

Revista OABRJ

volume 25, número 1
janeiro a junho de 2009

R 454 Revista OAB/RJ – n. 1, v. 24 (2008).
Rio de Janeiro: Ordem dos Advogados do Brasil/ Rio de Janeiro,
2008.

v. 1, n. 24.

Título anterior v. 1 (1975) - v. 23 (1986)

Semestral.

ISSN: 1984-2627.

1. Advocacia 2. Direito – Periódicos I – Centro de Documentação
e Pesquisa da Ordem dos Advogados do Brasil – Rio de Janeiro.

CDD - 340.05

CDU - 34(05)

Revista OABRJ

Av. Marechal Câmara, 150 - Rio de Janeiro - RJ - CEP 20020-080

Telefone (21) 2272.2001

Revista OABRJ

Publicação semestral da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Rio de Janeiro

Política Editorial

Na perspectiva de ampliar o diálogo entre os intérpretes do Direito, em suas múltiplas dimensões, a *Revista OABRJ* é editada pela Seccional do Estado do Rio de Janeiro, tendo como objetivo disseminar a produção qualificada e competente da advocacia nacional, consoante avaliação qualitativa realizada de modo independente por seu Conselho Editorial. De periodicidade semestral, tem sua estrutura composta por seções diversas, nas quais serão publicados artigos científicos, doutrina jurídica, análise da jurisprudência, pareceres, petições e outros trabalhos destacados realizados na prática da advocacia, além de notícias da área. A Memória da Advocacia também será prestigiada, com o resgate da trajetória de vida e profissão de profissional destacado. As opiniões emitidas são de inteira responsabilidade de seus respectivos autores, não expressando necessariamente a opinião da Diretoria da OABRJ.

Diretoria Estatutária

Presidente

Wadih Nemer Damous Filho

Vice-Presidente

Sérgio Eduardo Fisher

Secretário-Geral

Marcos Luiz Oliveira de Souza

Secretário-Geral Adjunto

Wanderley Rebello de Oliveira Filho

Tesoureiro

Marcello Augusto Lima de Oliveira

Conselho Consultivo do Centro de Documentação e Pesquisa

Alexandre Barenco Ribeiro

Gabriela Muniz Pinto

Joselice Aleluia Cerqueira de Jesus

Ricardo-César Pereira Lira

Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva

Editoras

Daniele Gabrich Gueiros
Rosângela Lunardelli Cavallazzi
Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva

Conselho Editorial

Antônio Celso Alves Pereira
Carlos Roberto Barbosa Moreira
Carlos Roberto Siqueira Castro
Claudia Lima Marques
Cláudio Pereira de Souza Neto
Cristina de Cicco (Universidade de Camerino, Itália)
Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux
Erik Jayme (Universidade de Heidelberg, Alemanha)
Fernando Valdés Dal-Ré (Universidade Complutense de Madrid, Espanha)
Gilberto Bercovitch
Gisele Guimarães Cittadino
Gilles Paisant (Universidade de Savoie, Chamberry, França)
José Geraldo de Sousa Júnior
José Ribas Vieira
Luis Alberto Warat (Universidade de Buenos Aires, Argentina)
Maria Guadalupe Piragibe da Fonseca
Mario G. Losano (Universidade Del Piemonte Orientale, Itália)
Miguel Lanzellotti Baldez
Paulo Eduardo de Araújo Saboya
Ricardo-César Pereira Lira
Ricardo Lorenzetti (Universidade de Buenos Aires, Argentina)
Ronaldo Coutinho
Rosângela Lunardelli Cavallazzi
Tercio Sampaio Ferraz Junior
Vicente Barreto
Wadiah Nemer Damous Filho

Conselho Científico

Alexandre Barenco Ribeiro
Carlos José de Souza Guimarães
Daniela Ribeiro Gusmão
Daniele Gabrich Gueiros
Flavio Villela Ahmed
Gabriela Muniz Pinto
Marcello Augusto Lima de Oliveira
Maria Antônia da Conceição Silva
Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva

Secretaria

Débora Fortunata Bastos Rodrigues
Juliana de Oliveira Muniz Cunha

Revisão e projeto gráfico

Claudio Cesar Santoro

Capa

Thiago Prado

Sindicato dos Advogados do Rio de Janeiro

Diretoria

Presidente

Sergio Batalha Mendes

Vice-Presidente

Ricardo Oliveira de Menezes

1º Secretário

Antonio Silva Filho

2º Secretário

Luiz Alexandre Fagundes de Souza

Tesoureira

Adilza de Carvalho Nunes

Procurador

Carlos Henrique de Carvalho

Diretores

Roberto Dantas de Araújo; Nicola Manna Piraino; Naide Marinho da Costa; Marcello Augusto Lima de Oliveira; Roberto Monteiro Soares; Antonio Carlos Leal dos Santos; José Antonio Galvão de Carvalho; Alexandre Barenco Ribeiro; Marina Burges Olmos; Cláudio Goulart de Souza; Luiz André de Barros Vasserstein; Edson Marins; Luiz Fernando Rodrigues Cordeiro; Carolina Pinaud Confalonieri; Antonio Erlan Carneiro de Alencar; Paulo Haus Martins; Rogério Borba da Silva; Flávio Villela Ahmed.

Conselho Fiscal Efetivo

Sergio Eduardo Fisher; Henrique Cláudio Maués; Marcus Vinícius Cordeiro;
Suplente: Hildebrando Barbosa de Carvalho; Raquel Pereira de Castro Araújo;
Mônica Alexandre Santos.

Editorial

A excelente repercussão do número anterior da *Revista OABRJ*, lançado com a presença do então Ministro da Justiça, Tarso Genro, estabeleceu um compromisso irreversível com a qualidade e a pluralidade de idéias e experiências na advocacia nacional. O Conselho Editorial, integrado por dezenove juristas nacionais e sete juristas vinculados às Universidades de Camerino, de Heidelberg, Complutense de Madrid, de Savoie, Del Piemonte Orientale e de Buenos Aires, com reconhecida representatividade na produção científica, denota sua força orientadora na estrutura da *Revista OABRJ*, proposta acadêmico-profissional para a ampliação do diálogo entre os intérpretes do Direito em suas múltiplas dimensões.

Quando os tempos são de esperança, tudo parece fluir com naturalidade. Mas, nos tempos atuais, a imprevisibilidade, a incerteza, o receio, não só do futuro mas também do presente, tornam obrigatória a união permanente. É preciso atentar para os descuidos aparentemente sem sentido, para a ilusão da resposta restrita à eficácia jurídica, para a falta de memória.

A flexibilização do trabalho equivale à flexibilização dos princípios, à substituição, nada razoável, das metas do futuro incerto pelo sem futuro. A crise do mundo do trabalho, que nada mais é do que uma face dos tempos rudes da sociedade de mercado, constitui, na verdade, uma previsão certa do presente improvável e a confirmação inequívoca de que o homem não é a razão única da luta pela sobrevivência, mas, sim, uma parte do todo na busca incessante da eficácia social da norma jurídica.

A cidade do Rio de Janeiro foi sede do 5º Fórum Mundial Urbano, promovido pela ONU-Habitat, entre os dias 22 e 26 de março deste ano, que teve como tema “O direito à cidade: unindo o urbano dividido”, atraiu um número recorde de inscrições (21.000 inscritos). A ONU-Habitat lançou no Rio de Janeiro a Campanha Urbana Mundial, que consiste em uma plataforma projetada para

os atores da sociedade civil. O Fórum Social Urbano foi realizado paralelamente ao Fórum Urbano Mundial, com intuito de dar voz aos excluídos do direito à cidade. Nas discussões do Fórum Social Urbano, impôs-se a reflexão dos participantes sobre as seguintes questões: “direito à cidade para quem?” “Como pode ser feito este enfrentamento no âmbito do diálogo entre os intérpretes do Direito em suas múltiplas dimensões?”

Na *Revista OABRJ*, os autores, com generosidade, partilham e compartilham as lutas do cotidiano profissional, os espaços de consciência das forças do mercado e de esperança, com a substituição das soluções privadas por soluções institucionais, para tentar resolver problemas públicos. Todos anunciando a força e a melhor advocacia na pessoa de Hermann Assis Baeta, nosso entrevistado.

As Instituições que assinam a *Revista OABRJ* estabelecem o eixo fundamental, o diálogo contínuo no reconhecimento das diferenças e das identidades, alcançado ao longo das histórias construídas na luta permanente iniciada na mesma e melhor fonte: o movimento estudantil. Nas palavras de Cezar Britto, “afinal, estamos certos da justeza de nossos propósitos, que nem mesmo os meios artificiosos dos opositores poderão quebrantar”.

Rio de Janeiro, abril de 2010.

Wadih Nemer Damous Filho
Sergio Batalha Mendes

Sumário

MARCOS CONCEITUAIS DO CAMPO JURÍDICO, 11

Alexandre Agra Belmonte, 13

A tutela jurídica do assédio moral por discriminação nas relações de trabalho e sua reparação

Ana Luísa de Souza Correia de Melo Palmisciano, 61

Acesso à justiça e à cidadania: considerações sobre Justiça do Trabalho, princípios de direito laboral e imaginário popular

Carlos Roberto Siqueira Castro, 85

Inviolabilidade de escritórios de advocacia e departamentos jurídicos das empresas – sigilo profissional e prerrogativas da profissão de advogado

Edésio Fernandes, 123

Política urbana na Constituição Federal de 1988 e além: implementando a agenda da reforma urbana no Brasil

Fernando Valdés Dal-Ré, 143

Las jurisdicciones sociales en los países de la Unión Europea: convergencias y divergencias

Francisco Mauro Dias, 171

Prospectiva: intervenção regulatória e competitividade internacional

Maria Cristina De Cicco, 191

Democracia e Direito

Maria Guadalupe Piragibe da Fonseca, 217

Mediação e democracia

Paulo Abrão Pires Junior, Marcelo Dalmás Torelly, 225

Direitos sociais positivos e direitos sociais efetivos: o projeto brasileiro para a diminuição da exclusão social

Paulo Roberto Coimbra Silva, 241

O Imposto de Renda Pessoa Física e sua cobrança nas Execuções Trabalhistas

DÍALOGOS ENTRE A DOCTRINA E A JURISPRUDÊNCIA, 273

Clarissa Costa de Lima, 275

O dever de informação nos contratos de crédito ao consumo em Direito Comparado francês e brasileiro: a sanção para a falta de informação dos juros remuneratórios

FRONTEIRAS COM A PRÁTICA JURÍDICA, 301

André-Jean Arnaud, 303

O papel do advogado no Direito globalizado

Benedito Calheiros Bomfim, 317

Advocacia, técnica, lei e Direito

Marthius Sávio Cavalcante Lobato, 323

Arguição de descumprimento de preceito fundamental com pedido de medida liminar

Rodolfo Hans Geller, Miguel Borghezán, 369

A OAB e os pedidos de aumento de vagas nos cursos de Direito

MEMÓRIA DA ADVOCACIA, 377

Entrevista com o Advogado Dr. Hermann Assis Baeta, 379

DIREITO EM REVISTA, 395

Notícias do Centro de Documentação e Pesquisa, 397

NORMAS DE PUBLICAÇÃO, 401

MARCOS CONCEITUAIS DO CAMPO JURÍDICO

A tutela jurídica do assédio moral por discriminação nas relações de trabalho e sua reparação

Alexandre Agra Belmonte

OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Os princípios da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, entre outros, fundamentam o Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil (Art. 1º, *caput* e incisos III e IV, da CF/88).

O valor da dignidade da pessoa humana consiste no respeito às qualidades essenciais que caracterizam a sua existência. Uma existência digna é a que permite à pessoa humana, sem discriminação ou preconceitos e com preservação dos atributos que compõem a sua integridade física, moral e intelectual, uma atuação individual dotada de vontade livre, de forma a permitir o desenvolvimento da sua autonomia espiritual.

A dignidade deve assim considerar o sujeito: a) em seu aspecto moral, ou seja, em igualdade de condições perante os demais, sem discriminação de qualquer espécie; b) em sua integridade psicofísica, que preserve os direitos da personalidade; c) no respeito à sua liberdade, de forma a permitir a autodeterminação de escolhas individuais, com preservação da intimidade e da vida

privada; e d) como parte do grupo social que integra, a exigir o respeito a um tratamento justo e solidário que lhe garanta a igualdade substancial.¹

Por outro lado, como o trabalho é o veículo de inserção do trabalhador no sistema econômico e de distribuição de renda, para o fim de propiciar-lhe o acesso aos bens da vida, devem ser respeitados os seus valores sociais. Essa valorização do trabalho é que permitirá, com igualdade de oportunidades, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (Art. 3º, I, da CF/88), que objetiva erradicar a pobreza e a marginalização, além de reduzir as desigualdades sociais e regionais (Art. 3º, III).

Os princípios da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, destinados ao alcance, com liberdade, igualdade e solidariedade, do desenvolvimento espiritual da pessoa humana e do seu progresso material, necessitam ser integrados pelos direitos e garantias fundamentais que, juntamente com outros instrumentos, visam afirmar e assegurar a sua concretização.

DIREITOS FUNDAMENTAIS: GENERALIDADES

Para Arion Sayão Romita, direitos fundamentais são os que “asseguram a cada homem as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça”. Acrescenta que o reconhecimento dos direitos fundamentais depende das circunstâncias históricas e geográficas que têm por fundamento a dignidade da pessoa humana, valor básico contido no Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), reproduzido no primeiro parágrafo dos Preâmbulos dos Pactos Internacionais relativos tanto aos direitos civis e políticos quanto aos direitos econômicos, sociais e culturais, adotados pela Assembléia Geral da ONU, em 1966².

Os direitos fundamentais podem, numa primeira abordagem, ser agrupados em três dimensões distintas³, que seguem os postulados decorrentes

¹ Moraes (2006, p. 12-51).

² Romita (2005, p. 36).

³ Observa Romita (ibid.) que prefere utilizar o termo “família”. Geração pressupõe sucessão, o que não ocorreu com os direitos fundamentais de liberdade, que continuam a incidir, juntamente com os de igualdade e de fraternidade, posteriormente aplicados. O termo “dimensão” é proposto por Paulo Bonavides, em substituição ao superado termo “geração”.

da Revolução Francesa de 1789: liberdade, igualdade e fraternidade ou solidariedade.

Os direitos de primeira dimensão decorrem da reação aos excessos do absolutismo, com inspiração no liberalismo político e no individualismo jurídico. Trata-se, portanto, de dimensão nascida no Estado Liberal e constituída pelos direitos de liberdade ou direitos de defesa, no sentido da imposição ao Estado de se abster de intervenções coativas na esfera jurídica privada. Compreende os direitos civis ou pessoais (direitos e garantias individuais) e os direitos políticos (liberdades públicas).

Os direitos de segunda dimensão dão prosseguimento ao processo de afirmação dos direitos do homem. Situados em momento histórico a partir de 1917 (Revolução Russa e Carta Mexicana, Carta de Weimar - 1919, Grande Depressão 1929), caracterizam-se pela busca da igualdade material ou real que objetivou minorar os desajustes sociais decorrentes do liberalismo. São, pois, os direitos sociais. Eles foram implementados pelo interventor Estado Social, visando à pacificação dos conflitos derivados da Questão Social. Compreende direitos do homem enquanto partícipe de coletividades, tais como direito à educação, à saúde, à habitação, à segurança, ao lazer, ao trabalho, à previdência social, à proteção aos desempregados e à proteção à infância.

Os direitos de terceira dimensão coincidem com o surgimento de um novo modelo de Estado, não um estado interventor, mas sim promotor, que requer a participação da sociedade, que é o Estado Democrático de Direito, decorrente de uma série de fatores iniciados nos anos 1970: a crise do petróleo, o esvaziamento do Estado, a globalização, o colapso do comunismo e a extinção do modelo bipolar. São os direitos coletivos e difusos, como os direitos à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, de comunicação, de defesa do consumidor e de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade.

O fato de os direitos fundamentais constituírem garantias do cidadão contra o Estado (eficácia vertical) não significa que também não devam ser proporcionalmente observados nas relações entre particulares (eficácia horizontal).

A respeito, observa Daniel Sarmento que

reconhece a doutrina contemporânea a existência de uma dupla dimensão dos direitos fundamentais, porque estes constituem, simultaneamente, fonte de direitos subjetivos que podem ser reclamados

em juízo e as bases fundamentais da ordem jurídica, que se expandem para a proteção e promoção dos ideais humanitários que alicerçam os direitos fundamentais, os quais serão enriquecidos com o reconhecimento da sua dimensão objetiva.⁴

Daí decorre que já não mais satisfaz ao homem e às coletividades em que estão agrupados a postura estatal passiva, de se abster de violar os direitos fundamentais. É preciso que os Poderes Públicos atuem ativa – e até afirmativamente – para a sua efetiva concretização, inclusive como proteção contra as ameaças providas de terceiros em situações de desigualdade social.

Enfim, se os direitos fundamentais norteiam as ações e limitam a ingerência do Estado nas relações com os cidadãos, devem igualmente repercutir nas relações entre particulares, de forma a limitar os abusos que possam afrontar a eficácia das garantias estabelecidas na Constituição. Assim é que, se os cidadãos têm direito à saúde, à integridade física e à vida, o empregador, na relação de trabalho estabelecida com o empregado, em atenção aos mesmos direitos, precisa prevenir o ambiente de trabalho contra os riscos da insalubridade e da insegurança, respondendo inclusive pelas doenças profissionais e acidentes típicos do trabalho causados em decorrência da prestação de serviços.

DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES LABORAIS

São direitos fundamentais empresariais, entre outros, a livre iniciativa, a livre concorrência e a propriedade privada (Art. 1º da CF/88).

Entendemos como direitos fundamentais dos trabalhadores os valores de que necessitam, no relacionamento com o Estado e nas relações de trabalho, para uma existência digna ou qualitativa, mediante as garantias assecuratórias da integridade física, intelectual e moral, da cidadania, da liberdade, da igualdade, da solidariedade e da justiça.

No mesmo sentido, Maurício Godinho Delgado, para quem são direitos fundamentais dos trabalhadores as prerrogativas de que gozam “na dimensão laborativa da existência humana e social”, em decorrência dos quatro princípios constitucionais do trabalho na ordem jurídico-cultural brasileira, capitulados nos Arts. 1º, III e IV, 3º, III, 170, III, VII e VIII, 5º, XXIII, 193, 200, II e VIII,

⁴ Sarmiento (2006, p. 107).

225, da CRFB: o da valorização do trabalho ou valores sociais do trabalho; o da justiça social; o da submissão da propriedade à sua função socioambiental; o da dignidade da pessoa humana⁵.

Segundo Romita, são os seguintes os direitos fundamentais exigíveis contra o Estado e nas relações de trabalho no Brasil:

- a proibição de trabalho escravo ou forçado (leia-se *direito ao trabalho livre*, decorrente do direito à liberdade física);
- o respeito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem;
- o direito à livre manifestação do pensamento, à liberdade de consciência e de crença e à liberdade de expressão e informação;
- o direito ao sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas;
- o direito à igualdade (proibição de discriminação);
- os direitos de solidariedade: direito à sindicalização (liberdade sindical), negociação coletiva, greve, representação dos trabalhadores e dos sindicatos na empresa, proteção contra a despedida injustificada, direito ao repouso, intervalos, repouso semanal remunerado, férias, saúde e segurança do trabalho e do meio ambiente do trabalho.

O prof. Romita observa que a dignidade da pessoa humana supera a condição de direito fundamental, por se tratar de um valor supremo, alcançável por meio de uma série de garantias.

Por outro lado, se a Constituição, no Art. 7º, I, protege o empregado contra a despedida injustificada (arbitrária ou sem justa causa), essa proteção compõe o conjunto de direitos fundamentais do trabalhador, especificamente o *de proteção ao emprego*, como meio de materialização do princípio da valorização do trabalho. Não se confunde, portanto, com o *de proteção ao desemprego*, que visa materializar outro princípio, o da preservação da dignidade do trabalhador enquanto pessoa humana. Indenização compensatória, seguro-desemprego e FGTS têm, em respeito à dignidade do trabalhador, o propósito de minimizar os efeitos do desemprego, diante da inatividade inabilitadora do salário proveniente do trabalho garantidor do sustento ou acesso aos bens da vida por ele proporcionados.

