coletiva da liberdade sindical, em razão de uma representação obrigatória, sem possibilidade de alternativas, provoca receios fundados na ampliação da eficácia normativa dos acordos e das convenções coletivas.

O problema é que a partir da Constituição de 1988 houve um reforço significativo do teor normativo dos acordos e das convenções coletivas. A jurisprudência trabalhista vem reconhecendo primazia ao conteúdo de instrumentos pactuados, considerando a previsão constitucional atribuindo a eles a possibilidade de alterar elementos essenciais da relação de trabalho, como salário e jornada.

Aos poucos vai-se consolidando uma prática de alteração das condições de trabalho em prejuízo dos interesses imediatos dos trabalha-

¹⁹ Como manifestei em outra oportunidade, “Não se pode desprezar que por detrás da questão jurídica existe intensa divergência política, pelo fato da possibilidade de instrumentalização da reforma para a criação de um ambiente favorável à expansão de interesses econômicos, em lugar de buscar uma regulação mais adequada das relações de trabalho. Daí a resistência por parte de setores da sociedade em aceitar mudanças. Teme-se que a reforma sirva de porta para o enfraquecimento do Direito do Trabalho, num contexto favorável à destruição de garantias obtidas ao longo de um lento e progressivo processo histórico. O espectro da prevalência do negociado sobre o legislado, independentemente das condições para sua implantação, que ronda nos últimos tempos as propostas de reforma trabalhista, desencoraja mesmo aqueles que consideram inadequado preservar o modelo em vigor” (Aspectos constitucionais da reforma sindical. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, 69-05/565/572).

dores. O déficit de representatividade põe em questão essas práticas e denuncia o esgotamento do modelo adotado, que ingressou em um processo seguido de deslegitimação, cujo freio é a democratização do sistema sindical em sua integridade.

A consagração da liberdade sindical plena, como aquela em que prevalece a liberdade de opção de criação e de filiação sindical, não pode ser vista de forma isolada, para a análise de sua conveniência. A liberdade sindical passou a ser um importante termômetro do grau de desenvolvimento das relações de trabalho e da existência de democracia no interior da empresa. Sua vinculação com os demais direitos fundamentais faz com que o juízo sobre ela não se restrinja à força que um sindicato possa concentrar para alcançar determinados fins. Evidentemente, num sistema sindical fechado, com contribuição obrigatória, o poder acumulado é sempre elevado. No entanto, as relações de trabalho e as estratégias dos sindicatos são práticas cada vez mais públicas, que alcançam significativos segmentos da população e estão sob a mira constante do juízo crítico da sociedade. A sobrevivência do movimento sindical está ligada a sua renovação, que, num marco de sindicato único e contribuição obrigatória, é extremamente limitada.

A ratificação da Convenção n. 87 é muito mais do que a consagração de um determinado sistema de organização sindical baseado na liberdade. Como componente essencial dos princípios e normas fundamentais do trabalho, é um verdadeiro símbolo na luta pelo respeito aos direitos humanos. O efeito de deixá-la fora de nosso ordenamento jurídico é evidentemente mais grave do que uma simples restrição para fins estratégicos.

Não se pode acomodar o que diz a Convenção para ratificá-la sem alteração do nosso modelo sindical. A existência de sindicato único e de uma contribuição obrigatória imposta por lei viola princípios fundamentais da liberdade sindical. O Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT possui diversas decisões nesse sentido²⁰. A questão não é ajustar o conteúdo da Convenção a um modelo com traços autoritários e sim excluir de uma vez por todas esses traços para ajustar nosso ordenamento ao que diz a Convenção.

²⁰ *A liberdade sindical: recopilação de decisões e princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT.* Genève, Suisse: OIT, 1997, 271-300, p. 61-67, 428-446, p. 97-101.

Só assim a ratificação terá sentido e poderá cumprir sua finalidade de contribuir para o respeito aos direitos humanos dos trabalhadores²¹.

As propostas, portanto, deveriam propiciar a ratificação da Convenção n. 87 da OIT, suprindo a carência de legitimidade, sem comprometer, e sim manter e aprimorar a extensão e eficiência da ação sindical²².

7 Questões centrais de uma reforma da organização sindical

O *caput* do art. 8º foi o que desde logo se apresentou com caráter definitivo. A manutenção de seu enunciado genérico é relevante para

²¹ A PEC n. 29/2003, apresentada pelos deputados Vicentinho e Maurício Rands, entre outros, fundamenta-se na preocupação de que a organização sindical seja parte de uma reforma mais ampla de todo o ordenamento trabalhista, preservando direitos fundamentais dos trabalhadores, ao lado de uma legislação que fomente emprego e renda dirigida também ao trabalho não subordinado, reforma da legislação processual trabalhista e implantação da negociação coletiva das condições de trabalho no serviço público.

Os proponentes afirmaram a necessidade de consagrar um modelo de liberdade sindical positiva, no sentido de uma efetiva participação do Estado para fortalecer os sindicatos e a prática da negociação coletiva, além de promover as alterações no art. 8º da Constituição, para permitir a ratificação da Convenção n. 87 da OIT pelo Brasil.

²² A PEC n. 369/2005 é a que resulta das discussões do Fórum Nacional do Trabalho. De acordo com as conclusões ali chegadas, a personalidade sindical dependeria do grau de representatividade previsto em lei. Como manifestei ao analisar a PEC, “optou-se por um conceito normativo de sindicato, baseado na representatividade, que exclui de seu conteúdo as associações que se apresentem como entidades permanentes para a defesa de interesses profissionais e econômicos, mas que não preencham as formalidades legais. A consequência é localizar, no ordenamento jurídico, as entidades não suficientemente representativas no direito genérico de associação, reconhecido a todas as pessoas de formar agrupamentos para a defesa de interesses comuns, sem as diversas prerrogativas e garantias dos sindicatos. Este isolamento entre o plano fático e o normativo, no conceito de sindicato, apresenta problemas significativos. O sindicato deve surgir pronto. Seu processo de criação e consolidação estaria fora da proteção diferenciada reconhecida pela legislação, como, por exemplo, garantias contra práticas anti-sindicais. Evidentemente, o não-reconhecimento como sindicatos das entidades não suficientemente representativas impede a ratificação da Convenção 87 da OIT, o que gera sérias dúvidas com relação ao modelo resultante das discussões no Fórum, como de caráter definitivo” (cf. Aspectos constitucionais da reforma sindical. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, ano 69-05/565).

a extensão de seu raio de ação, tanto em termos subjetivos como objetivos, além de proporcionar possibilidades de renovação de seu conteúdo pelos operadores jurídicos e também pelos próprios atores sociais. Na seqüência, a expressão “observado o seguinte” é onde atualmente são encontrados os traços do modelo de transição. Num modelo de liberdade sindical plena, as restrições devem ceder lugar às garantias necessárias para o exercício ótimo do direito.

Para a passagem de um modelo de liberdade restrita para um de liberdade plena, é necessário abolir a vedação de criação de mais de uma organização sindical na mesma base territorial. Deve ser assegurada às entidades sindicais de trabalhadores e empregadores a possibilidade de organizarem-se com a extensão julgada conveniente para a defesa de seus interesses. Não é suficiente uma liberdade na cúpula, mediante o reconhecimento das centrais sindicais, sem uma democratização na base. Só com a conjugação de ambas, alcança-se um equilíbrio entre a dimensão individual e coletiva da liberdade sindical.

A democratização da base não impede que os protagonistas do novo modelo sejam as centrais sindicais, uma vez que sua existência e ação são uma antecipação parcial, na prática, das reformas que serão propostas no âmbito jurídico. São elas que provavelmente influirão de forma concreta para alcançar uma centralização e articulação entre a pluralidade de entidades que pode resultar da previsão de liberdade sindical plena. Em razão do grau de legitimidade obtido pelas centrais sindicais, associado à atuação eficiente e extensiva, é possível prever, na formação das novas entidades, uma inversão de direção em que a cúpula influencia a base. Insista-se, porém, que isso não pode ocorrer em termos de determinação absoluta, pois se daria em detrimento da formação natural do movimento sindical, da base em direção à cúpula.

Outro ponto relevante é a intervenção do Estado para favorecer a liberdade sindical, especialmente para lograr eficiência e extensão à atuação sindical. Já se fez menção que a consagração da liberdade sindical plena não está necessariamente conjugada com o absentismo estatal. A atuação dos poderes públicos é essencial para o fortalecimento dos sindicatos e da prática da negociação coletiva.

Essa intervenção do Poder Público não pode servir para controlar o sindicato ou restringir a liberdade sindical. O “registro no órgão competente” deve apenas conferir existência jurídica ao sindicato, não

podendo ser utilizado para impor condições que limitem a livre constituição das entidades sindicais, filiação a elas e a liberdade de auto-organização. Inclusive não mais servirá para controlar a existência do sindicato único, caso seja aprovada a liberdade plena. A manutenção do registro nesses termos não viola a liberdade sindical. O Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT assim considera, sempre que o registro não seja equivalente à previa autorização do poder público²³.

Quanto à defesa dos interesses individuais e coletivos dos trabalhadores, mostra-se desnecessária a previsão expressa da substituição processual em questões judiciais. Poder-se-ia reagir à jurisprudência trabalhista anterior, que não reconheceu, no texto original da Constituição, a qualidade do sindicato como substituto processual. No entanto, essa posição foi revista, acolhendo-se interpretação do Supremo Tribunal Federal.

A jurisprudência trabalhista pós-constitucional foi fruto do receio de que o reconhecimento de uma legitimação processual ampla às entidades sindicais pudesse resultar em demandas que não correspondessem às reais pretensões dos trabalhadores. É, de certa forma, conseqüência do modelo existente, que rompe o vínculo representativo existente entre o indivíduo e a entidade sindical. A jurisprudência, para neutralizar o excesso coletivista do modelo sindical, individualizou as ações judiciais. O reflexo foi que a Justiça do Trabalho passou a responder, de forma predominante, a um tipo específico de demanda: aquela promovida pelos desempregados. A opção jurisprudencial contribuiu para o descumprimento da legislação trabalhista no curso da relação de emprego, em razão da inexistência de mecanismos expressos no ordenamento jurídico de garantia em virtude do ajuizamento de ações judiciais, associado esse fato à incidência da prescrição.

A aceitação da substituição processual do sindicato vem mudar esse quadro. O problema é que, caso seja aprovada a liberdade plena, o sindicato poderá substituir em juízo o associado e não mais qualquer trabalhador. Talvez seja esse um importante fator de estímulo para a formação de novas entidades sindicais ou filiação às já existentes. Ago-

²³ *A liberdade sindical*: recopilação de decisões e princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT. Genève, Suisse: OIT, 1997, n. 259 a 270, p. 56-59.

ra, adotando-se o critério da entidade representativa, a substituição processual poderá ocorrer em relação a trabalhadores não sindicalizados.

A substituição processual pelos sindicatos é relevante para a sociedade em geral, como instrumento efetivo de cumprimento do ordenamento trabalhista. Além disso, é uma garantia para um sistema trabalhista que se baseia no exercício de direitos fundamentais do trabalhador.

A eliminação da contribuição legal é outro ponto que exige alteração para a consagração de um modelo de liberdade plena²⁴.

O fim da contribuição compulsória, caso se consagre a liberdade sindical plena, exigirá medidas legislativas para modificar determinados serviços atribuídos aos sindicatos, como a homologação da rescisão contratual e assistência judiciária, com independência da filiação. Num modelo constitucional de liberdade sindical plena, as obrigações previstas para os sindicatos devem restringir-se aos associados, a partir da deliberação dos próprios interessados. A adoção do sindicato representativo abranda tal conclusão, mas não a elimina por completo.

A obrigatoriedade de participação do sindicato nas negociações coletivas convém seja mantida. A previsão é de fundamental importância. Além de proteger a coletividade contra a individualização dos interesses, expressa a integração no enunciado da liberdade sindical de um conteúdo genérico de negociação coletiva. Desse princípio genérico é possível extrair o dever de negociar de boa-fé, cuja violação afeta o direito fundamental de liberdade sindical²⁵. Esse conteúdo genérico de negociação coletiva não se confunde com o reconhecimento dos acordos e convenções coletivas previsto no art. 7º, XXVI, da Constituição, embora a garantia de seu exercício seja fundamental para alcançar esse resultado.

A consagração da pluralidade sindical pode representar receio quanto à extensão subjetiva dos acordos e convenções coletivas. Ao

²⁴ De acordo com as propostas resultantes do Fórum Nacional do Trabalho, as atuais contribuições sindical, confederativa e assistencial seriam substituídas por uma contribuição vinculada à negociação coletiva.

²⁵ Sobre o tema, GERNIGON, B.; ODERO, A.; GUIDO, H. Principios de la OIT sobre la negociación colectiva. *Revista Internacional del trabajo*, v. 119, n. 1, 2000; e A negociação coletiva: normas da OIT e princípios dos órgãos de controle. In: *A negociação coletiva na administração pública brasileira*. Brasília: OIT, 2002.

beneficiar somente o associado, haveria uma fragmentação dessas fontes do Direito do Trabalho e uma grande parte de trabalhadores resultaria à margem desses instrumentos. No entanto, a liberdade sindical plena não é incompatível com a determinação de entidades representativas para a negociação de condições de trabalho de âmbito mais extenso do que a sua base. Não é necessário que o empregado seja filiado ao sindicato ao qual se reconhece legitimidade para a negociação, mas sim a um sindicato com representatividade concorrente na empresa ou setor correspondente.

Inclusive quanto a empregados não associados a nenhum sindicato, é possível a incidência das normas coletivas, desde que haja previsão legal e oportunidade para o interessado manifestar-se sobre a incidência das normas em sua situação concreta. A nosso juízo, as propostas não podem excluir a possibilidade de acordos e convenções coletivas com eficácia *erga omnes*, ou seja, que alcancem trabalhadores não vinculados a nenhum sindicato. Em caso contrário, a incidência das regras pactuadas dependerá do índice de sindicalização, correndo o risco de disciplinar as condições de trabalho de um número reduzido de trabalhadores.

São duas as indagações nesta parte. A primeira é sobre a conveniência, considerando nossa realidade, de uma negociação coletiva restrita aos associados. A segunda é se a extensão dos efeitos dos acordos ou convenções coletivas aos não filiados a nenhum sindicato viola o direito de liberdade sindical.

A resposta à primeira delas parece ser negativa. É fundamental uma ação positiva do Estado no sentido de estender o conteúdo das normas pactuadas a todos os empregados da empresa ou de um determinado setor da economia. De que modo isso é possível sem violar os princípios da liberdade sindical constitui a resposta da segunda indagação. A ação de uma entidade sindical pode incidir na situação de um trabalhador ou empregador não organizados em sindicatos desde que haja previsão legal que garanta a determinação de uma entidade mais representativa, obedecendo critérios objetivos, e propicie a oportunidade para os não-sindicalizados manifestarem sobre a conveniência de extensão dos pactos.

Para a instituição de acordos e convenções coletivas com eficácia geral não é necessária uma previsão expressa na Constituição, ainda

que em nosso caso ela fosse recomendável. O Comitê de Liberdade sindical possui diversas decisões aceitando a previsão legal de critérios para a determinação da entidade mais representativa e conseqüentemente da possibilidade de extensão dos pactos coletivos a trabalhadores não filiados²⁶.

No ordenamento jurídico espanhol, as convenções coletivas reguladas pelo Estatuto dos Trabalhadores²⁷ obrigam todos os empregadores e empregados incluídos dentro de seu campo de aplicação, havendo a possibilidade de não-incidência em hipóteses específicas (art. 82, 3). A lei estabelece os sindicatos com legitimidade para negociar (arts. 87 e ss.) e a realização de assembléia para adoção dos acordos que afetem o conjunto de trabalhadores, cuja validade depende do voto favorável pessoal, livre, direto e secreto, incluído o voto por correio, de metade mais um dos trabalhadores da empresa ou centro de trabalho (art. 80).

Essa sistemática, repita-se, não viola os princípios de liberdade sindical; ao contrário, forma parte da mencionada liberdade sindical positiva. É importante observar que a Espanha ratificou, entre outras, as Convenções 87, 98, 151 e 154 da OIT.

As propostas devem, ainda, fazer menção à negociação coletiva dos servidores públicos. Existe uma severa resistência por parte de segmento doutrinário e jurisprudencial sobre a possibilidade de negociação coletiva dos servidores públicos, e como fundamento invoca-se o acórdão do Supremo Tribunal Federal na ADIN n. 492-1. A base dessa decisão foi a não-extensão pelo art. 39, § 2º, do disposto no art. 7º, XXVI, da Constituição aos servidores regidos pelo então regime jurídico único. A restrição, que hoje se aplica aos servidores ocupantes de cargos públicos (atual § 3º), não exclui o conteúdo genérico de negociação coletiva que forma parte do direito fundamental de liberdade sindical de todos os trabalhadores. A lei pode estabelecer efeitos vinculativos aos acordos coletivos celebrados com a administração pública, se adotadas algumas cautelas que preservem os princípios que regem a atividade administrativa.

²⁶ *A liberdade sindical...* cit., 819-843 e 908, p. 178 e ss.

²⁷ Texto refundido da Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

As imposições constitucionais de lei para alteração salarial, assim como de previsão orçamentária, fazem-se presentes em diversos ordenamentos jurídicos que garantem a negociação coletiva dos servidores públicos, não constituindo obstáculo para sua realização. Ainda que nesses casos o efeito vinculativo não se produza tal qual na iniciativa privada, é possível determinar conseqüências jurídicas quando violado o princípio da negociação de boa-fé²⁸.

Ou seja, não há necessidade de uma reforma constitucional para a negociação coletiva dos servidores públicos. De qualquer forma, sua previsão no texto da proposta é importante para eliminar as dúvidas existentes²⁹.

Por último, é necessária a adoção de medidas contra a prática de atos antisindiciais. A providência forma parte da propugnada liberdade sindical positiva e cria as condições para o efetivo exercício da liberdade sindical, especialmente no âmbito individual. Em princípio não haveria necessidade de uma previsão expressa, considerando que o princípio genérico resultante da primazia das normas constitucionais, de pouca, mas crescente aplicabilidade em nossa prática jurídica, seria suficiente para adotar a conclusão de que todo ato que viola um direito fundamental deve ser considerado absolutamente nulo. De qualquer modo, para que não haja dúvidas, previsão nesse sentido contribui significativamente para a efetividade da liberdade sindical.

8 Conclusões

I. A liberdade sindical é um direito fundamental consagrado nos ordenamentos jurídicos democráticos e nos principais instrumentos internacionais de direitos humanos. A alteração de seu texto não está ao arbítrio do constituinte derivado, pois deve observar uma série de princípios.

²⁸ PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. *La negociación colectiva en la función pública: una aproximación constitucional*. Madrid: CES, 2004, p. 135 e ss.

²⁹ A PEC n. 369/2005 insere, ao lado da greve, o direito de negociação coletiva dos servidores públicos, nos termos de lei específica. O Tribunal Superior do Trabalho, por sua vez, já sinaliza modificação de sua jurisprudência (OJ 05/SDC), para aceitar a negociação coletiva sobre as cláusulas sociais (RXOF e RODC-20.231/2004-000-02.0).

II. O direito fundamental de liberdade sindical compreende uma dimensão individual e outra coletiva, assim como garantias de organização e ação sindical. A legitimidade da ação sindical está diretamente vinculada à preservação de um equilíbrio, de maneira que uma dimensão não prevaleça sobre a outra ao ponto de romper o nexo entre ambas.

III. A intervenção do Estado para favorecer a organização e a ação sindicais não é incompatível com os princípios de liberdade sindical; ao contrário, medidas são necessárias sobretudo para a satisfação das exigências de eficiência e extensão do movimento sindical.

IV. A estrutura sindical é um componente essencial do ordenamento jurídico trabalhista e da interação entre as diversas fontes. A tutela da atividade sindical não se encontra apenas no Direito coletivo do Trabalho, mas também no Direito individual e em outros ramos, especialmente o Constitucional. A aproximação dos diversos ramos é essencial ao exercício satisfatório da liberdade sindical.

V. O modelo sindical atualmente previsto na Constituição sofre um déficit de legitimidade, ainda que desfrute de algum grau de eficiência e extensão. As propostas de reforma devem suprir o déficit, sem comprometer, senão incrementar, as condições existentes para o exercício de uma atividade sindical eficiente e ampla.

VI. Não viola os princípios de liberdade sindical a previsão legal de um sistema de negociação coletiva com eficácia geral. A experiência espanhola constitui importante exemplo de um modelo constitucional de liberdade sindical plena associado a medidas legislativas de estímulo à negociação coletiva com eficácia geral.

VII. O fim da contribuição compulsória exigirá a revisão de alguns serviços de interesse geral impostos por lei aos sindicatos.

VIII. A possibilidade jurídica da negociação coletiva dos servidores ocupantes de cargos públicos não depende de reforma constitucional. As exigências de previsão legal e orçamentária em matéria salarial não são incompatíveis com a negociação das condições de trabalho, ainda que possam restringir a eficácia dos acordos na matéria. As restrições, porém, não isentam a administração pública do dever de negociar de boa-fé.

IX. Devido à resistência de setores da doutrina e da jurisprudência, quanto à negociação dos servidores públicos, seria recomen-

dável a previsão constitucional de que a lei disciplinará os efeitos dos acordos realizados pelos representantes dos servidores ocupantes de cargos públicos com a Administração.

X. O exercício da liberdade sindical é fundamental para a democratização das relações de trabalho e da sociedade como um todo. Assim como o Estado deve promover as medidas necessárias para favorecê-la, deve também coibir as práticas que a violam.

Referências

- ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.
- ALEXY, R. Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. In: CARBONEL, M. (Ed.). *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2003.
- _____. Epílogo a teoría de los derechos fundamentales (1). *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, n. 66, sept./dic. 2002. p. 14 y ss.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. 2. reimp. Madrid: CEPC, 2001.
- ANSUÁTEGUI ROIG, F.J. (Ed.). *Una discusión sobre derechos coletivos*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas; Universidad Carlos III de Madrid; Dykinson, 2001.
- CARINCI, F et al. *Diritto del lavoro*: 1. Il diritto sindacale. 4. ed. Torino: UTET, 2002.
- DÄUBLER, W. *Derecho del trabajo*. Trad. esp. M. Paz Acero Serna y Pío Acero López. Rev. Antonio Ojeda Avilés. Madrid: MTSS, 1994.
- _____. Los trabajadores y la Constitución. *Contextos: Revista Crítica de Derecho social*, n. 2, 1998.
- FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.
- GERNIGON, B.; ODERO, A.; GUIDO, H. Principios de la OIT sobre la negociación colectiva. *Revista Internacional del Trabajo*, v. 119, n. 1, 2000.
- _____. A negociação coletiva: normas da OIT e princípios dos órgãos de controle. In: *A negociação coletiva na administração pública brasileira*. Brasília: OIT, 2002.
- GIUGNI, G. *Diritto sindacale*. Bari: Cacucci, 2001.

- HÄBERLE, P. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Trad. Jürgen Saligmann y César Landa. Granada: Comares, 2003.
- KAUFMANN, O.; KESSLER, F.; KÖHLER, P. A. *Le droit social en Allemagne*. 2. éd. Bruxelles: Editions Kluwer, 2001.
- LÓPEZ CALERA, N. *¿Hay derechos colectivos?* Barcelona: Ariel, 2000.
- MARTIN VALVERDE, A. Contrato de trabajo y derechos fundamentales. *Revista de Derecho Social*, n. 6, 1999.
- MÜCKENBERGER, U. Ideas para redefinir la relación de trabajo. *Revista Internacional del Trabajo*, v. 115 (1996), n. 6.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *A liberdade sindical: recopilação de decisões e princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT*. Genève, Suisse: OIT, 1997.
- _____. *Su voz en el trabajo: informe del director general. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo. 88ª Reunión, 2000.*
- PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. *La negociación colectiva en la función pública: una aproximación constitucional*. Madrid: CES, 2004.
- _____. Aspectos constitucionais da reforma sindical. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, ano 69-05/565.
- PRIETO SANCHÍS, L. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2003.
- SUPIOT, A. *Crítica del derecho del trabajo*. Madrid: MTAS, 1996.
- SÜSSEKIND, A. *Direito constitucional do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. El derecho a la negociación colectiva en la jurisprudencia constitucional. In: *Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social*. Madrid: MTAS, 1996.
- VIDA SORIA, J.; GALLEGO MORALES, A. Artículo 28.1. In: VILLAMIL, O. A. (Dir.). *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Madrid: Cortes Generales, Editoriales de Derecho Reunidas, 1996. t. 3, arts. 24 a 38.
- ZACHERT, U. *Lecciones de derecho del trabajo alemán*. Trad. Fernando M. Rodríguez y Natividad Mendoza Navas. Madrid: MTAS, 1998.
- ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil: ley, derecho, justicia*. 2. ed. Madrid: Trotta, 1997.

A ESTABILIDADE PROVISÓRIA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO CONTRA ATOS ANTI-SINDICAIS

*Ricardo José das Mercês Carneiro**

SUMÁRIO:

- 1 Introdução.
- 2 A liberdade sindical e o ordenamento jurídico pátrio.
- 3 Análise do princípio da igualdade a partir da estrutura sindical brasileira.
- 4 Configuração do abuso de direito.
- 5 Conclusões.

1 Introdução

É patente que nosso sistema de relações de trabalho apresenta caráter profundamente anacrônico, sendo imperativa sua rediscussão, seja em âmbito constitucional, seja na esfera infraconstitucional.

Nesse sentido, o que se vê é uma verdadeira mobilização nacional, talvez sem precedentes em nossa história recente, fruto do amadurecimento de nosso sistema democrático, e sintetizado nas várias Conferências Estaduais do Trabalho e no posterior Fórum Nacional do Trabalho, oportunidades em que os diversos atores sociais envolvidos têm tido a chance de externar suas posições e opiniões.

Como resultado dessas primeiras discussões, uma questão que tem parecido pacífica nos meios jurídicos é exatamente a necessidade de que a reforma sindical preceda a reforma trabalhista¹. Nesse contexto, o reconhecimento de personalidade jurídico-sindical às Centrais, a extinção paulatina das contribuições oficiais de origem heterônoma, a adequação de nossa legislação ao modelo estipulado na Convenção n. 87 da OIT, entre outras ponderações, têm sido colocadas na ordem do dia.

* Procurador do Trabalho no Estado de Sergipe. Especialista em Direito Processual Constitucional pela Universidade Federal de Sergipe (UFS) e professor de Direito Processual do Trabalho (graduação) e Direito Coletivo do Trabalho (pós-graduação) da Universidade Tiradentes (Unit).

¹ É o que consta no Relatório do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social, formulado a partir de reuniões realizadas em 18 de março, 24 de abril e 20 e 21 de maio de 2003.

Há um tópico, entretanto, que parece estar sendo colocado à margem da discussão, qual seja, aquele relativo à proteção dos dirigentes sindicais contra atos anti-sindicais por meio da chamada estabilidade provisória no emprego, garantidora de um livre exercício de seus mandatos.

E tal se justifica principalmente pelo fato de o Tribunal Superior do Trabalho (TST)² e o Supremo Tribunal Federal (STF)³ em passado recente já terem cristalizado entendimento sobre a matéria em reiterados julgados nos quais, alicerçados na teoria do abuso de direito, consagraram que o art. 522 da CLT teria sido recepcionado pela Constituição Federal, de modo que os sindicatos poderiam adotar a estrutura administrativa que melhor lhes aprouvesse, apenas ressalvando que só teriam a garantia da estabilidade um total de dirigentes que não superasse o número traçado no mencionado artigo de lei. Pautaram-se os tribunais na idéia de que a norma do art. 522 garantiria um exercício regular do direito à estabilidade na medida em que inviabiliza situações que caracterizariam abuso desse mesmo direito, causando prejuízo flagrante na esfera jurídica do empregador.

Essa orientação da jurisprudência brasileira ao interpretar o mencionado artigo de lei, a nosso juízo, trouxe significativos prejuízos ao já combalido movimento sindical nacional.

Do ponto de vista sociológico, o que se viu foi a quase imediata municipalização dos sindicatos como reação à posição algo salomônica adotada pelas mencionadas Cortes de Justiça.