Ao rol apresentado pelo renomado jurista, evidentemente exemplificativo, ousamos acrescentar o *direito à vida* e à *integridade física*, bem como o

⁵ Delgado (2006, p. 658).

direito à integridade contra a pressão psicológica decorrente de atitudes abusivas, degradantes do relacionamento digno e valorizado no ambiente de trabalho e caracterizadoras do assédio moral, objeto de nossa reflexão.

Ocorrendo, em concreta situação, aparente conflito na incidência dos direitos fundamentais, deve-se, ponderando-se os valores objetivados, de forma proporcional – que traduz a idéia de equilíbrio – buscar a harmonização hábil à realização dos fins desejados pela Constituição. Em matéria constitucional trabalhista, a interpretação que, respeitando a livre iniciativa, fundamentadora da democracia e das oportunidades de trabalho, permita estabelecer limites condizentes com a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho.

SIGNIFICADO E TIPOS DE ASSÉDIO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Assediar significa agir, de forma reiterada e sistemática, com a finalidade de constranger alguém.

A precisa conceituação do assédio moral é importante, para que possamos diferenciar o assédio moral do assédio sexual.

Assédio sexual

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) define o assédio sexual como “atos, insinuações, contatos físicos forçados, convites impertinentes, desde que apresentem uma das características a seguir: a) ser uma condição clara para manter o emprego; b) influir nas promoções da carreira do assediado; c) prejudicar o rendimento profissional, humilhar, insultar ou intimidar a vítima”.

Nos termos do Art. 216-A do Código Penal, o assédio sexual pode ser conceituado como o conjunto de atos *reiterados*, de *pressão psicológica*, praticados por *superior hierárquico* para *dominar, persuadir ou constranger* a vítima a fim de *obter favores* sexuais.

Assim, além de ilícito trabalhista, propiciador até do rompimento contratual, trata-se de ilícito penal (crime).

O bem jurídico atingido no assédio sexual é o direito à livre disposição do próprio corpo e escolha dos parceiros.

O assédio sexual independe do sexo do ofensor ou da conjugação carnal, podendo assim se verificar entre pessoas do mesmo sexo. O importante, para

a sua configuração, é que ocorra mediante constrangimento e que parta de superior hierárquico.

Assédio moral

No âmbito empresarial, como decorrência natural do relacionamento, habitualmente surgem conflitos resultantes da tensão entre interesses. Os problemas verificados podem solucionar-se por meio do diálogo ou dar início a processo em que o agressor passa a atemorizar ou humilhar a vítima, geralmente para subjugar-la. Para tanto, ele se utiliza de comportamento ofensivo da dignidade do trabalhador, consistente em atos, omissões, gestos, palavras e atitudes suscetíveis de desvalorizá-lo como pessoa humana ou como trabalhador. O que, dependendo da pessoa, pode levar, e geralmente leva, à perda da autoconfiança, provocando no ofendido uma avaliação negativa em relação a si mesmo, a eliminação gradativa de sua capacidade de crítica e resistência e, muitas vezes, até problemas emocionais como irritação constante, desânimo, alterações no sono e na capacidade de concentração.

A Bíblia (Gênesis, capítulo 37, versículos 3 a 24) já se referia ao assédio moral, nos seguintes termos:

José, filho de Jacó, foi vítima de assédio moral por parte dos irmãos; estes, com ciúmes do amor do pai pelo irmão mais novo, tramaram sua morte. Como não tiveram coragem de subtrair sua vida física, tentaram privá-lo da presença e do amor do pai. José era odiado pelos irmãos não-somente pelo fato de o pai amá-lo mais e, sim, também, por ter mais responsabilidade e desempenhar melhor a tarefa que os demais.

[...] vendo, pois, seus irmãos que o pai o amava mais que a todos, os outros filhos odiaram-no e já não podia falar pacificamente.

O tema é relevante e vem sendo pesquisado em diversas áreas do conhecimento. Para a psicanalista francesa Marie-France Hirigoyen, o assédio moral

define-se como toda conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude) que se configure num atentado – por sua repetição ou sua sistematização – à dignidade ou à integridade psíquica ou física de

uma pessoa, colocando em perigo seu emprego ou degradando o clima de trabalho.⁶

Para a psicóloga Margarida Maria Silveira Barreto, assédio moral pode ser definido como

a exposição dos trabalhadores e trabalhadoras a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, sendo mais comuns em relações hierárquicas e assimétricas, em que predominam condutas negativas, relações desumanas e aécticas de longa duração, de um ou mais chefes dirigidas a um ou mais subordinado(s), desestabilizando a relação da vítima com o ambiente de trabalho e a organização, forçando-a a desistir do emprego.⁷

O Relatório da OIT de dezembro de 2000 (Quadro 1) e a *Folha de S.Paulo*, do mesmo ano (Quadro 2), noticiaram pesquisas sobre assédio moral no trabalho.

Quadro 1: Relatório OIT, dez. 2000, sobre assédio moral

Grã-Bretanha	França
Entrevistados que declararam tê-lo sofrido	
31% eram homens	
29% eram mulheres	
35% exerciam cargos de gerência	
31% eram operários	
30% trabalhavam em empresas privadas	
29% trabalhavam em empresas públicas	
Entrevistados que declararam tê-lo testemunhado	
78%	37%

A *Folha de S.Paulo* também noticiou, em 17/12/2006, que, em 15 regionais, 48 empresas firmaram com o Ministério Público do Trabalho termos de ajuste de conduta para corrigir atitudes caracterizadas como assédio moral e que no ano anterior 32 termos foram assinados.

⁶ Hirigoyen (2002, p. 17).
⁷ Barreto (2000, p. 53).

Quadro 2: *Folha de S. Paulo*, dez. 2000, sobre assédio moral ⁸

Grã-Bretanha	França
Entrevistados que declararam tê-lo sofrido: 42%	
Mulheres: 56,8%	
Homens: 43,2%	
Homens: 70% pensaram em suicídio	
Mulheres: 90% tiveram perda de memória	
Maioria teve depressão	

Segundo a Organização Internacional do Trabalho e a Organização Mundial da Saúde, se a década passada foi a das lesões por esforço repetitivo (LER), essa será a do estresse, da depressão, do pânico, da tortura psicológica e de outros danos psíquicos relacionados com as novas políticas de gestão na organização de trabalho, que estão vinculadas às políticas neoliberais. ⁹

ASSÉDIO MORAL: CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA, BEM JURÍDICO
OFENDIDO E ELEMENTOS

O assédio moral no trabalho pode ser juridicamente conceituado como o conjunto de reiteradas atitudes abusivas de desrespeito à dignidade do trabalhador ou ao valor do seu trabalho, que terminam por degradar o relacionamento no ambiente de trabalho.

O assédio moral decorre, em síntese, do modo abusivo de exercício do poder de comando no tocante ao relacionamento com o trabalhador no ambiente de trabalho. O abuso patronal, de submissão direta ou indireta do trabalhador a atitudes, tratamento, exigências ou condições ofensivas de sua dignidade, é degradante do meio ambiente de trabalho ideal, que deve ser seguro, respeitoso e saudável.

Como qualquer abuso no exercício de um direito, no caso o do poder de comando, tem a natureza de ato ilícito. E esse ilícito trabalhista atenta contra princípios constitucionais destinados a dignificar o trabalhador enquanto pessoa humana e a valorizar o seu trabalho. A repercussão dessa conduta indigna e desvalorizante nas relações privadas de trabalho termina por ofender direitos fundamentais do trabalhador.

⁸ Dados retirados de pesquisa pioneira no Brasil feita pela prof.^a Margarida Barreto.

⁹ Organização Internacional do Trabalho (2007).

Caracterizam o assédio moral a conduta abusiva do ofensor, a sua reiteração, a pressão psicológica propiciadora da ofensa e o propósito de desvalorizar a pessoa ou o valor do seu trabalho.

No tocante aos dois primeiros elementos, basta, para caracterizá-lo, a abusividade verificada por meio de uma série de atos, intencionais ou não, de humilhação, discriminação ou dominação da vítima. Podem ser comissivos (brincas e palavrões desqualificadores) ou omissivos (negativa de atribuição de tarefas ao trabalhador readaptado), culposos (piadas e comentários maliciosos e ofensivos, envolvendo a religião do trabalhador) ou dolosos (diminuição da quantidade de trabalho da grávida remunerada por produção, visando forçar pedido de demissão).

A reiteração é exigida, porque ato isolado, ainda que decorrente de conduta ilícita, não caracteriza o assédio moral.

Quanto ao terceiro elemento, verifica-se que o assédio se realiza por meio de pressão psicológica incidente sobre a vítima, que é compelida a aceitar uma série de atos manifestados por meio de gestos, palavras, omissões e outras atitudes destinadas a subjugar a vítima a uma condição degradante do relacionamento no meio ambiente de trabalho. Exemplificativamente, pode servir para dominar a vítima a pressão psicológica exercida por meio de sucessivos atos arbitrários de desqualificação e atemorização visando a maior produtividade.

No Brasil, por não existir proteção à despedida arbitrária ou sem justa causa em meio ao desenvolvimento do contrato, o problema é ainda mais grave. O assediante largamente se utiliza, implícita ou explicitamente, do medo do desemprego, criando um ambiente autoritário, aéctico, hostil e atemorizante.

Finalmente, o último elemento. Por meio de atitudes arbitrárias de humilhação, discriminação ou dominação, o ofensor sistematicamente desvaloriza a pessoa do trabalhador ou o seu trabalho.

Os atos isolados de constrangimento

Nem sempre os atos abusivos são objeto de reiteração. Atos isolados como uma bronca desmedida, uma agressão verbal ou escrita, uma advertência injustificada ou uma exposição indevida da pessoa do trabalhador podem ensejar a caracterização de ilícito trabalhista, sem que configure assédio moral. Há quem se refira a assédio eventual, mas a expressão revela-se imprópria.

Melhor designar a hipótese como constrangimento eventual ou isolado. É exemplo disso uma advertência ou suspensão derivada de uma falta justificada ao trabalho.

CLASSIFICAÇÃO DO ASSÉDIO MORAL

Entendemos que o assédio moral pode apresentar os seguintes tipos:

Quanto à abrangência:
assédio coletivo
assédio individual
Quanto à finalidade:
assédio imotivado
assédio motivado ou estratégico
Quanto aos sujeitos ou pessoa a quem é dirigido:
assédio vertical descendente
assédio vertical ascendente
assédio horizontal
Quanto aos efeitos:
Assédio ofensivo do aspecto moral da personalidade
Assédio ofensivo do aspecto psíquico da personalidade
Assédio ofensivo do aspecto físico da personalidade

Assédio moral coletivo e assédio moral individual

Sob o aspecto da abrangência, assédio moral coletivo é o que se verifica contra grupo ou comunidade de trabalhadores da empresa. Como exemplos, as campanhas de produtividade, com penalidades para a não-obtenção de metas, e o trabalho escravo.

Na RRPS nº 327.2005.054.01.00-0, julgada em 09.02.2006 pela 6ª Turma do TRT da 1ª Região, de nossa relatoria, apurou-se que a empresa procedeu a uma suspensão coletiva de todos os empregados da filial em que trabalhava o suspeito. Como não descobriu quem teria supostamente desviado recursos daquela filial, dispensou todos, comunicando o fato às demais filiais através de *e-mail*, em que constava o nome da trabalhadora e dos demais colegas. O dano moral derivado do assédio foi fixado.

Assédio moral individual é o cometido contra trabalhador individualmente considerado. Como exemplo, o assédio contra trabalhador com garantia

de emprego, que o empregador pretende desestabilizar para forçar pedido de demissão.

Assédio moral imotivado e assédio moral estratégico

Assédio moral imotivado é o que não tem uma finalidade específica. A degradação do relacionamento decorre de atos como grosserias constantes e restrições indevidas à liberdade de expressão, de relacionamento e de comunicação externa, que acabam tornando o ambiente de trabalho, como um todo ou em relação ao trabalhador, autoritário, hostil e inseguro.

Por sua vez, assédio moral motivado ou estratégico é o praticado visando a uma finalidade específica. Costuma verificar-se por meio da utilização de estratégias como: a) vigilância acentuada e constante da prestação de serviços, atos de responsabilização pública por queda de índices de desempenho, estímulo a desenfreada e desregrada competição e ameaças constantes ao emprego, visando ao aumento de produtividade; e b) zombarias, ironias, desqualificação, menosprezo, difusão de críticas ou rumores, desautorização, inferiorização, exposição de fragilidades, rebaixamento, ridicularização ou submissão a situações vexatórias, negativa de atribuição de tarefas, redução do salário ou da quantidade de trabalho quando medido por produção, visando fragilizar a auto-estima do trabalhador, com a finalidade de retaliar ou tornar insuportável a sua permanência no cargo ou forçá-lo a pedir demissão. Como exemplos da hipótese “a”, as campanhas com penalidades diversas para a não-obtenção de metas, como fazer publicamente flexões, dançar na boquinha da garrafa, usar vestimentas ridículas durante o expediente ou submeter à exposição pública por mau desempenho; advertências e suspensões em casos de faltas justificadas e o monitoramento desmedido do trabalho; como exemplos da hipótese “b”, a remoção de empregado de uma unidade para outra, longínqua, com a finalidade de retaliação, para a obtenção de uma conduta submissa, e a perseguição a empregado estável, reabilitado ou autor de reclamação trabalhista, visando forçá-lo à demissão.

Há exemplos variados na jurisprudência que demonstram que o assédio pode ocorrer pelos motivos mais diversos. Nessa perspectiva, a 4ª Turma do TST, por meio de acórdão de lavra do Ministro Barros Levenhagen no RR nº 2.539/2005-562-09-00, publicado no DJ de 29/08/2008, diante do quadro fático-probatório distinto dos arestos levados a cotejo, não conheceu o Recurso

de Revista que condenou a empresa por danos morais decorrentes do assédio consubstanciado em ato de um dos diretores da recorrente, de se utilizar do cargo que ocupava para pressionar os trabalhadores a votar em seu filho, candidato a prefeito de Florestópolis.

Observe-se, a respeito, que as liberdades de crença, de opinião e de expressão constam da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, e da Declaração de Filadélfia, de 2 de maio de 1944, atentando contra direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988 os atos de restrição, direta ou indireta, a essas liberdades.

Assédio moral vertical e assédio moral horizontal

Assédio moral vertical descendente caracteriza-se como a ofensa reiterada ao relacionamento saudável, perpetrada por superior hierárquico ou pelo próprio empregador contra o trabalhador.

Como os conflitos são inerentes às relações de poder e estão presentes em todos os níveis hierárquicos, o assédio moral não se limita ao tipo vertical descendente.

Realmente, dois outros tipos de assédio podem ser destacados nas organizações: o assédio moral vertical ascendente e o assédio moral horizontal.

O primeiro caracteriza-se pela prática de atos vexatórios contra o superior hierárquico. Desobediência ou hostilização a ordens pelos subalternos em relação a superior inexperiente ou inseguro, visando desacreditá-lo, para a sua desestabilização no cargo e perda da confiança do empregador.

Já o assédio moral horizontal é o praticado entre colegas de trabalho. Costuma ocorrer quando o empregador tolera o clima aéctico caracterizado por práticas individualistas, discriminações pela improdução e o fomento de rumores e “rasteiras” entre colegas de mesmo patamar hierárquico.

Assédio moral ofensivo dos aspectos moral, físico e psíquico da personalidade

Quanto aos efeitos, o assédio moral pode atingir, conforme a hipótese, os aspectos moral, físico e psíquico da personalidade do trabalhador.

O assédio ofensivo da integridade moral caracteriza-se pelos atos atentatórios da honra, imagem e intimidade do trabalhador. A revista íntima no

ambiente de trabalho é caso de assédio ofensivo do aspecto moral. De igual sorte, os gritos, grosserias, desqualificações, imputações incabíveis e outras humilhações impostas ao trabalhador, degradantes do relacionamento e atentatórios de sua dignidade. São exemplos a inserção do nome do trabalhador em listas negras e a exigência de flexões, danças, uso de vestimentas ridículas e exposição pública de mau desempenho em virtude de baixa produção.

O assédio ofensivo da integridade psíquica caracteriza-se por atos de pressão psicológica para desestabilizar emocional e profissionalmente o empregado, visando fragilizar a sua auto-estima. A difusão de críticas ou rumores, desautorizações, exposição de fragilidades, atos de ridicularização ou de submissão a situações vexatórias, negativa de atribuição de tarefas, restrições à liberdade de relacionamento, de associação ou de expressão, redução do salário ou da quantidade de trabalho quando medido por produção e remoções para lugares longínquos visando tornar insuportável a permanência do trabalhador no cargo ou forçá-lo a pedir demissão, ofendem o aspecto psíquico da personalidade.

O assédio ofensivo da integridade física caracteriza-se por atos suscetíveis de afetar a higidez física do trabalhador. A submissão a trabalho escravo, forçado ou sem as condições mínimas de proteção ou higiene atingem o aspecto físico da personalidade, o que também pode se verificar por meio da submissão do trabalhador a ambiente de trabalho autoritário, hostil, aético, atemorizador, extremamente competitivo e exigente, capaz de gerar danos à saúde do trabalhador e levá-lo à exaustão emocional ou estresse.

Ainda nesse campo, numerosos julgados reconhecem os constrangimentos sofridos por restrição abusiva ao uso do banheiro. Por exemplo, no RO nº 1.182-2006-036-01-00-4, julgado em 13.12.2007 pela 6ª Turma do TRT da 1ª Região, de nossa relatoria, apurou-se que não era permitido que os empregados excedessem o intervalo de cinco minutos para uso do banheiro, necessitando de prévia autorização da chefia, sob pena de advertência pública se excedessem o tempo regulamentar. Em razão disso, a reclamante passou pela humilhação de ficar com a calça manchada de sangue. Foi fixada indenização por dano moral derivado do assédio sofrido pela empregada.

ASSÉDIO E ESTRESSE PROFISSIONAL: SÍNDROME DE BURNOUT E DANO À SAÚDE

A submissão a condições de trabalho degradantes, caracterizadas, entre outros fatores, pelo excesso de exigências e de produtividade, abuso de auto-

ridade, manipulação do medo em ambiente hostil, jornadas excessivas, competição aética e desenfreada, é suscetível de danos à saúde, podendo levar à exaustão emocional, avaliação negativa de si mesmo, desinteresse generalizado, depressão e insensibilidade a tudo e a todos.

Essa exaustão emocional ou estresse, que pode ser classificada como doença do trabalho, com os efeitos próprios, tem como causa principal a pressão psicológica destinada a maximizar a produção, com qualidade e baixo custo, gerando ansiedade permanente e tensão emocional crônica. Os *veículos utilizados* são a manipulação do medo da perda do emprego ou do cargo e o estímulo à competição desmedida em ambiente estressante e aético.

Como doença do trabalho que é, pode gerar a incapacidade temporária ou definitiva para a prestação de serviços e a responsabilidade civil patronal pelos danos morais e patrimoniais resultantes.

Não é por outra razão que na Espanha o Estatuto dos Trabalhadores reconhece, no artigo 4.2.d, o direito à integridade física e à adequada política de seguridade e saúde no trabalho, concretizada em dois dispositivos da Lei de Prevenção de Riscos do Trabalho.

No Brasil, a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 (Arts.19 a 23), com regulamentação por meio do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, permite, pela generalidade, classificar como doença do trabalho o estresse profissional decorrente do assédio moral e como responsabilidade civil o dever de reparar o dano correspondente. Ela considera como acidente do trabalho qualquer lesão à vida ou à integridade física do empregado como decorrência do exercício do trabalho a serviço da empresa durante o horário de trabalho ou *in itinere* que cause a morte ou a perda ou a redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho, bem como as doenças profissionais, as doenças do trabalho, os atos de agressão e de imprudência provindos de terceiros, companheiro de trabalho ou pessoa privada do uso da razão, e as concausas.