Como decorrência imediata, foi criada uma plêiade de sindicatos de fachada que pouco ou nada representam perante as respectivas categorias profissionais.

A perversidade do sistema tem-se notado em situações tornadas públicas como a de pequenos sindicatos municipais de trabalhadores criados a partir de “sugestão” da empresa e por ela mantidos. Há, ain-

² Nesse sentido, a Orientação Jurisprudencial n. 266 da SBDI 1: Estabilidade. Dirigente sindical. Limitação. Art. 522 da CLT (inserido em 27.9.2002). O art. 522 da CLT, que limita a sete o número de dirigentes sindicais, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

³ É o que se colhe do Recurso Extraordinário n. 193.345-3-Santa Catarina, 2ª Turma, Relator Ministro Carlos Velloso, publicado no *DJ* de 28 maio 1999, p. 806.

da, outros sindicatos que “comercializam” termos de rescisão contratual devidamente homologados, ou seja, com carimbo do sindicato e assinatura de seu presidente ou preposto autorizado, criando uma espécie de assistência irreal ou virtual quando da rescisão dos contratos de trabalho dos obreiros com mais de um ano de serviço na empresa.

É bem verdade que esse não é o único fato gerador de vícios na atuação sindical, aos quais podem ser adicionados a unicidade, a contribuição obrigatória (leia-se imposto sindical e contribuição confederativa), bem como a liberdade sindical de alcance muito limitado estabelecido pela própria Carta Constitucional que a proclama como princípio, entre outros fatores.

Todavia, nesse momento de adição de esforços visando rascunhar um desenho mais eclético e flexível da estrutura sindical, a inteligência de que teria sido recepcionado o art. 522 da CLT constitui equívoco e verdadeiro retrocesso que merece ser revisto, mormente em se considerando que está na pauta do dia a flexibilização nas relações de trabalho, que certamente terá no sindicato o interlocutor das diversas categorias profissionais, de modo que aquele precisa ser otimizado, cabendo ao legislador viabilizar formas que, adequando-se aos termos do marco normativo internacional, tenham reflexo positivo na ação sindical.

2 A liberdade sindical e o ordenamento jurídico pátrio

No nosso ordenamento jurídico, a estabilidade no emprego do dirigente sindical é garantida tanto ao membro titular quanto ao suplente, conforme dicção da norma constitucional, retro:

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

[...]

VIII – é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei”.

No mesmo sentido, colhe-se escólio do preclaro Arnaldo Süssekind⁴, que, sobre o tema, prescreve:

“O pressuposto fundamental é que a investidura do associado resulte de eleição para um dos órgãos da administração da entidade sindical. Pouco importa que o empregado seja eleito titular ou suplente da diretoria ou do Conselho Fiscal do sindicato e, bem assim, da diretoria, do conselho fiscal ou do conselho de representantes da federação de seu grupo ou da confederação do respectivo ramo profissional”.

É pacífico que o art. 522 da CLT, ao delimitar o número de dirigentes sindicais, não foi recepcionado pela Constituição de 1988, a qual estabeleceu, em seu art. 8º, inciso III, o princípio da autonomia sindical:

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

1 – a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de Sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical”.

Não cabe, portanto, ao Poder Público, estabelecer o limite numérico e organizacional de dirigentes sindicais a cargo de cada entidade. Tal constitui intromissão indevida. Nesse sentido, o Diploma Político Pátrio vai ao encontro de princípios basilares constantes da Convenção n. 87, da OIT, cujo art. 3º dispõe, *in verbis*:

“Art. 3º [...]

1 – As organizações de trabalhadores e empregadores têm direito de redigir seus estatutos e regulamentos administrativos, o de eleger livremente seus representantes, o de organizar sua administração e suas atividades, e de formular seu programa de ação.

2 – As autoridades públicas deverão se abster de toda intervenção que vise a limitar esse direito ou a dificultar seu exercício legal”.

Também não estabelece de forma diversa o art. 8º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1966, e ratificado

⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 1999. v. 2.

pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, conforme Decreto de Promulgação n. 591, de 6 de julho de 1992, *in verbis*:

“Art. 8º

§1. Os Estados-Membros no presente Pacto comprometem-se a garantir:

1. O direito de toda pessoa de fundar com outras sindicatos e de filiar-se ao sindicato de sua escolha, sujeitando-se unicamente aos estatutos da organização interessada, com o objetivo de promover e de proteger seus interesses econômicos e sociais. O exercício desse direito só poderá ser objeto das restrições previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades alheias.

2. O direito dos sindicatos de formar federações ou confederações nacionais e o direito destas de formar organizações sindicais internacionais ou de filiar-se às mesmas.

3. O direito dos sindicatos de exercer livremente suas atividades, sem quaisquer limitações além daquelas previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades das demais pessoas.

4. O direito de greve, exercido em conformidade com as leis de cada país.

§2. O presente artigo não impedirá que se submeta a restrições legais o exercício desses direitos pelos membros das forças armadas, da polícia ou da administração pública.

§3. Nenhuma das disposições do presente artigo permitirá que os Estados-Membros na Convenção de 1948 da Organização Internacional do Trabalho, relativa à liberdade sindical e à proteção do direito sindical, venham a adotar medidas legislativas que restrinjam – ou a aplicar a lei de maneira a restringir – as garantias previstas na referida Convenção”.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior do Trabalho entenderam que, malgrado seja patente a imprestabilidade do art. 522 para engessar a quantidade de dirigentes sindicais de um sindicato por ferir a autonomia administrativa sindical, este teria sido

recepcionado pela Constituição tão-somente para delimitar a quantidade de estáveis, protegendo, assim, o empregador de eventuais abusos.

Ocorre que, ainda que se abstraia o descompasso entre o entendimento desposado e todo o marco normativo internacional, inclusive aquele ratificado pelo Brasil, a posição do TST e do STF a respeito da recepção do art. 522 da CLT leva ao risco de uma dada Empresa, no caso concreto, havendo um número de dirigentes sindicais superior àquele estabelecido na lei, escolher qual a efetiva diretoria do sindicato e não os próprios interessados, já que a jurisprudência limita o número, sem ousar estabelecer critérios para essa fixação. Outrossim, os próprios sindicatos, até objetivando dificultar a identificação dos estáveis, não indicam, em suas chapas eletivas, uma eventual ordem dos dirigentes sindicais pretensamente mais votados, de modo que não há um critério claro e objetivo do qual as empresas possam se utilizar para atendimento aos limites do art. 522 da CLT, podendo adotar o que melhor lhe aprouver: os dirigentes sindicais mais velhos, os mais antigos, os mais combativos, ordem alfabética, ou qualquer outro critério⁵.

De modo que, malgrado se reconheça que a prática foi pródiga em situações abusivas, não se pode aceitar tal entendimento, até porque parece desarrazoado sequer pensar-se num dirigente sindical que, freqüentemente, precisa medir forças com os interesses de grandes corporações, sem estabilidade que lhe assegure a permanência no emprego, ainda que provisória, o que, a nosso juízo, equivaleria a quase negar a possibilidade de interlocução real entre sindicato e empresa. Nem se cogita imaginar a discussão de melhores condições de trabalho, tendo como voz dos obreiros alguém que, a qualquer momento, pelo exercício desse direito legítimo que lhe é garantido, poderá estar sem o seu emprego, desprovido de uma fonte de subsistência.

⁵ Em vários processos, é possível verificar que a falta de critério objetivo fixado na lei faz com que alguns empregadores se valham desse entendimento para despedir sem justa causa os dirigentes sindicais cuja atuação seja mais expressiva e conflitante com os interesses empresariais. Essa questão tem se tornado tão preocupante que o Presidente do TST, Ministro Francisco Fausto, em matéria veiculada no *site* daquela Corte em 24 de setembro de 2003, informou pretender encaminhar recomendação aos Tribunais Regionais do Trabalho e aos Juízes do Trabalho de 1ª instância a fim de que seja dada preferência ao julgamento de processos em que dirigentes sindicais demitidos figurem como parte. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/noticias>>. Acesso em: 25 set. 2003.

Estaríamos consagrando e dando patente a um sindicato de papel, transformando o dirigente sindical em mais um burocrata a decidir questões comezinhas e internas de seu sindicato.

Assim, é lícito concluir que a garantia de emprego é imprescindível à estrutura sindical.

Resta configurado, então, o dilema: Se é certo que a solução adotada pelo TST e pelo STF não é satisfatória, também não se pode transformar a estabilidade sindical em direito absoluto, nem tampouco imaginar que os tribunais irão apreciar a configuração ou não do abuso de direito caso a caso, sob pena de assim causar grave prejuízo à segurança jurídica, à celeridade e à efetividade da prestação jurisdicional.

A solução parece estar nas mãos do legislador.

3 Análise do princípio da igualdade a partir da estrutura sindical brasileira

O diploma político pátrio estabelece uma base territorial mínima para os sindicatos, que é o território de um Município, podendo os sindicatos, entretanto, possuir base territorial diversa intermunicipal, estadual, interestadual ou nacional.

É sabido, contudo, que é tendência mundial a unicidade de fato, que no Brasil pode ser simbolizado pelas centrais sindicais, cúpula efetiva de nosso sistema sindical⁶.

Ora, é notória a distância que separa sindicatos municipais dos estaduais ou nacionais. Embora não se trate necessariamente de verdade fundante, a efetividade da representação geralmente é bem maior quanto mais extenso seja o campo de atuação dos sindicatos. Por outro lado, parece óbvio que tende a ser cada vez mais complexa a gestão dos sindicatos maiores.

Desse modo, tornar-se-ia impensável um sindicato que se afirme nacional, por exemplo, que não tivesse ao menos um dirigente estável por Estado da Federação e no Distrito Federal (seriam 28 dirigentes

⁶ É ponto praticamente pacífico que as centrais sindicais passarão a ter legitimidade após aprovação da reforma sindical.

sindicais), sob pena de aquele dado sindicato não ter interface em determinados Estados, especialmente aqueles mais distantes dos grandes centros e, em regra, mais necessitados de uma boa atuação sindical. Observe-se que esse entendimento de propiciar pelo menos um dirigente sindical por ente integrativo da Federação, desfazendo a distorção existente, ao passo que ajudaria a diminuir as disparidades regionais, viabilizaria que o ônus da dispensa necessariamente motivada do dirigente sindical fosse pulverizada em cada Estado e por diversas empresas.

Também chama a atenção a existência de um número exacerbado de sindicatos municipais, sem qualquer representatividade e muitas vezes com uma quantidade de dirigentes sindicais, ainda que restrita aos termos da lei, que impede que o empregador se valha do seu direito potestativo de livre dispensa e contratação, já que em alguns casos quase toda a força de trabalho local é estável⁷, gerando um ônus excessivo para algumas empresas, sem que este venha acompanhado da contrapartida relativa aos benefícios da atuação sindical.

Assim, o atual critério adotado não atende, tendo em vista que termina por desembocar em situações injustas ao empregador em virtude de algumas realidades locais, nas quais há a criação de sindicatos “fantasmas” que só têm por objetivo atender aos interesses de uma casta de dirigentes sindicais, muitas vezes maus empregados que se encostam em atuações de direção no mínimo questionáveis.

Vale ponderar, ainda uma vez, que essa realidade, de desvio da finalidade da norma, também não traz qualquer benefício aos trabalhadores, uma vez que alguns desses sindicatos sequer arranham a atribuição sindical conquistada com a Constituição Federal de 1988.

Assim, agora já se pode aduzir que é notório o equívoco do entendimento combatido, visto que, embora exista elemento distintivo a justificar um tratamento diferenciado, hoje dispensa-se tratamento igual a toda e qualquer realidade sindical, abstraindo-se as possibilidades de estruturas por vezes muito discrepantes, ferindo de morte o princípio da igualdade⁸, e, por conseqüência, colaborando para a pulverização de todo o modelo.

⁷ Fato detectado em vários pequenos Municípios do Estado de Sergipe, no qual ofício.

⁸ Conforme afirma o ilustre professor Erik Frederico Gramstrup em estudo sobre

4 Configuração do abuso de direito

O outro argumento que levou à admissão pelo TST e pelo STF do art. 522 da CLT foi o abuso do direito de indicar membros para suas diretorias em prejuízo do poder diretivo das empresas.

A teoria do abuso do direito, ao que parece, é originária da jurisprudência francesa, que dela fez aplicações no domínio do direito da propriedade, das garantias especiais das obrigações, de família, dos contratos, de estar em juízo, das liberdades individuais e cooperativas, entre outros direitos⁹.

No nosso ordenamento jurídico, o abuso de direito se caracteriza pelo exercício de um direito em desarmonia com a finalidade social que ditou seu reconhecimento e proteção.

o princípio da igualdade, Aristóteles concebeu as seguintes acepções para esse princípio: “(a) igualdade numérica ou absoluta (tudo igual para todos): seria a distribuição de benefícios e ônus, em partes idênticas, a todos, criticável do ponto de vista da inverificabilidade. Não há notícia de Sociedade que não tenha efetuado alguma espécie de discriminação (nem de normas que assim não procedam: portanto, toda regra de distribuição seria desigualitária). Mas esta concepção tem alguma relação com a promessa feita nas declarações de direitos fundamentais, que, pelo menos em aparência, atribuiriam-nos equanimemente a todos; (b) igualdade *proporcional* (ou *proporcional-quantitativa*: a cada qual e de cada qual segundo certas características de grau variável): é a atribuição de benefícios maiores aos mais necessitados e ônus progressivos aos mais aquinhoados. A aplicação deste princípio depende da existência de uma regra de distribuição, cujo critério de materialização mais ou menos intensa a determine. Mas, neste caso, toda norma geral seria igualitária, por conter na hipótese elemento descritivo que serve de pauta à intensidade da distribuição; (c) igualdade *proporcional pelo mérito* (a cada qual segundo seu merecimento): é uma variante da anterior, mas se tomando como característica decisiva o mérito individual relativo. O problema está na subjetividade da avaliação do mérito pessoal (é mais fácil determinar o valor relativo de coisas do que de pessoas), a reclamar a intermediação de critérios definidores, com o que, mais uma vez, se reduz este caso ao da igualdade proporcional geral; (d) igualdade *pelas partes iguais* ou *proporcional-qualitativa* (o igual aos iguais e o desigual aos desiguais): se tomado nesta pureza, resultaria, de novo, em que toda norma fosse igualitária, pois esta atribui ou exige conforme o atributo que designa como relevante, para identificar semelhança ou diferença” (*O princípio da igualdade*. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/videtur17/erik.htm>>. Acesso em: 3 set. 2003).

⁹ ALMEIDA, Cléber Lúcio de. *Abuso do direito no processo do trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

Nenhum ordenamento jurídico consagra a existência de direitos absolutos, de modo que todos os direitos devem ser utilizados de forma razoável e proporcional. Nesse sentido, não se pode tolerar o uso abusivo de qualquer direito, devendo ser condenado o seu uso anti-social que se afasta da finalidade para a qual foi determinado direito criado.

O abuso de direito é, pois, ato ilícito que fere a própria sociedade, não dependendo para sua configuração de que ocorra dano efetivo a alguém, não necessitando, tampouco, para se caracterizar da existência de elemento subjetivo, pautado na intenção de prejudicar alguém, tendo consagrado o nosso ordenamento a teoria objetiva quanto ao instituto.

Observe-se que o abuso de direito é a distorção, devendo presumir-se a utilização não abusiva de qualquer direito, cabendo a quem alegar sua utilização inadequada provar a alegação, tudo em homenagem ao princípio da presunção de boa-fé, que norteia os atos jurídicos em atendimento à noção maior de segurança e paz social.

Nesse diapasão, constitui manifesto equívoco alargar numa regra rígida entendimento no sentido de que todo sindicato que possuir quadro diretivo superior a sete dirigentes (e seus respectivos suplentes) estaria agindo de forma abusiva, até porque a realidade sindical em nosso ordenamento, como já restou demonstrado, pode ser bastante diversa, restando a alternativa de a eventual análise e configuração do abuso se dar necessariamente em cada caso concreto.

Essa análise fática, entretanto, sem uma norma que trace parâmetros mínimos, geraria uma certa insegurança jurídica com enormes prejuízos à celeridade processual, além de um provável acúmulo de recursos a serem apreciados nas instâncias superiores, responsáveis em último grau pela análise da razoabilidade no exercício do direito de estabelecer a administração de cada ente sindical.

Daí ser imperativo aproveitar essa oportunidade em que tanto se tem dito e escrito favoravelmente à ratificação da Convenção n. 87 da OIT e à adequação de nosso arcabouço normativo à Convenção n. 98, para, protegendo o dirigente contra atos anti-sindicais, dispor o Poder Legislativo de forma diferenciada para cada uma das realidades sindicais, reestruturando e fortalecendo esses entes, de maneira a apoiar o equilíbrio dos interesses em jogo, sempre pautado na premissa de se

causar o menor ônus possível ao poder diretivo do empregador, em especial ao direito potestativo de rescisão unilateral do contrato de trabalho.

5 Conclusões

Em síntese, conclui-se este estudo com as seguintes reflexões:

a) Não se tem colocado em discussão a proteção dos dirigentes sindicais contra atos anti-sindicais por meio da chamada estabilidade provisória no emprego garantidora de um livre exercício de seus mandatos em virtude de o TST e o STF já terem cristalizado entendimento sobre a matéria, consagrando que o art. 522 da CLT teria sido recepcionado pela Constituição Federal.

b) Essa orientação jurisprudencial, ao interpretar o mencionado artigo de lei, trouxe significativos prejuízos ao já combalido movimento sindical nacional, redundando na sua quase imediata municipalização, não por razões socialmente relevantes, mas como meio de, em tempos de desemprego estrutural, proteger o posto de trabalho de uma quantidade maior de trabalhadores, em flagrante desvio de finalidade da norma que, a um só tempo, onera excessivamente o empregador, sem que tenha como contrapartida uma atuação sindical efetiva em favor da categoria profissional.

c) O diploma político pátrio estabelece uma base territorial mínima para os sindicatos, que é o território de um Município, podendo esses, entretanto, possuir base territorial diversa intermunicipal, estadual, interestadual ou nacional, não devendo, por essa razão, todos os entes sindicais com extensões territoriais de atuação diversa merecer tratamento idêntico do legislador, até em se considerando a tendência mundial em favor da unicidade de fato, bem como a complexidade administrativa daqueles que têm uma área geográfica de atuação maior.

d) Considerando que o abuso de direito é uma distorção, em atendimento ao princípio da presunção de boa-fé dos atos jurídicos, deve-se partir da premissa de uma utilização regular e legítima de todo e qualquer direito, até prova em contrário, constituindo manifesto equívoco “engessar” em regra rígida entendimento de que todo sindicato que possuir quadro diretivo superior a sete dirigentes (e seus

respectivos suplentes) estaria agindo de forma abusiva, até porque a realidade sindical pode ser bastante distinta, devendo a eventual análise e configuração do abuso se dar necessariamente em cada caso concreto.

e) Por fim, certo de que a análise casuística redundaria em asoerbadado número de recursos aos tribunais superiores, com manifesto prejuízo à efetividade e à celeridade processual, levando em conta, ainda, o momento de discussão de uma reforma sindical em que se proclama a ratificação da Convenção n. 87 da OIT e a adequação de nosso arcabouço normativo à Convenção n. 98, restaria ao Poder Legislativo a oportunidade de, dispensando tratamento diferenciado a cada uma das realidades sindicais, de maneira a reinstaurar o equilíbrio dos interesses em jogo, alterar a CLT, garantindo efetivamente a proteção do dirigente contra atos anti-sindicais, sem que se perca de vista a necessidade de se causar, para atingir esse fim, o menor ônus possível ao poder diretivo do empregador.

Referências

- ALMEIDA, Cléber Lúcio de. *Abuso do direito no processo do trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 out. 1988.
- _____. *Consolidação das Leis do Trabalho*, de 1º maio 1943.
- _____. *Convenção n. 87*, de 1949, sobre a liberdade sindical e a proteção ao direito sindical. OIT.
- _____. *Convenção n. 98*, de 1948, sobre a aplicação dos princípios do direito de sindicalização e da negociação coletiva. OIT.
- _____. *Convenção n. 135*, de 1971, sobre proteção e facilidades a serem dispensadas a representantes de trabalhadores na empresa. OIT.
- _____. *Decreto n. 591*, de 6 jul. 1992.
- _____. *Relatório do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social*. Disponível em: <<http://www.contratuh.com.br/agencia/Reforma-Trabalhista/sugestões.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2003.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Direito sindical*. São Paulo: LTr, 2000.
- CUÓCO, Ubiracy Torres. *Enquadramento sindical no direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1984.
- CATHARINO, José Martins. *Tratado elementar de direito sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1982.

- GRAMSTRUP, Erik Frederico. *O Princípio da Igualdade*. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/videtur17/erik.htm>>. Acesso em: 3 set. 2003.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. *Princípios gerais de direito sindical*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 1999. v. 2.
- VASCONCELOS, Antônio Gomes; GALDINO, Dirceu. *Núcleos intersindicais de conciliação trabalhista*. São Paulo: LTr, 1999.
- VIANA, Márcio Túlio. Quando a livre negociação é um mau negócio. *Revista Genesis*, Curitiba, p. 879-882, 2002.

REFORMA TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIA E DIREITOS DA MULHER¹

*Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes**

SUMÁRIO:

- 1 Introdução.
- 2 Legislação trabalhista. 2.1 As alterações da legislação infraconstitucional após 1988. 2.2 Persistência de textos ultrapassados na legislação trabalhista. 2.3 Edição de normas promocionais. 2.4 Da garantia de igualdade de remuneração. 2.5 Manutenção de creches pelo empregador. 2.6 Abono de faltas motivadas pela enfermidade de familiares.
- 3 Legislação previdenciária. 3.1 Seguridade social: solidariedade x caráter contributivo. 3.2 Pensões de aposentadoria: tempo de contribuição para mulheres. 3.3 Distribuição de cargas familiares: assistência pré-escolar. 3.4 Licença-maternidade, licença à mãe adotante e licenças “parentais”. 3.5 A maternidade não deve onerar o empregador. 3.6 Limitação do benefício ao teto previdenciário.
- 4 Conclusão.

1 Introdução

A Constituição Brasileira de 1988 é o marco jurídico de uma nova concepção da igualdade entre homens e mulheres. Ao proibir a discriminação em relação a sexo (art. 3º, IV; art. 5º, I) e, principalmente, ao abolir a noção da “chefia” da sociedade conjugal (art. 226, § 5º), a Constituição refletiu uma impressionante transformação social que tomou corpo a partir da segunda metade do século XX e ainda não terminou.

Trata-se da superação de um paradigma jurídico que legitimava declaradamente a organização patriarcal e a conseqüente preferência

* Procuradora do Trabalho. Membro do Núcleo de Combate à Discriminação da Codin/PR. Especialista em Proteção Social pela OIT/Università di Bologna/Universidad Castellata La Mancha. Mestre pelo programa de Estratégias para o Combate à Discriminação pela Universidad Pablo de Olavide (UPO), de Sevilla (Doutoranda pelo programa de Direitos Humanos e Desenvolvimento da UPO, revalidado para o correspondente Mestrado em Sociologia e Direito da UFF).

¹ Artigo redigido durante o ano de 2003, antes da edição da EC n.41/03.

do homem ante a mulher, especialmente no *locus* da família. Em seu lugar, delineou-se uma ideologia de igualdade de direitos e deveres, calcada no desaparecimento da figura da chefia da sociedade conjugal e, com ela, das preferências e privilégios que sustentavam juridicamente a dominação masculina.

No âmbito civil, promulgou-se um novo Código Civil, que repara as incongruências do Código de 1916².

No âmbito do direito do trabalho, o reflexo dessa transformação fica evidenciado pela superação da ideologia de “proteção” do trabalho da mulher. Após a Constituição de 1988, verifica-se o seguinte: a) revogação de normas falsamente protetoras (Leis n. 7.855/89 e 10.244/01); b) redimensionamento das normas de proteção à maternidade nos âmbitos trabalhista e previdenciário (arts. 392 e seguintes da CLT, com acréscimos da Lei n. 9.799/99 e Lei n. 8.213/91, com redação aperfeiçoada por leis subseqüentes); c) instituição de normas de combate à discriminação e meios de assegurar a igualdade (Leis n. 9.029/95 e 9.799/99).

Assim, no lugar da antiga ideologia de proteção, modela-se um ideal de “promoção”. Isso não significa que já tenham sido eliminadas do ordenamento jurídico todas as disposições falsamente *protetivas*, nem que tenham sido editadas todas as normas que efetivamente vão colaborar para a promoção do trabalho da mulher. Ainda existe um longo caminho a ser percorrido. E também um risco de retrocesso.

O anúncio das reformas trabalhista e previdenciária tem sido recebido numa perspectiva de “perda” de direitos. Divulga-se uma idéia de eliminar-se o que é “supérfluo”, uma vez que se supõe que a economia brasileira e o erário público não suportarão a “carga” que representam os direitos trabalhistas e previdenciários.

Ocorre que o Estado tem o *dever* de agir para reduzir as desigualdades e combater a discriminação (art. 3º, III e IV, da CF). As

² Com efeito, o novo Código, para adequar-se ao mandamento constitucional, abole a noção de chefia da sociedade conjugal, proclamando que a *direção da sociedade conjugal* será exercida em colaboração por *ambos* os cônjuges (art. 1.567). Além disso, a expressão “pátrio poder” é substituída por “poder familiar”. A finalidade do casamento deixa de ser a constituição da família, para ser definida como meio para estabelecer *comunhão plena de vida* (art. 1.511). As *uniões estáveis* são declaradamente reconhecidas (art. 1.723).

regras que colaboram para a promoção da igualdade entre homens e mulheres são regras destinadas a construir uma sociedade livre, justa e solidária.

O que se pretende neste espaço é demonstrar que o que consubstancia objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º da CF) não pode ser tido como supérfluo. As reformas trabalhista e previdenciária não podem prejudicar o objetivo da igualdade entre homens e mulheres. Pelo contrário, uma vez que a igualdade é apenas uma meta (e não uma realidade), toda reforma somente poderá destinar-se a implementá-la.

2 Legislação trabalhista

2.1 As alterações da legislação infraconstitucional após 1988

Após a promulgação da Constituição de 1988, iniciou-se um processo de adaptação das regras jurídicas aos novos princípios: proibição de discriminação em relação a sexo e abolição da “chefia” da sociedade conjugal. O primeiro passo foi a eliminação das normas pseudoprotetoras mediante revogação expressa da legislação incompatível.

Por isso, uma semana depois da promulgação da Constituição de 1988, o Ministério do Trabalho editou a Instrução Normativa n. 1, de 12 de outubro de 1988, orientando o serviço de inspeção do trabalho a aplicar para o trabalho noturno da mulher as mesmas regras aplicáveis ao trabalho noturno dos homens, prescrevendo o mesmo quanto às horas extraordinárias; em observância da igualdade de direitos e obrigações prevista no art. 5º, I, e no art. 7º, XXX, da Constituição Federal. Na seqüência, a Lei n. 7.855/89 revogou diversos dispositivos do capítulo de proteção ao trabalho da mulher da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), relacionados com jornada de trabalho, trabalho noturno e métodos de trabalho. A Lei n. 10.244/01 revogou o art. 376 da CLT para eliminar a vedação da realização de horas extras por mulheres.

2.2 Persistência de textos ultrapassados na legislação trabalhista

Ocorre que ainda persistem dispositivos “deslocados” de seu contexto no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, dispositivos que

se referem à mulher sob o ponto de vista “protetor” de que estamos falando. Talvez a demora em adaptar as normas da CLT decorra do fato de que se presume óbvio que esses dispositivos não foram recepcionados pela nova Carta Magna.

Com efeito, é sabido que a promulgação de uma nova Constituição, em face da legislação pretérita, inova originariamente a ordem jurídica. Logo, todo o corpo legislativo deverá ser compatível com a Nova Constituição. Tudo o que for compatível é recepcionado pela nova ordem, sem necessidade de declaração expressa. Da mesma forma, tudo o que for incompatível não será recepcionado e automaticamente perderá validade, sem necessidade de revogação expressa.