O ASSÉDIO MORAL NA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

Alguns países possuem legislação específica regulatória do assédio. É o caso de França, Portugal, Alemanha, Argentina, Bélgica, Canadá, Noruega e Suécia, variando, conseqüentemente, as denominações: *mobbing*, *harcèlement moral*, assédio moral, *acoso moral* etc.

A França tipifica o *harcèlement moral* por meio da Lei n° 202-73, de 17 de janeiro de 2002, nos seguintes termos:

Art. L. 122-49. Nenhum assalariado pode sofrer atos repetidos de perseguição moral que tenha por objeto ou por efeito uma degradação das condições de trabalho, suscetível de prejudicar os seus direitos e a sua dignidade, de alterar a sua saúde física ou mental ou comprometer o seu futuro profissional.

Nenhum assalariado pode ser sancionado ou sofrer qualquer ação discriminatória, direta ou indireta, especialmente em matéria de remuneração, aperfeiçoamento profissional, reclassificação, transferência, qualificação, classificação, promoção profissional, mutação ou renovação de contrato por ter sofrido, ou ter recusado sofrer as condutas definidas no parágrafo precedente ou por ter testemunhado tais atuações ou tê-las relatado. Qualquer ruptura do contrato de trabalho decorrente, qualquer cláusula ou qualquer ato contrário são legalmente nulos.

Art. L. 122-50. É suscetível de sanção disciplinar qualquer empregado que tenha procedido às condutas definidas no artigo L. 122-49.

Art. L. 122-51. Compete ao chefe de empresa tomar todas as medidas necessárias para prevenir as condutas referidas no artigo L. 122-49.

O Código do Trabalho de Portugal, de 2003, assim regula o assédio:

Artigo 24.

Assédio

1 - Constitui discriminação o assédio a candidato a emprego e a trabalhador.

2 - Entende-se por assédio todo comportamento indesejado relacionado com um dos factores indicados no n° 1 do artigo anterior, praticado quando do acesso ao emprego ou no próprio emprego, trabalho ou formação profissional, com o objectivo ou o efeito de afectar a dignidade da pessoa ou criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador.

3 - Constitui, em especial, assédio todo comportamento indesejado

de carácter sexual, sob forma verbal, não verbal ou física, com o objectivo ou o efeito referidos no número anterior.

Artigo 23.

Proibição de discriminação

1 - O empregador não pode praticar qualquer discriminação, directa ou indirecta, baseada, nomeadamente, na ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência ou doença crónica, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical.

2 - Não constitui discriminação o comportamento baseado num dos factores indicados no número anterior, sempre que, em virtude da natureza das actividades profissionais em causa ou do contexto da sua execução, esse factor constitua um requisito justificável e determinante para o exercício da actividade profissional, devendo o objectivo ser legítimo e o requisito proporcional.

3 - Cabe a quem alegar a discriminação fundamentá-la, indicando o trabalhador ou trabalhadores em relação aos quais se considera discriminado, incumbindo ao empregador provar que as diferenças de condições de trabalho não assentam em nenhum dos factores indicados no nº 1.

Na Espanha, inexistente definição legal específica do *acoso moral*. O Art. 4.2.e do Estatuto de los Trabajadores atenta para a necessidade de respeito à dignidade e demais direitos fundamentais dos trabalhadores, compreendendo:

la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.

A Lei nº 7/2007, de 12 de abril, que aprovou o Estatuto Básico del Empleado Público, reconhece a todos os empregados públicos o direito:

al respeto a su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral.

Finalmente, o Art. 4.2.d do Estatuto reconhece o direito à integridade física e à adequada política de seguridade e saúde no trabalho, concretizada em dois dispositivos da Lei de Prevenção de Riscos do Trabalho daquele país: o Art. 4.2, ao definir o risco laboral como “la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo”, e o Art. 4.3, ao definir como “daño derivado del trabajo” las “enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo”.

○ ASSÉDIO MORAL NA LEGISLAÇÃO NACIONAL

Atingindo o assédio princípios constitucionais e direitos fundamentais do trabalhador, normas constitucionais podem e devem fundamentar e orientar a atuação legislativa infraconstitucional, bem como a interpretação do direito quanto a lesões ocorrentes no meio ambiente do trabalho, entre outras:

- o Art. 5º, *caput*, da CF, que assegura o direito fundamental à igualdade, sem distinção de qualquer natureza;

- o Art. 5º, I, da CF, que considera homens e mulheres iguais em direitos e obrigações;

- o Art. 5º, III, da CF, que veda a submissão a tratamento desumano ou degradante;

- o Art. 5º, VI, da CF, que garante a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

- o Art. 5º, VIII, da CF, que garante que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

- o Art. 5º, X, da CF, que assegura a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

- o Art. 5º, XIII, da CF, que assegura o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

- o Art. 5º, XXII, da CF, que determina a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

— o Art. 5º, XXXV, da CF, que garante o acesso de todos ao Poder Judiciário;

— o Art. 8º, *caput*, da CF, que assegura a liberdade de associação profissional ou sindical;

— o Art. 9º, da CF, que assegura o direito de greve, atribuindo aos trabalhadores a decisão sobre a oportunidade de exercê-lo e os interesses que devam por meio dele defender;

Não obstante, inexistente, no Brasil, norma trabalhista de regulação do assédio moral no trabalho.

Com efeito, o Art. 483 da CLT apenas faz referência a casos específicos de configuração da resolução culposa do contrato, mas que são suscetíveis, pela natureza ou circunstâncias, de caracterizar assédio moral, *verbis*:

O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

- a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;
- b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;
- c) correr perigo manifesto de mal considerável [...];
- e) praticar o empregador, ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;
- f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários.

Outras normas, esparsas, regulam a vedação ao abuso em relação a outras hipóteses, igualmente ensejadoras de caracterizar, pela natureza ou circunstâncias, o assédio moral no trabalho, a saber:

Art. 474 da CLT: A suspensão do empregado por mais de 30 dias consecutivos importa na rescisão injusta do contrato de trabalho.

Art. 373-A da CLT: Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de

trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

No entanto, as hipóteses de caracterização do assédio moral extravam as previstas nas normas destacadas. O empregador que, reiterada e sistematicamente, expõe o empregado a risco no trabalho, veda o uso de sanitários durante a jornada, regula, abusiva ou injustificadamente, o número de vezes e o tempo de utilização do banheiro, trata os trabalhadores com rigor excessivo ou exerce vigilância constante e constrangedora sobre o trabalho efetuado, reduz o salário ou o trabalho para forçar a demissão do trabalhador, condiciona a concessão de benefícios à exigência de produção ou desistência de ação trabalhista, impede a sua liberdade de expressão ou de associação, abusivamente penaliza o empregado ou então atenta contra o devido respeito ao trabalhador, humilhando-o com atos, palavras ou gestos, estará cometendo assédio moral.

Curiosamente, municípios e estados da Federação regulam o assédio no âmbito das administrações diretas e indiretas.

Assim é que o Art. 1º da Lei nº 3.291, de 23/08/02, do Estado do Rio de Janeiro, embora aplicável no âmbito das administrações direta e indireta e nas concessionárias ou permissionárias de serviços estaduais de utilidade ou interesse público, dá maior amplitude às hipóteses de sua ocorrência ao regular o assédio moral como:

o exercício de qualquer ato ou atitude que possa se caracterizar como assédio moral no trabalho, por parte de superior hierárquico, contra funcionário, servidor ou empregado e que implique em violação de sua dignidade ou sujeição a condições de trabalho humilhantes e degradantes.

De igual sorte, a Lei Municipal da cidade de São Paulo, de nº 13.228, de 10.1.02, que no Art. 1º define assédio moral como:

todo tipo de ação, gesto ou palavra que atinja, pela repetição, a autoestima e a segurança de um indivíduo, fazendo-o duvidar de si e de

sua competência, implicando em dano ao ambiente de trabalho, à evolução da carreira profissional ou à estabilidade do vínculo empregatício do funcionário, tais como: marcar tarefas com prazos impossíveis; passar alguém de uma área de responsabilidade para funções triviais; tomar crédito de idéias de outros; ignorar ou excluir um funcionário, só se dirigindo a ele através de terceiros; sonegar informações de forma insistente; espalhar rumores maliciosos; criticar com persistência; subestimar esforços.

Ocorre que o assédio moral também não se esgota nas casuísticas constantes dessas legislações setoriais. Também é suscetível de caracterizar assédio moral a prática de discriminação contra pessoas portadoras de deficiências (Lei nº 7.853/89), contra o idoso (Lei nº 8.842/94), ou então por outros motivos como sexo, crença, religião, origem, raça, cor, estado civil e situação familiar (Lei nº 9.029/95), estando assim o fato jurídico a merecer uma regulação trabalhista de cunho genérico, quer quanto à caracterização, quer quanto à inibição do ato e reparação dos efeitos.

Feitas essas considerações gerais, passamos então ao estudo do tema que é objeto desta investigação: o assédio moral mediante discriminação.

O ASSÉDIO MORAL POR DISCRIMINAÇÃO

O mercado de trabalho no Brasil

Em 2005, 85.284.481 pessoas tinham ocupação. Desses, 42,2% eram mulheres e 47,7% eram negros. Somados, representavam 70,5% das pessoas ativas.

Não obstante, as mulheres ainda se encontram posicionadas em patamares inferiores aos dos homens, com majoritária inserção nos serviços sociais e no trabalho doméstico, e os rendimentos das mulheres e dos negros permaneciam expressivamente inferiores aos dos homens brancos.

A taxa de desemprego era de 14,1% em 2005 e era menor para os homens brancos.¹⁰

¹⁰ Organização Internacional do Trabalho (2007).

Discriminação no trabalho: aspectos gerais

Discriminação pode ser definida como a conduta atentatória e injustificada da igualdade de oportunidades ou de tratamento.

A discriminação pode verificar-se de forma:

— direta, quando o tratamento desigual decorre de razões arbitrárias e desmotivadas, por exemplo, quando a empresa, injustificadamente, não admite mulheres;

— indireta, quando decorre de tratamento formalmente igual, mas produtor de desigualdades. Como exemplo, um quadro de carreira, que vem a se revelar prejudicial a uma classe de trabalhadores (Art. 468 da CLT);

— positiva, quer quando, para a respectiva correção, o ordenamento atua por meio de ações afirmativas, protetivas da igualdade substancial de grupos hipossuficientes, quer quando o empregador estabelece, sem motivo que o justifique, vantagens a pessoas ou grupos, provocando desigualdades;

— negativa, quando decorre da omissão à adoção de medidas igualitárias: não equipara salários de cargos iguais ou deixa de admitir pessoas portadoras de deficiência nas hipóteses previstas em lei.

Inspirada na Revolução Americana de 1776 e nas idéias iluministas, em meio à Revolução Francesa, de 1789, foi editada em 26 de agosto de 1789 a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Ela proclamou as liberdades e os direitos fundamentais do Homem estabelecendo, no Art. 1º, que os homens são livres e iguais em direitos. Serviu de base à Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pela ONU.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi criada pelo Tratado de Paz assinado em Versalhes, em junho de 1919. A OIT é a agência mais antiga do Sistema das Nações Unidas. Foi constituída com o objetivo de definir e promover políticas sociais em âmbito internacional, numa fase marcada pela revolução industrial.

Em 2 de maio de 1944, a Conferência Internacional do Trabalho, por meio da Assembléia Geral da Organização, reunida em Filadélfia, nos Estados Unidos, aprovou declaração relativa aos fins e objetivos da OIT, conhecida pela Declaração de Filadélfia. Ela reafirma os princípios orientadores da OIT, inspiradora da política a ser adotada pelos países membros, que são os seguintes:

— o trabalho não é uma mercadoria;

— a liberdade de expressão e de associação é uma condição indispensável para um progresso constante;

— a pobreza, onde quer que exista, constitui um perigo para a prosperidade de todos;

— todo ser humano, qualquer que seja a sua raça, a sua crença ou o seu sexo, tem direito de efetuar o seu progresso material e o seu desenvolvimento espiritual em liberdade e com dignidade, com segurança econômica e com oportunidades iguais.

Por meio do Decreto Legislativo nº 24, de 1956, o Congresso Nacional aprovou a Convenção nº 100, OIT, promulgada pelo Presidente da República por meio do Decreto nº 41.721 em 25 de junho de 1957. Adotada pela Conferência em sua Trigésima Quarta Sessão, em Genebra, a 29 de junho 1951, ela prevê a igualdade de remuneração para as mãos-de-obra masculina e feminina por um trabalho de igual valor.

Considerando o que afirma a declaração de Filadélfia, que os seres humanos devem ser tratados com liberdade, dignidade e de forma igualitária para o seu progresso material e desenvolvimento espiritual, tem-se que a discriminação constitui uma violação dos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A Convenção nº 111 da OIT, adotada pelos países membros em Genebra, em 25 de junho de 1958, foi aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 104, de 1964, e promulgada pelo Presidente da República por meio do Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968.

A referida Convenção repudia qualquer distinção, exclusão ou preferência que tenha por fim alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão.

A Constituição de 1988, em seu preâmbulo, demonstra destinar-se a assegurar, entre outros valores, “a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

O Art. 3º determina que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, entre outros, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e outras formas de discriminação.

O direito fundamental à igualdade, previsto no Art. 5º, *caput*, da CF, determina que, *verbis*: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

O Art. 37 da CF exige concurso público para acesso nas administrações direta e indireta, propiciando assim a igualdade de oportunidade.

Cabe, portanto, concretizar diretamente ou por meio da legislação infraconstitucional políticas governamentais e interpretação do direito, os princípios e regras que determinam a igualdade de tratamento em sua repercussão nas relações privadas.

Atento a tais valores, princípios e regras, a legislação infraconstitucional trabalhista prevê:

— no Art. 3º, parágrafo único, da CLT, a vedação a distinções à espécie de emprego, à condição do trabalhador e ao trabalho intelectual, técnico e manual;

— no Art. 5º da CLT, salário igual, sem distinção de sexo, para o trabalho de igual valor;

— nos Arts. 460 e 461 da CLT, salário equitativo, equiparação salarial sem distinção de qualquer natureza, ressalvadas as hipóteses justificadas por lei e quadro de carreira;

— no Art. 12, a, da Lei nº 6.019/74, a isonomia remuneratória do trabalhador temporário aos trabalhadores do tomador.

Note-se, todavia, que a concretização da igualdade também pressupõe ações afirmativas, eis que a promoção da igualdade real exige, em determinados casos, medidas compensatórias da desigualdade. Daí o princípio protetivo do trabalhador nas relações de trabalho, as normas especiais de proteção à mulher e ao idoso contra medidas discriminatórias e a normatização da inserção e reaproveitamento de pessoas portadoras de deficiência nas empresas.

Com efeito:

— o Art. 373-A da CLT proíbe práticas discriminatórias contra a mulher, estabelecendo uma série de medidas destinadas a garantir a igualdade de tratamento;

— a Lei nº 7.853/89 proíbe discriminação contra pessoas portadoras de deficiência;

— a Lei nº 8.213/91 normatiza a inserção de pessoas portadoras de deficiência nas empresas;

— a Lei nº 8.842/94 proíbe a discriminação contra o idoso;

— a Lei nº 9.029/95 proíbe a exigência de atestado de gravidez e outras práticas discriminatórias nas relações de trabalho.

Igualmente, atenta a tais valores e normas, a jurisprudência trabalhista tem concretizado a Constituição, as Convenções nº 110 e nº 111 da OIT, a Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, os princípios encerrados nos dispositivos legais supracitados e as políticas afirmativas de correção de desigualdades e inserção de trabalhadores, por meio da interpretação da lei, vedando a dispensa arbitrária do portador do vírus do HIV e do trabalhador prestes a adquirir o tempo necessário à obtenção da aposentadoria, bem como promovendo a equiparação salarial e a isonomia de tratamento remuneratório e nulificando a contratação de empregado pelas administrações direta e indireta sem concurso público. Há inclusive julgados que, por analogia ao Art. 12, a, da Lei nº 6.019/74, chegam a estender aos trabalhadores da prestadora nas demais hipóteses de terceirização as normas aplicáveis aos trabalhadores da empresa tomadora.

Formas mais freqüentes de discriminação no trabalho e decisões judiciais

As formas mais freqüentes de discriminação no trabalho são a discriminação racial, a discriminação do trabalho da mulher, a discriminação do portador de deficiência, a discriminação do portador do vírus do HIV, a discriminação estética, a discriminação por idade, a discriminação pela detenção de garantia de emprego ou da condição de reclamante em ação trabalhista, a discriminação por baixo desempenho e a discriminação em virtude de crença ou religião.

A respeito, a jurisprudência trabalhista tem decidido, com assiduidade, casos de transferência de empregado reintegrado ou estável para horário, função ou local prejudiciais; de perseguição ou dispensa sumária de empregado que move ação judicial em face da empresa; de submissão do trabalhador a atos de humilhação pública como penalidade à baixa produção (imposição ao uso de uniformes ou exibição de troféus vexatórios e divulgação pública e constrangedora de informes de medições de baixo desempenho); de inserção do nome do trabalhador reclamante ou desafeto em listas negras; de preterições ou perseguições por motivos raciais, de sexo, de origem, étnicos ou de crença; de “fritura” de trabalhador que o empregador deseja que peça demissão do cargo ou do emprego, mediante a atribuição de tarefas incompatíveis com a função, o estabelecimento de prazos desarrazoados, condutas destinadas a

ignorar a existência, e mediante a transferência ou o rebaixamento com promoção do desafeto ao cargo anteriormente ocupado.

Passemos então a uma breve análise dessas formas de discriminação.

DISCRIMINAÇÃO RACIAL, DE COR OU DE ORIGEM ÉTNICA

Consiste no tratamento desigual, preconceituoso ou restritivo de direitos do trabalhador, fundado na raça, cor, ascendência ou origem nacional ou étnica.

Pelo Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969, publicado no DOU em 10 de dezembro de 1969, foi promulgada a Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

Segundo a Convenção, a expressão “discriminação racial” caracteriza *qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na raça, cor, ascendência na origem nacional ou étnica que tenha como objetivo ou como efeito destruir ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em condições de igualdade, dos direitos do homem e das liberdades fundamentais nos domínios político, econômico, social e cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública.*

O Art. 5º, *caput*, da CF veda qualquer tipo de distinção, de qualquer natureza, e a Lei nº 9.029/95 proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, entre outros, por motivos de origem e raça.

Ocorre que relativamente à questão racial, de origem ou étnica, infelizmente persistem os estereótipos ou rótulos classificatórios sem qualquer amparo social ou científico (do tipo “judeu é sovina”, “baiano é lerdo”), a xenofobia ou aversão conforme a naturalidade ou nacionalidade (“paraíba”, “gringo” etc.) e o preconceito ou conceito prévio.

Assim, para a efetiva eliminação das distorções de acesso à educação, às oportunidades, à remuneração igualitária, e da discriminação racial, o Estado precisa se valer, de forma positiva, de medidas afirmativas destinadas a corrigir as desigualdades para a promoção da harmonia racial e efetivação dos direitos das minorias raciais e étnicas.

Por outro lado, se as ações sociais têm atuado para prevenir as discriminações, as decisões judiciais têm contribuído, de forma significativa, para inibir e reparar as ofensas, e dado ao ofendido a merecida reconsideração da dignidade violada e à sociedade a conduta exemplar a ser seguida.

Assim é que no RR nº 823/2006-383-04-00, da 5ª Turma do TST, publicado no DJ de 28/11/2008, em que foi relator o Ministro Emmanoel Pereira, decidiu-se que a decisão recorrida não violou e sim deu plena efetividade ao artigo 30, X, da Constituição da República, diante da prova da ocorrência do dano à honra e à imagem de empregada de raça negra. Apurou-se que o superior imediato da autora rotineiramente a ridicularizava por pertencer à raça negra, tornando-a alvo de chacotas, piadas e incessante discriminação, imputando-lhe constante e intensa angústia e sofrimento, evidenciando a correta aplicação da penalidade.