Nesse contexto, toda norma falsamente protetora, e que ocasione desvantagem para a mulher no trabalho, não pode ser considerada juridicamente válida após a promulgação da Constituição de 1988.

Mas, de toda forma, a revogação expressa de normas não-recepcionadas atende à necessidade de coerência do ordenamento jurídico e de boa técnica legislativa, o que produz segurança jurídica.

Assim, ainda é necessário eliminar normas, como as que exemplificaremos a seguir.

Não tem cabida a permanência do título do capítulo da “proteção ao trabalho da mulher” no corpo da CLT (arts. 372 a 401). Em primeiro lugar, porque o termo “proteção” já não tem serventia para a disciplina do trabalho da mulher, como já comentado acima. Vale lembrar que não há motivos para proteger *apenas* o trabalho da mulher (todo o trabalho, de homens e mulheres, deve ser protegido). Ademais, exceto no que diz com a maternidade, os dispositivos repetem as regras válidas para as condições de trabalho masculino (jornada, descanso, trabalho noturno). Assim, devem ser revogados os arts. 373 (ver art. 58), 381 (ver art. 73), 382 (ver art. 66), 383 (ver art. 71), 385 (ver art. 67), 386 (porque se refere à escala de revezamento prevista já nos arts. 66 e seguintes), 388 (porque se refere ao art. 387 já revogado). Da mesma forma, cumpre revogar o art. 372, parágrafo único, que exclui da proteção legal “o trabalho da mulher nas oficinas em que sirvam exclusivamente pessoas da família da mulher e esteja esta sob a direção do esposo, do pai, da mãe, do tutor ou do filho”. Esse dispositivo ultrapassado presume a incapacidade relativa da mulher. Além disso, se pudesse o trabalho familiar configurar vínculo empregatício (estando

presentes os requisitos dos arts. 2º e 3º da CLT), não existiria razão lógica para dispensar o dever de observância das normas de proteção ao trabalho da mulher ou dos filhos só porque o empregador é membro da família. Já o art. 792 da CLT, que prevê que “os maiores de 18 e menores de 21 anos e as mulheres casadas poderão pleitear perante a Justiça do Trabalho sem a assistência de seus pais, tutores ou maridos”, somente fazia sentido na época em que a mulher casada adquiria o *status* (ou a *capitis deminutio*) de relativamente incapaz. O art. 390 também deve ser revogado, porque o conteúdo ideológico é expressivo, mas, no que concerne à saúde no trabalho, é ineficaz, visto que traduz uma generalização sem critério.

2.3 Edição de normas promocionais

Como já se discorreu no início deste trabalho, ao fim da era protetiva seguiu-se a era promocional da igualdade da mulher no trabalho. Com esse objetivo foram editadas as Leis n. 9.029/95, 9.799/99 e 10.224/01.

A Lei n. 9.029/95 define, proíbe e criminaliza práticas discriminatórias relacionadas com o sexo ou a gravidez, e garante o direito à readmissão do empregado demitido por motivo discriminatório. A Lei n. 9.799/99 especifica práticas que são consideradas discriminatórias; ressalva a possibilidade de que sejam adotadas medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher e, por fim, dispõe que empresas com mais de cem empregados, de ambos os sexos, deverão manter programas especiais de incentivos e aperfeiçoamento profissional de mão-de-obra.

A Lei n. 9.799/99 inseriu o art. 373-A da CLT, que versa sobre proibição de condutas discriminatórias baseadas em sexo, idade, cor ou situação familiar. Vale ressaltar que tal dispositivo não tutela apenas a mulher, mas todo o trabalhador (e assim deve ser interpretado, sob pena de reputar-se o próprio artigo como discriminatório).

A Lei n. 10.224/01 tipificou o crime de assédio sexual, definindo-o como sendo o de “constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua

condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função”.

Como se nota, são medidas repressivas que, apenas porque existem, indicam que as práticas discriminatórias persistem. O mérito desses instrumentos é que conferem alguma possibilidade de a mulher lutar pela reparação da lesão aos seus direitos. Mas é evidente que a tão simples presença de tais normas não ataca as causas de discriminação no mercado de trabalho.

Uma das principais causas da discriminação da mulher no mercado de trabalho é que é a mulher quem dá à luz e, além disso, ordinariamente quem tem que sustentar as cargas da família. Fácil concluir que a disponibilidade da mão-de-obra feminina nunca será tão ampla como a da masculina.

Assim, da maneira como está organizada a sociedade (da forma como se repartem as tarefas), não se pode pretender que normas que simplesmente vedem a discriminação sejam suficientes para efetivamente coibi-la. De acordo com Alice Monteiro de Barros, juíza e jurista:

“[...] os tribunais não estão em condições de assegurar à vítima do tratamento desigual o exercício efetivo de seu direito. É que as sanções previstas para as transgressões não constituem um remédio satisfatório, pois sujeitam-se aos mecanismos jurídicos tradicionais (multas de valor ínfimo e compensações pecuniárias de valor insignificante) ao invés de sanções reais e apropriadas como o direito à reintegração no emprego ou a uma compensação pecuniária equivalente, com autêntica força dissuasiva”³.

2.4 Da garantia de igualdade de remuneração

A igualdade de remuneração, prevista pela Convenção n.100 da OIT e pelos arts. 5º e 461 da CLT, pode ser considerada a primeira garantia de “direito promocional”, para o combate à discriminação da mulher no mercado de trabalho. Porém, passado mais de meio século de seu advento, a situação de desvantagem salarial da mulher persiste, motivada por questões culturais e pela má distribuição de papéis sociais.

³ In: VIANA, Márcio Tulio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). *Discriminação: estudos*. São Paulo : LTr, 2000, p. 70.

Os problemas do Brasil, *grosso modo*, não diferem do contexto mundial-ocidental. Em todos os países ocidentais a diferença salarial entre homens e mulheres é um fato. Poderíamos distinguir, também *grosso modo*, que, para os países mais desenvolvidos, essa diferença persiste na casa dos 30%; para os menos desenvolvidos, alcança os 40%. E os ônus da maternidade continuam sob responsabilidade quase exclusiva da mulher.

Não obstante o art. 461 da CLT prever que, havendo identidade de função, para todo o trabalho de igual valor deverá ser pago igual salário, sem distinção de sexo, há que se reconhecer que parte da jurisprudência não tem colaborado para a efetividade dessa garantia. Isso porque se impõe o ônus da prova da identidade de função à parte demandante, quando é a parte demandada quem dispõe dos meios de provar em contrário. Nesses termos a observação de Bruschini:

“Ademais, nesse mais de meio século, a jurisprudência não colaborou no que concerne à interpretação dos pressupostos ‘identidade de função’ e ‘trabalho de igual valor’, permitindo a perpetuação da discriminação salarial mediante expedientes fraudulentos muito rudimentares, como, por exemplo, ‘criar denominações diferentes para uma mesma função ou registrar a trabalhadora em cargo inferior àquele que efetivamente ocupa’”⁴.

Urge a adoção de regras especiais para a produção e apreciação da prova em matéria de discriminação (qualquer espécie de discriminação), para viabilizar efetividade do direito à não-discriminação, pois as condutas discriminatórias geralmente se manifestam de forma dissimulada, sem deixar registro, sendo extremamente difícil a prova pelo empregado discriminado. Não se pode deixar sem a devida tutela judicial a violação do direito fundamental de não ser discriminado. Por outro lado, não se pode admitir que o empregado apenas alegue a discriminação. É preciso que demonstre, pelo menos por meio de indícios, os fatos alegados.

Seria útil incorporar ao ordenamento jurídico brasileiro, mediante lei, dispositivo semelhante ao estabelecido no art. 4º da Diretiva n. 97/80/CE, *in verbis*:

⁴ BRUSCHINI, Cristina. *Mulher e trabalho: uma avaliação da década da mulher*. São Paulo: Nobel, 1985, p. 55.

“[...] cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir *la* existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato”.

2.5 Manutenção de creches pelo empregador

Prever mecanismos processuais para a tutela de direitos em juízo é muito importante para combater a discriminação.

A melhor forma de combater a discriminação, no entanto, é evitar que esta se produza, eliminando-se suas causas. A principal causa da discriminação da mulher no trabalho hoje é a maternidade e seus encargos. Assim, impõe-se melhor dividir as responsabilidades inerentes à “constituição de família”, de maneira que deixem de pesar sobre os ombros da mulher.

Vale lembrar que as normas que garantem o cuidado com a família (e isso inclui a maternidade) não podem ser simplesmente eliminadas do Direito do Trabalho, como se fez com as normas que dificultavam o trabalho da mulher. Tais normas têm que servir à garantia do direito das mulheres e dos homens de trabalhar e constituir família, sem terem que abdicar de uma coisa em favor da outra.

Nesse sentido, impõe-se a alteração do § 1º do art. 389 da CLT, que determina aos estabelecimentos a manutenção de locais em que *as empregadas* possam guardar seus filhos, sob vigilância e assistência, no período de amamentação.

Com efeito, assim dispõe o referido dispositivo:

§ 1º Os estabelecimentos em que trabalharem pelo menos 30 (trinta) mulheres com mais de 16 (dezesesseis) anos de idade terão local apropriado onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período da amamentação.

§ 2º A exigência do § 1º poderá ser suprida por meio de creches distritais mantidas, diretamente ou mediante convênios, com outras

entidades públicas ou privadas, pelas próprias empresas, em regime comunitário, ou a cargo do SESI, do SESC, da LBA ou de entidades sindicais.

O art. 389, § 1º, da CLT sugere que somente estariam obrigadas a manter berçários as empresas que empregassem pelo menos 30 mulheres maiores de dezesseis anos. É verdade, também, que a exigência de manter berçário pode ser substituída pela celebração de convênios com estabelecimentos autônomos (creches), nos termos do § 2º do referido artigo.

A norma em comento dirige-se apenas à mulher trabalhadora. Assim, o pai trabalhador não possui o direito de ausentar-se para amamentar seu filho. Poder-se-ia argumentar que se trata de incentivar a prática da amamentação diretamente do seio da mulher. No entanto, se essa fosse a finalidade da norma, não se justificaria a possibilidade de substituir o local para amamentação por creche. Isso porque a alternativa da creche, na prática, inviabiliza o ato de amamentar “do peito” materno (e também, portanto, os descansos especiais previstos para tanto).

Ocorre que tanto o pai quanto a mãe de determinada criança podem necessitar sua guarda enquanto em período do trabalho. Queremos dizer, portanto, que a norma como posta atualmente é duplamente discriminatória. Por um lado, aumenta injustamente o custo da mão-de-obra feminina. Por outro, exclui injustamente o pai, que, na mesma medida que a mãe, possui responsabilidade pelos filhos pequenos (art. 226, § 6º, da CF). E nem se argumente a ausência de prejuízo para o pai porque o direito poderia ser exercido pela mãe da criança. Primeiro porque é possível que a mãe esteja ausente ou falecida. Segundo porque deve-se garantir a isonomia do trabalhador com a trabalhadora da mesma empresa: se a creche oferecida pela empresa do pai é melhor do que a da mãe (que trabalha em outra empresa), ou mais próxima, ou mais conveniente, deveria o pai poder fazer o requerimento de creche perante o seu empregador.

Vale ressaltar que, entre “manter berçário” e realizar “convênio com creche”, a segunda opção foi e vem sendo a preferida do empresário. Tanto que, em 1989, o Ministério do Trabalho editou portaria referendando a opção do “reembolso-creche”. Assim, sem descumprir a obrigação original de “manter berçário”, o empregador pode optar

por cobrir as despesas efetuadas com creche de escolha da empregada-mãe (ou na forma de convenção coletiva)⁵.

A aludida portaria faculta ao empregador optar entre a sistemática da lei ou a sistemática do reembolso. Se optar por conceder o reembolso, o empregador não deverá considerar a idade da mãe nem o número de mulheres empregadas no estabelecimento⁶.

Faz-se necessária, pois, a alteração legislativa do art. 389, §§ 1º e 2º, da CLT para estabelecer redação que garanta a possibilidade de trabalhadores de *ambos os sexos* requererem o benefício de reembolso-creche, pelo menos pelo tempo necessário à amamentação. O ideal, no entanto, é que esse período de seis meses seja majorado, uma vez que é notória a insuficiência das creches públicas⁷.

Nesse campo, malograda a reforma, a via da negociação coletiva poderia ser bastante útil para equacionar a questão de maneira mais imediata.

2.6 Abono de faltas motivadas pela enfermidade de familiares

O art. 473 da CLT prevê as hipóteses em que o empregado pode deixar de comparecer ao trabalho sem prejuízo do salário. Trata-se de luto pelo falecimento de parentes próximos, casamento, doação de sangue, alistamento eleitoral e militar, exames vestibulares e, também, pelo tempo necessário para comparecer a juízo. A Lei n. 605/49 (art. 6º, § 1º), que versa sobre o descanso semanal remunerado, acrescenta

⁵ Art. 1º, I, da Portaria MTb n. 3.296/86, com redação alterada pela Portaria MTb n. 670/97). A alteração se deu para garantir a autoridade das convenções coletivas de trabalho no que concerne às condições da creche, prazos e valores a serem reembolsados.

⁶ Já que se trata de uma faculdade do empregador, evidentemente nos estabelecimentos em que haja menos de 30 empregadas em idade fértil, a opção será pela aplicação da regra da CLT, ou seja, não haverá obrigação de manter berçário nem creche.

⁷ Vale lembrar que o art. 37.4 do ET espanhol estabelece que: “Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen”.

outras possibilidades de falta por “motivo justificado”, quais sejam, aquelas motivadas por culpa do empregador e as decorrentes de acidente de trabalho ou doença profissional.

Mas uma coisa é a garantia de que o repouso semanal não será “cassado” em caso de falta motivada. Outra coisa é saber de quem é a responsabilidade pelo pagamento do salário referente ao dia em que não houve prestação de trabalho.

A lei previdenciária estatui expressamente a responsabilidade do empregador pelo pagamento integral do salário do trabalhador, caso este adoeça, nos primeiros quinze dias de afastamento (§ 3º do art. 60 da Lei n. 8.213/91). Seja a doença decorrente de acidente do trabalho ou não. Após os primeiros quinze dias a responsabilidade passa a ser do INSS (art. 60, § 4º, da Lei n. 8.213/91).

Para os trabalhadores da iniciativa privada⁸ não existe qualquer possibilidade de abono de faltas por motivo de doença na família. Se a lei brasileira previsse pelo menos a possibilidade da ausência do trabalhador para acompanhar um dependente seu ao hospital em caso de emergência médica, já representaria um grande avanço. A lei deveria também prever a ausência para o acompanhamento da convalescência, quando, a critério médico, tal providência fosse necessária para a recuperação do enfermo ou, pelo menos, para a acomodação da família diante do infortúnio. Isso porque promover a compatibilização dos interesses familiares com o trabalho é expressão própria do direito ao trabalho (art. 6º da CF) e da proteção à família (arts. 226 e 227 da CF).

Note-se que tal hipótese de ausência deve ser facultada tanto à trabalhadora quanto ao trabalhador (alternativamente), pois o dever de assistir aos dependentes é de ambos, nos termos do art. 226, § 5º, da CF.

⁸ O Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis da União (Lei n. 8.112/90) prevê uma licença por motivo de doença do cônjuge ou companheiro, dos pais, dos filhos, do padrasto ou madrasta e enteado, ou dependente que viva às suas expensas e conste do seu assentamento funcional, mediante comprovação por junta médica oficial (art. 83). Isso para os casos em que a assistência direta do servidor for indispensável e não puder ser prestada simultaneamente com exercício do cargo ou mediante compensação de horário. Referida licença é concedida sem prejuízo dos salários pelo prazo de até 60 dias (§ 2º do art. 83).

3 Legislação previdenciária

A previdência social é organizada em função do trabalho. Os cidadãos contribuem para o INSS quando trabalham e recebem benefícios quando não podem trabalhar. Assim, porque o Direito Previdenciário tutela o não-trabalho involuntário, parece evidente que a compreensão da legislação trabalhista não pode prescindir do estudo da correlata legislação previdenciária.

Para a realização do objetivo de igualdade entre homens e mulheres e de compatibilização dos interesses familiares com o trabalho, ademais, o Direito Previdenciário assume relevante papel. Isso porque o Direito da Seguridade Social é a expressão por excelência do princípio da solidariedade, que implica por si só a correção de desigualdades sociais.

3.1 Seguridade social: solidariedade x caráter contributivo

No contexto de reforma da previdência tem-se sustentado a necessidade de aumentar períodos de contribuições e diminuir valores de benefícios, em atenção ao princípio de que só deve receber benefício quem para ele contribui e na medida de sua contribuição.

Vejamos o que diz a Constituição de 1988:

“Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

[...]

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, *de forma direta e indireta*, nos termos da lei, mediante *recursos provenientes dos orçamentos* da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais *[grifamos]*:

[...]

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de *caráter contributivo* e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o *equilíbrio financeiro e atuarial*, e atenderá, nos termos da lei, a *[grifamos]*:

[...]

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I – *trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher* [grifamos];

II – sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal”.

A Seguridade Social é o sistema de realização do princípio da solidariedade por excelência, que fundamenta o Estado Social e é um dos objetivos da República Brasileira (art. 3º, IV, da CF).

A Previdência Social integra o sistema de Seguridade Social e, no Brasil, é administrada por uma autarquia federal (o INSS), que atua sob o regime jurídico administrativo (art. 194, parágrafo único). A Seguridade Social é financiada por toda a sociedade (art. 195), com a peculiaridade que a previdência é organizada sob o regime contributivo, o que não ocorre com a saúde e a assistência social.

No regime contributivo brasileiro, denominado “de repartição”, o valor da contribuição e do benefício são estabelecidos por lei. Logo, o valor da pensão não depende exclusivamente do valor das contribuições recolhidas durante toda a vida laboral⁹. Nada obstante, o “repartição” é mitigado pelo princípio da “contributividade”. Trata-se de adotar “critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial” (art. 201). Assim, a lei, para estabelecer benefícios, deve realizar estudos atuariais que considerem os valores e o tempo das contribuições.

Assim, não há dúvida de que o “caráter contributivo” da Previdência Social encontra seu limite em se tratando de corrigir desigualdades sociais ou combater a discriminação.

Logo, a “inexistência de fonte de custeio específica” não pode ser legitimamente invocada para sustentar posicionamento que obste a

⁹ Distinto é o regime de capitalização, baseado na poupança individual. O trabalhador poupa durante toda a vida para posteriormente usufruir dos rendimentos da sua poupança. Tal regime foi adotado no Chile já há duas décadas, e adotado recentemente na América Latina e Europa Oriental.

dação de benefícios que corrijam situações de discriminação entre trabalhadores(as). E isso se aplica especialmente no que diz com as desigualdades entre homens e mulheres e seus reflexos nos benefícios previdenciários atualmente em vigor, como veremos a seguir.

3.2 Pensões de aposentadoria: tempo de contribuição para mulheres

Têm surgido questionamentos sobre o porquê de a mulher poder se aposentar com menos tempo de contribuição que os homens. Afinal, as mulheres não querem a igualdade? Qual a justificativa para a norma que autoriza a mulher receber pensão por aposentadoria com menos tempo de contribuição/idade que o homem?

Ocorre que para o trabalhador poder contribuir precisa auferir renda. E as mulheres têm maior dificuldade em manter uma vida produtiva linear. Especialmente por conta da maternidade, são obrigadas a deixar de contribuir para a Previdência Social, pois têm de se afastar de seus empregos nos anos iniciais da criação dos filhos.

A maternidade acaba impondo um afastamento compulsório da mãe para cuidar dos filhos nos anos que antecedem a idade escolar (especialmente a fase dos 0 a 2 anos). Tal afastamento gera o que Joshi e Davies¹⁰ chamam de “lucro cessante da mãe”. Além do prejuízo imediato (perda dos salários do período de afastamento para cuidar dos filhos), a reincorporação no mercado de trabalho (após o crescimento dos filhos) é realizada mediante percepção de salários inferiores aos praticados quando do último emprego. Isso sem falar da progressão salarial que deveria ser esperada pela evolução na carreira.

Poder-se-ia argumentar que a legislação já contempla a licença-maternidade e a estabilidade no emprego, pelo que a mulher não teria necessariamente que abandonar o serviço.

No entanto, vale ressaltar que a estabilidade no emprego até cinco meses após o parto (art. 10 do ADCT) não garante todo o período pré-escolar, em que a dedicação integral à carreira é comprometida.

¹⁰ JOSHI, Heather; DAVIES, Hugh. Los servicios de guardería en Europa y el lucro cesante de las madres. *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, v. 112, n. 3, p. 441, jul./set. 1993.

A maternidade, em razão da má distribuição de papéis que ainda perdura na sociedade brasileira, pesa sobre a mulher. É certo que haverá casos em que individualmente se possa dispor de forma distinta. É certo que haverá famílias compostas por pais responsáveis, que dividam igualmente os encargos decorrentes das responsabilidades familiares. Mas não são a regra. Ademais, os(as) empregadores(as) não têm como saber quais famílias praticam a repartição igualitária das tarefas familiares e, na dúvida, vão supor que será a mulher a maior encarregada. E essa suposição motivará a preferência pelo trabalhador homem. A estagnação da mulher na carreira é fator que também contribui com o abandono espontâneo¹¹ do trabalho remunerado pela mulher na época pré-escolar da prole.

Vale ressaltar que o cuidado dos filhos é uma forma de trabalho. Um trabalho essencial para a reprodução da sociedade que é realizado majoritariamente por mulheres, que o exercem sem receber remuneração. Se é um trabalho exercido em favor da sociedade, e se não é remunerado, não seria razoável impor a incidência de contribuição previdenciária.

Assim, no tempo em que se presume estar a mulher afastada do trabalho remunerado, supõe-se que estava contribuindo para a reprodução social, sem receber remuneração e que, por isso, não poderia contribuir formalmente para a previdência social.

Seria injusto não considerar esse tempo de trabalho gratuito para fins de aposentadoria.

3.3 Distribuição de cargas familiares: assistência pré-escolar

A regra que prevê período de contribuição maior para homens do que para mulheres é, portanto, uma política de correção de desigualdade. Logo, uma vez corrigida a situação de desigualdade que fundamenta a existência da norma, será conveniente a sua revogação. Não antes.

Uma das disposições tendentes a abolir esta situação de desvantagem é o direito a creches e pré-escolas para os filhos dos trabalhadores

¹¹ O que, nesse contexto, não significa “desejado”, mas apenas a opção pela maternidade ante o emprego.

(homens e mulheres). Trata-se de direito que consta do art. 7º, XXV¹², do art. 203, II¹³, e do art. 206, IV¹⁴, da Constituição Federal. Com efeito,

“hasta la fecha, los porcentajes de participación laboral de las mujeres en las economías industrializadas sólo se han acercado a los de los hombres allí donde existen guarderías públicas para los niños de edad preescolar, por ejemplo en Escandinavia y en los países de Europa oriental. Es lógico suponer que el empleo femenino aumentaría si se dispusiera de guarderías más numerosas y más baratas”¹⁵.

A letra da Constituição, quando trata dos direitos do trabalhador, assegura o de “assistência gratuita de seus filhos desde o nascimento até completarem seis anos de idade¹⁶” (art. 7º, XXV). Quando trata da educação, assegura às crianças o direito a atendimento em creches e pré-escolas, e os garante diretamente (art. 206, IV).

A Constituição estabelece, também, que a União, os Estados e os Municípios devem promover um regime de colaboração no que concerne ao ensino (art. 211, *caput*). Em assim sendo, aos Municípios competirá atuar prioritariamente no ensino fundamental e na *educação infantil* (§ 2º do art. 211).

É pacífico o entendimento doutrinário de que as normas que garantem o direito à creche não criam, por si só, obrigações exigíveis de pronto. São normas de conteúdo programático¹⁷.

¹² São direitos dos trabalhadores “[...] assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas”.

¹³ A assistência social será prestada a quem dela necessitar... e tem por objetivos “[...] o amparo às crianças e adolescentes carentes”.

¹⁴ O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de “[...] atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade”.

¹⁵ Por JOSHI, Heather; DAVIES, Hugh. Los servicios de guardería en Europa y el lucro cesante de las madres. *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, v. 112, n. 3, p. 441, jul./set. 1993.

¹⁶ Trata-se de dispositivo novo, duramente criticado pela doutrina, pelo divórcio da realidade pobre do país (in CRETELLA JÚNIOR, *Comentário à Constituição Brasileira de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. v. 8, p. 4411).

¹⁷ Nesse sentido CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes. *Trabalho na Constituição*. São Paulo: LTr, 1989, p. 214; BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição Federal do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988-1989,

Não tão evidente, no entanto, é a natureza jurídica do direito previsto no art. 7º. Chiarelli chega a comentar que “são, pois, tais dispositivos, quer na lei, quer na Constituição, um pouco híbridos: têm parentesco, por afinidade, com o direito do trabalho, mas não se pode negar que são consangüíneos do direito de família, das liberdades individuais, da Assistência Social, enfim, do Direito Social”¹⁸.

A tendência observada é a de se considerar direito de natureza assistencial, o que afasta a possibilidade de exigir-se sua satisfação direta pelo empregador (como se trabalhista fosse). Nesse sentido manifestam-se Cretella Júnior¹⁹ e Bastos²⁰.

Em se considerando o direito de natureza assistencial, fica também bastante restrita a possibilidade de exigir-se sua satisfação direta pelo Estado. Não seria eficiente a proposição de ações individuais de segurança, visando a satisfação imediata do direito ao atendimento em creche e pré-escola das crianças de zero a seis anos de idade. Isso porque esse direito (art. 208, IV), ao contrário do direito ao ensino fundamental (art. 208, I), não foi reconhecido como direito público subjetivo (art. 208, § 1º).

Assim, o equacionamento da questão depende de uma decisão eminentemente política. A sociedade deve se mobilizar para concretizar a obrigação estatal em comento. O primeiro passo é promover a destinação de recursos à construção e manutenção de creches públicas²¹.

Sob o ponto de vista estritamente jurídico, não se pode justificar a persistência de uma situação de desigualdade da mulher no mercado de trabalho pela “falta de recursos orçamentários” para construir creches.

v. 2, p. 482; e CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. v. 2, p. 989.

¹⁸ CHIARELLI, op. cit., p. 214.

¹⁹ CRETELLA JÚNIOR, op. cit., v. 2, p. 989.

²⁰ BASTOS, op. cit., p. 482.

²¹ A mobilização social assumirá contornos de luta social, ante a crônica insuficiência de recursos para as prestações sociais a que o Estado se obriga. Além disso, uma vez que a obrigação de instituir creches seja atribuída aos Municípios, não se pode olvidar que a distribuição de recursos tributários é desigual, em detrimento desses. Todavia, uma vez que o regime estabelecido entre os entes que compõem o Estado é o de “colaboração”, não está autorizada a escusa dos Estados e da União em colaborar, mediante repasse de recursos, para a implementação da educação básica – creches.

Porque o Estado não garante o direito que reconhece pertencer à classe trabalhadora, deve, no mínimo, promover a equalização dos direitos e deveres de mães e pais com responsabilidades familiares.

3.4 Licença-maternidade, licença à mãe adotante e licenças “parentais”

Em dois dispositivos distintos, a Constituição estabelece a “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias” (art. 7º, XVIII) e “licença-paternidade, nos termos fixados em lei” (art. 7º, XIX).

A jurisprudência, por seu turno, tem interpretado literalmente, e por isso restritivamente, o conceito de gestante, apesar da proteção à maternidade ser também um direito social constitucionalmente garantido. Isso implica dizer que à mãe adotante, ou por sua vez ao pai da criança, está-se negando o direito às prestações por maternidade.

Foi necessária a publicação da Lei n. 10.421, em 15 de abril de 2002, para estender à mãe adotiva o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade. Tal lei acrescentou o art. 392-A à CLT e o art. 71-A à Lei n. 8.213/91.

Com efeito, assim dispõe a lei trabalhista:

“Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392, observado o disposto no seu § 5º.

§ 1º No caso de adoção ou guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, o período de licença será de 120 (cento e vinte) dias.

§ 2º No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 1 (um) ano até 4 (quatro) anos de idade, o período de licença será de 60 (sessenta) dias.

§ 3º No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 4 (quatro) anos até 8 (oito) anos de idade, o período de licença será de 30 (trinta) dias.

§ 4º A licença-maternidade só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardião”.

E a lei previdenciária:

“Art. 71-A. À segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias, se a criança tiver até 1(um) ano de idade, de 60 (sessenta) dias, se a criança tiver entre 1 (um) e 4 (quatro) anos de idade, e de 30 (trinta) dias, se a criança tiver de 4 (quatro) a 8 (oito) anos de idade” (Lei n. 8.213, de 24.7.1991).

Note-se que, para implementar o benefício previdenciário, sequer houve necessidade de instituir *nova* fonte de custeio, o que prova que o que sustentavam aqueles que entendiam “inaplicável o direito” era infundado e por isso discriminatório. Com efeito, o art. 4º da Lei n. 10.421/02 apenas dispôs que:

“Art. 4º No caso das seguradas da previdência social adotantes, a alíquota para o custeio das despesas decorrentes desta Lei será a mesma que custeia as seguradas gestantes, disposta no inciso I do art. 22 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991”.

Permanece, no entanto, como verdadeiro tabu a regulamentação das licenças por motivo de atenção à criança apenas em benefício das mulheres.

Os países da Comunidade Européia, obrigados que estão a seguir as Diretivas do Conselho, devem facilitar o desfrute indistinto dos “permisos parentales” entre homens e mulheres, conforme determinado pela Diretiva n. 96/34²².

Não existe no Brasil nenhuma lei que contemple a possibilidade de pai e mãe dividirem o período da licença-maternidade, o que demonstra que ainda não se tomou com seriedade a questão da paternidade responsável²³. Assim, no que concerne à efetiva proteção à famí-

²² Nesse passo, na Espanha, a Lei n. 36/99 veio reformar a disciplina da Lei n. 3/89, que permitia ao pai usufruir apenas as últimas semanas da licença, em substituição à mulher. Atualmente, é possível dispor sobre todo o período de descanso não obrigatório da mãe, desde que não haja riscos para a sua saúde, nos termos do art. 48. 4 do ET.

²³ Com efeito, no dizer de Florence Thomas, psicóloga francesa radicada na Colômbia, “es urgente que nazcan padres, animados por el deseo de ser padres y ya no más por una paternidad probatoria de hombría” (THOMAS, Florence. *Conversaciones con un hombre ausente*. Bogotá: Arango, 1997). Entendemos que o sentido de paternidade pode ser apreendido com o tempo. Para isso, é necessário que o pai tome conhecimento da presença e das necessidades de seu filho para poder

lia, existe um longo caminho por percorrer. A possibilidade de melhor distribuir entre os membros da família o ônus do afastamento prolongado do trabalho é uma providência que pode auxiliar o combate à discriminação da mulher no trabalho, especialmente no que concerne às possibilidades de ascensão funcional.

Mas, antes, reparemos numa questão mais imediata.

Sequer existe, no Brasil, a possibilidade de o pai gozar o restante da licença-gestante quando falece a mãe. Numa situação dessas o pai estaria obrigado a buscar auxílio de parentes, dada a impossibilidade de deixar de trabalhar²⁴. É de se supor que a inexistência de garantia legal de afastamento do pai para cuidar de seu filho nessa circunstância extrema (de morte da mãe) reforça a divisão sexual tradicional do papel de criação dos filhos. Pois, de fato, essa tarefa acaba sendo atribuída à avó da criança (ou tia, ou irmã). A avó toma, pois, o lugar do pai, que, nem ante a inexistência da mãe, pode exercer o papel central na criação de seu filho.

3.5 A maternidade não deve onerar o empregador

Os salários do período durante o qual a empregada fica afastada do emprego em razão da licença-gestante são custeados pela previdência social. Trata-se do “salário-maternidade” de que falaremos adiante. O contrato de trabalho, nesse período, fica suspenso. Isso não significa, entretanto, que se suspendam outras obrigações contratuais, especialmente para o empregador.

O FGTS²⁵ e a contribuição previdenciária patronal²⁶ são devidos por ocasião da licença, além dos duodécimos correspondentes à aquisição do direito a férias e gratificação natalina. Somando-se as alíquotas fundiária (8%), previdenciária (20%), do 13º (8%) e das férias (11%),

dimensionar a responsabilidade que a paternidade representa. Responsabilidade esta que não está adstrita ao dever de “prover” a família no aspecto econômico. A afetividade precisa também ser construída.

²⁴ Na Espanha está expressamente prevista a possibilidade de o pai gozar o restante da licença – art. 48. 4 do ET.

²⁵ Art. 28 do Decreto n. 99.684/90.

²⁶ Inciso XIII do art. 216 do Decreto n. 3.048/99, com redação acrescentada pelo Decreto n. 3.452, de 9 de maio de 2000.

resulta um custo mensal para o empregador no percentual de 47% da remuneração da empregada afastada em gozo de licença-maternidade.

Além disso, caso o empregador opte por contratar mão-de-obra temporária para substituição da empregada afastada, arcará, além do custo da remuneração da mão-de-obra contratada, com as taxas cobradas pela empresa locadora de mão-de-obra que, em geral, importam 10% do valor pago pelo trabalhador substituto (ou seja, sua remuneração mais os encargos incidentes)²⁷.

Para combater efetivamente a discriminação da mulher no trabalho, impõe-se a redução dos ônus que o empregador persiste indevidamente suportando quando do afastamento de empregada em razão de licença por maternidade. O mais grave deles é sem dúvida o pagamento da cota patronal da contribuição previdenciária, da ordem de 20% sobre a folha de pagamento (art. 22 da Lei n. 8.212/91).

Ora, uma vez que o empregador não paga remuneração à empregada por ocasião do gozo da licença-maternidade (pois quem paga é a previdência), não deveria contribuir, já que não se verificou a hipótese de incidência. No entanto, o § 2º do mesmo art. 22 da Lei n. 8.212/91 dispõe que “o salário-maternidade é considerado salário-de-contribuição”²⁸.

Entendemos, no entanto, que o dispositivo fere a Constituição Federal, pelo que não deveria ser aplicado. Com efeito, a contribuição prevista para o empregador, nos termos da Constituição Federal, incide sobre: “folha de salários e demais rendimentos do trabalho” (art. 195, I, a). Ora, se o salário-maternidade é benefício de natureza previdenciária

²⁷ Conforme Francisco Antônio de Oliveira (*Direito do trabalho em sintonia com a nova Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 286), optar por contratar diretamente um trabalhador substituto, fazendo uso do contrato por prazo determinado, é arriscado. Isso porque o art. 443, § 2º, da CLT dispõe que o contrato por prazo determinado somente é possível nos casos em que o serviço for de natureza transitória, o que não é o caso da substituição da gestante, pois o serviço é permanente (a necessidade de pessoal é que é transitória). Além disso, o contrato de experiência (outra possibilidade de contrato por prazo) tem finalidade diversa e gera expectativa de direito para o contratado, podendo-se afirmar fraudulenta sua utilização para o fim de substituição de pessoal.

²⁸ O dispositivo é regulamentado pelo Decreto n. 3.298/99, art. 216, XIII, que dispõe que “cabe ao empregador, durante o período de licença-maternidade da empregada, recolher apenas a parcela da contribuição a seu cargo”.

(e pela Constituição, efetivamente o é – vide inciso II do art. 201), não pode ser considerado salário-de-contribuição (base de incidência da contribuição previdenciária patronal). Além disso, somente lei complementar poderia instituir contribuição nova (art. 195, § 4º, da CF). Logo, impõe-se a revogação do § 2º do art. 22 da Lei n. 8.212/91.

Além do efeito jurídico de restaurar a higidez da ordem jurídica, o efeito prático da medida seria a diminuição do “custo” da mão-de-obra feminina para o empregador e, conseqüentemente, da discriminação da mulher no mundo do trabalho. Deixando de estar obrigado a pagar contribuição previdenciária sobre o salário-maternidade, o custo total da mão-de-obra no período de afastamento seria reduzido substancialmente.

O ideal, no entanto, é que a Previdência Social se responsabilizasse pelos depósitos fundiários e duodécimos de férias e 13º salário do período correspondente à licença-maternidade, mesmo que, para fazer frente aos encargos correspondentes, fosse necessário aumentar o valor da contribuição devida por todos os trabalhadores (homens e mulheres).

3.6 Limitação do benefício ao teto previdenciário

O art. 14 da Emenda Constitucional n. 20/98 dispõe que:

“O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social”.

Em razão disso, o INSS baixou a Portaria n. 4.883, de 16 de dezembro de 1998, cujo art. 6º dispunha que:

“Art. 6º O limite máximo do valor dos benefícios do RGPS, a serem concedidos a partir de 16 de dezembro de 1998, é de R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), inclusive do benefício de que tratam os art. 91 a 100 do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social – RBPS aprovado pelo Decreto n. 2.172, de 5 de março de 1997²⁹, e dos benefícios de legislação especial pagos pela Previdência Social, mesmo que à Conta do Tesouro Nacional”.

O Partido Socialista Brasileiro propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade, com fundamento no art. 3º, IV (promover o bem de todos sem quaisquer formas de discriminação), no art. 5º, *caput* e I (todos são iguais perante a lei), e no art. 7º, *caput* e XVIII (é direito da trabalhadora a licença-gestante sem prejuízo do emprego e do salário).

Em 29 de abril de 1999, o STF, por unanimidade, deferiu a medida cautelar para, dando interpretação conforme à Constituição ao art. 14 da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, deixar expresso que a citada disposição não se aplica à licença-maternidade a que se refere o art. 7º, XVIII, da Carta Magna, respondendo a Previdência Social pela integralidade do pagamento da referida licença, nos termos do voto do Relator.

A decisão do STF indica que o Direito Previdenciário não pode ser reduzido a uma equação de benefício – contribuição, porque ele não abarca apenas as prestações de natureza contributiva. Como já dito, a Seguridade Social destina-se à promover o princípio da solidariedade e corrigir desigualdades. Nessa linha de raciocínio, impor à mulher a limitação dos salários por ocasião do período de licença-maternidade, além de ofender frontalmente ao disposto no art. 7º, XVIII, da CF (que garante a licença-maternidade sem prejuízo do salário), ofende também o art. 5º, *caput* e I, da CF. O ônus da maternidade é um ônus social. Logo, é um ônus de homens e mulheres. Não deve a mulher arcar com esse ônus sozinha.

4 Conclusão

Buscou-se demonstrar, até agora, que a melhor distribuição das cargas inerentes à maternidade e à família é indispensável para a consecução do objetivo de promover a igualdade entre homens e mulheres no mundo do trabalho. Procurou-se demonstrar, também, que o Direito da Seguridade Social joga um papel de extrema relevância para tanto. Isso porque a solidariedade social é a expressão mesma da correção de desigualdades.

Falou-se apenas em ônus, em cargas, em responsabilidades, motivo pelo qual, nessa breve conclusão, não há como deixar-se de mencionar

²⁹ O benefício mencionado no dispositivo legal é o do salário-maternidade.

as vantagens que decorrerão da implementação desse ideal de compartilhamento da maternidade e da família entre pais responsáveis.

Com efeito, falou-se apenas em maternidade, mas o que se quer é criar condições não apenas para o exercício da maternidade, mas também para o exercício da *paternidade*. Não é justo isolar o pai das tarefas do lar, impedi-lo de acompanhar o nascimento e crescimento dos próprios filhos.

A “paternidade”, como se deseja agora, sequer *existia* antes da Constituição de 1988. Note-se que o pai, antes de 1988, sequer podia faltar ao serviço para acompanhar o trabalho de parto de sua companheira. O art. 473, III, da CLT autorizava a ausência apenas para o exercício da providência meramente burocrática do registro do recém-nascido. E, evidentemente, dificultava a formação do vínculo familiar, desumanizando a relação entre pai e filhos.

Por outro lado, vale esclarecer que, quando tratamos do dever do Estado de cuidar das crianças do Brasil, não pretendemos com isso exonerar os pais dessa responsabilidade, que é intransferível, perpétua e ininterrupta.

O Estado deve estar presente para garantir que os brasileiros possam ter filhos, família e *também* trabalhar.

A imputação de excessiva responsabilidade pela criação dos filhos sobre um dos genitores desnatura uma atividade que deveria ser gratificante, transformando-a em um fardo. Isso gera reflexos em termos afetivos, de saúde e educação. Dividindo-se a responsabilidade entre homens, mulheres e Estado, o que hoje pode ser um “peso”, será um prazer.

O resultado será benéfico para toda a sociedade.

Referências

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição Federal do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988-1989. v. 2.
- BRUSCHINI, Cristina. *Mulher e trabalho*: uma avaliação da década da mulher. São Paulo: Nobel, 1985.

- CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes. *Trabalho na Constituição*. São Paulo: LTr, 1989.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. v. 2 e 8.
- JOSHI, Heather; DAVIES, Hugh. Los servicios de guardería en Europa y el lucro cesante de las madres. *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, v. 112, n. 3, jul./set. 1993.
- OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Direito do trabalho em sintonia com a nova Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- VIANA, Márcio Tulio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). *Discriminação: estudos*. São Paulo: LTr, 2000.

FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DE FÉRIAS

*Inês Oliveira de Sousa**

*Eliney Bezerra Veloso***

*Renata Aparecida Crema Botasso Tobias****

*Sueli Teixeira Bessa*****

*Isabella Gameiro da Silva Terzi******

*Daniel Augusto Gaiotto******

SUMÁRIO:

- 1 Introdução.
- 2 Flexibilização laboral e figuras afins.
- 3 Flexibilização e o direito sindical no Brasil.
- 4 Férias – Finalidade social.
- 5 Direito às férias. Legislação aplicável. Normas internacionais. Direito comparado. Direito brasileiro.
- 6 Flexibilização do direito de férias.
- 7 Conclusão.

1 Introdução

Para uma abordagem mais adequada do tema “Flexibilização do direito de férias”, que é o objeto deste estudo, faz-se necessária uma breve incursão pelo instituto da flexibilização, visando uma melhor contextualização do assunto.

Assim, serão feitos alguns comentários sobre a flexibilização laboral e as figuras afins, como a desregulamentação, a precarização e tudo quanto possa interessar à pesquisa, para posterior aplicação, no que for cabível, quanto aos direitos trabalhistas.

* Procuradora Regional do Trabalho no Estado da Bahia. Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista (Unesp). Especialista em Direito Agrário pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Membro do Instituto dos Advogados da Bahia.

** Procuradora do Trabalho no Estado do Mato Grosso.

*** Procuradora do Trabalho no Estado do Mato Grosso do Sul.

**** Procuradora do Trabalho no Estado do Espírito Santo. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo.

***** Procuradora do Trabalho no Estado do Rio de Janeiro.

***** Procurador do Trabalho no Estado de São Paulo. Ex-Juiz do Trabalho do TRT da 2ª Região.

Cabe evidenciar que não constitui finalidade precípua deste trabalho o enfoque em profundidade sobre o processo de flexibilização.

Interessa de forma objetiva investigar a extensão e os limites da flexibilização, com ênfase no direito coletivo como forma de possibilitar a aplicação de tal instituto, abordando principalmente o direito às férias, como necessidade básica do trabalhador e sua proteção nos textos legais.

Será observado que, em razão da atual situação econômica e social do país, surgiu a corrente denominada “neoliberal”, que defende a idéia da negociação total dos direitos, geralmente por via coletiva, como forma de garantia do emprego e, concomitantemente, como forma de possibilitar o crescimento econômico.

Essa situação gera grande discussão acerca do tema, ante a fragilidade do sistema sindical no Brasil, já que a flexibilização dos direitos estaria sob responsabilidade dos Sindicatos que, na qualidade de representantes da classe trabalhadora, teriam a palavra final ao abrir mão de direitos fundamentais já previstos na legislação.

Questiona-se, no contexto, qual a possibilidade de realizar a flexibilização dos direitos trabalhistas, especificamente o direito às férias, visando evitar que o trabalhador não sofra prejuízos.

Nesse sentido, há de se perquirir se o sistema sindical brasileiro concede espaço à flexibilização, sem que sejam prejudicados os direitos já adquiridos pelos trabalhadores, principalmente os direitos indisponíveis.

Enfim, deverão ser vistas as questões relativas à evolução da sociedade, e que o direito precisa adaptar-se constantemente, a fim de responder objetivamente aos problemas apresentados.

2 Flexibilização laboral e figuras afins

Para se compreender a intenção de flexibilizar o direito de férias, deve-se partir da conceituação do que seja flexibilização laboral, distinguindo-a de outras figuras afins, focalizando-se como quadro referencial o ambiente histórico mundial, onde se observam mudanças no fator trabalho e que terão impacto substancial nas condições atuais e futuras de trabalho e dos seus sujeitos de direito.

O desenvolvimento do conceito de trabalho acompanhou a evolução do capitalismo. William Petty (1623-1687) e Adam Smith (1723-1790) sustentam que o trabalho é a fonte do valor. David Ricardo (1722-1823) desenvolve a teoria do valor-trabalho.

A partir das teses defendidas pela economia política e pelos socialistas utópicos, Karl Marx (1818-1883) elabora o conceito de *mais-valia*: o trabalho não-pago seria a fonte do lucro, do juro e da renda da terra.

Todavia, os economistas neoclássicos iniciam o ataque à teoria do valor-trabalho. Karl Menger (1840-1921), William Jevons (1835-1882) e Léon Walras (1834-1910) definem o valor de uma mercadoria a partir de sua utilidade. O trabalho seria apenas um dos fatores da produção. Essa posição secundária se acentuaria com a difusão do *taylorismo*, no início do século XX, que enaltecia o papel do trabalho mental do administrador em detrimento do trabalho manual do proletário – mero executor de ordens, sem nenhuma importância.

Depois da Segunda Guerra Mundial, a automação crescente leva muitos teóricos a sustentar, na esteira do *taylorismo*, que a ciência e a tecnologia haviam tomado o lugar do trabalho como principal força produtiva. Essa tese aparece nos trabalhos de teóricos como o alemão Jürgen Habermas (1929-).

Hodiernamente, a corrente denominada *neoliberalismo*, difundida principalmente nos Estados Unidos e Inglaterra, defende a idéia básica de que as novas tecnologias são incompatíveis com as conquistas trabalhistas obtidas à época do Estado do Bem-Estar Social ou *Welfare State* (entre as décadas de 50 e 70, na Europa e nos Estados Unidos) e, para atacar o desemprego decorrente dessa incompatibilidade encontrada na economia globalizada, *flexibilização* é a palavra-chave.

Seguindo essa linha de pensamento, o argentino Julián Arturo de Diego (2000, p. 48) fornece o conceito de flexibilização trabalhista, tratada em sua obra sob a denominação de flexibilidade laboral:

“conceito de flexibilidade laboral – denomina-se assim ao conjunto de meios técnico-legais que têm por objeto adequar o trabalho e as modalidades de prestação às mais modernas técnicas de produção de bens e serviços, de modo que alcancem a melhor qualidade ao mais baixo custo possível”¹.

¹ Tradução livre do autor.

Considera o mencionado autor que, para uma visão mais moderna e equilibrada desse dinâmico processo de mudança, a flexibilização tem por objeto (DIEGO, 2000, p. 48):

“modificar os velhos esquemas da tradição *tailorista* ou *fordista* da produção em série, para adequá-los aos modernos sistemas produtivos que respondem a complexas fórmulas onde se combinam a qualidade das matérias-primas, a tecnologia e as técnicas industriais, a alta qualificação de mão-de-obra ocupada, a busca de excelência e qualidade em todo o processo, a obtenção de um resultado competitivo, e a busca de mecanismos que priorizem a atenção do cliente como destinatário dos bens e serviços produzidos”².

Essa visão compreende observar a flexibilização no sentido de se pesquisarem mudanças em todos os planos da vida laboral, versatilizando o marco prestacional para aumentar a produtividade, baixando os custos e, com isso, gerar incentivos para que exista mobilidade na contratação em relação com as necessidades operativas e as demandas do mercado e do cliente, conforme Diego (2000, p. 48). Isso vai repercutir no Direito do Trabalho para justamente questionar paradigmas consubstanciados no seu princípio basilar de proteção ao hipossuficiente, no qual repousa toda a doutrina clássica, que tem como um de seus baluartes no Brasil Evaristo de Moraes Filho (1993, p. 256), para quem “O contrato de trabalho é um contrato típico, de simples troca de prestações – trabalho de um lado; salário, do outro; embora pela sua própria natureza, em geral de longa duração, no qual as partes ficam num contato permanente e continuativo, exija do legislador certas medidas de proteção a um dos lados do binômio”.

A flexibilização estaria contida, conforme Diego (2000, p. 48), em um processo mais amplo, o de *modernização laboral*, entendido como tal o conjunto de técnicas e procedimentos que têm por objeto substituir os sistemas regulados, rígidos e estáticos, por outros baseados na desregulamentação e na flexibilização laboral.

A *desregulamentação* ou desregulação³, por sua vez, importa na abolição do conteúdo normativo do Direito do Trabalho anteriormente estabelecido pelo Estado, atingindo-se uma situação de auto-regulação pelos

² Idem.

³ Como prefere denominar Dorothee Susanne Rüdiger (2002, p. 191-192).

sujeitos da relação jurídica laboral, ao passo que a flexibilização tem em mira a substituição da regulação preservacionista do trabalhador.

No que concerne à conceituação e distinção entre flexibilização e o que denominamos aqui de figuras afins, deve-se considerar, ainda, o conceito de *precarização do emprego*, que se refere ao processo pelo qual o trabalho dependente não reúna as condições mínimas legais, seja porque opera na economia clandestina, seja porque o trabalho é instável ou ocasional, ou seja porque as condições de trabalho são inferiores aos padrões aceitos em cada atividade (DIEGO, 2000, p. 49-50).

De acordo com Diego (2000, p. 50), o trabalho precário se apresenta nas seguintes condições:

- o *trabalho precário total ou absoluto*: é aquele em que o trabalhador desenvolve sua atividade na economia clandestina, sem que se reconheçam os mais elementares direitos, evidentemente evadindo-se aportes e contribuições com destino aos entes da seguridade social e sindical;
- o *trabalho precário parcial ou relativo*: é um dos mais difíceis de detectar, já que, em aparência, o trabalhador está corretamente registrado. Contudo, seu salário sói ser maior do que consta na documentação laboral, e muito comum, a documentação laboral não reflete fielmente o que ocorre na realidade.

Consoante alerta Giovanni Alves (2000, p. 247-248), “A precarização e a insegurança penetram no núcleo ‘integrado’ da classe dos trabalhadores assalariados, atingindo os que ainda mantêm vínculo ‘formal’ de emprego”. A precarização, diferentemente da flexibilização, supõe uma regulamentação legal que está sendo violada.

A flexibilização, como aqui concebida e distinguida de outros conceitos jurídicos, vem se manifestar entre nós como uma decorrência da implantação da cultura pós-moderna no Direito do Trabalho (cf. RÜDIGER, 2002, e DORNELLES, 2002), mediante a qual se propugna que o trabalhador sobreviva abrindo mão de certos direitos, entre eles o de férias.

3 Flexibilização e o direito sindical no Brasil

Não se pode falar em flexibilização sem se ter em mente o Direito Coletivo do Trabalho, que tem o *sindicalismo* como base de sustentação.

De fato, retira-se da própria história do Direito do Trabalho que o desenvolvimento de seu ramo coletivo dependeu das lutas operárias para o reconhecimento da prerrogativa de a classe trabalhadora organizar-se homogeneamente, por meio de uma representação apta a equilibrar-se com a força econômica dos empregadores.

Percebe-se, também, que, nos países onde o sindicalismo se integrou com maior lucidez ao sentido de sua missão, a evolução do Direito do Trabalho se robusteceu pelo ramo *coletivo* e a intervenção tutelar do Estado, característica do ramo *individual*, se foi amortecendo proporcionalmente, por menos necessária ao equilíbrio da convivência dos interesses opostos.

Mesmo nesses países, todavia, o direito de reunião e de reivindicação de grupo, hoje considerado tão primário, contou com a reação feroz e orquestrada entre os patrões e a lei.

Somente na segunda metade do século XIX essa resistência foi definitivamente vencida, conquistando (porque obtido em luta pertinaz e nada incruenta) os trabalhadores o reconhecimento do seu direito de reunião e de organização, fundamental para cimentar os alicerces de um autêntico *Direito Coletivo*.

A atuação da OIT, desde a segunda década do século XX, no sentido da universalização homogênea das relações de trabalho subordinado, cuja importância é proclamada por todos os jurislaboralistas, se desenrola via *Direito Coletivo*, mas sob o cuidado prioritário de preservação de todos os desdobramentos do princípio da liberdade sindical, atestando o reconhecimento de que, sem a presença do sindicato, a própria missão de uniformizar o tratamento dessas relações não pasará do terreno da especulação teórica.

Direito Sindical e Coletivo compõem um conteúdo único, o primeiro precede ao segundo como fator de segurança da própria vitalidade do ramo jurídico.

É por todos sabido que o sindicato moderno chegou ao que parece ser seu apogeu dentro do crescimento da sociedade industrial, na qual se afirmou como expressão representativa, por excelência, dos interesses da classe trabalhadora considerada como *unidade social*.

Parece-nos, pois, que o sindicalismo tem, na sociedade *pós-industrial*, que corrigir o rumo de seu destino *da luta para a negociação*, re-

desenhando sua estratégia de defesa dos interesses coletivos das grandes massas trabalhadoras, visivelmente inquietas, até, e talvez sobretudo, nos países tecnologicamente mais desenvolvidos, para conservar seu papel de força de sustentação do Direito Coletivo do Trabalho.

Assim, o *Direito Coletivo do Trabalho* não sobreviveria sem sua sustentação sindical. O *Direito Sindical* não se sustentaria sem uma estrutura objetiva formada por institutos e instrumentos característicos, a exemplo da negociação coletiva.

No que tange ao sindicalismo brasileiro, algumas considerações merecem ser traçadas.

Sempre observamos que os caminhos evolutivos do Direito do Trabalho no Brasil foram significativamente diversos daqueles seguidos na Inglaterra, berço da Revolução Industrial, da qual surgiu o Direito do Trabalho moderno, porquanto nesse país se formaram as condições propícias ao seu surgimento, e nos países continentais europeus para onde se irradiou.

Explica-se o alheamento do Brasil ao importante fato econômico que foi a Revolução Industrial. Além de ser simples colônia, sem nenhuma tradição anterior à dominação portuguesa, o colonialismo lusitano teve sentido extrativista e predatório.

O próprio Portugal não foi partícipe da Revolução Industrial nos séculos XVIII e XIX, visto que vocacionado para a grande navegação e o comércio.

Se assim ocorreu com o fato econômico gerador do Direito do Trabalho, com maior razão também ocorreu com o Direito Coletivo e Sindical no Brasil.

Esse mesmo fator primário fez com que, ao plantar-se em nossa sociedade, com um atraso imediato de cerca de cento e cinquenta anos, sua expansão se processasse em rumo inverso ao dos países onde se expandiu, ou seja, por meio do *Direito Individual*, para cujo fortalecimento as condições socioeconômicas do país eram muito mais favoráveis.

A fase mais importante da evolução do Direito do Trabalho brasileiro foi o estadismo de Vargas, não obstante a verdadeira razão do seu paternalismo ter sido o desenvolvimento econômico brasileiro.

Tal fase histórica nos legou um sindicalismo frágil, porque dependente do Poder. Dele resultou um *Direito Coletivo* de importância

secundária, pois, assumindo o Estado a figura de *protetor do hipossuficiente econômico*, toda a ênfase do regramento das relações de trabalho subordinado foi descarregada no campo do *Direito Individual*, com tamanha abundância de normas tutelares de ordem pública. Nesse contexto foi editada a Consolidação das Leis do Trabalho – Decreto-Lei n. 5.452/1943.

O sindicato foi tratado, pelas Constituições de 1934 e de 1937, como fruto da livre atividade associativa profissional e como corporação estreitamente ligada à estrutura do poder, respectivamente.

Sobreleva esclarecer que a real intenção de Getúlio Vargas foi a deflexão da economia brasileira do berço rural para a base industrial. Com vistas a ela é que antecipou a implantação do completo arcabouço legal de disciplina de relações de trabalho que apenas surgiam dentro de uma industrialização incipiente e precipitou o processo de aquisição da *consciência coletiva* do operariado.