A referida Corte, no RR nº 1.011/2001-561-04-00, da 1ª Turma, publicado no DJ de 26/08/2005, em que foi relator o Ministro João Oreste Dalazen, decidiu que a emissão de vocativos de cunho explicitamente racista e de conteúdo depreciativo, dirigidos por chefe imediato a empregado negro, constitui ato injurioso, ofensivo da dignidade da pessoa humana, por constranger e humilhar o ser humano, provocando-lhe profunda dor na alma, incumbindo ao empregador velar pela respeitabilidade, civilidade e decoro no ambiente de trabalho, como obrigações conexas do contrato de emprego. E que o comportamento discriminatório e preconceituoso não apenas merece o mais candente repúdio da cidadania como também gera direito a uma compensação pelo dano moral daí advindo. No particular, o Recurso de Revista não foi conhecido, mantida a decisão de 2º grau.

DISCRIMINAÇÃO DO TRABALHO DA MULHER

É caracterizada pelo tratamento desigual, preconceituoso ou restritivo de direitos, por pertencer a trabalhadora ao sexo feminino.

São inúmeras as formas de discriminação contra a mulher: tratamento desigual em virtude de gravidez, promoção de reuniões buscando intimidar ou desestimular a gravidez, intolerância em relação aos períodos de amamentação ou de assistência em caso de doença de filho, prática de revistas íntimas, proibição do uso do telefone, prática de diferenças salariais e de oportunidades e tantas outras, razão pela qual o Art. 5º, I, da CF equipara homens e mulheres em direitos e obrigações, e o Art. 5º da CLT garante salário igual, sem distinção de sexo, para o trabalho de igual valor.

Ocorre que o Estado, sensível à persistência da discriminação contra a mulher no mercado de trabalho, precisa se valer, de forma positiva, de medidas afirmativas destinadas à concretização dessa igualdade.

Por tais razões, a Lei nº 9.029/95 proíbe a exigência de atestado de gravidez e esterilização para efeitos admissionais ou de permanência da relação de emprego, proibindo a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por inúmeros motivos, entre eles o sexo do trabalhador, e o Art. 373-A da CLT proíbe práticas discriminatórias contra a mulher, estabelecendo uma série de medidas destinadas a garantir a igualdade de tratamento.

Ao revés, também se revela intolerável o tratamento diferenciado da mulher como premiação a favores sexuais, porque discrimina os demais trabalhadores ou trabalhadoras.

No RO nº 1.521-2001-464-02-00-0, o TRT da 2ª Região confirmou sentença condenatória em danos morais. Para vender e atingir metas de consórcio, a empregada era aconselhada a “sair com clientes” ou “vender o corpo”, além de receber advertências despropositadas e ser tratada com comentários irônicos e agressões verbais grosseiras.

No RO nº 2.623-2005-243-01-00-9, julgado em 19.06.2008 pela 6ª Turma do TRT da 1ª Região, em que fui relator, ficou constatado que, não obtendo êxito na pretensão objetivada pelo assédio sexual, o gerente passou a assediar moralmente a trabalhadora. No caso apreciado, a autora relatou ao empregador que, sendo balconista, passou a ser sexualmente assediada pelo gerente. E que o proprietário da empresa nada fez e que o gerente, a partir daí, passou a perseguir a empregada, o que culminou no pedido de rescisão indireta, pela impossibilidade de continuidade do contrato de trabalho.

DISCRIMINAÇÃO DO TRABALHADOR PORTADOR DE DEFICIÊNCIA E ACIDENTADOS

Trata-se de discriminação verificada por meio do injustificado tratamento desigual, preconceituoso ou restritivo de direitos do trabalhador.

Quanto aos acidentados, apesar do disposto no Art. 118 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, de garantia de emprego pelo prazo mínimo de 12 meses após a cessão do auxílio-doença acidentário, independentemente da percepção de auxílio acidente, lhes é comum encontrar outra pessoa na função quando retornam bem como a falta de atribuição de função, muitas vezes com designação de sala especial, a dispensa imediata quando vencido o período de garantia de emprego, a negativa ao encaminhamento ao INSS por ocasião da constatação de doença do trabalho ou doença profissional ou mesmo de acidente típico.

Apreciando caso que lhe foi submetido, o TST, no AIRR nº 2.098/2004-465-02-40, da 6ª Turma, considerou inatável a avaliação da prova feita pelo Regional, que decidiu ter sido discriminatória a condição a que a empresa lotou o empregado readaptado: em uma sala de vidro, destinada a reuniões, para permanecer sem função juntamente com outros colegas igualmente submetidos a restrições médicas. A sala era chamada de gaiola das loucas, e o setor, de seqüelado. Foi relator o Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. A decisão foi publicada no DJ de 18/04/2008.

O Art. 5º, *caput*, da CF prega a igualdade sem distinção de qualquer natureza, e a Lei nº 9.029/95 proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, entre outros, por motivo de deficiência.

Por outro lado, o Decreto nº 3.956, de 08 de outubro de 2001, promulgou a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência.

No entanto, segundo estudo da Febraban, 52% das pessoas com deficiência ainda se encontram inativas no mercado de trabalho.¹¹

Daí se conclui que o Estado precisa contar com, de forma positiva, medidas afirmativas destinadas à concretização dessa igualdade e à promoção da inserção do deficiente no mercado de trabalho.

Assim é que a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, veda a recusa, sem justa causa, de emprego ou trabalho por motivo de deficiência (Art. 8º, III), além de determinar a promoção das ações governamentais necessárias à concretização do pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências (Arts. 1º e 2º).

Por outro lado, a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, prevê, no Art. 93, a obrigação de preenchimento de 2% a 5% dos cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiências habilitadas, conforme proporção ali prevista. Também condiciona a dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado à prévia contratação de substituto em condição semelhante (§ 1º).

No RR nº 18.578/2002-005-09-00, da 8ª Turma do TST, publicado no DJ de 04/04/2008, em que foi relatora a Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, decidiu-se que o Art. 93, § 1º, da Lei nº 8.213/91 estabelece garantia

¹¹ Organização Internacional do Trabalho (2007).

indireta de emprego, pois condiciona a dispensa do trabalhador reabilitado ou deficiente habilitado à contratação de substituto que tenha condição semelhante. Trata-se de limitação ao direito potestativo de despedir, motivo pelo qual, uma vez não cumprida a exigência legal, devida é a reintegração no emprego. O Recurso não foi conhecido em relação ao tema.

No RR nº 654.014/2000, da 8ª Turma, publicado no DJ de 14/12/2007, em que foi relatora a Ministra Dora Maria da Costa, decidiu-se que não houve violação direta e literal do Art. 173, § 1º, da CF, exigida pelo Art. 896, c, da CLT, quando o Regional determinou a reintegração de trabalhador portador de deficiência física, ao fundamento de que a dispensa de deficientes físicos deveria obedecer ao mesmo percentual para a respectiva admissão, nos moldes do inciso VIII do Art. 37 da CF, posto que o reclamado não provou a garantia da permanência de deficientes em seus quadros. O Recurso de Revista não foi conhecido.

Finalmente, no ROMS nº 1.545/2004-000-04-00, do Tribunal Pleno do TST, publicado no DJ de 28/04/2006, em que foi relatora a Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, decidiu a Corte que a Constituição garante ao portador de deficiência física condições especiais de concorrência em certames públicos, no intuito de estabelecer, por meio de medida positiva de igualdade na desigualdade, equivalente a ação afirmativa destinada a viabilizar uma forma de inclusão desse grupo minoritário no serviço público. Conseqüentemente, a norma constitucional que prevê critério mais favorável ao portador de deficiência física para ingresso no serviço público exclui o grupo majoritário representado pelos não portadores de deficiência física, o que atenta contra o direito, na medida em que ele necessita prever mecanismos de preservação de minorias, como forma de sua consagração democrática. E se a lei estabelece critério determinando que, em caso de fração, arredonda-se para o número inteiro imediatamente superior, esse critério deve ser seguido, inclusive porque sustentado pelo princípio de que, em se tratando de uma pessoa, não há como fracionar o seu direito. Negou-se provimento ao recurso ordinário, considerando que não se verificou a hipótese de direito líquido e certo.

DISCRIMINAÇÃO DO PORTADOR DO VÍRUS DO HIV

É fundada no tratamento desigual, preconceituoso ou restritivo de direitos, em virtude da detenção, pelo trabalhador, de doença imunológica, independentemente do exercício de cargo ou função em área de saúde.

O Art. 5º, *caput*, da CF *determina a igualdade de tratamento nas relações, sem distinção de qualquer natureza*, e a Lei nº 9.029/95 proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por inúmeros motivos, devendo ser entendido, pela generalidade, que entre eles estão as cometidas contra o portador do vírus do HIV.

No Brasil, segundo o Ministério da Saúde, foram notificados 33.141 casos de síndrome da imunodeficiência adquirida (Aids) em 2005, sendo 29.966 de pessoas com idade entre 20 e 59 anos. Do total dos casos, 39,49% atingem mulheres.¹²

No RR nº 15.732/2002-900-02-00, da 1ª Turma, publicado no DJ de 10/10/2008, em que foi relator o Ministro Walmir Oliveira da Costa, decidiu o TST que a reclamada, no Recurso de Revista, não logrou êxito em demonstrar ofensa a preceito de lei federal ou constitucional, tampouco divergência jurisprudencial válida e específica, decidindo correta a apreciação da prova e a aplicação do direito à reintegração da reclamante, considerando discriminatória a sua dispensa, por ser portadora de doença grave.

No RR nº 943/2006-005-24-00, da 3ª Turma, publicado no DJ de 27/03/2009, decidiu a Corte, quanto a empregado portador de Aids, que

sendo do conhecimento da reclamada que o obreiro estava acometido pelo vírus da HIV, e que sua gravidade é notória, aplica-se o disposto no artigo 476, da CLT, constituindo-se arbitrária e obstativa a dispensa do soropositivo, que se vê impedido de pleitear os benefícios previdenciários contidos na Lei 7.670/88, face à ausência de motivo disciplinar, econômico ou financeiro para a despedida.

No RR nº 906/2004-006-04-00-2, da 3ª Turma, em que foi relatora a Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, o TST decidiu que:

Ciente o empregador de que o empregado é portador do vírus HIV, presume-se discriminatória a dispensa. Ainda que inexistir norma legal específica determinando a reintegração do empregado, não há dúvida de que o ordenamento jurídico repudia o tratamento dis-

¹² Ibid.

criminatório e arbitrário. Precedentes desta Corte. Recurso de Revista não conhecido.

No RR nº 76.089/2003-900-02-00, em que foi relator o Ministro Lélío Bentes Corrêa, publicado no DJ-17/6/2005, a referida Corte trabalhista decidiu que

em circunstâncias nas quais o trabalhador é portador do vírus da Aids e o empregador tem ciência desse fato, o mero exercício imotivado do direito potestativo da dispensa faz presumir discriminação e arbitrariedade. A circunstância de o sistema jurídico pátrio não contemplar previsão expressa de estabilidade no emprego para o soropositivo de HIV não impede o julgador trabalhista de valer-se da prerrogativa inserta no Art. 8º da CLT, para aplicar à espécie os princípios gerais do direito, notadamente garantias constitucionais do direito à vida, ao trabalho e à dignidade, insculpidos nos Arts. 1º, incisos III e IV; 3º, inciso IV; 5º, caput e XLI, 170 e 193 da Carta Política, além da previsão do Art. 7º, inciso I, também da Constituição Federal, que veda a despedida arbitrária. Recurso de Revista conhecido e provido.

DISCRIMINAÇÃO ESTÉTICA

Trata-se de discriminação fundada no tratamento preconceituoso, decorrente de defeito, aparência ou característica física peculiar.

O Art. 5º, *caput*, da CF, proclama a igualdade, *sem distinção de qualquer natureza*, e a Lei nº 9.029/95 proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, pelo que é injusta, preconceituosa e indigna a discriminação do trabalhador em razão de sua aparência, o que atenta contra a aferição da sua capacidade e do valor do seu trabalho. A aparência não é e nem pode ser requisito da igualdade remuneratória e da ascensão profissional (Art. 461 da CLT), muito menos pode servir para humilhar o trabalhador portador de sinais ou características estéticas peculiares.

No AIRR nº 17.129/2000-009-09-40, publicado no DJ de 12/09/2008, da 7ª Turma do TST, relatado pelo Ministro Caputo Bastos, consta que restou

demonstrado pela prova que a empresa discriminou, em razão da idade, as vendedoras (assessoras de vendas). Evidenciou-se que não só havia seleção e preferência na contratação de empregadas jovens, como também a predisposição de dispensar, paulatinamente, as vendedoras que não mais atendiam ao perfil de jovialidade incorporado pela reclamada. A prova oral evidencia a atitude discriminatória da reclamada, que expôs a reclamante a situações vexatórias, de humilhação, quando submetida às avaliações periódicas, nas quais a empresa dava ênfase a critérios fúteis de aparência física, em vez de ater-se a critérios objetivos de produtividade e qualidade dos serviços prestados. A reclamada feriu a auto-estima e a dignidade da reclamante, ao imputar-lhe o atributo de inutilidade, apenas em razão do envelhecimento natural e da não-correspondência ao padrão de beleza física e estética estabelecido dentro da empresa (fl. 92). Foi negado provimento ao agravo.

DISCRIMINAÇÃO DO IDOSO

Consiste no tratamento desigual, preconceituoso ou restritivo de direitos do trabalhador idoso.

O Art. 5º, *caput*, da CF proclama a igualdade, sem distinção de qualquer natureza.

A Lei nº 8.842/94 considera idosa a pessoa maior de sessenta anos de idade e institui política nacional afirmativa da criação de condições de autonomia, integração e participação efetiva do idoso na sociedade.

Nos termos do Art. 3º, III, proíbe-se discriminação de qualquer natureza ao idoso.

Já a Lei nº 9.029/95 proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, referindo-se, inclusive, expressamente à idade.

No RR nº 541.014/1999.4, em que foi relatora a Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, verificou-se caso de discriminação de empregado que moveu ação em face da empresa, afrontando assim direitos e princípios constitucionais que consagram garantias fundamentais. A decisão censura a ressalva ao instituído prêmio de incentivo à aposentadoria que exclua empregados que tivessem movido ação trabalhista contra a empresa. Essa ressalva, observa o acórdão, fere de morte o princípio constitucional da igualdade, porque exclui o empregado que exerceu o direito de ação, além de constituir ameaça àqueles

que vierem a exercê-lo, revelando-se discriminação atentatória aos direitos e às liberdades fundamentais (CF/88, Art. 5º, XLI). Decidiu-se que o ato patronal criou discriminação entre seus funcionários, não tolerada porque afronta literalmente princípios constitucionais, como os da igualdade, da liberdade, do direito de ação e defesa e da segurança jurídica, ao passo que o ordenamento constitucional veda as diferenciações desarrazoadas, arbitrárias, inaceitáveis e injustificáveis. O Recurso de Revista foi conhecido e provido.

No RR nº 462.888/1998.0, da 5ª Turma do TST, publicado em 26/09/2003, em que foi relator o juiz convocado André Luís Moraes De Oliveira, decidiu-se que foi discriminatória a dispensa por idade verificada em relação ao trabalhador e assim correta a sua nulidade, com a conseqüente reintegração. O Regional apurou que a empresa se utilizava da prática de dispensar seus funcionários quando completavam 60 anos. Considerou que, embora o caso vertente não tivesse à época de sua ocorrência previsão legal especial (a Lei nº 9.029 que trata da proibição de práticas discriminatórias foi editada em 13/04/1995 e a dispensa do reclamante ocorreu anteriormente), cabe ao prolator da decisão o dever de valer-se dos princípios gerais do direito, da analogia e dos costumes, para solucionar os conflitos a ele impostos, sendo esse, aliás, o entendimento consagrado pelo Art. 8º da CLT. E que, se a realidade do ordenamento jurídico trabalhista contempla o direito potestativo da rescisão unilateral do contrato de trabalho, o exercício deste direito encerra parâmetros éticos e sociais como forma de preservar a dignidade do cidadão trabalhador. Entendeu a Corte pela aplicação da regra do § 1º do Art. 5º da Constituição Federal, que impõe a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, pois, como apontado pelo acórdão regional, a prática da dispensa discriminatória por idade confrontou o princípio da igualdade. Considerando que não houve vulneração ao princípio da legalidade e que não restou configurada divergência jurisprudencial, o Recurso de Revista não foi conhecido relativamente ao tema.

DISCRIMINAÇÃO EM VIRTUDE DA ORIENTAÇÃO SEXUAL

É fundada no tratamento desigual, preconceituoso ou restritivo de direitos, decorrente do fato das preferências sexuais do trabalhador.

Nos termos do Art. 5º, *caput*, da CF, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

Por outro lado, deve-se interpretar de forma ampliativa os Arts. 5º e 461, da CLT: a igualdade de tratamento remuneratório, decorrente da igualdade de trabalho não pode levar em consideração o sexo ou a orientação sexual do trabalhador.

Por fim, a Lei nº 9.029/95 proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção.

No AIRR nº 7.663/2006-034-12-40, da 5ª Turma do TSTY, publicado no DJ de 31/10/2008, em que foi relator o Ministro Emmanoel Pereira, decidiu-se que, nos termos do Art. 1º da Lei nº 9.029/95, é proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, dentre outros, por motivo de opção sexual. Comprovado pelo Regional, diante do conjunto probatório, que a demissão decorreu da opção sexual da reclamante, ante a evidente violação da intimidade e da vida privada da empregada, foi mantido o despacho denegatório do Recurso de Revista, negando-se assim provimento ao agravo.

No AIRR nº 84/2005-042-01-40, da 7ª Turma, publicado no DJ de 09/05/2008, decidiu o TST que

reconhecida a existência de discriminação por parte da reclamada em relação à reclamante, por ser homossexual, com deferimento de indenização por dano moral, vedado se torna o reexame da questão por parte do TST, em sede de Recurso de Revista, dado o óbice da Súmula 126 desta Corte. A prova testemunhal foi uníssona ao indicar que a reclamante foi vítima de preconceitos e discriminação por parte da reclamada, em razão de sua aparência e homossexualidade, tendo, inclusive, deixado de ser promovida, em diversas oportunidades, unicamente por tal fato. Agravo de instrumento desprovido.

DISCRIMINAÇÃO DO PORTADOR DE ESTABILIDADE OU GARANTIA DE EMPREGO

Consiste no tratamento desigual ou preconceituoso, decorrente da restrição patronal ao poder de despedir sem motivação.

O Art. 5º, *caput*, da CF garante a igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Numerosos dispositivos legais concedem garantia de emprego a trabalhadores que necessitam de estabilidade para o exercício de funções de representação. Também a gestante, para a proteção e garantia de subsistência da nova vida que está gerando necessita dessa estabilidade.

Logo, não pode o empregador, com receio de risco ao exercício do seu poder de comando ou do custo empresarial do afastamento da gestante, tratar desigualmente o empregado que representa outros trabalhadores.

A respeito, a jurisprudência trabalhista tem decidido, com assiduidade, casos de transferência de empregado reintegrado ou estável para horário, função ou local prejudiciais.

O TST, no RR nº 243/2003-003-04-00, publicado no DJ de 27/06/2008, em que foi relator o Ministro José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, por considerar que a decisão recorrida não violou a lei, manteve a decisão recorrida, de caracterização de assédio moral estratégico. Apurou-se que a empresa, de forma ardilosa, pressionava os trabalhadores, às vésperas da estabilidade prevista em norma regulamentar, para que dela renunciasses, caso contrário, passava a tyrannizar os empregados tidos como desnecessários ou incômodos, caso do reclamante daquele processo, objetivando o pedido de demissão por parte do trabalhador.

DISCRIMINAÇÃO POR BAIXO DESEMPENHO

É fundada na exigência, de forma abusiva e/ou sem atenção às condições pessoais, de prestação do trabalho além de capacidade ou qualificação do trabalhador. Afronta os Arts. 5º, *caput e III*, da CF e 483, a e b, da CLT, bem como a Lei nº 9.029/95.

O TST, no AIRR nº 841/2007-003-21-40, considerou soberana a avaliação da prova feita pelo TRT do RN, que condenou a empresa a pagar R\$ 1 milhão de indenização por assédio coletivo contra empregados que não atingiam cotas de vendas. Os supervisores os obrigavam a vestir camisas estampadas com apelidos pejorativos, dançar na boquinha da garrafa e exibir troféu vexatório sobre a mesa. Foi relator o Ministro Vieira de Mello. Publicado no DJ de 13/03/2009.