Essa consciência coletiva, indispensável à higidez e autenticidade do *Direito Sindical e Coletivo*, só viria a atingir um estágio satisfatório na fase seguinte, o que é compreensível pela circunstância de que *consciência e cultura ou tradição* não se mostram suscetíveis à criação por decreto, como pode acontecer com a norma jurídica.

Efetivamente, a evolução do *Direito Sindical e Coletivo* no Brasil não se completou com Vargas, mas continuou, com a instalação de indústrias pesadas básicas, o que trouxe enorme ressonância no processo de urbanização da sociedade e toda a crise de crescimento das cidades.

Ao lado disso, delineou-se, com o êxodo das populações do campo, em busca de melhor trabalho e condição de vida nas cidades, a concentração operária fundamental para a formação da *consciência coletiva dos trabalhadores*, tão influente para emersão do movimento sindical.

Se, em termos de *sindicalismo e direito coletivo*, ele se iniciou com as distorções de nascimento dos nossos sindicatos, dentro dele mesmo teve começo a mudança de condições para sua correção, mediante a passagem do *sindicato do Estado* para o *sindicato dos trabalhadores*, na medida em que corresponde a uma clara compreensão por estes da arma que representa, em termos de pleitos operários, e da força para negociá-los com os empregadores como direito, não como favor.

Dentro, portanto, das categorias de trabalhadores ligados às gran-

des atividades econômicas, começou a se consolidar a consciência coletiva dos trabalhadores brasileiros, que levou à organização de sindicatos fortes e combativos, cujos movimentos se deslocaram, cada vez mais nitidamente, da órbita de influência do Estado para a do interesse de classe.

Apesar desse aspecto, viu-se, com o passar dos anos, que o sindicalismo brasileiro se enfraqueceu, mormente com o rígido controle estatal à época do regime militar, não obstante a resistência havida por parte dos sindicalistas e que colaborou para a abertura do regime democrático.

Tanto assim que nossa legislação configurou-se sob caráter corporativista, fundada na rígida *unicidade sindical*, em que somente é permitido o reconhecimento de um ente sindical em base territorial não inferior a um Município (art. 8º, II, CRFB/88), não prevendo o reconhecimento de organização de centrais sindicais, reunindo associações sindicais representativas de grupos profissionais distintos, como fator de *unicidade sindical*; capaz de fortalecê-las na interlocução com as empresas.

Vê-se, com a promulgação da Constituição da República de 1988, que a estrutura corporativista não foi alterada, conforme art. 8º, encontrando-se de positivo a liberdade sindical em seu formato coletivo e individual.

Todavia, apesar da oportunidade de se potencializar o sindicalismo brasileiro com a Constituinte, permaneceram os pontos negativos, quais sejam, a unicidade sindical e a contribuição sindical, também chamado de imposto sindical, previsto no art. 8º, IV, CRFB/88 c/c art. 579 da CLT.

Há de se frisar, por oportuno, que a atual conjuntura socioeconômica brasileira inviabiliza a maturidade do sindicalismo pátrio, notadamente porque a força sindical se esfarela com a falta de união dos trabalhadores, em razão do alto nível de desemprego. As categorias que conseguem congregiar grande massa de trabalhadores enfrentam sérias dificuldades de negociação coletiva, tendo-se em vista a crescente pressão do capitalismo sobre as relações de trabalho. Há mais. Em face da baixa profissionalização, especialização e escolaridade da maioria dos trabalhadores nacionais, a hipossuficiência não se apresenta diminuída quando da negociação coletiva, permanecendo, pois,

ainda que latente, no seio das categorias profissionais, o que leva à grande dúvida sobre a efetiva liberdade sindical individual ou coletiva e sobre o real entendimento dos trabalhadores acerca do que acarreta a renúncia de direitos em sede coletiva e até mesmo a flexibilização vislumbrada e defendida pela categoria patronal.

Nesse diapasão, deve ser cautelosa a implementação de qualquer instituto que possibilite alteração nos direitos trabalhistas, ainda que seja pela via da flexibilização.

4 Férias – Finalidade social

A CLT define as férias como o período concedido por ato do empregador, para descanso do empregado que contar com 12 (doze) meses contínuos de serviços prestados. A doutrina adverte, contudo, que o instituto das férias não tem natureza de prêmio trabalhista, pois sua finalidade não é recompensar a fidelidade ou a boa conduta do empregado na execução do contrato. Seu objetivo, na verdade, tem fundamento em fatores de ordem biológica e social, assentando-se, ainda, na visão de Delgado (2003, p. 944), *em considerações e metas relacionadas à política de saúde pública, bem-estar coletivo e respeito à própria construção da cidadania*.

De fato, estudos científicos comprovam que o organismo, após 1 (um) ano de trabalho, em razão de diversos fatores de ordem psíquica – ocasionados especialmente pelo cotidiano das tarefas desenvolvidas –, passa a sofrer as conseqüências da fadiga, que a par da limitação diária da jornada e da concessão do repouso semanal remunerado, inevitavelmente se acumula ao longo desse período.

A situação, segundo comenta Sússekind (2002, p. 863), é ainda mais crítica em relação aos trabalhadores que desenvolvem atividade tipicamente intelectual, em que o cansaço mental e o esgotamento físico começam a ser sentidos muito antes do término de 1 (um) ano, havendo registros de queda de produtividade após o quinto mês de trabalho consecutivo.

Vê-se, pois, que a instituição compulsória das férias é ditada por questões de higiene social, destacando-se, sob o aspecto biológico, a necessidade de proteção ao organismo do indivíduo, como forma de

evitar o surgimento e/ou desenvolvimento de patologias de ordem física e distúrbios de natureza psíquica, possibilitando, em consequência, um melhor rendimento das atividades laborativas.

Sob o ponto de vista social, há ainda a importância do convívio familiar e comunitário. Aliás, como enfatiza Maurício Godinho, as férias constituem um importante mecanismo de reinserção familiar, social e política, resgatando o trabalhador da idéia de *ser meramente produtivo*, em favor de uma noção mais abrangente de *ser familiar, ser social e ser político* (PAMPLONA FILHO, 1998, p. 391).

Süssekind (2001, p. 240) vai além, pois ressalta que o objetivo visado pela instituição das férias não se cinge apenas ao segmento da saúde e segurança laboral ou à produtividade do trabalhador, sendo sua finalidade mais ampla, porquanto também tem em mira o progresso étnico e o desenvolvimento socioeconômico do povo e do país.

Nesse quadro, extrai-se que as férias redundam não apenas de uma necessidade fisiológica e moral do homem, impondo-se, também, como medida de valorização do trabalhador, em respeito a sua dignidade enquanto cidadão e preservação de sua integridade, física e mental, enquanto ser humano.

5 Direito às férias. Legislação aplicável. Normas internacionais. Direito comparado. Direito brasileiro

Amparado no fundamento de que o instituto jurídico das férias visa assegurar a restauração do equilíbrio orgânico, biológico e social do trabalhador e, reflexamente, da sua produtividade, esse direito foi previsto primeiramente em favor dos funcionários públicos. Somente no final do século XIX é que algumas grandes empresas estenderam paulatinamente tal direito aos empregados mais antigos ou em posição hierarquicamente superior. Há notícias também de que normas coletivas, no mesmo passo, passaram a prever essa benesse aos seus destinatários.

A primeira lei concedendo o direito de férias aos operários da indústria foi promulgada na Inglaterra em 1872. Somente em julho de 1919, porém, é que foi promulgada lei austríaca assegurando o descanso prolongado a todos os trabalhadores assalariados. Conforme destaca Süssekind (2000, p. 873), antes dessa referida lei, o Brasil, por

meio do Aviso Ministerial de 18 de dezembro de 1889, concedia férias de 15 dias aos trabalhadores do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, tendo esse direito sido estendido aos operários diaristas e aos ferroviários da Estrada de Ferro Central do Brasil pelo Aviso Ministerial de 17 de janeiro de 1890.

No entanto, somente após o Tratado de Versalhes é que o direito às férias universalizou-se. Em 1936, sobre essa matéria, a Conferência Internacional do Trabalho aprovou a Convenção n. 52 (ratificada pelo Brasil em 1938) e a Recomendação n. 57, bem como, especificamente em relação às férias dos marítimos, a Convenção n. 54, revista pelas de n. 72 e de n. 91. Foi adotada, em 1952, a Convenção n. 101 (ratificada pelo Brasil em 1957), que trata das férias asseguradas aos trabalhadores rurais. Por fim, em 1970, foi aprovada a Convenção n. 132, que disciplinou de forma geral o direito ao descanso anual remunerado.

Mencione-se, por oportuno, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, veio a prever, em seu art. XXIV, que todas as pessoas têm direito a férias periódicas remuneradas, alçando tal instituto, a um só tempo, ao patamar de direito fundamental. Também prevêem o direito em comento, mas igualmente de forma genérica, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Carta Social Européia e a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais.

A Convenção n. 132, porém, mostra-se como diploma jurídico mais detalhado e abrangente no plano internacional, ao tratar do instituto das férias, consoante destacou Geogenor de Sousa Franco Filho (2002, p. 562). O Brasil ratificou a indigitada Convenção em 1999, por meio do Decreto n. 3.197, de 5 de outubro do mesmo ano, entrando em vigor no país no dia seguinte, data da publicação. Analisando-se seu conteúdo, merece ser destacado que essa norma jurídica internacional disciplina o prazo de concessão das férias, reflexos das licenças médicas na fruição, época de concessão, efeitos da cessação do contrato de trabalho e férias proporcionais.

Releva ser destacado, por importante, que o art. 12 expressamente evidencia a indisponibilidade do direito, não admitindo o acordo relativo ao abandono do período mínimo de férias anuais remuneradas ou a renúncia ao gozo das férias mediante indenização, dependen-

do das condições nacionais. Quanto à duração, aspecto que com maior ênfase permite a realização dos objetivos que fundamentam esse descanso periódico e prolongado, a referida Convenção, no art. 3º, item 3, dispõe que a “duração das férias não deverá em caso algum ser inferior a 3 (três) semanas de trabalho, por 1 (um) ano de serviço”.

Em que pese tal convenção ter sido ratificada por um número pequeno de países – trinta e dois, de acordo com a OIT, verifica-se que quase o dobro do número de países atende a essa particular disposição de duração mínima do período de férias. Com efeito, o douto Süssekind (2000, p. 872) ressalta com propriedade que, no estudo em que participou, denominado “Tiempo de Trabajo” (1984, p.113-114), percebeu-se que 140 países possuíam legislação fixando a duração básica das férias, sendo que, em 60 deles, esse período era superior a três semanas.

Aproveitando-se dos dados fornecidos pela OIT, é oportuno citar alguns exemplos de países em que se declara o respeito à duração mínima das férias: Alemanha (18 dias úteis), Espanha (3 semanas), Finlândia (24 dias úteis), França (5 semanas), Guiné (um mês), Hungria (20 dias úteis), Iraque (3 semanas), Iêmen (30 dias para os empregados), Iraque (3 semanas), Irlanda (3 semanas), Itália (3 semanas), Quênia (21 dias úteis), Noruega (24 dias úteis), Portugal (21 dias), Suécia (5 semanas), Suíça (4 semanas para os trabalhadores em geral e 5 semanas para os menores de 20 anos) e Uruguai (20 dias úteis).

Além de as férias anuais remuneradas terem sido reconhecidas como direito humano fundamental e serem objeto de normas de direito internacional, é relevante destacar que estão igualmente asseguradas pelas Constituições de diversos países, dentre os quais se podem destacar o Brasil, a Itália, a Venezuela, a Costa Rica, o Panamá.

No caso particular do Brasil, as férias foram primeiramente tratadas pela Constituição de 1934, tendo as Cartas de 1937, de 1946, de 1967, de 1969 e de 1988 seguido a disposição da primeira. Em relação à Constituição Federal de 1988, no art. 7º, inciso XVII e parágrafo único, foi a assegurado aos empregados urbanos, rurais e domésticos e aos trabalhadores avulsos o “gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal”. O § 3º do art. 39 do mesmo diploma constitucional estendeu, por sua vez, esse direi-

to aos servidores ocupantes de cargos públicos e o art. 42, § 11, garantiu o mesmo direito aos servidores públicos militares.

Em relação especificamente aos empregados, regidos pela CLT, há disciplina do instituto jurídico em espeque nos arts. 129 a 152, com redação dada pelo Decreto-Lei n. 1.535, de 13 de abril de 1977, observadas, em relação aos marítimos e aos professores, as especificidades de cada qual (arts. 150/152 e 322, todos da CLT).

O art. 131 da CLT prevê, de forma proporcional, o número de dias de férias a que o empregado tem direito após cada período de 12 meses de duração do contrato de trabalho. Assegura, dessa forma, férias mais prolongadas para os empregados, conforme a sua assiduidade no serviço. Assim, consoante com o número de faltas injustificadas, o empregado poderá usufruir 30, 24, 18 ou 12 dias corridos de férias, podendo até perdê-las se o número de faltas imotivadas ultrapassar 32 no período aquisitivo correspondente.

No mais, a MP n. 1.779, de 13 de janeiro de 1999, introduziu o art. 130-A, que estabelece a duração das férias dos empregados sujeitos ao regime de tempo parcial, qual seja, em que a duração do trabalho não excede às vinte e cinco horas semanais. Tal artigo, segundo a redação da MP n. 2.164-41, de 24 de agosto de 2001, de duração indeterminada por força do art. 2º da EC n. 32/2001, prevê que a duração das férias varia conforme a duração da jornada semanal, estendendo-se de 18 a 8 dias. As faltas justificadas, diferentemente nesse caso, quando superiores a sete, durante o período aquisitivo, somente têm o condão de reduzir o período de gozo das férias pela metade, de acordo com o parágrafo único do mesmo artigo.

No que concerne à Convenção n. 132, após ter sido integrada no ordenamento jurídico brasileiro em 5 de outubro de 1999, passou a ocupar o *status* de lei ordinária, conforme posição dominante no STF, muito embora haja teses respeitáveis, amparadas no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal vigente, defensoras do entendimento de que normas desse quilate ingressam no ordenamento jurídico no mesmo patamar das normas constitucionais, justamente por tratarem de direitos fundamentais.

Independentemente da posição da referida Convenção da OIT dentro do ordenamento jurídico pátrio e sem pretender esgotar a análise das compatibilidades daquela com a CLT, é razoável sustentar

que as previsões da norma de origem internacional, notadamente em relação à duração das férias, não são incompatíveis com os artigos celetistas acima analisados, uma vez que esses tratam de situações muito específicas. De fato, a par de a CLT dispor sobre a duração normal das férias de maneira mais benéfica do que a Convenção n. 132, é equânime que haja previsão de férias menos prolongadas que o patamar estabelecido na norma internacional no caso do empregado menos assíduo ou daquele que possui uma jornada de trabalho proporcionalmente reduzida e, por conseqüência, menos estafante.

Portanto, pelo exposto neste tópico, é inegável que o instituto das férias ocupa uma posição de destaque no plano jurídico internacional, justamente por ser parte integrante de Declarações de Direitos Fundamentais e de detalhada disciplina por parte de Convenções aprovadas pela Conferência Internacional do Trabalho, órgão deliberativo da OIT, merecendo relevo a de número 132, de 1970. Também não há que se questionar sua elevada importância, sobretudo se se verificar sua garantia em Constituições de vários países, bem como o tratamento que merece o direito na legislação infraconstitucional, em destaque a brasileira. No mais, restando clara a indispensabilidade do direito em estudo, vale o ensejo para perquirir quais os limites do poder normativo dos particulares, coletivamente considerados, em face da proposição ora estabelecida.

6 Flexibilização do direito de férias

Inegável que a flexibilização da legislação laboral tem sido apreendida como alternativa, numa economia globalizada, para a não-inviabilização da atividade produtiva. Contudo, cumpre ao Estado observar que a flexibilização deve ser conduzida de forma a buscar o equilíbrio entre as necessidades do mercado e a não-supressão dos direitos sociais.

Sobre o assunto, oportuno citar Veloso Sobrinho (1999, p. 35-39):

“[...]faz-se necessário urgente adequação da legislação trabalhista ao processo econômico de globalização e desenvolvimento tecnológico, porém afastando a idéia de liberar as partes para a ‘plena’ negociação. Seria o mesmo que lançar o empregado aos leões, como na antiga Roma se fazia com os cristãos, em espetáculo dantesco”.

Ademais, a ampla flexibilização adotada em alguns países latino-americanos, sob a justificativa de gerar empregos, acabou contribuindo para aumentar o desemprego.

Vale registrar, inclusive, que no próprio Brasil o sistema legal já foi objeto de flexibilização em vários aspectos, tais como: instituição do regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, conferindo ao empregador, em geral, ampla liberdade para dispensar os empregados; quebra do princípio da irredutibilidade salarial, mediante acordo ou convenção coletiva; contrato de trabalho provisório, admitido por força da Lei n. 9.601, de 1998, com redução de vários direitos; suspensão do contrato de trabalho por determinado período, autorizada pela Medida Provisória n. 2.164, de 2001. Ocorre, contudo, que o resultado de tal flexibilização não foi a geração de empregos, como apregoavam os seus defensores, mas sim a precarização da mão-de-obra.

Portanto, há que se buscar soluções para, de fato, resolver a crise do desemprego. Tais medidas passam pela reforma da quantidade de tributos, pela diminuição da taxa de juros e pela adoção de programas governamentais nas áreas agrícola e educacional, não pela supressão de direitos que representam conquistas históricas dos trabalhadores.

Nas palavras do Professor Russomano, citadas pelo Ministro do TST, José Luciano de Castilho Pereira:

“Quando alguém pegar com suas mãos o código trabalhista de um país, saiba que ali estão séculos de sofrimentos calados ou de revoltas e que aquelas páginas, nas entrelinhas da composição em linotipo, foram escritas a sangue e fogo, porque, até hoje, infelizmente, nenhuma classe dominante abriu mão de seus privilégios, apenas por um ideal de fraternidade ou por espírito de amor aos homens”.

Nesse contexto é que deve ser analisada a possibilidade, ou não, de flexibilizar o direito em epígrafe.

Conforme ressalta Süssekind (1996, p. 852), o direito de férias é considerado um dos Direitos Fundamentais do Homem, reconhecido na Declaração Universal de Direitos do Homem, que dispõe em seu art. 24, *verbis*:

“Toda pessoa tem direito ao descanso e à recreação, especialmente a uma limitação racional de horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas”.

Ademais, nos termos das razões já expendidas em tópico atinente à legislação aplicável às férias, não se pode olvidar que o Brasil ratificou convenções internacionais relativas às férias, valendo destacar a de número 132 da OIT, sendo que esta, passando a integrar o Direito Positivo, não pode ser derogada por instrumento coletivo. O referido instituto, dada sua elevada importância, constitui ainda garantia mínima prevista no Direito Comparado.

No caso do Brasil, a situação não é distinta. A Constituição da República de 1988, além de prever expressamente o direito às férias, em seu art. 7º, inciso XXIII, elenca entre os direitos dos trabalhadores a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

Indubitavelmente as férias estão inseridas nos preceitos que conjugam a preocupação sistêmica com a higiene e segurança do trabalho, mormente se for levado em consideração que o referido descanso anual tem como um dos escopos impedir que haja o desgaste físico e mental do trabalhador, já que este último é, na maioria dos casos, o móvel da ocorrência de acidentes de trabalho.

Pelo exposto, verifica-se que há um aspecto relevante que constitui óbice à flexibilização de determinados direitos, entre os quais o de férias, e que não pode ser olvidado: alguns revestem-se de indisponibilidade absoluta.

A referida tese é esposada por Godinho (2002, p. 1378):

“[...]não prevalece a adequação setorial negociada se concernente a direitos revestidos de indisponibilidade absoluta (e não indisponibilidade relativa), os quais não podem ser transacionados nem mesmo por negociação coletiva. Tais parcelas são aquelas imantadas por uma tutela de interesse público, por constituírem um patamar civilizatório mínimo que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e a valorização mínima deferível ao trabalho (arts. 1º, III, e 170, *caput*, da CF/88)”.

O objetivo visado pelo instituto, contudo, não concerne apenas à saúde do trabalhador, tendo uma finalidade mais ampla, qual seja, progresso étnico, social e econômico do próprio povo. Ainda vale

continuar citando o entendimento esposado por Godinho (2002, p. 927) que, ao discorrer sobre as férias, corrobora a assertiva anterior:

“De fato, elas fazem parte de uma estratégia concertada de enfrentamento dos problemas relativos à saúde e segurança no trabalho, na medida em que favorecem a ampla recuperação das energias físicas e mentais do empregado após longo período de prestação de serviços. São, ainda, instrumento de realização plena de cidadania do indivíduo, uma vez que propiciam sua maior integração familiar, social e, até mesmo, no âmbito político mais amplo.

Além disso, as férias têm ganhado, no mundo contemporâneo, importância econômica destacada e crescente. É que elas têm se mostrado eficaz mecanismo de política de desenvolvimento econômico e social, uma vez que induzem à realização de intenso fluxo de pessoas e riquezas nas distintas regiões do país e do próprio globo terrestre”.

Sendo assim, verifica-se que o direito de férias compõe um patamar mínimo de direitos dos trabalhadores, razão pela qual não é passível de flexibilização.

Entendimento em sentido contrário seria admitir o retorno às condições de trabalho do início da Revolução Industrial, com apenas algumas normas de direito supletivo da vontade das partes, o que configuraria, por certo, um retrocesso na conquista dos direitos sociais e, o que é mais grave, realização do labor sem o mínimo de proteção ao trabalhador, o que não se concebe, nos termos da Constituição da República, ante o desrespeito à dignidade do ser humano.

Assim sendo, a flexibilização não pode ser um projeto “selvagem” de redução ou supressão de direitos conquistados, mas uma maneira de buscar compatibilizar a lei com a moderna relação de trabalho.

7 Conclusão

Ante tudo quanto foi exposto, vimos que o direito do trabalho é dinâmico, existe em função do homem e segue os movimentos sociais de seu tempo. Por isso, o direito do trabalho acompanha as mudanças econômicas, onde estão abrigadas as idéias de flexibilização, terceirização e globalização.

Não obstante a existência da necessidade de modernização, é necessária uma visão crítica, a fim de que não se apliquem os mesmos valores que orientam o desenvolvimento econômico àqueles que orientam o direito (especialmente o direito do trabalho), pois, frente ao princípio da proteção do trabalhador, buscamos a prevalência do trabalho sobre o capital, para assegurar a todos uma vida digna, enquanto o desenvolvimento econômico visa o capital.

Portanto, a flexibilização dos direitos dos trabalhadores deve ser levada a efeito não apenas considerando os aspectos econômicos e jurídicos, mas, principalmente, levando-se em consideração a realidade do nosso país, devendo ser realizada cautelosa avaliação de critérios para sua efetivação, resguardando um mínimo de direitos não negociáveis.

Entre tais direitos – denominados indisponíveis – entendemos estar incluído o direito a férias, por haver sido adquirido após a indubitável ilação de que se trata de uma necessidade física, psíquica e social de qualquer ser humano que trabalhe.

Assim, deve se ter em mente não somente o desenvolvimento econômico, mas levar em consideração também o lado social.

Não visar somente a ganância, o lucro, o poder, mas também a dignidade do ser humano.

Pensar, sobretudo, que as mudanças que estamos tentando implantar, as metas pelas quais lutamos, os objetivos de vida, ou seja, o futuro que estamos tentando construir, será usufruído pelos nossos filhos, que serão os trabalhadores de amanhã.

Referências

- ALVES, Giovani. *O novo (e precário) mundo do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2000.
- ALVES, J. A. Lindgren; RÜDIGER, Dorothee Susane. *Direito e cidadania na pós-modernidade*. Piracicaba, SP: Unimep, 2002.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003.
- DIEGO, Julián A. de. *Manual de derecho del trabajo y de la seguridad social*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.
- DORNELES, Leandro A. D. de. *A transformação do direito do trabalho: da lógica da preservação à lógica da flexibilidade*. São Paulo: LTr, 2002.

- FRANCO FILHO, Geogenor de Sousa. A Convenção n. 132 da OIT e seus reflexos nas férias. *Revista Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 66, n. 5, maio 2002.
- ILOLEX: banco de dados. Desenvolvido pela Organização Internacional do Trabalho, 1996-2002. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>>. Acesso em: 9 jun. 2003.
- MORAES FILHO, Evaristo de. *Do contrato de trabalho como elemento da empresa*. São Paulo: LTr, 1993.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. *Iniciação ao direito do trabalho*. 23. ed. São Paulo: LTr, 1997.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Repouso semanal remunerado e férias. In: DUARTE, Bento Herculano (Coord.). *Manual de direito do trabalho: estudos em homenagem ao Prof. Cássio Mesquita Barros*. São Paulo: LTr, 1998.
- PEREIRA, José Luciano de Castilho. Perspectivas do direito do trabalho. *Revista Síntese Trabalhista*, n. 108, jun. 1998.
- PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito sindical e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.
- RUSSOMANO, Victor. *Curso de direito do trabalho*. Curitiba: Juruá, 1995.
- SÜSSEKIND, A. et al. *Instituições de direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. Tempo de trabajo, reducción de la duración del trabajo, descanso semanal y vacaciones pagadas: estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. In: CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO, 70., 1984, Genebra. *Informe*, (Genebra) III, (4b), OIT, 1984.
- _____. Férias anuais remuneradas. In: *Instituições de direito do trabalho*. 20. ed. São Paulo: LTr, 2002. v. 2.
- _____. *Instituições do direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 1996.
- _____. O novo âmbito do protecionismo no direito do trabalho. *Revista Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 66, n. 8, ago. 2002.

_____. Limites da negociação coletiva na perspectiva do projeto de flexibilização da CLT. *Revista Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 65, n. 12, dez. 2001.

VELOSO SOBRINHO, Manoel Lopes. Desemprego e flexibilização das leis trabalhistas. *Trabalho e Doutrina*, São Paulo: Saraiva, n. 24, 1999.

VIANNA, Cláudia Salles Vilela. *Manual prático das relações trabalhistas*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2002.

A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO DO TRABALHO NO BRASIL

Rogério Rodriguez Fernandez Filho*

“La realización es el elemento que otorga vida y verdad al derecho, es el derecho mismo. El derecho que no se traduce en realidad, que únicamente se encuentra en el papel, en las leyes, no es sino pseudoderecho, vana palabrería” (Rudolf von Ihering).

SUMÁRIO:

- 1 Um retorno à dialética do processo. 1.1 Introdução. 1.2 Pressuposto hermenêutico. 1.3 Metodologia da interpretação. 1.4 O interesse público na Constituição. 1.5 O interesse público e o princípio da disponibilidade. 1.6 Interpretação do inciso LV do art. 5º da Constituição. 1.7 O princípio do contraditório e o Ministério Público no Código de Processo Civil. 1.7.1 Art. 81. 1.7.2 Art. 125. 1.7.3 A atualidade da audiência. 1.8 Manifestação e intervenção, duas formas distintas de participação no processo. 1.9 Um bom argumento dogmático. 1.10 Conclusão. 1.10.1 “De lege lata”. 1.10.2 Justificativa de alteração da Consolidação das Leis do Trabalho. 1.10.3 “De lege ferenda”.

1 Um retorno à dialética do processo

1.1 Introdução

Após reafirmar que, em coerência com o título epigrafado, trata-se na seqüência do ordenamento jurídico brasileiro, é conveniente, por constituir sempre um elemento auxiliar de compreensão, articular brevemente a evolução sofrida pela estrutura do Direito.

A intervenção do Estado na organização social, segundo a ideologia liberal, deveria limitar-se a garantir a espontaneidade das regras do jogo que são determinadas pelas leis econômicas. A funcionalidade do Estado teria, portanto, um conteúdo negativo, limitada a de um árbitro do jogo social, cabendo-lhe, apenas, tomar as iniciativas necessárias para garantir a plena realização das leis “naturais”.

* Subprocurador-Geral do Trabalho. Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Doutorando pela Universidade de Salamanca.

O Estado, para essa concepção, deveria limitar-se a oferecer um marco de interação puramente formal, dentro do qual a sociedade poderia desenvolver sua própria dinâmica, assegurada por uma disciplina formulada como um sistema diferenciado e independente da estrutura social.

A visão da liberdade individual, projetada como liberdade em face do Estado, e não liberdade no Estado, desonerou a classe dominante, a partir de uma decisão estritamente política, de garantir, por meio de mecanismos estatais, um nível de suficiência social ou econômica mínima aos mais débeis, abrindo passo ao processo que se denominou acumulação primitiva de capital.

Os profundos desequilíbrios gerados pelo desenvolvimento do sistema capitalista obrigaram a ideologia liberal a romper, relativamente, com a visão passiva do Estado, aceitando uma progressiva estatização da vida social, na qual a rede repressiva do Direito, voltada para a proteção dos fundamentos da ordem social “natural” e o estabelecimento dos procedimentos e das condições necessárias para mantê-lo coativamente, entrelaça-se com a realização de um programa distributivo e assistencial.

A distinção teórica entre os conceitos de Estado Social, que intervéem e regula juridicamente as formas espontâneas de vida, e de Estado do Bem-Estar, no qual a intervenção tem como objetivo prioritário a realização de uma Justiça distributiva, tem na prática uma concreção que varia entre uma e outra concepção, segundo a necessidade de controle e integração social dos elementos que podem pôr em perigo a própria estabilidade da ordem social e na medida justa para, em consagrada epítome, conceder no periférico, mantendo-se o essencial.

Em consonância com essa necessidade, desenvolve-se a intervenção social e econômica na sociedade, quer pela via do Estado social, quer pela do Estado do Bem-Estar, freqüentemente, como é mais natural, por uma combinação de ambos, provocando uma profunda alteração na estrutura material e processual do Direito. Afirma Juana María Gil Ruiz, a respeito desse aumento de complexidade, que o “Derecho ya no reducirá su actividad a regular el marco formal de garantías de un libre intercambio, sino que se introducirá material-

mente en el contenido y en esferas tradicionalmente independientes de su actuación”.

A mais evidente, a “legalização” das relações sociais, com a utilização do Direito com fins de promoção do bem comum, provoca uma translação da lógica do sistema político para o sistema jurídico, fazendo, por um lado, com que a ambigüidade própria da esfera política e seus valores migre para o ordenamento jurídico, por outro, que a ordem jurídica experimente uma crescente materialização, em substituição ao conteúdo formal que ostentava quando vigente um sistema liberal de maior pureza.

O sistema de liberdade formal começa a ceder espaço à igualdade jurídica depois do primeiro pós-guerra. A Constituição do México de 1917, a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado da, então, União Soviética, de 1918, e a Constituição da República de Weimar, de 1919, são diplomas que surgem como formas embrionárias do que posteriormente iria se chamar Estado Social, contudo, sem que surja, até a Segunda Grande Guerra, uma expressiva normatividade nas Constituições.

Àquela época, a ausência de eficácia normativa das Constituições, no plano político, permitiu a Mussolini, em 1926, afirmar ante a Câmara dos Deputados, e reafirmar dois anos depois perante o Senado, que a revolução fascista havia modificado a Constituição do Estado italiano, e, no plano dogmático, a mesma ausência de valor preceptivo autorizava a negativa de possibilidade da introdução do controle constitucional das leis, temendo-se conseqüências negativas para a segurança do Direito¹.

A materialização do direito, por meio do qual o Estado fixa suas linhas de intervenção política com fins de integração social, operação ajustada à necessidade de segurança dos valores que o interesse dominante consagra², produz, como conseqüência, uma segunda alteração, que a ambigüidade, já destacada, só faz acentuar: o aumento de discricionariedade do ato de decidir pelos juízes, que já não se podem valer, ao menos na maioria dos casos, do sistema lógico-dedutivo.

¹ ORLANDO, V. E. *Teoria giuridica delle garanzie della libertà*. Torino: UTET, 1980, Biblioteca di scienze politiche, dirigida por A. Brunialti (1ª série), v. 5, p. 949.

² Readaptação do Estado sem excessiva mudança.

A terceira alteração, tal como a segunda, diretamente de caráter processual, é que a nova função da ordem jurídica, e a conseqüente explosão legislativa que a acompanha, com os conteúdos que incorpora para fazer frente às novas demandas que estimula, traz a possibilidade de que os litígios, antes configurados nos limites de uma disputa estritamente entre particulares, possam ter reflexos no interesse público.

Em síntese, as conseqüências da parcial confusão entre o sistema jurídico e político³, a alteração do padrão de abstração da ordem jurídica, a *mare magnum* de leis com o aumento da discricionariedade dos juízes e a possibilidade de que qualquer litígio formalizado possa repercutir no interesse público, são as premissas que autorizam, para além da vocação tradicional da instituição, na assistência das pessoas processualmente consideradas incapazes, a presença do Ministério Público no processo civil.

Presença no processo civil que, embora mais limitada do que no penal, ramo no qual reside a tradicional trincheira onde atua o Ministério Público na promoção da ordem pública, vai gradativamente perdendo seu caráter excepcional – evolução tanto na posição da instituição como sujeito ativo ou passivo da ação, quanto na posição de *custos legis* no processo⁴ – como reflexo na processualística do incremento da interferência dos poderes públicos nas atividades dos indivíduos privados, já há muito apontada por Liebman.

Antes de encerrar a introdução, é prudente elaborar uma precisão terminológica: a) no texto, a expressão intervenção será reservada à proposição formal pelo Ministério Público do Trabalho do interesse público, entendida como aquela cuja execução possa ser empiricamente verificável, quer dizer, conforme o sentido subjetivo da proposição, logra que os sujeitos se comportem; b) quando existente fiscalização, tácita ou expressa, sem proposição formal, na forma antes convencional, se utilizará a expressão manifestação; c) por último, o termo participação tem uma referência genérica.

³ No Brasil, a interação entre o sistema político e o jurídico levou à codificação dos interesses metaindividuais, primeiro por meio da Lei n. 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública), consolidando-se com a Constituição de 1988 e, posteriormente, com a Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

⁴ Uma terminologia convencional será proposta na seqüência imediata.

1.2 Pressuposto hermenêutico

O Direito, visto sumariamente pela ótica essencial do tempo, em correlação com a história, que está, desde dentro, em permanente abertura, apresenta conteúdos cuja interpretação pertence a diferentes momentos, num eterno “vir a ser” que se renova a cada exegese.

Renovação que, paradoxalmente, não se divorcia do sentido da unidade interpretativa da ordem jurídica que, como todo conhecimento, busca conceber seu objeto como um todo plenamente inteligível, descrevendo-o em proposições coerentes, e isso explica porque o pressuposto da consistência é mais forte do que o da totalidade⁵.

O pressuposto da consistência implica dever a ciência jurídica, de alguma maneira, reconstruir o sistema jurídico, em permanente renovação, como uma ordem coerente antes de passar a descrevê-lo como um conjunto de normas jurídicas válidas. A consistência, se não é condição de conhecimento do Direito como fenômeno normativo, induz, ao menos, sua reformulação interpretativa para adequá-lo a certo padrão de racionalidade.

A rigor, a apresentação do ordenamento jurídico como um sistema consistente não é imprescindível para o pressuposto do conceito de sistema como instrumento teórico para explicar o próprio ordenamento, operação lógica distinta da primeira e que permite que o hermenauta atribua – utilizando o argumento *a cohaerentia*, e não o princípio da coerência como avalista do sistema – o significado de cada norma levando em consideração o conjunto do qual aquela forma parte.

A diferença, significativa para a argumentação do texto e que posteriormente se evidenciará, entre o uso do argumento *a cohaerentia* e o princípio da coerência no ordenamento jurídico é que, na hipótese de incompatibilidade, o primeiro dá como solução uma interpretação corretora, enquanto o segundo resolve com uma interpretação ab-rogadora⁶.

⁵ CARACCILO, Ricardo. *La noción de sistema en la teoría del derecho*. México: Fontamara, 1994, p. 11.

⁶ Para uma crítica da denominada interpretação ab-rogante, considerando-a como uma impropriedade, veja-se Vicente Ráo (*O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, p. 454).

1.3 Metodologia da interpretação

O reconhecimento de que toda interpretação tem um caráter argumentativo e dialético que depende da ideologia à qual se filia o intérprete não contradiz que a exigência de racionalidade – ainda que essa não se realize totalmente – atue como critério de legitimação de qualquer interpretação jurídica que, justamente por esse reconhecimento, deve externar os critérios que pretende manejar, caso alimente a pretensão de obter algum nível de aprovação.

Os critérios interpretativos exercem, por um lado, uma função de controle das operações que tratam de determinar o sentido das diferentes normas jurídicas; por outro, servem de guia para a atuação do intérprete da norma, e a conseqüência que deriva da produção de um déficit de racionalidade no uso dos critérios pode ser o bloqueio daquilo que se propõe no tráfego jurídico.

Dado o isolamento das idéias que pode ser gerado por um déficit de racionalidade, parece aconselhável que o itinerário da exposição, sobretudo por ter como premissa uma ampliação do limite pelo qual tradicionalmente é interpretado o princípio do contraditório, passe pelo desenvolvimento de uma consideração de ordem metodológica que permita alcançar a interpretação preconizada, antes de examinar as conseqüências geradas pela integração orgânica do interesse público no ordenamento jurídico pela Constituição, bem como seus reflexos no sistema processual.

Historicamente, a origem do formalismo legalista pode ser encontrada na temida veneração com que se aceitava a *lex horredis carmenis*, inscrita no bronze das Doze Tábuas e que impunha um rigoroso respeito à letra da lei (*dura lex, sed lex, scripta est*). O pensamento grego, todavia, já reconhecia e distinguiu na lei dois componentes: a força, o *krátos*, que impõe a aplicação da lei em sua formação literal, e o *èthos*, o espírito da lei, que lhe proporciona sua justificação e indica sua finalidade.

A tradição do direito romano clássico, ainda predominante na cultura jurídica moderna, predica que o juízo jurídico está orientado *sub lege*, portanto, distinto e, inclusive, oposto a juízo orientado *ad finem*, relativo a valorações do tipo prático-utilitário. Não obstante, contribuições de diversas origens, inclusive positivista, principalmente

por meio de Kelsen e Hart, vêm ampliando o debate sobre a margem de discricionariedade do juiz e, conseqüentemente, sobre os métodos de interpretação que deve utilizar.

Na verdade, deixando à margem a questão, verdadeiramente capciosa, da *mens legislatore*, que ninguém, fora o próprio, pode afirmar conhecer seguramente a corrente realista, uma variante do positivismo decididamente diversa do normativismo, que tem em Michel Troper um dos seus expoentes no Continente Europeu, logra demonstrar, a partir de exemplos emblemáticos, que o sentido elaborado por uma autoridade competente, qualquer que seja a interpretação atribuída à lei, nunca tem um significado *contra legem*.

Prescindindo da radical e pragmática demonstração de Troper da inexistência do denominado “verdadeiro” significado da lei, parece sensato afirmar que nenhum jurista discorda que o formalismo jurídico é insuficiente, tanto para dar conta de como se exercita o arrazoado jurídico quotidianamente, como para fixar a interpretação teleológica da norma quando ocorre alteração do, ou no, sistema jurídico. A pressuposição de que toda lei existe em um contexto legislativo, significando que está referida a outras leis, resulta que toda alteração implica sempre, em potência, ao menos uma perturbação interpretativa no sistema, tendo como efeito uma resultante dialética.

O fenômeno atinge o seu zênite, sem dúvida, quando ocorre a mudança paradigmática do sistema, introduzido por uma nova Constituição, a qual desempenha uma inegável função legitimadora, tanto por sincronia, pela qual se determina a inconstitucionalidade, como por diacronia, pela não-recepção de algumas normas ou pela modificação do seu conteúdo.

Atingido o grau mais elevado de evolução, com a instauração de um novo ordenamento jurídico portador de potencial ruptura com os parâmetros que anteriormente inspiravam o antigo ordenamento, se ocorre que nem todas as regras anteriores sejam recebidas, elas deverão ser interpretadas de acordo com os novos valores jurídicos. A tarefa da sistematização é de formular hipóteses interpretativas das normas jurídicas recepcionadas que permitam que as conseqüências lógicas de tais normas sejam compatíveis com as que se inferem da nova ordem jurídica constitucional.

Exatamente por não se verificar uma sistematização prévia, nem mesmo a pressuposta pelo princípio do legislador racional, é que a tarefa de interpretação que possibilite integrar todo o imenso universo da legislação recepcionada – um desafio para a ciência jurídica – exige, além do pressuposto hermenêutico da consistência com a utilização do argumento *a cohaerentia*, a predominância do método sistemático⁷.

Especialmente expressivo é o modo como Karl Engisch indica essa integração:

“o sentido da lei logo se modifica pelo fato de ela constituir parte integrante da ordem jurídica global e de, por isso, participar na sua constante transformação, por força da unidade da ordem jurídica. As novas disposições legais refletem sobre as antigas o seu sentido e modificam-nas. Mas não é só uma mudança no todo do Direito que arrasta atrás de si, como por simpatia, o Direito preexistente; também o fluir da vida o leva atrás de si”⁸.

Esse fluir do Direito, “obrigado a assumir posição em face de fenômenos e situações que o legislador histórico de maneira nenhuma poderia ter conhecido ou pensado”⁹, é incompatível com a visão do atomizado positivismo normativista, de acordo com a qual cada norma deve ser compreendida separadamente das outras, não com uma compreensão da legislação como um *corpus* que sugere a integração dos demais meios interpretativos por intermédio de um metacritério: o sistemático.

A aplicação do metacritério serve à interpretação teleológica de qualquer norma recepcionada, cujo sentido já não pode ser buscado, de nenhum modo, na *voluntas legislatoris*, nem, acaso vinculada a uma concepção estática e não histórico-evolutiva, na *voluntas legis*.

Não autorizando a metodologia, como se tratasse de um procedimento mecânico, a dispensa da comprovação das premissas nem a demonstração das operações lógicas pelas quais são inferidas as conclusões, estabelecer o método sistemático como metacritério, buscan-

⁷ A ausência de hierarquia e a intercambialidade nos métodos de interpretação constituem uma permanente fonte de riqueza e, ao mesmo tempo, de dificuldade na aplicação do Direito.

⁸ ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1983, p. 173.

⁹ Idem.

do assegurar a indispensável atualidade de fins e consistência do ordenamento jurídico, não significa, nem poderia, descuidar que essas exigências jamais serão logradas apenas no patamar formal.

Para comprovar que a advertência não foi ignorada, com a formulação de uma metodologia purificada de valores e princípios, será feita, na seqüência, uma abordagem do interesse público, valor guia do Ministério Público.

1.4 O interesse público na Constituição

A resposta para o conteúdo do interesse público deve considerar a questão prévia de fixar o nível normativo para o qual se dirige a indagação, porque, quanto mais alta é a hierarquia legislativa objetivada, maior é, em geral, apesar de eventual recurso ao nominalismo¹⁰, a inexpressividade substantiva do conceito, obrigando ao intérprete lançar mão de uma metodologia construtivista.

Desde esse plano metodológico, um tipo ideal de interesse público, marcado por um liberalismo individualista exacerbado, vem dado pela perspectiva teórica de Bentham¹¹, para quem, acreditando na possibilidade de uma determinação quantitativa, seu elemento constitutivo poderia ser obtido pela simples adição e totalização dos interesses individuais, pragmatismo que aponta para a oportunidade de uma definição legislativa permanente dos critérios de determinação do útil para a sociedade¹².

Um segundo tipo ideal, na perspectiva de Rousseau, para quem a vontade geral, ao contrário de Bentham, não é a vontade expressa por

¹⁰ Serve como exemplo a expressão contida no inciso IV do art. 3º da Constituição vigente: a promoção do “bem de todos”, formulada como objetivo fundamental da República.

¹¹ “The interest of the community is one of the most general expressions that can occur in the phraseology of morals: no wonder that the meaning of it is often lost. When it has a meaning, it is this. The community is a fictitious body, composed of the individual persons who are considered as constituting as it were its members. The interest of the community then is, what is it? – the sum of the interests of the several members who compose it” (*An introduction to the principles of morals and legislation* (1789). Oxford, 1960, p. 126).

¹² PALOMBELA, Gianluigi. *Filosofía del derecho*. Madrid: Tecnos, 1999, p. 86.

um corpo de representação legislativa, deve ser obtido pela aferição da vontade de toda a comunidade concebida, ideal e racionalmente, em termos de seus melhores interesses, sem que, todavia, conste na proposição teórica o modo de lograr tal êxito; mas, desde logo, é crível especular que seria inadmissível, para o ilustre autor, a concretização de um conceito de interesse público por meio do Judiciário.

São evidentes os escassos resultados práticos que as duas perspectivas, assim como qualquer outra conhecida, podem propiciar para a definição do interesse público em uma fórmula descritiva, razão pela qual, no ordenamento jurídico, quase sempre, o interesse público é formulado como conceito abstrato, em uma situação na qual o legislador não estabelece um conteúdo normativo concreto, deixando ao intérprete a livre determinação dos critérios definidores, na maioria das ocasiões com o auxílio de outros princípios jurídicos contemplados no ordenamento jurídico ou no costume.

Doutrina recente, sobre o tema, ilustra, com propriedade, o que se poderia denominar como a morfologia legislativa do interesse público:

“cette variabilité et cette ubiquité combinées l’une à l’autre produisent des conséquences vraiment étonnantes, mais certaines: plus on se trouve à un niveau élevé de la hiérarchie des normes, et plus il serait donc important – compte tenu des effets, sur toutes les autres normes moins élevées, de la norme constitutionnelle d’ordre public – de connaître le contenu qu’elle présente à ce niveau, et moins on a de chances de savoir, dans la mesure où, à ce rang le plus élevé, la norme n’est en aucune façon écrite, et où il n’existe par hypothèse pas d’autre norme supérieure qui pourrait le déterminer, ni même semble-t-il l’indiquer”¹³.

Desde uma perspectiva histórica, privilegiando uma posição construtivista, na qual o conhecimento é sempre relativo ao sujeito que o produz, a fonte material do interesse público repousa na força da opinião pública, manifestada no processo constituinte, e tem um dos seus ingressos¹⁴, no sistema formal, por meio do art. 127 da Constituição: analiticamente, a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses

¹³ PICARD, Etienne. La fonction de l’ordre public dans l’ordre juridique. In: RE-DOR, Marie Joëlle (Dir.). *L’ordre public: ordre public ou ordres publics? Ordre public et droits fondamentaux*. Bruxelles: Bruylant, 2001, p. 32.

¹⁴ Outro ingresso foi apontado acima na nota n. 19.

sociais e individuais indisponíveis; sinteticamente, Hugo Nigro Mazzilli realiza a seguinte interpretação, “o interesse público ao qual incumbe ao Ministério Público defender”¹⁵.

A proposição sintética não tem seu sentido ameaçado em face da menção, no mesmo art. 127 da Constituição da República¹⁶, a interesses individuais, porque num “sentido lato, portanto, até o interesse individual, se indisponível, é interesse público, cujo zelo é cometido ao Ministério Público”¹⁷.

Os sistemas de valores designados pelo art. 127, citado em nota, e sintetizados como um aspecto do interesse público, se concebidos de modo integrado com o artigo constitucional, que garante que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, impõem uma interpretação do Código de Processo Civil que supera o formalismo com que tradicionalmente se interpretam alguns princípios processuais.

Para os que se vêm surpreendidos com a complexa implicação do interesse público na dogmática processual, basta recordar a intensidade que o mesmo conceito projeta quando da extraordinária mudança da pessoa jurídica de um pólo a outro da relação processual, na ação popular, abandonando o pólo passivo da ação, ao qual foi inicialmente chamada, para passar ao pólo ativo.

1.5 O interesse público e o princípio da disponibilidade

Seria um erro tomar as considerações que se seguem no sentido do conceito de interesse público, como antítese ao interesse privado¹⁸, ou que aquele pudesse ser um instrumento de esgotamento deste, pois

¹⁵ *Regime jurídico do Ministério Público: análise da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público*, aprovada pela Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 82.

¹⁶ Art. 127. O Ministério Público é uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses individuais indisponíveis.

¹⁷ MAZZILLI, op. cit., p. 82.

¹⁸ É apropriado à cautela mencionada observar a sentença da Corte Suprema de Justiça da Venezuela, de 11 de novembro de 1991, pela qual se entendeu como ordem pública “o interesse geral da sociedade que serve de garantia aos direitos particulares e as suas relações recíprocas”.

não se encontram numa relação excludente, mas, antes, em articulação, pois o primeiro é “uma grandeza simultaneamente autônoma e compreensiva, que engloba a ponderação entre os interesses da comunidade e os interesses particulares”¹⁹.

A suposta antítese interesse público e interesse privado desperta a mesma análise crítica na doutrina de Alessandro Pizzorusso, para quem a

“definizione che risulterebbe dall'utilizzazione di un tale criterio, tuttavia, non potrebbe tener conto dell'esistenza di ipotesi, invero macroscopiche, in cui interessi sostanziali di tipo chiaramente individuale sono ciò nondimento sottoposti ad un trattamento pubblicistico, come avviene ad esempio nell'ambito della legislazione sugli incapaci, che sono protetti a cagione della loro debolezza [...]”.

Feita essa advertência, as modificações provocadas no ordenamento jurídico pelo Estado contemporâneo, por força de sua pretensão de regular amplas áreas da vida social – especialmente na dimensão econômica, grande manancial de fatos regulados pelo direito do trabalho –, dão suficiente margem de previsão, mesmo delineadas sumariamente na introdução, da ameaça que se projeta, neste contexto evolutivo, sobre o princípio da disponibilidade.

Quando, no século XX, a cultura jurídica realça a função social da propriedade, trasladando para a área privada a reflexão que deveria ser pensada exclusivamente para o setor público, o impacto dessa translação vem a ser distribuído por todos os ramos do ordenamento jurídico e não ocorre diferentemente com aquele dedicado ao processo do trabalho.

Na verdade, o desenvolvimento econômico, ao transferir a atividade empresarial das mãos do indivíduo para as grandes sociedades anônimas, que aparecem como o fruto de um esforço coletivo que justifica a intervenção do Estado, foi a razão estrutural que orientou o pensamento na direção de uma sociedade intensamente normatizada²⁰, na qual o sistema jurídico trabalhista vai aumentando sua

¹⁹ ANDRADE, J. C. Vieira, apud ALMEIDA, José Manuel Ribeiro de. Uma teoria da justiça: justificação do Ministério Público no contencioso administrativo. *Revista do Ministério Público*, Lisboa: Sindicato do Ministério Público, ano 2000, n. 84, p. 98.

²⁰ “Formassero o meno un sistema coerente, certo tutti i principi del liberalismo apparivano sin dalla fine dell'Ottocento posti in discussione, quando non aperta

complexidade, à medida que aumenta a complexidade das relações socioeconômicas.

A função social do processo, conseqüentemente, passa a ser entendida como atividade que abrange não só o sentido tradicional da realização da paz social interna, como, também, o cuidado com os resultados que possam ultrapassar o conflito entre as partes, ainda que em prejuízo do princípio da disponibilidade da ação²¹, principalmente se a solução a ser adotada for a introdução, característica do processo inquisitório, de dilatação dos poderes do juiz.

Em um sistema processual inspirado no princípio do impulso da parte, uma solução diversa, e menos agressiva ao princípio da disponibilidade, é a adoção de uma técnica processual legitimadora de um *organo giudiziario diverso dal giudice*²² que, desenvolvendo uma atividade autorizada a extravasar a aportação das partes e, em certas ocasiões, voltada para o descobrimento da verdade (inciso II do art. 83 do CPC), permita ao juiz o conhecimento e o eventual provimento de uma solução que atenda ao interesse público.

Mantém-se, com a introdução de um outro comunicador institucionalizado, o equilíbrio da mecânica processual, assegurando que o juiz careça de iniciativa e tenha de necessariamente ouvir todos os sujeitos presentes no processo, mediante uma forma discursiva de fundamentação da sentença.

A doutrina bem que tentou subjetivizar o interesse público, “ma non é riuscita a spingeri oltre formula, che vorrebbe il pubblico ministero rappresentante della collettività statualmente organizzata”²³,

mente smentiti, dall’espansione dell’intervento dello Stato nella vita economica e nella legislazione sociale [...]” (BORDONI, Gianluca Sadun. *Diritto e opinione pubblica. Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milano: Giuffrè, n. 4, ott./dic. 2000, p. 534).

²¹ “Se entiende por principio de oficialidad aquel criterio, derivado del interés público predominante o del derecho del Estado, por cual el proceso, los actos de que se compone y su objeto, no están subordinados al poder de disposición de sujetos jurídicos particulares, sino que dependen de aquel interés o derecho se ponga de manifiesto al tribunal o se hagan valer por otros órganos públicos ante situaciones subsumibles en supuestos taxativamente determinados por la ley” (DE LA OLIVA, A.; FERNANDEZ, M. A. *Derecho procesal civil*. Madrid: Ceura, 1995, p. 142).

²² ROCCA, Franco Morozzo della. *Enciclopedia Giuridica*. Roma: Treccani, v. 37, p. 1079.

²³ Idem, p. 1078.

representação cuja eficácia não se limita apenas às intervenções judiciais, como é revelador o termo de compromisso de ajustamento de conduta, quando obtido no inquérito civil (inciso III do art. 129 da CR), observação que autoriza a consideração da natureza do Ministério Público como órgão administrativo essencial à jurisdição.

A atuação jurisdicional que, até então, tradicionalmente, era provocada pelo Estado, por decorrência de sua autoridade e em defesa da Lei, com a emergência de uma sociedade civil dotada de legitimidade própria, articulando pressões de transparência dirigidas contra a atividade do próprio Estado, passa a ser cada vez mais um direito utilizado pelos cidadãos, numa prática que, pelo aparecimento de novas categorias de direitos ou interesses – difusos ou coletivos – que compreendem áreas cada vez mais amplas do cotidiano forense, consagra o papel do Ministério Público como um terceiro, essencial à prestação jurisdicional.

Independentemente do acerto da classificação do Ministério Público, no Brasil, como órgão administrativo, quando na doutrina²⁴ e na jurisprudência internacional²⁵ recebe o tratamento de órgão judiciário, sem que as mesmas fontes lhe concedam a função de órgão judicante, é evidente que essa técnica processual permite ao juiz manter-se no processo em superposição às teses agitadas e, ao mesmo tempo, por meio da atividade de um outro órgão estatal, de superar de modo parcial os limites ao seu conhecimento, posto pelo princípio dispositivo.

Importa aqui assinalar o dever processual da promotoria de suscitar vícios não invocados pelas partes, cujo escopo é, naturalmente, a defesa da legalidade objetiva, mas, também, em uma outra face, a tutela da legalidade subjetiva, o direito das partes ao *due process of law*.

Nos EUA, país no qual não se discute que a intervenção processual do Ministério Público está norteada por um estrito princípio de

²⁴ “Sicché è sembrato tallora posible parlare del pubblico ministero come organo di giurisdizione, dando risalto all’interesse da lui perseguito piuttosto che alla disciplina positiva del suo inserimento nel processo. La prevalente dottrina e la giurisprudenza, tuttavia, no hanno omesso di rilevare che giurisdizione é il porsi super partes per la decisione, terzietá rispetto agli interessi portati nel processo” (ibidem, p. 1078-1079).

²⁵ Corte Costituzionale, 19 mar. 1976, in *Giur. Cost.* 1976, n. 388; Cass., mar. 1951, n. 729, in *Foro Italiano*, 1952, I, 760).

supletividade, também se adota uma técnica para o efeito de representar no processo “interesses públicos”, que é denominada “intervenção permitida” (*permissive intervention*). Assim, quando qualquer das partes numa ação judicial invoca ou impugna um ato normativo, contratual ou individual dimanado da administração federal ou estadual, tal órgão poderá requerer a intervenção no processo.

A dificuldade de classificação como direito privado ou público não é uma particularidade do direito do trabalho, compartilhando-a, por exemplo, com o direito de família. No campo do direito processual, a solução baseada na diferença técnica orientada pela legitimação do titular da ação, ou “critério da posição dos sujeitos”, tem maior aplicação nos direitos processuais penal e civil, não no direito processual do trabalho, em razão de dispositivos que atenuam o critério diferenciador (*ex vi* arts. 39, 496, 856, 869 e 874 da Consolidação das Leis do Trabalho).