No RO nº 00602-2007-052-01-00-5, da 6ª Turma do TRT da 1ª Região, de nossa relatoria, decidiu-se que a exposição do trabalhador a situação vexatória e desrespeito à sua opção religiosa configura assédio moral, com incidência da indenização pelo dano causado. Apurou-se, pela prova testemunhal,

que a reclamante era chamada de “lerda”, “poia” e “lesma” pela representante da empresa. Apurou-se ainda que ela, de forma provocativa à crença da autora, chegou a colocar uma estátua de Santa Bárbara na mesa de trabalho da reclamante, não obstante tivesse ciência de ela ser a única adventista no local de trabalho e da insuportabilidade da presença da imagem em sua mesa. Diante da prova produzida, a Turma teve por comprovadas as humilhações e constrangimentos sofridos pela autora, decidindo, por conseguinte, pela condenação da empresa em indenização por danos morais decorrentes de assédio estratégico e discriminatório.

No RO nº 315-2002-025-01-00-8, julgado em 30/11/2006 pela 6ª Turma do TRT da 1ª Região, também de nossa relatoria, apurou-se que o supervisor xingava e perseguia o empregado. A testemunha ouvida relatou que foi feita reunião destinada a cobrar dos empregados a melhoria dos serviços, mas que em tal reunião o supervisor chamou o reclamante de incompetente, porque teria tido baixa produção, e ainda foram proferidos palavrões. Disse que o reclamante foi chamado de “bundão” pelo supervisor e, a partir daí, perseguido. A empresa foi condenada por dano moral decorrente do assédio verificado.

DISCRIMINAÇÃO EM VIRTUDE DE CRENÇA OU RELIGIÃO

Consiste no tratamento desigual, preconceituoso ou restritivo de direitos, decorrente da crença ou religião do trabalhador. Atenta contra o Art. 5º, *caput* e VIII, da CF e a Lei nº 9.029/95.

No RO nº 00738-2004-038-15-00-0, da 15ª Região, em que foi relatora a juíza Mariane Khayat, considerou o Regional configurada a dispensa em razão da discriminação religiosa, diante da constatação de que apenas os quatro empregados que se recusaram a participar da oração dirigida pelo sócio evangélico foram dispensados no dia da sua realização. Decidiu-se pela constatação de conduta discriminatória, bem como pela subjacente tentativa de alterar o credo dos trabalhadores.

DISCRIMINAÇÃO DO EMPREGADO QUE MOVE AÇÃO EM FACE DO EMPREGADOR

É fundada no tratamento desigual ou retaliativo do empregado que move ação trabalhista em face do empregador. Afronta os Arts. 5º, *caput* e XXXV, da CF e 483, a e b, da CLT, bem como a Lei nº 9.029/95.

No E-ED-RR nº 636.525/2000, publicado no DJ de 10/10/2008, em que figurou como redator designado o Ministro Lélío Bentes Corrêa, decidiu o TST que:

Constitui ato discriminatório a inserção no Plano de Incentivo ao Desligamento Voluntário (PIDV) de cláusula mediante a qual se prevê, como condição para a participação no referido Programa, que o empregado não mantenha ação trabalhista em que figure no pólo passivo a própria empresa. Disposição nesse sentido, ademais do seu manifesto caráter discriminatório e intimidatório, ainda afronta outro direito fundamental inalienável assegurado na Constituição da República em seu Art. 5º, XXXV, por meio do qual se assegura o livre acesso ao Poder Judiciário. O recurso de embargos foi conhecido e provido, por maioria.

QUE MEDIDAS CONCRETAS AS EMPRESAS DEVEM TOMAR PARA EVITAR O ASSÉDIO, O ESTRESSE E AS DOENÇAS DO TRABALHO DECORRENTES?

Deve o empregador promover um meio ambiente amigável, respeitoso, seguro, saudável, participativo e igualitário de trabalho.

Esse ambiente deve contar com:

- o estabelecimento de regras claras, isentas e objetivas de deveres, atribuições e relacionamentos;

- meios de interação e participação do trabalhador quanto aos objetivos empresariais;

- a adoção de sistema de estímulo ao bom relacionamento e à competição saudável, com repressão imediata a condutas antiéticas e discriminatórias;

- o incentivo à competição saudável, por meio de regras imparciais de atribuição de tarefas e de avaliação de desempenhos e promoções, com integração dos empregados ao ambiente de trabalho proporcionando-lhes igualdade de condições;

- a promoção do acesso de todos os trabalhadores aos meios e caminhos necessários à execução das tarefas;

- o exercício de um poder de comando não abusivo, ou seja, exercitável nos limites e condições da prestação de serviços, com espaço ao senso crítico

e à liberdade de expressão e de relacionamento dos empregados com terceiros ou com o sindicato;

— o devido treinamento dos gestores quanto ao relacionamento com os demais trabalhadores e vice-versa;

— a adoção de procedimentos formais e informais de encaminhamento de queixas (com oitiva dos envolvidos, acompanhada de garantias de confidencialidade, celeridade e proibição de represálias);

— a adoção de procedimentos de apuração de conflitos, com medidas preventivas e compositivas, como movimentação de trabalhadores envolvidos (horário, função e posto de trabalho), resolução das diferenças e até aplicação de penas disciplinares, conforme o caso;

— um sistema eficiente de prevenção dos riscos empresariais e de estímulo ao aperfeiçoamento profissional, ao lazer e aos cuidados com a saúde e a segurança.

A REPARAÇÃO DO ASSÉDIO MORAL POR DISCRIMINAÇÃO E O ALCANCE DA LEI N° 9.029/95

Verificado, pelo Judiciário, o assédio moral no ambiente de trabalho, as seguintes medidas podem ser adotadas:

— cessação do dano a direitos da personalidade ou resolução culposa do contrato, sem prejuízo das perdas e danos e outras sanções previstas em lei: Art. 12, Código Civil c/c 8°, parágrafo único, CLT;

— no caso de despedida arbitrária fundada em discriminação, a aplicação do Art. 4° da Lei n° 9.029/95: opção do empregado pela reintegração ou resolução culposa do contrato, sem prejuízo da indenização pelos danos patrimoniais e morais decorrentes.

As medidas inibitórias e reparatórias poderão ser postuladas individual ou coletivamente, na segunda hipótese, pelo sindicato ou pelo Ministério Público do Trabalho;

Recebendo queixa sobre a existência de assédio moral, poderá o Ministério Público apurar o fato mediante inquérito e buscar termo de ajuste de conduta ou, se for o caso, o ajuizamento, perante a Justiça do Trabalho, por meio de Ação Civil Pública destinada à inibição e reparação do dano.

A Lei n° 9.029/95 proíbe práticas discriminatórias por motivos exemplificativos de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade

(Art. 1º), permitindo assim ao trabalhador (e não ao juiz, como ocorria na estabilidade decenal prevista no Art. 496 da CLT) optar pela readmissão (leia-se reintegração), com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas (Art. 4º, I), ou pela resolução do contrato por culpa do empregador, com percepção em dobro da remuneração do período de afastamento (Art. 4º, II).

A primeira solução não tem por finalidade reparar a discriminação sofrida, quer no campo patrimonial, quer no moral. Trata-se de *mera garantia do direito à remuneração do período de afastamento* e até que a reintegração se efetive. A hipótese diz respeito *apenas aos lucros cessantes*, assim entendidos os valores que o trabalhador deixa de auferir em decorrência da dispensa arbitrária. Observa Roberto Senise Lisboa: “responde pelos lucros cessantes aquele que deixou de pagar ou impediu o pagamento em benefício do credor, no tempo, modo e local devidos”.¹³

Conseqüentemente, poderá o empregado, agora autorizado pelo Art. 114, VI, da CF, também postular indenizações pelos *danos patrimoniais emergentes*, referentes ao prejuízo material efetivamente sofrido pelo trabalhador em virtude da despedida arbitrária, além do *dano moral* compositivo da humilhação imposta pela discriminação.

Quanto à segunda hipótese, se o trabalhador optar pela resolução do contrato por culpa do empregador, por entender insuportável a continuidade do vínculo diante da despedida que seria nula, porque discriminatória, a *dobra prevista em lei* deve ser entendida como tarifamento legal, independentemente de comprovação do efetivo prejuízo, para a composição do *lucro cessante*. E como fica então a questão do dano emergente, ou seja, a indenização devida pelo ato ilícito, assim entendida a composição do dano causado pela despedida discriminatória?

Outra questão que precisa ser desafiada está relacionada à definição do limite temporal de cômputo da remuneração devida no caso de opção, pelo empregado, pela resolução culposa do contrato, em decorrência da nulidade da despedida discriminatória.

A Súmula nº 28, em sua redação original, interpretava que “no caso de se converter a reintegração em indenização dobrada, o direito aos salários é assegurado até a data da sentença constitutiva que põe fim ao contrato”. Essa

¹³ Lisboa (2004, p. 497).

orientação partia do pressuposto de que somente a decisão transitada em julgado conferia certeza ao ato.

Em 2003, foi feita sutil alteração na Súmula nº 28, que agora interpreta que “no caso de se converter a reintegração em indenização dobrada, o direito aos salários é assegurado até a data da primeira decisão que determinou essa conversão”. Isso porque pode acontecer de a decisão decretada em 1º grau ser reformada em recurso ordinário e restabelecida em Recurso de Revista ou então não ser conferida pelo juízo de origem e concedida somente em recurso ordinário. Prevalece então a data da primeira decisão que decreta a conversão da reintegração em indenização.

Enfim, a Súmula nº 28, inicialmente editada em relação ao estável decenal, propiciava ao trabalhador a percepção de indenização dobrada referente ao tempo de serviço prestado (período pretérito ou dano emergente), além da remuneração do período de afastamento (lucro cessante), computada até a data da sentença constitutiva de terminação do contrato (redação original) ou até a data da primeira decisão que determina essa conversão (nova redação).

Ocorre que, no caso da dispensa discriminatória, a indenização dobrada a que alude o Art. 4º, II, da lei específica (de nº 9.029/95) diz respeito tão-somente ao período de afastamento como compensação do lucro cessante, restando solucionar, porque a reparação deve seguir o princípio da integralidade, a indenização devida pelo ato ilícito, assim entendida a composição do dano causado pelo fato da despedida discriminatória, ou seja, o dano emergente.

Quanto ao lucro cessante, entendemos pela aplicação da Súmula nº 28, com a sua nova redação: o direito aos salários é assegurado, com a dobra prevista no Art. 4º, II, da Lei nº 9.029/95, até a data da primeira decisão que determinou essa conversão, porque dá caráter de certeza à opção exercida pelo próprio empregado (e não pelo juiz, como acontecia no caso do estável decenal), que leva ao rompimento do contrato, embora por culpa patronal, definindo assim a data da efetiva terminação.

No tocante ao dano emergente, em face do silêncio da Lei nº 9.029/95, não se pode aplicar o simples pagamento das parcelas decorrentes da terminação contratual computadas até a data da primeira decisão que determina a conversão da reintegração em indenização, porque corresponderia à mesma reparação devida a qualquer empregado que fosse despedido sem motivação alguma. Outra solução precisa ser buscada, para reparar o dano emergente

decorrente da despedida discriminatória. E a melhor delas nos parece, por analogia à solução contida na CLT em relação ao estável decenal, a indenização em dobro do tempo de serviço, nele computado, como termo final, o período decorrido até a primeira decisão que determina a conversão.

Finalmente, poderá o empregado, a título de dano moral, postular a reparação *pela humilhação* sofrida com a discriminação, que deverá ser arbitrada pelo juiz de acordo com a extensão do dano e a proporcionalidade da culpa em relação ao dano.

Concluindo, a indenização devida pela despedida discriminatória deverá atender à recomposição do período de afastamento, ao prejuízo patrimonial causado pelo rompimento arbitrário e à reparação dos danos morais decorrentes da humilhação imposta ao trabalhador.

Cabe ainda a observação de que estamos a nos referir à hipótese da despedida por discriminação de trabalhadores em geral. Como a reparação deve ser integral, se a dispensa arbitrária fundada em discriminação atingir trabalhador detentor de garantia de emprego, o período de estabilidade deverá ser considerado, assim como os específicos prejuízos patrimoniais e morais causados pelos efeitos que a perda da condição que a garantia tinha por fim resguardar vier a representar para o trabalhador.

Dano moral decorrente do assédio e sua avaliação

ASPECTOS GERAIS DO DANO MORAL

Duas espécies de direitos podem ser vislumbradas nas relações de trabalho: os econômicos, que visam remunerar o trabalho prestado ou a cessação do contrato, como salários, adicionais, FGTS e indenização compensatória de 40%; e os da personalidade, próprios da condição humana e que visam dignificar o trabalhador e valorizar o trabalho. São eles: direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem; à livre manifestação do pensamento, à liberdade de consciência, de crença, de expressão, de informação e sexual; à igualdade de tratamento, ao tratamento respeitoso, ao trabalho livre e quantitativamente limitado; à vida, à saúde, à integridade física e à subsistência; à greve e à liberdade de associação profissional e sindical.

Os direitos de natureza econômica, quando violados, geram a responsabilidade patrimonial, mediante composição dos danos decorrentes do des-

cumprimento das obrigações trabalhistas, abrangendo os danos emergentes e os lucros cessantes.

Os direitos da personalidade, quando ofendidos, são suscetíveis de gerar responsabilidade pelos danos morais decorrentes. Danos morais são, portanto, os decorrentes da violação dos direitos da personalidade.

Os danos morais podem ser individuais e coletivos. São individuais os decorrentes das violações à integridade valorativa, física e psicológica da personalidade da pessoa humana, a exemplo das ofensas à honra, à saúde e à liberdade de expressão do trabalhador, e ao bom nome da pessoa jurídica; são coletivos os resultantes das ofensas a atributos metaindividuais de grupos de trabalhadores ou classe trabalhadora, a exemplo da arrecadação de pedidos de demissão ou recibos de quitação em branco como condição de contratação, trabalho forçado ou escravo, utilização de trabalho infantil.

Os danos morais individuais podem dizer respeito:

a) danos a atributos valorativos da personalidade
Violações à integridade valorativa da pessoa humana e bom nome da pessoa jurídica. Exemplos: danos à honra e à imagem
b) danos a atributos físicos da personalidade
Violações à integridade física da pessoa humana. Exemplos: danos à vida, à saúde, à estética, à subsistência e à liberdade pessoal
c) danos a atributos psicológicos da personalidade
Violações à integridade psicológica, intelectual ou espiritual da pessoa humana. Exemplos: danos à intimidade, à vida privada, à igualdade, à liberdade sexual, de expressão e de associação

No momento, apenas uma das espécies de dano moral nos interessa: o decorrente do assédio moral no trabalho.

A AVALIAÇÃO DO DANO MORAL

Após a Constituição de 1988, que garantiu a indenizabilidade pura do dano moral (Art. 5º, X, da CF), ou seja, independentemente de repercussão patrimonial, num primeiro momento regulações então existentes quanto ao valor do dano moral para os casos de calúnia, injúria e difamação chegaram a ser analogicamente utilizados.

Com efeito, o Art. 51 da Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa, considerada inconstitucional pelo STF) limitava a 50 salários mínimos os danos morais decorrentes de culpa na calúnia, injúria e difamação.

Já o Art. 84, *caput* e § 1º, do Código de Telecomunicações, parcialmente revogado, dispunha que na estimação do dano moral o juiz deveria levar em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa na fixação da reparação no montante de 5 a 100 salários mínimos para os casos de calúnia, injúria e difamação.

Essa orientação, passível de contestação sob vários aspectos (entre outros, a aplicação analógica e a limitação de valor), restou definitivamente sepultada com o Código Civil de 2002, cujo Art. 944, *caput* e parágrafo único, deixa a critério do juiz a avaliação do dano.

O referido dispositivo legal determina a observância dos princípios da integralidade do dano e da razoabilidade na fixação da reparação, ao estabelecer, por meio de cláusula geral, a necessidade de avaliação da indenização segundo critérios da extensão do dano e da proporcionalidade da culpa em relação ao dano.

A indenização pecuniária do dano moral deve servir como lenitivo para aplacar a dor íntima do ofendido e recompor a sua consideração social, consideradas a relevância do bem jurídico atingido, a condição pessoal das partes, a intensidade da culpa e a extensão do dano, bem como para inibir o ofensor quanto a novas investidas.

Temos assim que na avaliação do dano moral cumpre ao juiz, observado o princípio da integralidade do dano, fixar, com base no princípio da razoabilidade, indenização capaz de abranger os seguintes aspectos:

— *a natureza da ofensa*, ou seja, a relevância do bem jurídico atingido. Se a ofensa incide sobre bem jurídico mais relevante do que outro (acidente de trabalho com perda de membro em comparação com um xingamento), o valor da indenização a ser fixada deve ser proporcionalmente maior;

— *a gravidade da culpa em relação ao dano*, ou seja, a sua intensidade, grau e concorrência. Teoricamente, o valor da indenização deve ser proporcionalmente maior quando decorre de dolo, em comparação com um simples ato de omissão, por negligência;

— *as circunstâncias e efeitos da ofensa*. Os reflexos pessoais e sociais decorrentes, observadas as condições objetivas e subjetivas das partes e da

prestação do serviço; extensão e duração das conseqüências da ofensa; medidas eventualmente adotadas para minimizar os efeitos. Assim é que, se o abalo é temporário e superável, a indenização deve ser menor do que a decorrente de abalo insuperável ou permanente, como a perda de um membro. Por outro lado, o sofrimento presumivelmente mais intenso deve merecer maior gravame do que o sofrimento menos intenso, e o dano que resulta em conhecimento amplo deve gerar indenização maior, porque é, presumivelmente, mais extenso em relação aos efeitos.

— *a capacidade econômica do ofensor*, para efeito dissuasório e exemplar. Indenização de pouca expressão em relação a empregador de grande porte ou reincidente pode se revelar ineficaz. No caso de revista íntima, pode até considerar mais vantajoso pagar pequena indenização e continuar a praticar o ilícito do que rever os métodos de fiscalização.

CONCLUSÕES

O assédio moral decorre do modo abusivo de relacionamento no trabalho. Trata-se de importante constatação, porque reduz o campo de investigação a determinado tipo de ilícito trabalhista, ofensivo de direitos da personalidade do trabalhador, juridicamente tutelados para dignificá-lo e valorizar o seu trabalho.

Uma das formas de assédio moral, o assédio por discriminação, atinge princípios constitucionais e direitos fundamentais previstos na Constituição, porque, de modo preconceituoso, trata o trabalhador de forma desigual, desvalorizando, a um só tempo, a sua condição de pessoa humana e o valor do seu trabalho. O trabalhador deve ser, para a preservação de sua dignidade, considerado pelo valor do seu labor e sua condição de pessoa humana, e não por suas crenças, aparência, cor, raça, sexo, idade, orientação sexual ou religiosa, características que compõem, juntamente com outras, a personalidade que permite à pessoa ter uma existência própria.

Cabe assim ao empregador, no exercício da livre iniciativa, promover um meio ambiente amigável, respeitoso, seguro, saudável, participativo e igualitário de trabalho, respondendo pelas ofensas cometidas à transgressão direta ou indireta desses valores.

Apesar das normas constitucionais protetivas da dignidade do trabalhador e das normas esparsas relacionadas a casos específicos de assédio e

discriminação, a legislação infraconstitucional ainda carece de regulamentação genérica do assédio moral em suas diversas facetas e das formas de proteção às ofensas ao relacionamento no ambiente de trabalho.

Já no tocante ao assédio por discriminação, há lei específica regulando a matéria, de nº 9.029/95, que proíbe práticas discriminatórias por motivos exemplificativos de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade (Art. 1º), permitindo ao trabalhador optar pela reintegração, com ressarcimento integral de todo o período de afastamento (Art. 4º, II), ou pela percepção dobrada da remuneração do período de afastamento (Art. 4º, II).