A doutrina, sobre a *summa divisio*, afirma que se trata de

“uma distinção para a qual não foi achado até hoje um critério absolutamente satisfatório e de uma distinção que continua a ser polêmica, não faltando autores que a atribuem a fundamentos simplesmente ‘ideológicos’. Hoje há quem aponte para uma divisão pluralista, entendendo que certas matérias, de que seria exemplo típico o Direito Social, não cabem em nenhuma das duas categorias tradicionais”²⁶.

O processo do trabalho, com sua natureza complexa, não é um instrumento de típica garantia de direitos individuais, tal como ocorre com o processo civil comum e, de qualquer forma, em ambos, admite-se, ao lado da intervenção obrigatória²⁷, uma intervenção facultativa²⁸ em qualquer causa em que o Ministério Público divise um interesse público de modo a suprir a atividade da parte, sem modificar a natureza do direito disputado.

²⁶ MACHADO, J. Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 65.

²⁷ Art. 82 do CPC, inciso XIII: “intervir obrigatoriamente em todos os feitos nos segundo e terceiro grau de jurisdição da Justiça do Trabalho, quando a parte for pessoa jurídica de Direito Público, Estado estrangeiro ou organismo internacional”.

²⁸ Art. 83 da Lompu, inciso II: “manifestar-se em qualquer fase do processo trabalhista, acolhendo solicitação do juiz ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse público que justifique a intervenção”.

Na mesma linha de argumentação, mesmo no processo civil, pode-se observar que há situações de impossibilidade de autocomposição do litígio, por indisponibilidade dos direitos e interesses em causa.

A intervenção do Ministério Público, além da função fiscalizadora da regularidade no processo, é necessária para a proteção de um interesse qualificado como indisponível, cuja defesa pode estar ameaçada porque não existe um sujeito que ostente ou que, por qualquer motivo, queira ostentar, integralmente sua titularidade²⁹.

Freqüentemente, o motivo da incapacidade tem relação com os direitos difusos, cuja propriedade de afetar uma universalidade de pessoas impede, ou dificulta, a sua defesa a título individual, sendo assumida, nesse caso, pelo Ministério Público, como representante legal da sociedade, sem que o termo provoque sobressalto democrático, porque “com a palavra representação designa-se também a atribuição da função de um órgão que não foi provido ou instalado por meio de eleição”³⁰.

Encontra-se na doutrina uma exposição clara a respeito dessa especial representação legal:

“En principio, el sujeto A está en posibilidad jurídica de llevar a cabo o realizar el hecho X que tiene la consecuencia Y/A. No siempre es esto posible y la representación, o mejor, el modelo de la relación de representación se extiende a casos en los cuales se considera que ciertas personas no pueden llevar a cabo, por circunstancias especiales, los hechos que son el supuestos de estas relaciones [...]”³¹.

A título de epítome das notas anteriores, “la premisa que yace en el fondo es que ésta, y no otra, es la misión que caracteriza al Fiscal, por lo cual difícilmente podrá hablarse de un Ministerio Público cuando, a pesar de compartir nomenclatura, los objetivos por los que vela

²⁹ “La iniziativa del pubblico ministero è necessaria per la realizzazione dell’ordinamento, perché no esiste un soggetto nell’pienezza della sua capacità in grado di attivarsi a tale fine” (ROCCA, op. cit., p. 1082).

³⁰ KELSEN, *Teoria pura do direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1984, p. 40.

³¹ O. SCHMILL, Ulises. Una fundamentación de la democracia. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante: Doxa, 23 (2000), p. 404.

esa institución son otros que la guarda de los intereses generales en el proceso”³².

1.6 Interpretação do inciso LV do art. 5º da Constituição

É inegável que uma primeira leitura do inciso LV do art. 5º da Constituição da República não estimula, em face da literalidade com que está expresso, uma interpretação que, atribuindo-se à expressão litigante um sentido amplo, possa assegurar ao Ministério Público, como interveniente, os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Seria, todavia, apressado contentar-se com uma leitura de superfície, sem submeter a norma, em aparência clara, a uma interpretação, ao mesmo tempo, teleológica e sistemática, critérios operados à luz das potentes mudanças inseridas no processo pelo valor constitucional da onipresença da Justiça.

Da constatação de que a interpretação literal – que alguns pretendem ser o método hermenêutico por antonomásia do Direito, mas que na verdade é apenas uma das opções de abordagem do intérprete – é restritiva e insuficiente parece partir Cândido Rangel Dinamarco³³, ao ponderar, servindo-se de “parte secundária”, que o Ministério Público, quer sendo autor em ação civil pública, quer intervindo como assistente de algum sujeito ou como fiscal da Lei, “é sempre municiado dos poderes e faculdades ordinariamente pertinentes às partes em geral, sendo intimado de todos os atos do processo, podendo produzir provas em geral e devendo participar de audiências e até recorrer (CPC, arts. 81 e 83)”³⁴.

Em outro ponto da mesma obra citada, acentua o autor que

“são diversas as posições assumidas pelos agentes do Ministério

³² DALMAU, Rubén Martinez. *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999, p. 22.

³³ Orientando-se no mesmo sentido da jurisprudência: “A custódia da lei, deferida ao Ministério Público, não pode sofrer restrições, na exegese da norma processual; coarctando-lhe o pleno desempenho do ofício” (RE 926656-9-RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, votação unânime, j. 3 dez. 1984, *Lex-JSTF* v. 92, p. 73).

³⁴ “Em todos esses casos ele é *parte*, ainda que às vezes *parte secundária*” (*Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 678-684).

Público mas, qualquer que seja a figura processual em cada caso, parte ele sempre será, invariavelmente. Como tal, desfruta de todas as situações ativas e passivas que constituem a trama da relação jurídica processual, estando pois dotado dos poderes e faculdades que toda parte tem e sujeito aos ônus e deveres inerentes à condição de parte; a ele são oferecidas, como a todas as partes, as oportunidades integrantes do trinômio pedir-alegar-provar, inerente à garantia constitucional do contraditório”³⁵.

É possível, sem alterar a linha de argumentação do texto, evitar a simples inclusão do Ministério Público no conceito de litigante ou parte, na sua participação como interveniente, preconizando apenas a incidência dos principais vetores, que dão vida e sentido ao processo, sem que a exclusão possa ser imputada, em face da autorizada doutrina citada, como motivada por evitar a contraposição com doutrinadores, também, de prestígio, como Pontes de Miranda³⁶.

Ou Liebman³⁷, que, contrapondo-se à inclinação da doutrina italiana no reconhecimento do Ministério Público interveniente como parte, argumenta não ser vantajosa essa qualificação, em razão dos poderes limitados que lhe são inerentes, isso porque, acrescenta, apesar da profunda evolução institucional apresentada, evoluindo de auxiliar do juízo, segundo a legislação italiana revogada, a uma posição vizinha àquela de parte, o Ministério Público “parte vera e proprio non è, bensí organo del pubblico interesse all’osservanza della legge”³⁸.

A rigor não existiria confronto, primeiro, porque o texto³⁹ de Pontes de Miranda antecede à Constituição de 1988, segundo, porque justamente o argumento de Liebman, mesmo não sendo majoritário na doutrina italiana, excetua aqueles casos em que o Ministério Público poderia ter ajuizado a ação, que são justamente aqueles nos quais, predominantemente, encontra-se o interesse público, sobretudo quando é possível perceber que há interesse difuso envolvido no litígio, cuja presença, em razão da inexistência do vínculo jurídico entre os litigantes do universo afetado, tende a passar despercebido.

³⁵ Idem, p. 422.

³⁶ “Na fiscalização, o Ministério Público atua como órgão da entidade estatal, porém, sem que a entidade esteja aí, como parte” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 2, p. 178).

³⁷ *Manuale di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 123.

³⁸ Idem.

³⁹ Considerando o texto do próprio autor.

Acresce que, sem que se esteja pensando num legislador histórico, senão nas condições que se devem dar para que uma legislação possa ser reputada como racional e utilizando o método teleológico ou finalista, que configura o principal elemento de integração determinante de toda atividade processual em aplicação do princípio do contraditório, orienta-se o texto justamente para interpretar o sistema processual, outorgando poderes que Liebman constata faltarem ao Ministério Público como interveniente.

A posição de sustentar, exclusivamente, a aplicação do contraditório ao Ministério Público quando oficia no processo como *custos legis*, parte do reconhecimento da “*estraneità del pubblico ministero all rapporto sostanziale ed all’interesse concreto dedotti in giudizio*”⁴⁰, como condição suficiente para contornar tal delicada polêmica sem afetar a argumentação de fundo.

Sem prejuízo dessa cautela, o processo, observada a ubiqüidade da Justiça, consagrada no inciso XXXV do art. 5º da Constituição, está concebido objetivando que a lide se resolva com a possibilidade de presença de todos os interesses que possam ser afetados pela decisão, valorização participativa que exige para uns, e faculta para outros, a audiência de todos os interessados na relação jurídica controvertida, a fim de impedir que sejam afetados interesses cujos titulares não tenham sido ouvidos no processo (*nemo debet inaudito damnari*).

O contraditório constitucional é a máxima expressão do processo como uma tomada de decisão, após a garantia da participação, além dos litigantes diretamente confrontados, de uma multiplicidade de posições jurídicas⁴¹, que nele têm legítimo interesse, incluída a sociedade eventualmente afetada e “*presentada*”⁴² pelo Ministério Público, mediante o direito de produzir prova e requerer “*medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade*”.

⁴⁰ ROCCA, op. cit., p. 1079.

⁴¹ Reunidas, basicamente, nos Capítulos IV – Do litisconsórcio e da assistência – e V – Da intervenção de terceiros – do Título II do Código de Processo Civil.

⁴² Considerando que as atribuições conferidas ao Ministério Público pela Constituição de 1988 atenderam “*antiga reivindicação da própria sociedade*” (MELLO, Celso. Supremo Tribunal Federal. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 147, p. 161, jan. 1994), não é inadequado afirmar, utilizando a nomenclatura de Pontes de Miranda (*Comentários ao CPC*, cit., t. 2, p. 178), que o Ministério Público “*presenta*” a sociedade na defesa do seu interesse (público).

O princípio do contraditório não está contido no princípio da igualdade, resulta formalmente dele, e Humberto Theodoro Júnior⁴³ correlaciona-os ao afirmar que o primeiro consiste na necessidade de ouvir o interessado perante o qual será proferida a decisão, garantindo-lhe o pleno direito de defesa e de pronunciamento, durante todo o curso do processo.

O critério mais adequado para não comprometer, mediante a imposição de um formalismo jurídico, a efetividade do princípio constitucional do contraditório é o critério teleológico, concebido de modo, por certo, distinto da clássica busca da vontade do legislador e com um enfoque amplo que considere, ao menos, a possibilidade de que o processo entre particulares possa, eventualmente, afetar interesses *inter alios*.

A irradiação do valor constitucional do contraditório, ainda que não se revele de forma explícita e em toda sua extensão no Código de Processo Civil, é o pressuposto da relação jurídico processual, mesmo que estabelecida exclusivamente entre particulares, como produtora de efeitos nem sempre limitados à esfera privada⁴⁴.

A Constituição da República assegura o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV) e a positivação desses princípios, quer dizer, suas estruturações como normas supremas com eficácia direta, não permite eludir suas aplicações às regras processuais do ordenamento jurídico⁴⁵, que deve buscar, em cada caso concreto, o máximo efeito integrador desses princípios, de modo que se alcance, em essência, que a legislação infraconstitucional se ajuste ao seus efeitos normativos.

⁴³ *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 1, p. 28.

⁴⁴ Um exemplo paradigmático que, nos Estados Unidos, deu início à teoria do *state actio*, quer dizer, a delimitação de quando uma ação pública possa aplicar a Constituição às atividades presumivelmente privadas, foi o caso Shelley (334 us 1 1984), declarando inconstitucionais convênios privados de compra e venda de imóveis, nos quais o contrato se sujeitava à condição resolutória em caso de revenda a negros (cit. GARCIA, Enrique Alonso. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984).

⁴⁵ “A Constituição de 1988 trouxe uma novidade importante: eliminou a referência à lei, a qual estava presente nas Cartas anteriores, para o exercício da ampla defesa. Trata-se, agora, de norma *self-executing*, bastante em si, auto-executável, que dispensa a *interpositio legislatoris* e, portanto, não autoriza uma negação do direito, tampouco comporta a espera de normas regulamentadoras procedimentais para o exercício do direito” (BRAMANTE, Ivani Contini. *Eficácia do contraditório e ampla defesa nas relações interprivadas*. Caxias do Sul: Plenum, Software, 2001).

1.7 O princípio do contraditório e o Ministério Público no Código de Processo Civil

1.7.1 Art. 81

A diretriz que consta da epígrafe parte da observação de que, além de a norma do art. 81 do CPC dizer menos do que queria, porque cabe ao Ministério Público os mesmos poderes e ônus que às partes, tanto na condição de autor, como na posição de réu⁴⁶, uma interpretação consentânea à processualística constitucional, congruência que Kelsen chama de “interpretação da Constituição”⁴⁷, impõe o tratamento de parte, ao menos no que atine à aplicação do princípio do contraditório, tanto ao Ministério Público agente, quanto ao Ministério Público interveniente.

O conceito de parte, como instituto processual *in genere*, assume uma diversa configuração e recebe um diverso tratamento, segundo se trate de parte *stricto sensu* ou parte equiparada ou formal. Na condição de interveniente, à semelhança de quando exerce a função de agente – daí sua condição de parte no sentido formal –, o Ministério Público comparece no processo, sem guardar identidade com o conceito estrito de parte, para a defesa de bens, interesses ou valores jurídicos indisponíveis.

A amparar essa interpretação – a atribuição do contraditório ao Ministério Público interveniente à semelhança da parte – acima da letra articulada no texto legislativo, ou, em dicção no campo dos métodos interpretativos, acima do horizonte unidimensional da exegese literal para o *telos* sistemático-valorativo, que a infiltra, conjugando-a com a superior diretriz constitucional de integrar ao processo todos os interesse afetados.

A verificabilidade de idêntica consequência processual nos arts. 84 – a nulidade do processo motivada pela ausência de intimação do Ministério Público, ainda que só quando obrigatória sua intervenção

⁴⁶ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 519.

⁴⁷ “Mas há também uma interpretação da Constituição, na medida em que de igual modo se trate de aplicar esta – no processo legislativo, ao editar decretos ou outros actos constitucionalmente imediatos – a um escalão inferior [...]” (KELSEN, op. cit., p. 463).

– e 214 do Código de Processo Civil – a validade do processo pressuposta pela citação do réu – satisfaz o teste de adequação sistêmica.

O mesmo teste é satisfeito como consequência da descoberta de que é impossível encontrar um só Título no Livro I do Código de Processo Civil que não esteja impregnado da imprecisão da linguagem binária parte/Ministério Público (*ex vi* arts. 14 e outros⁴⁸). A freqüente imprecisão de critério pelo legislador não significa que o processo interpretativo prescindia da unidade, ao contrário, o modo coerente com que o intérprete dá significado à literalidade normativa é que permite a unidade do processo hermenêutico.

Posto em realce, na forma de silogismo, veríamos que: (a) o princípio do contraditório pressupõe a obrigatoriedade de citação do réu, cuja omissão tem como consequência não se aperfeiçoar o processo, *ex vi* o art. 214 do CPC; (b) na hipótese fática descrita no art. 84 do mesmo diploma, a ausência de intimação do Ministério Público tem como consequência não se aperfeiçoar o processo. Em conclusão, (c) na última hipótese estamos em face da violação do princípio do contraditório.

As considerações precedentes sustentam a observação da vontade do legislador constitucional, parâmetro interpretativo da legislação ordinária, para reforçar a proteção dos interesses metaindividuais e individuais indisponíveis.

Antes de finalizar o tópico, tenha-se em conta, ainda, o direito comparado. Na França, podendo o Ministério Público atuar na qualidade de parte ou de coadjuvante, oficia na primeira condição em todos os supostos estabelecidos em lei, segundo o art. 422 do Código de Processo Civil francês, e, fora dessas hipóteses, poderá atuar, ainda na qualidade de parte, em defesa da ordem pública, se o processo versa sobre fatos que contra essa atentem (art. 423).

Em Portugal, pelo Estatuto do Ministério Público, esse intervém como parte principal quando representa interesses coletivos ou difusos (art. 5º, n. 1, alínea e) e como parte acessória, quando, não se verificando a hipótese anterior, a “acção vise a realização de interesses colectivos ou difusos” (*idem*, n. 4, a). É de se observar que na condição de parte acessória estabelece-se para o *parquet*, no processo civil português, o regime relativo à intervenção, e, portanto, com aplicação do contraditório.

⁴⁸ Arts. 15, 17, 128, 129, 130, 131, 356, 381, 421, 425, 437, 440, 499.

1.7.2 Art. 125

O princípio do contraditório constitucional interage no Código de Processo Civil com o princípio da igualdade⁴⁹ e uma interpretação do art. 125 do Código de Processo Civil, considerando a efetiva defesa do interesse público, exige a inclusão, no âmbito da norma, do Ministério Público; de não ser assim, a proteção que se pretende dar ao interesse público teria um caráter apenas formal, incompatível com a finalidade objetivada pelo legislador.

Sendo o processo uma atividade dirigida a compor litígios reais ou potenciais (inciso XXXV do art. 5^o), essa atividade, desde um ponto de vista procedimental, deve realizar-se em razão dessa finalidade que, por sua vez, marca o limite para a integração, em igualdade, dos interessados no processo: o legítimo interesse jurídico.

Uma outra razão abona a inclusão do Ministério Público, no exercício da sua função de *custos legis*, no princípio da igualdade, que é a necessidade de preservar o caráter dialético do processo, que resultaria amesquinhado caso, ante o silêncio da sentença quanto ao arrazoadado da promotoria do trabalho – sua tácita rejeição, portanto –, o órgão fosse obrigado a recorrer sem um prévio conhecimento das razões da deposição.

1.7.3 A atualidade da audiência

O último parágrafo acena para uma característica do processo, estreitamente encadeada ao contraditório e à igualdade, que em potência dirige e organiza a aplicação dos referidos princípios: o apelo à motivação.

Ada Pellegrini Grinover⁵⁰ não tem dúvida em afirmar que acolheu,

⁴⁹ É curioso observar que Humberto Theodoro Júnior, na passagem antes citada, acrescenta que “embora os princípios processuais possam admitir exceções, como o princípio da igualdade entre as partes, o do contraditório é absoluto, e deve ser sempre observado”. Nega, portanto, a dependência do segundo em relação ao primeiro, e parece ajustar perfeitamente a relação entre os princípios à hipótese de participação do Ministério Público no processo.

⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 50, p. 7, nov. 1990.

“assim a Lei Maior, o entendimento doutrinário de que o problema da motivação se coloca no plano dos direitos fundamentais, de ordem pública, avultando nele a idéia de garantia e controle extraprocessual, por servir como elemento de aferição, *in concreto*, da imparcialidade do juiz e da legalidade da decisão, bem como da efetividade do contraditório e da observância do devido processo legal”.

A aplicação dos princípios cardinais do contraditório e da igualdade não tem sentido, nem substância, para os que têm direito subjetivo⁵¹ ao processo, se não for operada por meio, e apenas por meio, da obrigação do juiz de realizar a “audiência”, cujo caráter abstrato se concretiza no acolhimento ou rejeição dos interesses defendidos pelas razões de decidir⁵².

Pode-se objetar que o Ministério Público não tem direito subjetivo ao processo e a essa objeção se deve dar razão, no sentido de que não se trata, na espécie, de um direito subjetivo privado, em sentido técnico, mas como um dever de atuar no processo, cujo elemento essencial é o direito de ser ouvido e de ver examinada pelo juiz, não menos que qualquer outra parte, a defesa que lhe cumpre realizar.

Barbosa Moreira dá reforço a esse entendimento, incluindo na garantia a aferição do direito

“que têm as partes de ser ouvidas e de ver examinadas pelo órgão julgador as questões que houverem suscitado, além de fazer valer razões em juízo de modo efetivo e, por conseguinte, de reclamar do órgão judicial a consideração atenta dos argumentos e provas trazidas aos autos”⁵³.

⁵¹ “Sempre que há direitos subjetivos, sempre que eles são ‘concedidos’, são concedidos através da criação de imperativos. Nem aliás poderia ser doutro modo, por isso que o direito, por si mesmo, não dispõe de qualquer outro meio de ação senão daquele que lhe é conferido através do poder de emitir comandos” (ENGLISH, op. cit., p. 45).

⁵² “A cognição está voltada à produção do resultado final, que é a decisão ou o provimento jurisdicional. Ao longo do *iter* percorrido, o magistrado enfrenta e resolve inúmeras questões de fato e de direito e o esquema do silogismo final e os aspectos mais importantes para a justificação lógica da conclusão última devem ficar expressos na motivação” (WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 65).

⁵³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente a estado de direito. In: _____. *Temas de direito processual - 2ª série*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 83.

Não havendo de suscitar dúvidas razoáveis a afirmação de que o poder/dever concedido, pela ordem jurídica, ao Ministério Público de intervenção no processo, no que respeita à sua finalidade, é um meio para proteção do interesse público, uma dedução salta *hic et nunc*: os princípios do contraditório e da igualdade já pressupõem o significado da audiência como característica do processo, que somente vale na medida em que se garante aos litigantes, interessados e Ministério Público⁵⁴, que suas razões serão ouvidas e, quando rejeitadas, o sejam apresentado-se os motivos.

Para demonstrar o dever, em potência, de “audiência” na intervenção do Ministério Público, pode-se partir da seguinte premissa: um atraso na participação do Ministério Público como interveniente, ainda que se considere ser incompatível com o critério de legalidade, pelo qual se rege o *parquet*, só acarreta eventual sanção disciplinar, nunca, como quando assume o seu exercício na função de parte, uma sanção processual.

Da premissa chega-se à conclusão de que a ausência de peremptoriedade dos prazos não pode significar outra coisa senão que os membros do Ministério Público cumprem deveres, intervindo nos autos que lhes estão funcionalmente atribuídos e, justamente por se constituírem deveres, são tão essenciais à administração da justiça como a sentença que define o direito no caso concreto.

Assim como o magistrado, por imperativo legal, não pode se abster de julgar, também o Ministério Público não pode se abster de fiscalizar o processo. A diferença é que as sentenças têm de ser necessariamente motivadas, enquanto a participação do Ministério Público, assumindo mais de uma forma – expressando tanto uma diversidade de interesses, quanto uma diversidade no enfoque dos interesses, tema para o qual se conduzirá a exposição –, poderá ou não conter motivação.

Não é uma casualidade, senão um sintoma da especificidade como participante institucional no processo, que justifica tanto os enunciados do legislador que em princípio parecem contraditórios⁵⁵, quanto a co-

⁵⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 132.

⁵⁵ O princípio da igualdade do Ministério Público com as partes e, ao mesmo tempo, o estabelecimento de prerrogativas processuais (*ex vi* art. 188) e restrições (*ex vi* não poder confessar) que julgou conveniente fixar para otimizar o exercício das atribuições cometidas à instituição.

nexão, no mesmo artigo (83 da Lompu) e, mesmo, em um só inciso (o de n. II), de duas formas de participação do Ministério Público.

Aplicando-se o método analítico à Lei Complementar n. 75/93, especificamente ao art. 83, que trata da atribuição funcional do Ministério Público do Trabalho, encontram-se dois tipos normativos de interesse público: um determinado pela natureza das pessoas que ocupam posição no processo (inciso XIII); outro indeterminado, porém determinável por iniciativa do *parquet* ou por acolhimento à solicitação do juiz (inciso II).

1.8 Manifestação e intervenção, duas formas distintas de participação no processo

Malgrado não conste da Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lompu) uma menção expressa, convém extrair uma nítida linha de demarcação entre duas distintas atividades que a promotoria do trabalho exerce no processo, na função de *custos legis*, que são a manifestação e a intervenção.

A distinção, como norma implícita e atendendo à exigência de validade⁵⁶, pode ser deduzida do texto legal, mas não só, já que é possível demonstrar sua coerência sistêmica com o inciso IV do art. 84 da Lei antes referida, quando estabelece a obrigatoriedade de que o *parquet* trabalhista seja cientificado “pessoalmente das decisões proferidas pela Justiça do Trabalho, nas causas em que o órgão tenha intervindo ou emitido parecer por escrito”.

Nesse inciso, no qual o significado categorial⁵⁷ da conjunção alternativa que enlaça as unidades “que tenha intervindo” e “parecer por escrito” exprime equivalência, a razão da exigência de intimação pessoal é o exame, para efeito de eventual recurso, da repercussão da

⁵⁶ Riccardo Guastini, ao tratar das classes de normas implícitas, elenca como primeira aquela “norme che possono essere validamente inferite a partire dalle norme esplicite secondo schemi di ragionamento logicamente validi e senza l’aggiunta di ulteriore premese (cioè senza l’impiego di premesse che non siano norme esplicite)” (*Teoria e dogmatica delle fonti*. Milano: Giuffrè, 1998, p. 18)

⁵⁷ Significado categorial, segundo a definição de Evanildo Bechara, é o que corresponde ao como da apreensão do mundo extralingüístico, a forma de intuição da realidade ou, ainda, o modo de ser das palavras no discurso (*Moderna gramática portuguesa*. Rio de Janeiro: Lucerna, p. 109).

proposta prescritiva⁵⁸, anteriormente feita pela promotoria do trabalho, na decisão *sub examine*.

Não sendo possível ignorar que os discursos prescritivo e descritivo, mesmo que a produção de ambos conjuntamente não seja exaustiva, são, todavia, segundo o ponto de vista pragmático, reciprocamente excludentes, parece oportuno dar nomes distintos a atividades da promotoria do trabalho fundamentalmente diferentes.

Extraíndo da norma que a intervenção é a participação da promotoria do trabalho que contenha ao menos uma proposição prescritiva, ou seja, ao menos a proposição de um comportamento, essa expressão será reservada à formalização pelo Ministério Público do Trabalho de uma conduta, processual ou material, entendida como aquela cuja execução possa ser empiricamente verificável.

Quando existente fiscalização aprovativa, tácita ou expressa, com o emprego de uma proposição descritiva, se utilizará a expressão manifestação, introduzindo uma terminologia só parcialmente *ad hoc*, porque foi empregada, nesse sentido, pelo legislador na hipótese do inciso II do art. 83 da Lompu⁵⁹.

Por ser norma de Direito formal, é valioso conferir a redação do inciso em tela: “Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: [...]; II – manifestar-se em qualquer fase do processo trabalhista, acolhendo solicitação do juiz ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse público que justifique a intervenção; [...]”.

Nesse inciso, o legislador, combinando um recurso de dicotomia nominal de natureza lógica e uma técnica redacional repleta de conseqüências, inseriu duas normas, uma que diz respeito à manifestação, em qualquer fase do processo trabalhista, outra concernente à intervenção quando a promotoria do trabalho entender existente o interesse público.

⁵⁸ “Generalmente parlando, si dice prescrittivo (direttivo, precettivo, imperativo) un enunciato la cui funzione sia non già quella di formulare e trasmettere informazioni e conoscenze, bensì quella di modificare, dirigere, influenzare il comportamento degli uomini” (GUASTINI, op. cit., p. 24).

⁵⁹ De fato, a menção a uma terminologia “parcialmente *ad hoc*” dá conta desse uso correto, sem descuidar que o legislador, em outras passagens, nem sempre guardou coerência.

Já no inciso XIII do mesmo artigo, o legislador usou apenas o verbo “intervir” para prescrever a obrigatoriedade da participação da promotória do trabalho “em todos os feitos quando a parte for pessoa jurídica de Direito Público, Estado estrangeiro ou organismo internacional”.

A particularidade do recurso técnico usado na composição redacional no inciso II – motivada, permita-se suspeitar, por uma relevante racionalidade – está dada pelo fato de que a “manifestação” pode, se, e somente se, justificado o interesse público, converter-se em uma “intervenção” e, nessa hipótese, gerar importantes conseqüências no plano processual, como se verá nos passos ulteriores.

Tratando analiticamente as proposições normativas contidas nos incisos II e XIII, tem-se como elemento geral a finalidade de defesa do interesse público pelo *parquet* no processo trabalhista, e como elemento particular duas formas de defesa de natureza marcadamente distintas, exigindo diferentes análises com relação às conseqüências que determinam no processo.

O inciso XIII do art. 83 da Lei Complementar n. 75, que atribui competência ao Ministério Público do Trabalho junto aos órgãos da Justiça do Trabalho, dispõe ser obrigatória⁶⁰ a intervenção da promotória do trabalho, “em todos os feitos no segundo e terceiro grau de jurisdição, da Justiça do Trabalho, quando a parte for pessoa jurídica de Direito Público, Estado estrangeiro ou organismo internacional”.

A determinação categórica utilizada na norma pressupõe que o legislador considerou a participação do Ministério Público, além do elemento de relevância fiscalizadora no processo – como acontece com a manifestação tratada na primeira parte do inciso II do mesmo artigo –, uma intervenção indispensável ao aprofundamento e certeza da lide controvertida, quando no processo se apresentam as pessoas qualificadas na norma.

Enquanto o citado inciso XIII evidencia a preocupação em proporcionar um maior controle do Estado, por intermédio do Ministério Público, em litígios que, em razão da qualidade das pessoas envolvidas, o legislador considerou, sem desembaraçar-se de cargas inúteis

⁶⁰ [...] que, aí, é obrigatória, surge a razão por que se podem invocar os arts. 84 e 85”. O mesmo fundamento que Pontes de Miranda utiliza na citação com relação ao mandado de segurança, deve ser usado no inciso em tela (*Comentários ao CPC*, cit., p. 179).

da tradição⁶¹, haver interesse público, no inciso II do mesmo artigo, o legislador achou por bem facultar ao *parquet* uma dupla via.

Na observação dessa dupla via, que contém as variáveis manifestação ou intervenção, o Ministério Público deve examinar o processo: (A) não constatando o interesse público material, sua atividade resume-se a uma manifestação fiscalizadora da regularidade do processo; (A') constatando a regularidade formal da sentença, o ofício se esgota em uma manifestação descritiva, que pode ser expressa ou tácita; (A/B) constatando a nulidade da sentença, parcial ou total interesse público formal, dá origem a uma intervenção prescritiva de nulidade; (B) constatando e definindo *per generatione*, ou por solicitação do juiz, o interesse público material, segue-se a intervenção prescritiva estruturada pelas razões que a justificam.

A instância judicial, sem retirar a autonomia do Ministério Público no exercício da função, ou, em outros termos, sem vincular a convicção do *parquet* na identificação do interesse público em cada caso concreto, além de possibilitar à instituição articular a dupla via mencionada, parece ter justificativa no fato de que, em determinados processos, nos quais aparentemente a decisão possa repercutir no interesse público, o magistrado, obrigado a manter-se reservado, pela exigência de comportamento imparcial, tanto sobre o conflito formalizado quanto sobre as manifestações das partes no processo, provoque o Ministério Público para participar, abstendo-se de tomar iniciativas que revelem, ainda que indiretamente, a formação progressiva de sua convicção.

Duas normas, entre muitas outras⁶², exemplificam hipóteses de participação obrigatória do Ministério Público no processo: a primei-

⁶¹ Substancialmente porque, se a União conta para representá-la com a Advocacia-Geral (art. 131 da Constituição da República), os Estados e o Distrito Federal com seus procuradores (art. 132, *idem*) e as demais pessoas jurídicas de direito público têm suas próprias procuradorias, com advogados recrutados, nos termos da Constituição de 1988 (inciso II do art. 37), por concurso, não há razão para o exercício de uma intervenção do Ministério Público da União em razão da qualidade das pessoas, como ocorria ao tempo das Constituições Federais de 1946 (art. 126, parágrafo único) e 1967 (art. 138, § 2º), bastando a manifestação (função de fiscalização) do *parquet*.

⁶² Código de Defesa do Consumidor, art. 92: “O Ministério Público, se não ajuizar a ação [coletiva para a defesa dos interesses individuais homogêneos] atuará sempre como fiscal da Lei”.

ra, evidenciando a qualidade da parte, prevista no art. 232 da CR, em ações de defesa dos interesses dos índios; a segunda, evidenciando a natureza da lide, relativa à extensão das condições de trabalho às categorias profissionais diversas das que figuram no dissídio coletivo⁶³, prevista no art. 869 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Descer ao étimo *intervenire*, vir por dentro, contribui para compreender a *ratio distinguendi* entre a manifestação e a intervenção que compartilham o inciso II, pela qual a linha divisória é traçada pela medida do interesse público envolvido, que pode limitar-se à função fiscalizadora da regularidade processual, tácita ou expressa, porém sem proposição quanto ao interesse público material, em posição externa, portanto, à dialética do processo, ou pode vir por dentro, internalizada na dialética, deduzindo uma proposição teleológica.

Na função de fiscalização, a “manifestação” do Ministério Público, se propositiva, em razão da existência do interesse público processual, material, ou misto, converte-se em “intervenção”, e a partir dessa estruturação dinâmica nasce a situação hermenêutica em que é possível se apoiar para distinguir quando é atual, e quando não, o dever pelo juiz de “audiência” das razões do Ministério Público.

Para confirmar que o paralelismo entre intervenção e audiência não é uma passagem de *coq à l'âne*, recorre-se novamente, em razão da sua fecundidade explicativa, ao inciso IV do art. 84 da Lompu. A norma contida nesse inciso só faz sentido – “ser cientificado pessoalmente das decisões proferidas pela Justiça do Trabalho” – desde que não se force em nenhuma medida sua literalidade – mediante a presença das razões pelas quais o juiz rejeitou a intervenção ou “parecer” emitido “por escrito” do Ministério Público⁶⁴.

Fiscalizando o processo, é de igual importância tanto a manifestação, quanto a intervenção do Ministério Público, bifurcação que, longe de ser apriorística, somente é possível, ou é justamente determinada, no momento mesmo da irrupção do juízo, pelo promotor do trabalho, sobre o concreto interesse público.

⁶³ Desde que, segundo a alínea *d*, a iniciativa não tenha sido do próprio Ministério Público do Trabalho.

⁶⁴ Em oposição ao parecer verbal, cuja forma fluida inviabilizaria, exceto se tomado a termo, portanto, assumindo a forma escrita, uma rejeição fundamentada pelo juiz.

À crítica que se possa articular em razão da difícil identificação entre manifestação e intervenção, deve-se responder que a dificuldade não deriva da consideração extraída do inciso II do art. 83 (Lompu), da dúplice direção, menos, ainda, de alguma secreta inclinação do legislador, ou do intérprete, pelo nebuloso. Seu fundamento reside na própria natureza complexa da presença do Ministério Público no processo civil trabalhista, no qual a distinção entre manifestação e intervenção, sem negar a unidade comum de atuação institucional, responde a uma exigência metodológica racional da atualidade da audiência, necessária apenas em presença de uma proposição formal sobre o interesse público material ou processual.

A rigor, só uma definição que dissocie os termos manifestação e intervenção, aparentemente similares, permite a congruente interpretação dos dois sentidos contidos na norma: o facultativo e o obrigatório.

Acresce que a ocorrência, ou não, da atualidade da audiência, só pode ter alguma dificuldade teórica, mas não supõe um problema prático de difícil solução, pois é suficiente o critério de verificação de uma proposição ministerial endereçada, claramente, a uma providência saneadora do processo, ou a uma solução para a lide, para que, efetivamente, implique a receptividade do dever de audiência.

Havendo uma proposição definida, com caráter de vontade institucional, o exame pela magistratura não é uma conseqüência da intervenção ministerial, é justamente a finalidade pela qual é produzida.

Têm apropriada dimensão para figurar, exigindo proposição fundamentada, como exemplo de interesse público processual – atividade de intervenção por ofensa ao regular desenvolvimento do processo –, as matérias enumeradas no art. 301 do CPC⁶⁵, e como exemplo de interesse público material – atividade de intervenção por ofensa a direito individual indisponível –, uma ação de empregado dispensado sem justo motivo, na qual o Ministério Público divise, pela prova dos autos, uma dispensa discriminatória.

Só uma compreensão excessivamente simplista da complexa e concreta participação do Ministério Público no processo civil, ou a preten-

⁶⁵ Exemplificativamente, há interesse público em preservar, na atividade processual, a coisa julgada (inciso VI do art. 301 do CPC), instituto que visa essencialmente pôr um ponto final nos litígios e assegurar a paz pública.

são a uma auto-suficiência dogmática, poderia reclamar a necessidade de uma precisa linha de divisão entre manifestação e intervenção.

De igual modo, não existe uma linha fixa, quando se trata, por exemplo, de interesses individuais indisponíveis⁶⁶, homogêneos ou não, ou quando um critério é utilizado pela doutrina⁶⁷ para possibilitar a identificação do MP – parte na ação cível *lato sensu* – como substituto processual (legitimado extraordinário), defendendo direito alheio, ou como parte principal (legitimado ordinário), defendendo direito social.

O ponto que aparece em toda a sua evidência, desde o momento em que se sustenta a dicotomia entre a manifestação e a intervenção exercidas pelo *parquet*⁶⁸, é que afastar o contraditório da última função teria a conseqüência inaceitável de excluir o titular de um interesse juridicamente tutelado da incidência de um princípio absoluto, segundo a doutrina citada em nota, em antinomia com toda a economia dos princípios gerais do processo⁶⁹, como se ilustra, *a simile*, no art. 213 do Código de Processo Civil, em que há determinação de que seja chamado ao processo também o interessado, cujo interesse juridicamente tutelado possa ser afetado.

A relação entre a importância da participação do *parquet*, variável segundo o plano no qual vem colocado o interesse público, e a diver-

⁶⁶ “Mas, ainda que se queira ser mais restritivo, não se aceitando a idéia de um interesse social configurado pelo próprio instrumento do processo coletivo, certamente se poderá reconhecer, em alguns casos, de acordo com o caso concreto, inquestionável interesse social subjacente à defesa de certos interesses individuais homogêneos” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação civil pública no âmbito da justiça do trabalho nas ações civis públicas. *Revista da Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª Região – Ação civil pública*, São Paulo: Centro de Estudos – PRT – 2ª Reg., 1998, p. 50).

⁶⁷ “A grande linha divisória [...] é traçada na medida em que predominem, nos interesses em jogo, respectivamente, o interesse particular de terceiros ou o interesse público da sociedade politicamente organizada” (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 24).

⁶⁸ O Ministério Público tem função consultiva, função interventiva e função de propositura de ação (PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao CPC*, cit., p. 180).

⁶⁹ Essa designação refere-se àqueles conteúdos preceptivos, de âmbito mais geral, que se extraem por via interpretativa da análise das normas processuais singulares, enquanto elementos componentes do sistema de direito e que lhe dão precisão de sentido.

sidade de consequência no plano processual vem confirmada mediante duas considerações: a) empiricamente, não há objeto juridicamente relevante a ser submetido ao contraditório na hipótese de manifestação; b) teoricamente, a ausência de contraditório e audiência na hipótese de intervenção exclui da dialética processual a defesa do interesse público.

O interesse público tem, no art. 83 do Estatuto do Ministério Público da União, dois sentidos e uma tripla consequência: (1^a) num primeiro sentido, quando indeterminado (inciso II), o princípio do contraditório não se aplica de imediato, porque tem como pressuposto a capacidade de justificação do Ministério Público, ou sua capacidade de enunciar o interesse público; (2^a) no mesmo sentido, só se instala o contraditório, com o dever de apreciação da proposição ministerial, quando essa resultar, na avaliação do magistrado, juridicamente relevante, sublinhe-se, pela importância, decisão da qual cabe recurso pelo Ministério Público; (3^a) o contraditório sempre se aplica quando a hipótese é de intervenção expressa no sentido do interesse público determinado (inciso XIII).

Por último, a exigência da explicitação do interesse público pode ser vista, ainda, por diversa ótica e considerando duas concepções de dever: (a) como uma imposição da situação institucional ocupada pelo Ministério Público, relacionando o seu dever processual de justificação com a garantia de que sua intervenção só ocorre mediante as hipóteses que exigem a tutela do interesse público no caso concreto; (b) correlacionando a intervenção justificada, e *a fortiori* a obrigatória, também justificada, de um órgão público com o dever de apreciação de sua proposição pelo juiz: dever de “audiência”.

1.9 Um bom argumento dogmático

A efetiva participação do Ministério Público no processo depende, sem dúvida, da sua inserção na dialética processual por meio da “audiência” das razões, que justificam sua intervenção, pela magistratura. Dever judicial cuja omissão é cabível de impugnação pelo meio próprio, que é o recurso de embargos declaratórios.

A atual redação do art. 489 do Código de Processo Civil fez cessar o rumor doutrinário quanto à natureza jurídica dos embargos

de declaração. A corrente que negava natureza recursal aos embargos, por visarem o saneamento da sentença dos vícios alegados e não a sua reforma, não pôde sobreviver à reforma de dezembro de 1994, pela qual o legislador fez uma opção de redação que afastasse as dúvidas, ao incluí-los no rol dos recursos, oponíveis tanto em face das sentenças, quanto dos acórdãos (arts. 496 e 535 do Código de Processo Civil).

A questão dos embargos declaratórios – agora, como antes da citada reforma do Código de Processo Civil – radica no modo com que se deve relacionar a magistratura e o Ministério Público – esse orientado para sua função de defesa do interesse público – no que atine aos princípios processuais: uma decisão que responda integralmente ao contraditório e ampla defesa deve enfrentar e fundamentar todas as questões relevantes discutidas no processo.

A menos que se negue a verdade acaciana de que toda interpretação de um texto começa necessariamente pelo seu sentido literal, marco limite da interpretação, não há flexibilidade ou riqueza de matices imagináveis que desautorize – combinando a reafirmada natureza de recurso dos embargos declaratórios com a redação do inciso VI do art. 83 da Lei Complementar n. 75/93, pela qual se outorga competência recursal ao *parquet* trabalhista, quando entender necessário, das decisões da Justiça do Trabalho – ao Ministério Público garantir sua inclusão na dialeticidade do processo utilizando a convincente técnica processual que emerge do citado conjunto normativo.

Não sendo permitido atribuir outro sentido à expressão recurso do que aquele que manifesta seu próprio significado técnico jurídico, afastada a pertinência de qualquer significado ordinário num contexto processual, a autoverificabilidade da possibilidade de interpor embargos declaratórios por parte do Ministério Público – sempre que, manejada sua intervenção, houver omissão no dever de apreciação na sentença – pode ser posta em evidência de um modo direto pelo inciso VI do art. 83 da Lei Complementar: “recorrer das decisões da Justiça do Trabalho, quando entender necessário, tanto nos processos em que for parte, como naqueles em que officiar como fiscal da Lei [...]”.

É importante sublinhar que, quando não há interesse público, a participação do Ministério Público no processo deriva de uma diretiva, e quando há, deriva de um imperativo que, ao ser cumprido por

meio da fundamentação, segundo a determinação do inciso III do art. 82 do Código de Processo Civil, o Ministério Público tem o mesmo direito, não mais simplesmente interesse, garantido às partes litigantes em obter uma apreciação pelo Juízo dos fundamentos constantes de sua intervenção.

Se o Ministério Público não tem apenas simples interesse em obter uma apreciação pelo juízo das razões articuladas, mas tem o direito que decorre do objeto sobre o qual recai sua intervenção – tendo em conta as conseqüências do resultado do processo, não do interesse concreto das partes diretamente envolvidas no litígio, mas sobre um número invisível de casos ou, mesmo, da comunidade inteira – a medida de sanção não pode ser outra que a nulidade, por omissão, da decisão que, após embargada, deixar de apreciar a intervenção ministerial.

Sem desconhecer que, freqüentemente, a utilização do argumento *exempli* serve tão-somente pequenas doses de péssima teoria, a justificativa de trazer à colação o acórdão prolatado no RO n. 5.593/92 é a de que só se pode controlar com eficiência aquilo que transcende de algum modo ao exterior.

No acórdão citado, lavrado em ação que reiterava – utilizando-se da técnica de diferenciar a especificação do segundo pedido: aplicação ao salário do divisor de 180 horas – pedido já decidido – o reconhecimento de horas extras a partir da sexta – no processo anterior (n. 2011/91, Vara do Trabalho de Jaú), apesar de a intervenção do Ministério Público estar amparada em dois argumentos, um persuasivo e um axiomatizado⁷⁰ – cuja prova da sua correção ou incorreção tem relativa independência sobre o consenso quanto às premissas assentadas –, ambos foram desconsiderados nas razões de decidir, sem que, à

⁷⁰ No parecer, partindo da identidade do objeto (“já que a pretensão deduzida em Juízo é em ambos os processos o aumento real da contraprestação salarial pela jornada de trabalho de 8 horas”), ainda que aparentemente houvesse dessemelhança, foi utilizado um argumento persuasivo (“de fato, pela via do reconhecimento das horas extras, ou pela do divisor de 180 horas, objetiva-se o mesmo bem da vida”), complementado por um argumento axiomático de demonstração matemática da identidade (na qual por hipótese fixou-se o salário mensal em 100, donde, (I) $100 \div 240 = 0,41$; $100 \div 180 = 0,55$; $0,55 \div 0,41 = 1,33$ e (II) $100 \div 8 = 12,5$; $100 \div 6 = 16,6$; $16,6 \div 12,5 = 1,33$, portanto $I = II$).

época, o subscritor do texto considerasse o evidente, natural e imprescindível caminho dos embargos declaratórios.

1.10 Conclusão

O uso de uma técnica tricotômica permite articular a passagem *de lege lata*, na primeira parte, a *de lege ferenda*, na última parte, servindo a parte intermediária como uma brevíssima exposição de motivo para o projeto da norma a ser criada.

1.10.1 “*De lege lata*”

Desde a perspectiva em que o texto foi desenvolvido não é difícil reconhecer que, se o objetivo da argumentação fosse apenas o retorno do Ministério Público à dialética processual, através da porta aberta pelos embargos declaratórios, seria suficiente o “bom argumento dogmático”⁷¹ exposto por último.

A extensa articulação, parte dela com considerações de índole valorativa – que pertencem à classe de argumentos “não científicos” – além de servir para resgatar claramente a função reconstrutiva ou social da dogmática⁷² que, boa ou má, e mesmo sem o reconhecimento explícito, está sempre presente, qualquer que seja o método de interpretação empregado, permite a atualização de um importante sentido, no campo da teoria da argumentação jurídica, da complexa intervenção do Ministério Público do Trabalho, em seu novo significado histórico-político, que os juristas podem e devem valorizar.

Ainda que possa ser mais cômodo, para os membros do Ministério Público, limitarem-se à interpretação tradicional do princípio do

⁷¹ “De este modo se han desenvuelto en forma implícita ciertos criterios de lo que es un buen argumento dogmático y de lo que es una mera apreciación subjetiva que no tiene carácter científico. Como hemos dicho, pertenecen a la clase de argumentos que se consideran científicamente válidos consideraciones como [...] la aplicabilidad de alguno de los ‘métodos de interpretación aceptados, etc.’” (NINO, Carlos S. *Algunos modelos metodológicos de “ciencia jurídica”*. México: Fontamara, 1995, p. 19).

⁷² “Tudo o que existe, portanto, quando a interpretação doutrinária se apresenta como verdadeira porque descobre o sentido ‘unívoco’ do conteúdo normativo, é, no máximo, uma proposta política que se esconde sob a capa de uma pretensa científicidade” (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 259).

contraditório, do que buscar sua atualização constitucional, é possível evitar, por meio da interposição de recursos, como mínimo, a acusação de incapacidade técnica da instituição em transformar em realidade o plano abstrato dos princípios jurídicos que se referem à forma de sua atuação processual.

É inescusável quando a negativa de um órgão responsável por adotar decisões não se deve ao desconhecimento dos meios disponíveis que o conduzem à conduta necessária, ou quando vem a descobrir posteriormente, como no processo que serviu de exemplo, que deixou fluir inexplicavelmente as oportunidades que mereciam definitivamente ser consideradas.

Sem temor de incidir na censura de não ter justificado suficientemente, e por duas vias de argumentação, o dever de apreciação pela magistratura da intervenção realizada pelo Ministério Público do Trabalho, vale a pena, em benefício de ilustrar a conclusão, aceitar o risco⁷³, nada desprezível, de ser criticado pelo próprio autor citado⁷⁴, *ipsis litteris*:

“Igual que el derecho, la perspectiva científica se halla en continuo progreso, con lo que, en parte por mérito propio y en parte debido a la realidad, impone hechos hasta entonces considerados jurídicamente inadmisibles como necesarios en la práctica, se ensancha constantemente su horizonte y de este modo se ve obligada a aumentar el campo de lo teóricamente admisible. En estos casos, la jurisprudencia sólo tiene una alternativa: someter el dogma reinante a lo nuevo, o viceversa: modificar los conceptos y proposiciones válidas hasta el punto para dar cabida a lo nuevo o encontrar un aspecto que permita integrar lo nuevo en el dogma”.

⁷³ O uso de um extrato argumentativo de autoridade doutrinária, segundo sussurram as Arcadas, não exige o utente de justificar sua própria posição e, principalmente, de elucidar o contexto da extração, para não dar a impressão de que as conclusões do texto são compartilhadas pelo autor citado.

⁷⁴ Rudolf von Ihering: “Como en todas las partes, también allí donde falta el propio pensamiento, el llamado al pensamiento ajeno en forma de citas, sirve de ayuda, progresando con vigor el culto de las autoridades” (apud CASANOVAS, Pompeu; MORESO, José. *El ámbito de lo jurídico*. Barcelona: Crítica, 1994, p. 35).

1.10.2 Justificativa de alteração da Consolidação das Leis do Trabalho

Tendo chegado até aqui convencido de que o ordenamento jurídico permite ao Ministério Público do Trabalho o retorno à dialética processual quando no desempenho da função de *custos legis*, ainda assim seria ingênuo desprezar a tensão que acompanha toda a mudança de cultura.

Para que se tenha uma real dimensão do comportamento, pelos Tribunais Trabalhistas, e da dificuldade em superá-lo⁷⁵, basta observar que, se a maioria dos acórdãos faz menção formal à participação, em conhecida expressão⁷⁶, do Ministério Público, não raro encontram-se aqueles que apenas indicam a intervenção do *parquet*, sem se dignar a registrar a correlativa conclusão, e, outros ainda, como medida última da importância atribuída ao ator processual público, sequer se dispõem a efetivar o registro formal daquela participação no processo⁷⁷.

Poderia ser afirmado, como crítica ao projeto de mudança proposto, que no Ministério Público Estadual parece não haver incômodo com a situação descrita, ou, em outras palavras, que a proposta, se corretas as premissas, deveria ser mais ampla, alcançando também aquele ramo do *parquet*.

É verdadeiro o reconhecimento de que há identidade de razão autorizando a intervenção do *parquet* como *custos legis* em qualquer esfera de jurisdição, mas não é suficiente para explicar a presença da instituição no litígio trabalhista, porque, em razão de, ainda, não estar essa estruturada no primeiro grau, mesmo que se parta do mesmo húmus que alimenta sua presença em qualquer processo, que é o interesse público, exige uma intervenção do Ministério Público do Traba-

⁷⁵ Registre-se, por rigor da verdade, que nos Tribunais Superiores é comum, quando se acata, *mas não ao contrário*, a transcrição da intervenção ministerial: “Não incide em nulidade o acórdão quando acolhe, como razão de decidir, o parecer do Ministério Público que, na segunda instância, funciona como *custos legis*” (STF, HC 73.545-2-SP, Ilmar Galvão, Ac. 1ª T.).

⁷⁶ “Parecer do Ministério Público às folhas [...], pelo conhecimento e não provimento do recurso.”

⁷⁷ (a) Processo TRT 15ª Região n. 06777/2003 – AIRO e 00811-2001-092-15-006-3 (3ª Turma); (b) Processo n. 00071-2003-000-15-00-1 AG.

lho no segundo grau trabalhista orientada a fiscalizar a ordem jurídica, pelo prisma, sobretudo, da observância da regularidade do processo.

Diversamente da Justiça do Trabalho, na Justiça Cível, a tradicional e prolecta interação cotidiana entre magistrados e *parquet*, além de permitir um controle prévio e concentrado dos pressupostos de constituição do processo e difuso de seu desenvolvimento válido e regular, forja uma cultura de intercâmbio de posições dogmáticas institucionais, inexistente na jurisdição trabalhista.

1.10.3 “De lege ferenda”

Para evitar que o MPT continue na situação de congelamento discursivo que tem vivido diuturnamente, na qual o ofício do *parquet* não recebe apreciação por parte do Judiciário, que faz constar, na hipótese dos acórdãos, quando muito, apenas uma menção formal à intervenção ministerial, propõem-se uma alteração no art. 736 da Consolidação das Leis do Trabalho, em grande parte não recepcionado pela Constituição de 1988, incluindo-se um segundo parágrafo:

Art. 736. O Ministério Público do Trabalho tem como função zelar pela exata observância da Constituição e da ordem jurídica trabalhista.

§ 1º Para o exercício das suas funções, o Ministério Público do Trabalho reger-se-á pela Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993.

§ 2º Aplica-se ao Ministério Público do Trabalho, na função de *custos legis*, na hipótese em que exista interesse público que justifique a intervenção, o princípio do contraditório.

Referências

ALMEIDA, José Manuel Ribeiro de. Uma teoria da justiça: justificação do Ministério Público no contencioso administrativo. *Revista do Ministério Público*, Lisboa: Sindicato do Ministério Público, ano 2000, n. 84.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente a estado de direito. In: ————. *Temas de direito processual* – 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980.

- BECHARA, Evanildo. *Moderna gramática portuguesa*. Rio de Janeiro: Lucerna.
- BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation* (1789). Oxford, 1960.
- BORDONI, Gianluca Sadun. *Diritto e opinione pubblica*. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milano: Giuffrè, n. 4, ott./dic. 2000.
- BRAMANTE, Ivani Contini. *Eficácia do contraditório e ampla defesa nas relações interprivadas*. Caxias do Sul: Plenum, Software, 2001.
- CARACCILOLO, Ricardo. *La noción de sistema en la teoría del derecho*. México: Fontamara, 1994.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- CASANOVAS, Pompeu; MORESO, José. *El ámbito de lo jurídico*. Barcelona: Crítica, 1994.
- DALMAU, Rubén Martínez. *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- DE LA OLIVA, A.; FERNANDEZ, M. A. *Derecho procesal civil*. Madrid: Ceura, 1995.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1983.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2001.
- GARCÍA, Enrique Alonso. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho nas ações civis públicas. *Revista da Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª Região – Ação civil pública*, São Paulo: Centro de Estudos – PRT – 2ª Reg., 1998.
- . O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 50, p. 5-20, nov. 1990.
- GUASTINI, Riccardo. *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milano: Giuffrè, 1998.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1984.
- LIEBMAN, E. T. *Manuale di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1980.
- MACHADO, J. Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*.

- Coimbra: Almedina, 1997.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público: análise da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, aprovada pela Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MELLO, Celso de. Supremo Tribunal Federal. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 147, jan. 1994.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- NINO, Carlos S. *Algunos modelos metodológicos de "ciencia jurídica"*. México: Fontamara, 1995.
- ORLANDO, V.E. *Teoria giuridica delle garanzie della libertà*. Torino: UTET, 1980. (Biblioteca di scienze politiche, dir. por A. Brunialti – 1ª série – v. 5).
- PALOMBELA, Gianluigi. *Filosofía del derecho*. Madrid: Tecnos, 1999.
- PICARD, Etienne. La fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique. In: REDOR, Marie-Joëlle (Dir.). *L'ordre public: ordre public ou ordres publics? Ordre public et droits fondamentaux*. Bruxelles: Bruylant, 2001.
- PONTES DE MIRANDA, F. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t. 2.
- RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v. 1.
- ROCCA, Franco Morozzo della. *Enciclopedia Giuridica*. Roma: Reccani, v. 37.
- SCHMILL O., Ulises. Una fundamentación de la democracia. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante: Doxa, n. 23, 2000.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 1.
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