Essa lei, que prevê a composição do lucro patrimonial cessante para os casos de reintegração por despedida arbitrária discriminatória e, como patamar mínimo, do lucro patrimonial cessante e do dano emergente para as hipóteses de opção pelo rompimento definitivo, não impede a incidência da composição integral do dano patrimonial emergente verificado em virtude da despedida arbitrária, muito menos a incidência da indenização por dano moral, decorrente da humilhação imposta ao trabalhador pelo fato da discriminação.

Por sua vez, a indenização por dano moral deverá considerar a natureza da ofensa, a gravidade da culpa em relação ao dano, as circunstâncias e efeitos da ofensa e a capacidade econômica do ofensor.

Chamada a agir, a Justiça do Trabalho deve, nos planos individual e coletivo, dar pronta resposta à inibição das discriminações e correção das desigualdades, fixando as reparações patrimoniais e morais cabíveis para o resgate dos prejuízos materiais, da dignidade do trabalhador e da valorização do seu trabalho. E, a julgar pelos exemplos jurisprudenciais trazidos neste estudo, ela tem cumprido esse papel na interpretação do direito aplicável, muitas vezes concretizando diretamente os ditames constitucionais para a realização do direito. Assim como o Ministério Público tem tido atuação relevante na identificação das irregularidades cometidas contra direitos individuais indisponíveis, direitos coletivos e direitos difusos, quer contribuindo, com as suas investigações, para firmar ajustes de conduta do empregador a um meio ambiente do trabalho respeitoso e saudável, quer denunciando e buscando, junto ao Judiciário, a inibição e a reparação dos atos atentatórios.

REFERÊNCIAS

- BARRETO, Margarida Maria Silveira. *Uma jornada de humilhações*. São Paulo, 2000. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2000.
- BELMONTE, Alexandre Agra. *Responsabilidade trabalhista por danos morais e patrimoniais*. São Paulo: LTr, 2008.
- CARLOS, Vera Lúcia. *Discriminação nas relações de trabalho*. São Paulo: Método, 2004.
- DELGADO, Maurício Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 70, n. 6, p. 657-667, jun. 2006.
- FELKER, Reginald. *O dano moral, o assédio moral e o assédio sexual nas relações de trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.
- HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. Trad. Rejane Janowitzer. Rio de Janeiro: Bertand Brasil, 2002.
- LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 2 (Obrigações e Responsabilidade Civil).
- MARTINEZ VIVOT, Julio. *Acoso Sexual*. Buenos Aires: Astrea, 1996.
- MONTEIRO DE BARROS, Alice. *O Assédio Sexual no Direito Comparado*. Disponível em: <<http://www.internet-lex.com.br>>.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Dignidade Humana. In: _____. (Org.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. 1, p. 1-61.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Igualdade no Trabalho: enfrentando desafios. Suplemento Nacional Brasil. OIT Notas. Secretaria Nacional do Trabalho. 2007. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/info/downloadfile.php?fileId=275>>. Acesso em: 9 maio 2007.
- ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

VERDARAY, Hernán. *Daño Psicológico*. 2. ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires: Astrea, 2006.

RESUMO

O trabalho aborda a tutela jurídica do assédio moral por discriminação nas relações de trabalho, sob o prisma dos princípios da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho como princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, considerando o desrespeito à integridade do trabalhador por meio da pressão psicológica decorrente de atitudes abusivas, degradantes do relacionamento digno no ambiente de trabalho, caracterizadoras do assédio moral, como atentatório aos direitos fundamentais dos trabalhadores, analisando, em especial, a proteção à conduta atentatória e injustificada da igualdade de oportunidades ou de tratamento no ambiente de trabalho, as formas mais frequentes de assédio por discriminação, e a sua reparação.

Palavras-chave: tutela jurídica, relações de trabalho, princípios da dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

This paper approaches legal protection of harassment by discrimination in work relations, in the view of human dignity and the social values of work as the fundamental principles in the Democratic State of Law, by considering that disrespect to the worker's integrity through psychological pressures resulting from abusive, degrading behavior to dignified workplace relationships, which characterize harassment, is a threat to the fundamental rights of the worker, by analyzing, particularly, the protection of threatening and unjustified behavior against equality in opportunities or treatment in the workplace, the most common forms of discriminatory harassment, and solutions to these problems.

Keywords: legal protection, work relations, principles of human dignity.

Alexandre Agra Belmonte é Desembargador do TRT da 1ª Região, Doutor em Justiça e Sociedade, Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho e Professor de Pós-graduação da Universidade Candido Mendes.

Acesso à justiça e à cidadania: considerações sobre Justiça do Trabalho, princípios de direito laboral e imaginário popular

Ana Luísa de Souza Correia de Melo Palmisciano

INTRODUÇÃO

O presente ensaio pretende discorrer sobre a relação entre a atuação institucional e o processo de reconhecimento e efetivação de direitos no País, com enfoque na temática do acesso à Justiça do Trabalho e seus princípios. Serão utilizados alguns dados de pesquisas sobre acesso ao Judiciário e conhecimento de direitos por camadas populares, para então relacionar tais elementos aos princípios materiais e processuais inspiradores dos direitos trabalhistas.

A discussão teórica sobre a cidadania e os mecanismos responsáveis pela efetivação dos direitos é temática atual e fundamental. Se, por um lado, a Constituição de 1988 restaurou os direitos políticos, promoveu os direitos sociais e consagrou direitos civis elementares, ainda existe grande distância entre essa cidadania formal e a efetivação de uma cidadania substancial.

Existem duas teorias explicativas dessa realidade, quais sejam, a teoria da *path dependence* (ou dependência da trajetória) e a teoria institucional. A teoria da *path dependence* sustenta que as especificidades históricas de um país favorecem a existência de um vácuo entre direitos assegurados formal-

mente e a concretização de tais direitos. Já a teoria institucional sustenta a importância da via institucional e de seu impacto no processo de formação e consolidação da cidadania de um país.

Embora não se possa deixar de considerar a influência de nosso legado histórico, o presente artigo filia-se à corrente que acredita que a atuação institucional também é fator fundamental para a efetivação e consolidação da cidadania no País, e será desenvolvido com base nessa perspectiva.

REFLEXÕES SOBRE CIDADANIA E ACESSO À JUSTIÇA

A discussão sobre o acesso à justiça perpassa pelos obstáculos ao acesso ao Poder Judiciário, do qual grande parte da população brasileira está excluída, principalmente as camadas mais pobres.

Classificados em tipos, esses obstáculos podem ser de ordem econômica, social e cultural. Sabe-se que a resolução formal de litígios nos tribunais é muito dispendiosa: os litigantes precisam arcar com a maior parte dos custos necessários à solução de uma lide, incluindo honorários advocatícios e custas judiciais.

A Justiça Civil é cara para os cidadãos em geral e mais ainda para os economicamente mais débeis, já que são estes, sobretudo, os protagonistas e os interessados nas ações de menor valor, nas quais a justiça é proporcionalmente mais cara¹.

Todavia, para além dos obstáculos supracitados, o presente ensaio será focado nas barreiras sociais e culturais, que, afetando o acesso das camadas menos favorecidas à justiça, não se esgotam na dimensão econômica. Os cidadãos com menos recursos tendem a conhecer pior seus direitos e, portanto, a ter mais dificuldades em reconhecer como jurídico um problema que os afete. Além disso, mesmo que reconheçam esse problema como violação a um direito, é necessário que essas pessoas se disponham a ajuizar uma ação judicial. Estudos sobre acesso à justiça demonstram que existe grande diferença entre os serviços advocatícios prestados às classes mais abastadas e os dirigidos às classes com menos recursos. Existe, também, um temor geral de represálias por se recorrer aos tribunais².

¹ Cappelletti e Garth (1988, p. 15-18); Santos, B. (1995, p. 167).

² Santos, B. (1995, p. 170).

Esse obstáculo insere-se no que se chama de “possibilidade das partes”. As pessoas com recursos financeiros consideráveis têm vantagens óbvias ao proporem ou defenderem demandas. Trata-se de “capacidade jurídica” pessoal (aptidão para reconhecer um direito ou propor uma ação ou sua defesa) e se relaciona com as vantagens financeiras e diferenças de educação, meio e *status* social. Nesse enfoque insere-se a questão de reconhecer a existência de um direito, juridicamente exigível, que, como visto, é especialmente séria para os despossuídos.³

Sem que se conheça o direito, portanto, não há como ingressar no Poder Judiciário. E, sem ingressar no Judiciário, muitos direitos lesados não podem ser efetivados. O desconhecimento dos direitos é, assim, um obstáculo de peso ao acesso à justiça, bem como mais um empecilho para a consolidação da cidadania no País, que não se esgota na dimensão econômica. Se a cidadania implica o reconhecimento de todos como sujeitos de direitos e deveres, não ter noção dos direitos formalmente assegurados diminui as possibilidades de vê-los realizados mediante, por exemplo, a atuação do Poder Judiciário. Por outro lado, como ensinam as lições do professor Boaventura de Souza Santos, além de conhecerem seus direitos, é fundamental que os cidadãos acreditem na possibilidade de efetivá-los pelo acionamento das instituições competentes.

De acordo com esse raciocínio, procede a reflexão sobre a atuação de instituições responsáveis por consagrar direitos formalmente reconhecidos, que, portanto, também trilham um caminho afim da cidadania.

A tese sustentada é que as instituições, se devidamente acionadas, podem transformar o real, viabilizando a construção de uma cidadania efetiva. Por sua vez, se conhecem seus direitos, os cidadãos atuam. A temática também passa pela discussão da chamada “educação para a cidadania”, prática institucional voltada para mudanças de concepções, de noções dos direitos e de valores políticos, que é pouco abordada pela literatura.

³ Ibid. Para além da questão social, a instrumentalização do acesso ao Poder Judiciário e a conscientização dos cidadãos excluídos de seus direitos também são fatores que repercutem no grau de desenvolvimento nacional. O Bird, por exemplo, recomenda a reforma do Judiciário como fator de desenvolvimento nacional, estando entre as medidas propostas “o fortalecimento da educação jurídica, o aperfeiçoamento da administração dos tribunais, a promoção do treinamento judicial, o desenvolvimento de sistemas alternativos de solução de disputas e a melhora do acesso à justiça” (Freitas Filho, 1999).

Há duas formas de intervenção direta que afetam a cultura dos direitos. A primeira deriva da própria prática institucional e política: na vida política cotidiana, padrões interativos envolvendo o Estado e atores diversos reforçam ou alteram o imaginário político, mesmo que os agentes estatais nem sempre tenham consciência do impacto de suas ações sobre essas imagens. Se os cidadãos acreditarem que sua ação política pode alterar sua vida, mais do que considerarem esse investimento irrelevante, então tenderão a acionar mais freqüentemente os canais competentes para efetivar seus direitos. A segunda forma de intervenção que afeta a cultura dos direitos decorre de ações deliberadas voltadas para moldar a cultura política: nesse campo inserem-se as políticas orientadas para alterar a maneira como a população concebe sua relação com o poder público, introduzindo as noções de direitos e deveres políticos e atuando no campo da educação cívica⁴.

O presente trabalho abordará a primeira forma de intervenção institucional citada, com ênfase na atuação do Judiciário Trabalhista.

Para tanto, será necessário analisar alguns dados sobre o conhecimento de direitos e o acionamento da justiça por camadas carentes da população, o que será feito a seguir.

ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO E IMAGINÁRIO POPULAR NO RIO DE JANEIRO⁵

Para trabalhar o tema ora proposto, beneficiaremos-nos dos resultados da importante pesquisa realizada na Região Metropolitana do Rio de Janeiro pelo CPDOC-FGV e pelo Instituto de Estudos da Religião (Iser), denominada “Lei, justiça e cidadania”, voltada para desvendar as percepções dos direitos por algumas camadas populares, para então relacioná-las aos fundamentos e sentidos próprios ao processo do trabalho.

A pesquisa “Lei, justiça e cidadania”⁶ consistiu na realização de entrevistas com mais de 1.500 pessoas com o objetivo de conhecer as visões e os

⁴ Oliveira (2000; 2002).

⁵ Esta seção foi objeto de apresentação anterior em artigo da autora publicado na *Revista Trabalhista Direito e Processo*, n. 30.

⁶ Essa pesquisa transformou-se em vários textos que foram reunidos no livro *Cidadania, Justiça e Violência*, da Editora Fundação Getúlio Vargas, organizado pelos

graus de conhecimento da população sobre os direitos e seus mecanismos institucionais de defesa, além de dimensionar sua participação política e social.

Um dos pontos que mais chama a atenção em seus resultados é o desconhecimento da população a respeito de seus direitos e deveres. Solicitada, por exemplo, a citar três direitos dos brasileiros, a maioria da população analisada não foi capaz de fazê-lo. Outro aspecto importante a ser destacado foi a hierarquia atribuída aos direitos: os mais mencionados foram os sociais (25,8%); em seguida, os civis (11,7%), e finalmente os políticos (apenas 1,6%). Enquadradas como direitos sociais, a maioria mencionou questões relacionadas com o trabalho, o salário e o emprego. No que tange aos direitos políticos, a concentração das respostas girou em torno do voto. Os direitos civis foram os menos citados.⁷ A Tabela 1 apresenta os dados mencionados.

Tabela 1: Percepção e tipos de direitos

<i>Direitos</i>	<i>%</i>
Civis	11,7
Políticos	1,6
Sociais	25,8
Outros	4,2
NS/NR	56,7
Total	100,0 N = 4.733

Obs.: Neste caso, como a pergunta pedia para citar três dos mais importantes direitos dos brasileiros, os números da tabela correspondem à soma das três respostas.

Fonte: CPDOC-FVG / Iser (“Lei, justiça e cidadania”).

A pesquisa demonstrou que a parcela analisada cita, na maioria das vezes, apenas direitos de ordem social. No imaginário do povo, os “direitos” costumam ser relacionados ao conjunto dos benefícios garantidos pelas leis trabalhistas e previdenciárias implantadas na era Vargas⁸.

professores Dulce Chaves Pandolfi, José Murilo de Carvalho, Leandro Piquet Carneiro e Mario Grynspan.

⁷ Pandolfi (1999, p. 49).

⁸ Ibid., p. 53.

Para o nosso estudo, também é importante destacar os graus de confiança que a população da Região Metropolitana do Rio de Janeiro expressa em relação ao Poder Judiciário. Enquanto a confiança na Justiça do Trabalho varia de média a alta, na Justiça Comum ela oscila entre média e baixa. O contato com o Poder Judiciário, no entanto, tende a reforçar esses resultados. De modo geral, a Justiça do Trabalho é vista de forma mais positiva por aqueles que a ela já recorreram, ao passo que com a Justiça Comum ocorre o contrário: a tendência dos cidadãos foi a de lhe atribuir graus ainda mais baixos de confiabilidade após uma primeira experiência nesse Judiciário⁹, conforme demonstra a Tabela 2.

Tabela 2: Graus de confiança (%) atribuídos à justiça pela população em geral e pela parcela que a ela já recorreu

<i>Justiça do Trabalho</i>	<i>Geral</i>	<i>Já recorreu</i>
1 a 4	19,2	20,6
5 a 7	37,5	30,9
8 a 10	43,3	48,5
Total	100,0	100,0
<i>Justiça Comum*</i>	<i>Geral</i>	<i>Já recorreu</i>
1 a 4	35,5	52,7
5 a 7	44,0	37,8
8 a 10	20,5	9,5
Total	100,0	100,0

Obs.: A numeração da 1ª coluna refere-se às notas.

* Refere-se apenas à Justiça Civil.

Fonte: CPDOC-FVG / Iser (“Lei, justiça e cidadania”).

No caso específico da Justiça do Trabalho, embora seus níveis de confiança sejam médios e altos, 43,9% dos entrevistados consideram que os empregados são tratados com mais rigor, contra 24,4% que entendem que os patrões são os mais desfavorecidos e 22,1% que avaliam que o tratamento nesse setor é igualitário¹⁰ (Tabela 3):

⁹ Grynspan (1999, p. 103).

¹⁰ Ibid., p. 105.

Tabela 3: Se um patrão e um empregado recorrem à Justiça do Trabalho, ela tratará (%)

	<i>Geral</i>	<i>Já recorreu a ela</i>
O empregado com mais rigor	43,9	34,4
O patrão com mais rigor	24,4	31,2
Os dois igualmente	22,1	25,9
NS/NR	9,6	8,5
Total	100,0 N = 1.578	100,0 N = 210

Fonte: CPDOC-FVG / Iser (“Lei, justiça e cidadania”).

Todavia, os dados também demonstraram que esse tipo de compreensão tende a diminuir após o contato com essa Justiça Especializada: após recorrer ao Judiciário Trabalhista, 34,4% da população analisada continuou a acreditar que o empregado é tratado com mais rigor, enquanto 31,2% demonstrou entender que o patrão enfrenta mais rigor, ou seja, o contato com a Justiça do Trabalho tende a reduzir visivelmente a compreensão de que esse setor do Judiciário trata as partes desigualmente¹¹.

Os dados mostram que está enraizada no imaginário da população a primazia pelos direitos sociais e certo descaso pelos direitos civis e políticos. Por outro lado, indicam que a população analisada tende a não reconhecer as instituições oficialmente encarregadas de garantir os direitos como instrumentos capazes de efetivá-los¹², com exceção do Judiciário Trabalhista, que, como visto, é encarado com mais confiança, principalmente após o cidadão ter sido por ele atendido.

É importante relacionarmos esses dados aos princípios inspiradores do direito e do processo do trabalho. Vamos refletir, portanto, sobre a possibilidade de a lógica do direito material e processual trabalhista estar influenciando o maior acionamento do Judiciário Trabalhista (em comparação à Justiça Estadual Comum), o que se reforça após o primeiro contato com esta Justiça Especializada.

¹¹ Ibid.

¹² Pandolfi (1999, p. 54).

PRINCIPIOLOGIA DO DIREITO/PROCESSO DO TRABALHO E ACESSO À JUSTIÇA

O Direito do Trabalho é constituído por um núcleo central de normas de ordem pública criadas para proteger o trabalhador diante da sabida desigualdade socioeconômica existente entre este e o empregador. Ou seja, todo seu conjunto protetivo de normas, com suas matrizes lançadas no Art. 7º da Constituição Federal de 1988, insere-se num contexto de reconhecimento da responsabilidade social do Estado na contemporaneidade, para além das concepções liberais.

As Constituições elaboradas após o final da 1ª Guerra Mundial incorporaram em seus textos os chamados direitos sociais. Como salienta Bercovici¹³, estes seriam direitos de prestação relacionados ao princípio da igualdade material e dependeriam de prestações diretas ou indiretas do Estado para serem usufruídos pelos cidadãos. Assim, as concepções sociais ou socializantes bem como a determinação de princípios constitucionais para a intervenção estatal nos domínios social e econômico seriam consideradas fundamento do novo “constitucionalismo social”.

Os direitos do trabalho, portanto, inserem-se nessa nova concepção de direitos relacionados a uma igualdade material, sendo que a constitucionalização dos direitos trabalhistas no Brasil ocorre, pela primeira vez, por meio da Constituição de 1934.

É importante destacar que o reconhecimento da desigualdade estrutural existente no mercado de trabalho também tem forte fundamentação teórica na ciência da economia. Como destacam Silva e Horn¹⁴:

Na obra que simboliza o nascedouro da ciência da economia, *A riqueza das nações*, Adam Smith comenta sobre as desvantagens do trabalhador na barganha individual em virtude de sua sobrevivência física correr perigo quando a força de trabalho não encontra compradores: “Não é difícil prever qual das duas partes, *normalmente*, leva vantagem na disputa e no poder de forçar a outra a concordar com suas próprias cláusulas. Os patrões, por serem menos numero-

¹³ Bercovici (2008).

¹⁴ Silva e Horn (2008, p. 191).

sos, podem associar-se com facilidade; além disso, a lei autoriza ou pelo menos não os proíbe, ao passo que para os trabalhadores ela proíbe. [...] Em todas essas disputas o empresário tem capacidade para agüentar por muito mais tempo. Um proprietário rural, um agricultor ou um comerciante, mesmo sem empregar um trabalhador sequer, conseguiriam geralmente viver um ano ou dois anos com o patrimônio que já puderam acumular. Ao contrário, muitos trabalhadores não conseguiriam subsistir uma semana, poucos conseguiriam subsistir um mês e dificilmente algum conseguiria subsistir um ano, sem emprego [...]"

Nesse contexto, toda a estrutura normativa do Direito do Trabalho emerge a partir da constatação fática da diferenciação social, econômica e política dos sujeitos que compõem a relação de emprego: de um lado o empregador, que age naturalmente como ser coletivo, isto é, agente socioeconômico e político cujas ações produzem impacto na comunidade, e de outro, o empregado, ser individual e sem capacidade de, isoladamente, produzir ações de impacto comunitário¹⁵.

Como leciona Delgado, o Direito do Trabalho incorpora em seus princípios, regras e institutos um valor finalístico que marca a direção de todo o sistema jurídico que compõe, que consistiria na melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica. Nas palavras do autor:

Sem tal valor e direção finalística, o Direito do Trabalho sequer se compreenderia, historicamente, e sequer justificar-se-ia, socialmente, deixando, pois, de cumprir sua função principal na sociedade contemporânea.¹⁶

O princípio da proteção, corolário do Direito do Trabalho, surge como norteador de todos os demais princípios juslaborais e tem por escopo fundamental justamente a busca pelo equilíbrio no plano jurídico das partes integrantes da relação de emprego – empregado e empregador, desiguais do ponto

¹⁵ Delgado (2007, p. 195).

¹⁶ Ibid., p. 58.

de vista econômico e político. Nas palavras de Luiz de Pinho Pedreira da Silva, “dos princípios fundamentais do Direito do Trabalho é o da proteção o mais relevante e mais geral, dele constituindo os demais simples derivações. A proteção do trabalhador é causa e fim do Direito do Trabalho, como revela a história deste.”¹⁷

Além da desigualdade reconhecidamente existente no mercado de trabalho, Silva e Horn sintetizam outros quatro fundamentos clássicos para a concepção do instituto, quais sejam: 1) a subordinação jurídica do empregado ao empregador; 2) a dependência econômica do empregado em relação ao empregador, 3) o envolvimento da pessoa em si do trabalhador na execução do contrato do trabalho e 4) o desconhecimento generalizado acerca dos direitos por seus titulares e destinatários (como lembra Pedreira da Silva).¹⁸

É claro que, se por um lado o Direito do Trabalho emerge com fundamental importância e relevância histórica por sua finalidade maior de proteção do trabalhador, garantindo-lhe um padrão civilizatório mínimo, por outro, são conhecidas as críticas por seu caráter conservador ao legitimar a relação de produção básica da sociedade contemporânea, a relação de emprego. Ainda no magistério do professor Pedreira da Silva:

Vêem uns no Direito do Trabalho – como observam F. Carinci e seus co-autores, mestres italianos dessa matéria como ele – o remédio efetivo, embora progressivo, determinante de um real e completo resgate da inferioridade sócio-econômica do trabalhador, mas advertem os mesmos professores que, por outro lado, e de uma diversa ótica ideológica, se considera que o ordenamento jurídico produzido por uma sociedade capitalista, ao legitimar o trabalho subordinado, a divisão da sociedade em classes e as existentes relações de poder, embora podendo melhorar os níveis de proteção e de bem-estar dos trabalhadores, não estaria em condições de acolher plenamente as instâncias emancipatórias destes últimos ou de modificar as raízes da disparidade. A legislação do trabalho seria, em substância, considerada mero instrumento de racionalização do conflito industrial,

¹⁷ Silva (1999, p. 26).

¹⁸ Silva e Horn (2008, p. 196).

destinado a garantir a sobrevivência do sistema através de uma obra de mediação das contradições internas.¹⁹

E arremata: “em suma, o Direito do Trabalho é ambivalente porque realiza duas funções: a de proteção ao trabalhador e a de conservação da ordem social”.²⁰

O processo do trabalho, apesar de sua autonomia em relação ao Direito Material do Trabalho, segue a lógica e as concepções sociais/protetivas desse direito. Por esse motivo, deve ser simples e célere, de forma a possibilitar o maior acesso de cidadãos a essa Justiça Especializada. O Direito Processual do Trabalho tem por objetivo, portanto, dar efetividade aos direitos trabalhistas, permitindo que os trabalhadores tenham pleno acesso ao Judiciário e possam obter desse órgão estatal uma rápida resposta para suas pretensões de natureza trabalhista²¹. Tal como o Direito Material do Trabalho, o Direito Processual do Trabalho também teria por fim maior atenuar as conhecidas desigualdades sociais, econômicas e políticas existentes entre empregados e empregadores.

Em seu artigo “Discriminação e Processo do Trabalho”, Mallet, acreditando que o processo do trabalho ainda não permitiria a devida igualdade material entre as partes envolvidas, bem resume por que o processo não deve ser neutro:

[...] tal como o legislador tem o dever de procurar compensar as desigualdades existentes no plano material, sendo isso inclusive exigência constitucional (art. 3º, inciso III, da Constituição), tem, da mesma forma, o dever de fazê-lo também no plano processual. [...]

Por isso, a legislação que se limitasse a tratar de modo rigorosamente igual ambos os litigantes, sem quaisquer distinções, mais do que contribuindo para a adequada solução do litígio, estaria frequentemente trazendo, para o campo do processo a desigualdade existente entre as partes, comprometendo a qualidade da decisão prolatada. Com efeito, a situação concreta de cada um dos sujeitos envolvidos

¹⁹ Silva (1999, p. 35).

²⁰ Ibid., p. 36.

²¹ Maior (1998, p. 22).

no litígio raramente é idêntica. As informações que alguns possuem outros não dominam; o custo da demanda para uns inibe a proposição da ação, enquanto para outros mostra-se insignificante; as provas que certos litigantes podem produzir com grande facilidade, outros não têm condição alguma de apresentar em juízo; a demora na solução do litígio, que por vezes beneficia uma das partes, lesa profundamente o direito da outra. Essas diferenças, existentes no plano dos fatos e que se mostram importantes e significativas, têm que ser compensadas pela legislação, para que o processo se desenvolva de modo efetivamente equânime e atinja resultado adequado. [...]

Ausente essa efetiva paridade prática, a consagração, no processo, da igualdade apenas formal de tratamento das partes somente agrava a desigualdade real existente entre elas, discriminando aquela que se encontra em posição menos favorecida. [...]

A idéia de dever o processo permanecer neutro, indiferente à condição peculiar dos litigantes, não se sustenta e contrasta com o reconhecimento, hoje pacífico, da insuficiência da igualdade meramente formal.²²

A doutrina não é unânime acerca dos princípios que regem o processo do trabalho. Giglio enumera, em primeiro plano, o princípio protecionista, enfatizando que o caráter tutelar do Direito Material do Trabalho se transmite e vigora também no Direito Processual do Trabalho²³. E, citando Ada Pellegrini Grinover, sintetiza que “o processo e o procedimento tomam feição distinta conforme o direito material a que se visa proteger”:

Ora, o Direito Material do Trabalho tem natureza profundamente diversa dos demais ramos do Direito porque, imbuído de idealismo, não se limita a regular a vida em sociedade, mas busca transformá-la, visando uma distribuição de renda mais equânime e a melhoria da qualidade de vida dos trabalhadores e de seus dependentes; porque os conflitos coletivos do trabalho interessam a uma grande parcela da sociedade, e têm aspectos e repercussões sociais, econômicos

²² Mallet (2000).

²³ Giglio (1997, p. 66).

e políticos não alcançados, nem de longe, pelos litígios de outra natureza; porque o Direito Material do Trabalho pressupõe a desigualdade das partes e, na tentativa de equipará-las, outorga superioridade jurídica ao trabalhador, para compensar sua inferioridade econômica e social diante do empregador; e porque diz respeito, é aplicado e vivido pela maioria da população.²⁴

O princípio da proteção seria concretizado pela gratuidade do processo, que, isentando pagamento de custas e despesas, aproveita ao empregado e não ao empregador; pela assistência judiciária gratuita, que também é fornecida ao empregado e raramente ao empregador, bem como pelo impulso processual *ex officio*²⁵.

O professor Bezerra Leite²⁶, completando o argumento de Giglio, lembra que as disposições do Art. 844 da CLT, que prevêem que a ausência dos litigantes à audiência trabalhista implica o arquivamento dos autos para o autor (geralmente empregado) e revelia e confissão ficta para o réu (geralmente empregador), bem como a obrigatoriedade de depósito recursal (CLT, Art. 899, § 4º), exigido apenas do empregador, seriam da mesma forma reflexo da adoção do princípio da proteção pelo processo do trabalho.

Na concepção de Giglio, também fariam parte do leque principiológico do processo do trabalho o princípio da jurisdição normativa, o princípio da despersonalização do empregador assim como o princípio da simplificação procedimental, que, segundo o autor, se refletiria pela outorga do *jus postulandi* às partes, pela comunicação postal dos atos processuais, dentre outros²⁷.

Bezerra Leite²⁸ elenca como princípios peculiares ao Direito do Trabalho o princípio da proteção, o princípio da finalidade social (que teria por escopo permitir ao juiz uma atuação mais ativa no auxílio ao trabalhador para uma solução mais justa da demanda), o princípio da busca da verdade real (reforçado pelo Art. 765 da CLT, que confere aos juízes ampla liberdade na direção do processo e que dispõe que os magistrados “velarão pelo andamento rápido

²⁴ Ibid., p. 66-67.

²⁵ Ibid., p. 67.

²⁶ Leite (2006, p. 74).

²⁷ Giglio (1997, p. 67-68).

²⁸ Leite (2006, p. 72-82).

das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”), o princípio da indisponibilidade (o processo do trabalho teria por função fundamental a busca da efetivação dos direitos indisponíveis dos trabalhadores), o princípio da conciliação, bem como o princípio da normatização coletiva (que confere o chamado poder normativo à Justiça do Trabalho).

A partir do direcionamento dado pelos princípios processuais trabalhistas, também tem relevância o procedimento oral, que norteia a construção das normas e técnicas próprias à marcha processual trabalhista. Como leciona Giglio, é importante não confundir princípios com técnicas, particularidades ou peculiaridades do processo do trabalho,²⁹ motivo pelo qual este ensaio não encampou o procedimento oral e seus desdobramentos como partes integrantes dos princípios processuais trabalhistas. Referido procedimento pode ser resumido em cinco principais características, quais sejam, a primazia da palavra, a concentração dos atos, a imediatidade, a identidade física do juiz e a irrecorribilidade das decisões interlocutórias.

Pela característica da *primazia da palavra* privilegiam-se as manifestações orais, em audiência, pelas partes, advogados e juiz. Embora não seja um procedimento exclusivamente oral, esses debates são enfatizados em relação aos escritos, para propiciar um maior contato do juiz com as partes e com os argumentos do litígio em si. Como, a princípio, as audiências são unas, tanto incidentes processuais suscitados em contestação como manifestações sobre a defesa e documentos devem ser debatidos oralmente pelas partes, sob pena de serem superados com o prosseguimento da instrução processual. Também é em virtude da característica da primazia da palavra que são raras as manifestações em razões finais feitas na forma escrita nos litígios trabalhistas.

Por *imediatidade*, em resumo, entende-se a necessidade de os atos de instrução serem realizados perante o juiz, que, a partir desse contato direto com as partes e testemunhas do processo, poderá formar seu convencimento tanto pelos próprios depoimentos prestados como pelas sensações provocadas diante daqueles depoimentos. Ou seja, mesmo que as testemunhas não tenham afirmado expressamente determinados fatos, o modo como testemunharam pode influir no processo decisório, podendo o juiz do trabalho, em sua sentença, fazer menção às impressões que teve no decorrer da instrução probatória³⁰.

²⁹ Giglio (1997, p. 65).

³⁰ Maior (1998, p. 22).

Por isso, a doutrina entende que a imediatidade permite maior controle do processo.

A *identidade física do juiz* é desdobramento da característica supracitada e consiste na necessidade de o juiz que instruiu o processo julgar aquele mesmo litígio.

Por *concentração dos atos* entende-se a realização de atos processuais com a maior proximidade possível. Uma das expressões desse princípio é a realização da chamada audiência una, com a prática de todos os atos processuais de primeira instância nesse mesmo momento processual: a tentativa de conciliação, o recebimento da defesa e a resolução sobre eventuais incidentes processuais existentes, a fixação dos pontos controvertidos com a definição e produção das provas necessárias ao deslinde da controvérsia e, até, a prolação da sentença. A CLT acolheu essa sistemática (da audiência una) em seu artigo 884, todavia, muitas vezes a realização de todos os atos em uma só audiência não é possível, dadas algumas peculiaridades do processo (necessidade de produção de prova pericial, por exemplo). De qualquer forma, mesmo que não seja possível a realização de audiência una, a *concentração dos atos processuais* é fonte de celeridade do processo do trabalho e deve ser seguida, na medida do possível.

Por fim, por *irrecorribilidade das interlocutórias* compreende-se a impossibilidade de impugnação imediata das decisões processuais proferidas no decorrer do processo. Essa característica não significa a impossibilidade definitiva de impugnação dessas decisões, mas sim a postergação dessa impugnação ao momento de prolação da sentença.

Ou seja, todas as características do procedimento oral, acolhido pelo processo do trabalho, visam permitir que o magistrado responsável pela condução e decisão do processo tenha uma melhor compreensão do litígio para além das defesas técnicas elaboradas por advogados. Essa mesma lógica principiológica inspira a diminuição das formalidades comuns aos demais feitos judiciais, bem como objetiva acelerar o andamento dos litígios pela simplificação de seus procedimentos, ampliando o acesso ao Judiciário Trabalhista e possibilitando que o trabalhador receba as verbas de caráter alimentar a que faz jus em menor espaço de tempo possível.

A construção dos princípios processuais trabalhistas, como visto, segue a mesma concepção protetiva enraizada no Direito do Trabalho. A partir de agora tentaremos relacionar os princípios norteadores do direito/processo do trabalho às conclusões das pesquisas sobre imaginário popular supracitadas.

ALGUMAS CONCLUSÕES

Como já mencionado, entendemos que a atuação institucional pode e deve ser considerada como variável de peso no processo de consolidação da cidadania no Brasil, principalmente levando-se em conta os diversos obstáculos que diminuem as possibilidades de vê-la concretizada.

Nesse panorama teórico, procede analisar a atuação de instituições voltadas a permitir a concretização de direitos, como é o Judiciário Trabalhista.

Diante dos resultados obtidos nas pesquisas, que demonstram, além de um maior conhecimento dos direitos sociais pelas populações mais carentes, o maior acionamento e a maior crença na Justiça do Trabalho, pode-se refletir sobre possíveis repercussões dos próprios princípios inspiradores do direito/processo do trabalho nesse contexto.

Uma hipótese que parece procedente é que esse maior acionamento e essa maior crença no Judiciário Trabalhista poderiam ter relação com os institutos do direito e do processo do trabalho que pretendem simplificar os litígios e dar celeridade às demandas, reequilibrando partes em conhecida desigualdade econômica e política (empregado e empregador). Esses princípios estariam repercutindo, portanto, na maior efetividade dos direitos postulados e interferindo, pois, na percepção que as camadas populares têm de uma instituição encarregada de efetivar seus direitos, o Judiciário Trabalhista.

Também devem ser destacadas as prerrogativas conferidas aos magistrados que enfatizam o maior contato com as partes e os advogados.

Como já salientado, existem dois modos de intervenção das instituições no processo de reconhecimento e efetivação de direitos, sendo que um deles envolve o Estado e seus atores diversos, que reforçam ou alteram o imaginário político³¹.

A forma como são conduzidos os feitos levados à Justiça do Trabalho, permeada por uma lógica apta a propiciar a redução das formalidades (em comparação aos procedimentos judiciais que tramitam em outras esferas do Judiciário), também poderia ser fator a influenciar o imaginário popular. Seria um fundamento do processo do trabalho permeando a própria atuação dos magistrados trabalhistas, como agentes estatais, e influenciando, também, no contexto de legitimação de uma instituição estatal.

³¹ Oliveira (2000; 2002).

De qualquer forma, apesar de a pesquisa utilizada neste trabalho ter demonstrado uma maior confiança no Judiciário Trabalhista, também demonstrou que ainda existe um grande caminho a ser percorrido para superar os dados de exclusão ao acesso ao Judiciário. É nesse panorama que, para além dos princípios protetivos do processo/Direito do Trabalho, enfatizam-se a responsabilidade social dos operadores do direito (em especial dos magistrados e advogados) e a repercussão de suas ações no imaginário popular.

A noção dessa responsabilidade, aliás, foi constatada de forma brilhante pelo professor e magistrado Márcio Túlio Vianna. Em ensaio sobre a discriminação intitulado “O dia-a-dia do juiz e as discriminações que o acompanham”, foi enfático ao afirmar que:

[...] Mesmo na Justiça do Trabalho, onde tudo é menos formal, há um clima de solenidade que ajuda a reproduzir as disparidades sociais. Por mais que o juiz, às vezes, pareça simpático à causa do trabalhador, quem se identifica com ele é o empregador: ambos falam a mesma língua, vestem-se de forma semelhante, têm a chave para decodificar os símbolos. [...]

Assim é, por exemplo, que o juiz discrimina, ainda que de forma leve, quando diz coisas tão inteligíveis como “operou-se a preclusão”, ou quando cita Carnelutti, ou quando simplesmente altera a voz, franze a testa ou murmura alguma coisa ao digitador de audiência: o ritual escapa ao controle do empregado, e embora o próprio empregador nem sempre o domine, é bem mais fácil para ele adivinhar seus significados, prever as reações, intuir o seu próprio comportamento. [...] Vejo hoje, com vinte e um anos de atraso, que o processo ou o procedimento é algo muito mais intrincado e complexo do que um simples conjunto de regras formais, entre as quais o juiz se movimenta. É também o modo de falar, o jeito de ouvir, a forma de olhar; são as *vestes talaras*, o estrado alto, o linguajar rebuscado, o argumento mais hábil. É tudo isso e muito mais: como as raízes de uma árvore, ele se irradia para além dos papéis, para além da lei e para fora da sala de audiências. Se o que não está nos autos *não está no mundo*, o que está no mundo *está sempre nos autos*.³²

³² Viana (2000, p. 272-274).

Ou seja, como observou o professor, as atitudes do magistrado podem repercutir no imaginário dos cidadãos que acionam o Judiciário Trabalhista, influenciando-os ou desestimulando-os a acreditar na efetividade da instituição como instrumento de concretização de direitos. Em sendo uma instituição voltada para reequilibrar partes em situações tão desiguais, as concepções protetivas do direito e do processo do trabalho não serão suficientes para promover esse equilíbrio se, no dia-a-dia dos operadores do direito, os cidadãos envolvidos nas demandas judiciais não compreenderem os rituais dos tribunais e se sentirem alheios àquele universo.

Como salientado, se a Justiça do Trabalho tem como um de seus maiores objetivos o de facilitar o acesso a essa Justiça Especializada, e entendendo-se que esse acesso à justiça pressupõe a disposição do cidadão em ajuizar uma ação judicial, os magistrados trabalhistas têm responsabilidade social e política de relevância nesse processo. Lembra o professor Carlos Henrique Bezerra Leite que a Constituição cidadã de 1988 também atribuiu papel político de transformação social aos juízes. E, citando Kazuo Watanabe, adverte que somente assim “teremos uma justiça mais rente à realidade social e à necessária mudança de mentalidade pelos operadores do Direito, que torne factível o acesso à ordem jurídica mais justa.”³³ É nesse contexto que o professor cita o discurso de posse da ministra Ellen Gracie no cargo de Presidente do STF, que bem destacou:

a difusão e fortalecimento dos juízos de primeiro grau devem ser priorizados. Que todos os cidadãos tenham acesso fácil a um juiz que lhes dê resposta pronta, é o ideal a ser buscado. Que o enfrentamento das questões de mérito não seja obstaculizado por bizantino formalismo [...]. Que a sentença seja compreensível a quem apresentou a demanda e se enderece às partes em litígio. A decisão deve ter caráter esclarecedor e didático. Destinatário de nosso trabalho é o cidadão jurisdicionado, não as academias jurídicas, as publicações especializadas ou as instâncias superiores. Nada deve ser mais claro e acessível do que uma decisão judicial bem fundamentada.³⁴

³³ Leite (2006, p. 43).

³⁴ Apud *ibid.*

Se esses alertas direcionam-se ao Judiciário como um todo, com mais razão ainda o são em relação ao Judiciário Trabalhista, concebido, como visto, como instrumentalizador de um direito protetivo de importância histórica e relevância social. Cabe destacar, ainda, a existência do *jus postulandi* no processo do trabalho, reforçando a todo tempo a necessidade de os atores envolvidos nas demandas (principalmente os juízes) terem sempre a preocupação em procurar diminuir os tecnicismos e transformar os “rituais” dos tribunais em sessões acessíveis que possam ser entendidas por quaisquer cidadãos.

Mas a responsabilidade (social) do advogado também deve ser destacada nesse processo. Editado pela primeira vez em 1935, o livro *Eles, os juízes, vistos por um advogado*, do conhecido jurista Piero Calamandrei, já expressava a importância da clareza dos debates e argumentos perante o Judiciário:

Grande advogado é aquele que consegue falar na audiência com a mesma simplicidade e a mesma limpidez com que falaria ao juiz encontrado na rua; aquele que, quando veste a beca, consegue dar a impressão de que pode confiar nele como se estivesse fora da audiência.³⁵
[...]

O processo se aproximará da perfeição quando tornar possível, entre juízes e advogados, aquela troca de perguntas e respostas que se desenrola normalmente entre pessoas que se respeitam, quando, sentadas em volta de uma mesa, buscam em benefício comum esclarecer reciprocamente as idéias.

Fragmentando a sustentação oral num diálogo, a arte oratória sairá perdendo, mas a justiça sairá ganhando.³⁶

Todas essas práticas, somadas aos princípios protetivos inspiradores do direito e do processo do trabalho, parecem ter grandes chances de interferir no imaginário popular e nas percepções que os cidadãos têm sobre a atuação do Judiciário Trabalhista. Se a Constituição Federal é exaltada por seu capítulo dedicado aos direitos sociais, a discussão sobre a efetividade de tais direitos vai além das barreiras dogmáticas relacionadas aos institutos do direito/processo do trabalho e é temática de fundamental importância.

³⁵ Calamandrei (1997, p. 87).

³⁶ Ibid., p. 79-80.

Ou seja, as discussões sobre cidadania e acesso à justiça (do trabalho) no Brasil se entrelaçam às questões relacionadas aos fundamentos teóricos do direito e do processo do trabalho, bem como àquelas que irão interferir na decisão do cidadão em acionar o Judiciário. Como salientado na parte introdutória deste artigo, o tema do acesso à justiça envolve o reconhecimento das barreiras sociais e culturais que afetam o acesso das camadas menos favorecidas à justiça (e que não se esgotam na dimensão econômica). Os cidadãos com menos recursos tendem a conhecer pior seus direitos e, portanto, a ter mais dificuldades em reconhecer como jurídico um problema que os afete, e, em segundo lugar, mesmo que reconheçam esse problema, como violação a um direito, é necessário que essas pessoas se disponham a ajuizar uma ação judicial.³⁷

Se as pesquisas demonstraram que os cidadãos que acionam o Judiciário do Trabalho tendem a confiar mais na imparcialidade da instituição após uma primeira experiência nessa esfera, o *modo* de tramitação do litígio trabalhista pode ser considerado como eventual hipótese explicativa desses dados: como já dito, talvez por ser um procedimento, em tese, mais simples e célere, preocupado em se aproximar das realidades fáticas que fundamentam os conflitos, possibilitando, por fim, a efetivação de seus direitos.

Essas são apenas algumas hipóteses para esse fenômeno, sendo necessário ponderar, de qualquer forma, que a pesquisa citada neste ensaio não procurou esclarecer os motivos pelos quais os entrevistados passaram a ter mais confiança na resolução dos conflitos pelo Judiciário Trabalhista após o primeiro contato com essa instituição. Além dos princípios que norteiam o direito/processo do trabalho, não podemos deixar de considerar que o maior conhecimento dos direitos ligados ao trabalho (que pode ter origem nas circunstâncias históricas de reconhecimento dos direitos sociais no Brasil³⁸)

³⁷ Santos, B. (1995, p. 170).

³⁸ Por esse motivo, ficou famosa a expressão “cidadania regulada”, utilizada por Wanderley Guilherme dos Santos para caracterizar a política de expansão dos direitos à época: “Sugiro que o conceito-chave que permite entender a política econômico-social pós-30, assim como fazer a passagem da esfera da acumulação para a esfera da equidade, é o conceito de cidadania, implícito na prática do governo revolucionário, e que tal conceito poderia ser descrito como o de cidadania regulada. Por cidadania regulada entendo o conceito de cidadania cujas raízes encontram-se, não em um código de valores políticos, mas em um sistema de estratificação

é variável de peso no acionamento da justiça encarregada de efetivar esses direitos: a Justiça do Trabalho.

De qualquer forma, a temática inspira reflexão, reforçando a responsabilidade social do magistrado para além da mera resolução formal das demandas que lhe são levadas diariamente. Ou seja, o modo como se dirige às partes, a maneira de conduzir o processo, as sentenças proferidas, enfim, todos são fatores que podem influir, de forma positiva ou negativa, na compreensão que os cidadãos fazem do Judiciário Trabalhista (mesmo que os próprios magistrados nem sempre tenham a noção da repercussão de seus atos perante os cidadãos que acionam o Judiciário).

Enfim, por tudo o que foi exposto, e como é da natureza dos trabalhos de pesquisa, percebe-se que este ensaio teve apenas caráter tentativo. Além de sugerir eventuais repercussões dos princípios do direito/processo do trabalho nos estudos sobre acesso à justiça, procurou sublinhar a atuação dos próprios magistrados trabalhistas, que, para além da resolução formal dos litígios, interfere no próprio processo de formação da cidadania do País.

REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de Instituição da Democracia de Massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na Era Vargas (1930-1964). In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. (Org). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 25-61.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

ocupacional, e que, ademais, tal sistema de estratificação ocupacional é definido por norma legal. A extensão da cidadania se faz, pois, via regulamentação de novas profissões e/ou ocupações, em primeiro lugar, e mediante ampliação do escopo de direitos associados a estas profissões, antes que por expansão dos valores inerentes ao conceito de membro da comunidade. A cidadania está embutida na profissão e os direitos do cidadão restringem-se aos direitos do lugar que ocupa no processo produtivo, tal como reconhecido por lei” (Santos, W., 1979, p. 75).

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

FREITAS FILHO, Roberto Gonçalves de. Defesa dos Excluídos (Mecanismos institucionais e fatores políticos para a defesa dos carentes). In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 17., 1999, Rio de Janeiro. *Anais...* Rio de Janeiro: OAB, 1999.

GIGLIO, Wagner D. *Direito Processual do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

GRYNSPAN, Mario. Acesso e recurso à justiça no Brasil – algumas questões. In: PANDOLFI, Dulce; CARVALHO, José Murilo de; CARNEIRO, Leandro Piquet, GRYNSPAN, Mario. (Org.). *Cidadania, Justiça e Violência*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 99-113.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2006.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Direito Processual do Trabalho – efetividade, acesso à justiça e procedimento oral*. São Paulo: LTr, 1998.

MALLET, Estevão. Discriminação e Processo do Trabalho. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio. (Org.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000. p. 156-168.

PANDOLFI, Dulce Chaves. *Percepção dos Direitos e participação social*. In: PANDOLFI, Dulce; CARVALHO, José Murilo de; CARNEIRO, Leandro Piquet; GRYNSPAN, Mario (Org.). *Cidadania, Justiça e Violência*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 45-58.

OLIVEIRA, Isabel de Assis Ribeiro. *Educação para a cidadania? Trabalho apresentado no 24º Congresso da Anpocs (GT Estrutura social e desigualdade)*, Petrópolis, 2000.

_____. Citizenship and Human Rights Policy in Brazil. In: HILLMAN, Richard S.; PEELER, John A.; SILVA, Elsa Cardozo da. (Ed.). *Democracy and Human Rights in Latin America*. Westport: Praeger Publishers, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. A sociologia dos Tribunais e a democratização da justiça. In: _____. *Pela mão de Alice*. São Paulo: Cortez, 1995.

SANTOS, Wanderley Guilherme. *Cidadania e Justiça: a política social brasileira*. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira. *Principiologia do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo; HORN, Carlos Henrique. O princípio da proteção e a regulação não-mercantil do mercado e das relações de trabalho. *Revista Direito do Trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

VIANA, Márcio Túlio. O dia-a-dia do juiz e as discriminações que o acompanham. In: ____; RENAULT, Luiz Otávio. (Org.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000. p. 271-284.

RESUMO

O artigo aborda a temática do acesso à justiça, focando suas análises na Justiça do Trabalho e na principiologia do direito e do processo do trabalho. Para embasar suas argumentações, utiliza dados da pesquisa denominada “Lei, justiça e cidadania”, que fora realizada com intuito de compreender o imaginário popular sobre os direitos, percepções políticas e instituições. Tal pesquisa demonstrou, de forma geral, que os cidadãos conhecem mais os direitos relacionados ao trabalho e tendem a confiar mais na Justiça do Trabalho (em comparação com a Justiça Comum). Diante desses dados, procura relacionar possíveis repercussões dos institutos do processo do trabalho nesse contexto de maior legitimação do Judiciário Trabalhista, ressaltando

ABSTRACT

The article addresses the subject of access to law courts, focusing its analyses on Labor Courts, as well as law and labor process principles. To support its reasoning, this work draws on data from the “Law, justice and citizenship” survey, which was carried out to understand popular imagery in connection with rights, political perception and institutions. In general terms, such survey has shown that citizens are more acquainted with labor rights and tend to have more confidence in Labor Courts (compared to Regular Courts). In view of the said data, this article seeks to correlate possible repercussions from law institutes and labor process in this context of higher legitimization of the Labor Judiciary System, reinforcing the rel-

a importância da atuação institucional no processo de efetivação dos direitos no Brasil.

evance of institutional participation in the process of rights enforcement in Brazil.

Palavras-chave: acesso à justiça, imaginário popular, Direito do Trabalho, processo do trabalho.

Keywords: access to courts, popular imagery, labor courts, labor process.

Ana Luísa de Souza Correia de Melo Palmisciano é Advogada no Rio de Janeiro (Sayonara Grillo & Palmisciano Advogados Associados) e Mestre em Ciência Política pelo Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Inviolabilidade de escritórios de advocacia e departamentos jurídicos das empresas – sigilo profissional e prerrogativas da profissão de advogado

Carlos Roberto Siqueira Castro

A questão da inviolabilidade dos escritórios de advocacia e bem assim dos departamentos jurídicos das empresas, que constituem local de trabalho dos advogados, sobremodo agravou-se ultimamente tendo em vista o noticiário de sucessivas operações policiais de grande porte que resultaram na devassa de escritórios de advocacia em São Paulo e no Rio de Janeiro, como também na busca e apreensão indiscriminadas de toda sorte de arquivos e documentos relacionados com o exercício da profissão de advogado. Não raro essas ações da polícia judiciária, especialmente da Polícia Federal, resultaram na prisão de advogados, tudo feito com grande estardalhaço e exibição em tempo real nos órgãos da mídia. Ainda mais grave e preocupante é o fato de que esse exibicionismo policial de estilo “hollywoodiano”, subespécie do requentado “xerifismo” tupiniquim, foi perpetrado mediante aparato bélico desproporcional, com desnecessário contingente de agentes policiais e armamentos pesados (como fuzis e metralhadoras) e valendo-se da indevida e disseminada utilização de algemas.¹

¹ Em face dos abusos praticados nessas detenções cinematográficas e na locomoção de presos, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a utilização

A divulgação instantânea, em tempo real e em rede nacional pelos canais de televisão, por óbvio previamente informados do local e horário das diligências de busca, apreensão e prisão de pessoas, dentre elas vários advogados, traz a natural e inexorável consequência, com ou sem intenção dirigida a esse propósito inidôneo, de malferir a reputação e a respeitabilidade da categoria profissional dos advogados. Tudo porque incute na opinião pública o sentimento de execração pública e a percepção de que o exercício da advocacia se insere na fronteira da criminalidade, até mesmo com ela se associando, e que se acha contaminado das patogenias ínsitas à delinquência de todo tipo. E em meio a essa avalanche persecutória e à escandalização midiática, esquece-se que a profissão de advogado, com justas e históricas razões, mereceu, da Constituição e das leis do País, tratamento especial e o reconhecimento de prerrogativas inerentes.

Creio de superlativa importância avaliar esses lamentáveis episódios em cotejo, de um lado, com o poder-dever do Estado, a cargo da polícia judiciária federal e estadual, de realizar eficazmente a investigação policial, de combater o crime e identificar a materialidade e autoria dos delitos, e, de outro lado, com os limites constitucionais e legais que indispensavelmente condicionam a validade do exercício da persecução criminal pré-processual e sua divulgação nos veículos da mídia. Enfim, cumpre diferenciar o exercício regular do poder-dever investigatório e a prática do abuso de autoridade policial.

A inviolabilidade do exercício da profissão de advogado resulta, em primeiro lugar, da matriz constitucional, como previsto no Título IV (Da Organização dos Poderes), Capítulo IV (Das Funções Essenciais à Justiça), ao dispor o Art. 133 da Constituição democrática de 1988 que: “O advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. Tem-se aí preceito constitucional auto-aplicável, eis que toca ontologicamente ao direito funda-

indiscriminada de algemas viola a incolumidade moral dos detentos, podendo, ainda, importar em prejuízo para a defesa. Assim, por exemplo, no *Habeas Corpus* nº 91.952-SP, julgado pelo Tribunal Pleno em 07.08.2008, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, cuja ementa enuncia: “Algemas – Utilização. O uso de algemas surge excepcional somente restando justificado ante a periculosidade do agente ou risco concreto de fuga. Julgamento – Acusado Algemado – Tribunal do Júri – Implica prejuízo à defesa a manutenção do réu algemado na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, resultando o fato na insubsistência do *reductio condenatório*”.

mental do acesso à Justiça e ao contraditório e à ampla defesa, conquanto possa estar sujeito a complementação legislativa ulterior.² Para utilizar a festejada classificação de José Afonso da Silva, é certo que o privilegiamento da nobilitante função de advogado, alçada em “função essencial à Justiça”, consubstancia norma constitucional de *eficácia contida*,³ de conseguinte revestida de auto-aplicabilidade, à semelhança das normas supraleais dotadas de *eficácia plena*, embora sujeitáveis à complementação legislativa adventícia, de resto já expressa no Estatuto da OAB e da advocacia (Lei Federal nº 8.906, de 1994) e demais legislações aplicáveis ao exercício da profissão de advogado e estruturação de seus órgãos de classe. Observe-se que, ao lado da menção de órgãos, de autoridades, de funções públicas e de atividades empresariais diversas empreendidas pela Constituição da República, a única profissão em sentido estrito capaz de ser exercida em caráter privado que foi objeto da contemplação constituinte foi a profissão de advogado. Sem nenhum desmerecimento das demais profissões, o estatuto supremo da nação não se ocupa da profissão de médico, de engenheiro, de contador e das outras mais, que restaram amparadas sob a proteção geral do livre exercício de profissão, trabalho ou ofício, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (Art. 5º, XIII).

² Têm-se, aí, duas faces do direito constitucional respeitante à profissão de advogado, a saber: (i) direito do jurisdicionado de constituir advogado para a promoção e defesa de seus interesses nas instâncias judiciais, administrativas ou simplesmente privadas, ou seja, na via judicial ou extrajudicial de toda espécie; e (ii) direito do advogado de patrocinar, em plenitude, a promoção e a defesa dos interesses do jurisdicionado seu cliente. Por se tratar, tanto um quanto o outro, de aspectos da investidura advocatícia, em direito fundamental (direito individual ou coletivo), são os mesmos protegidos pela regra constitucional da auto-aplicabilidade constante do Art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, ao dispor que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

³ Ao conceber as três modalidades de normas constitucionais no que respeita à sua aplicabilidade, como sejam normas de eficácia plena, de eficácia limitada e de eficácia contida, o eminente mestre da Universidade de São Paulo qualifica estas últimas como sendo normas de “aplicabilidade direta e imediata, visto que o legislador constituinte deu normatividade suficiente aos interesses vinculados à matéria de que cogitam [...]. Nada obstante, são normas que, em regra, solicitam a intervenção do legislador ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura [...] Enquanto o legislador ordinário não expedir a normação restritiva, sua eficácia será plena [...]” (Silva, 1998, p. 104).

Tal se deve, a toda evidência, não em razão de interesses meramente corporativos da profissão de advogado, o que moralmente não se justificaria. Mas, sim, à associação íntima e impossível de ser desconectada entre o exercício dos direitos fundamentais, de um lado, dentre outros o direito ao acesso à Justiça, ao contraditório e à ampla defesa com os recursos a ela inerentes, ao devido processo legal, à presunção de inocência, à inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, à incolumidade física e moral dos detentos e às condições de regularidade da prisão (v.g. Constituição Federal, Art. 5º, incisos XXXV, XLIX, LIV, LV, LVI, LVII, LXI, LXV), e, de outro lado, a inviolabilidade da profissão de advogado e dos meios, instrumentos, locais de trabalho e prerrogativas próprios ao seu pleno exercício. Daí afirmar a Lei nº 8.906, de 2004, no Art. 2º, § 1º, que o advogado, “no seu ministério privado, presta serviço público e exerce função social”. Pelas mesmas razões, e guardadas as diferenças históricas e culturais, a legislação, quando não a própria Constituição, e de um modo geral os estatutos da advocacia em todos os países de formação jurídica civilizada, que prestigiam o princípio do *devido processo legal* e das *garantias da defesa* no sistema acusatório, universalizados sob a cláusula do *due process of law*, que remonta à festejada Magna Carta inglesa do ano de 1215, exibem proteção semelhante no tocante às prerrogativas e inviolabilidades da profissão de advogado.⁴ A título de exemplo, o *Code of Conduct for European Lawyer*, recém-editado pela Comunidade Européia, enaltece com grande ênfase a regra de sigilo ou confidencialidade profissional dos advogados, ao dispor:

2.3. Confidentiality. 2.3.1. It is of the essence of a lawyer's function that the lawyer should be told by his or her client things which the client would not tell to others, and that the lawyer should be the recipient of other information on a basis of confidence. Without the certainty of confidentiality there cannot be trust. Confidentiality is therefore a primary and fundamental right and duty of the lawyer. The lawyer's obligation of confidentiality serves the interest of the

⁴ Sobre essa garantia secular, que representa, ao lado do princípio da igualdade ou isonomia, um dos pilares monumentais da teoria constitucional moderna, reporto-me à obra doutrinária que desenvolvi sobre o tema (Castro, 2006).

administration of justice as well as the interest of the client. It is therefore entitled to special protection by the State.⁵

A inviolabilidade do escritório do advogado e, por forçosa extensão, das dependências ocupadas pelos departamentos e gerências jurídicas das empresas, acha-se duplamente protegida no plano constitucional. Se não bastasse a disposição especial quanto a ser a advocacia uma função essencial à Justiça, que homenageia o princípio da especialidade nesse campo profissional, agrega-se a proteção, sublimada em direito fundamental e, portanto, em

⁵ Na Espanha, o *Código Deontológico de la Abogacia Española*, no Art. 5º, item 8, dispõe que o segredo profissional constitui um direito e um dever fundamental da profissão de advogado: *El secreto profesional es un derecho y deber primordial de la Abogacia*. Já o Estatuto Geral da Advocacia Espanhola, em seu Art. 17, § 14, remete aos Colegiados locais a competência para disciplinar diversos aspectos relacionados com o exercício da advocacia. Exemplificando a implementação dessa regra de atribuição, o *Estatuto del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza* estabeleceu, no Art. 17, inciso 3, o direito à inviolabilidade dos escritórios de advocacia: “Son derechos de los Colegiados: 3. Recabar y obtener del Colegio la protección de su independencia y libertad de actuación profesional em aquellos casos em que las mismas se vean perturbadas o limitadas por cualquier causa. El amparo del Colegio se extenderá al mantenimiento de la consideración debida al Abogado y, especialmente, a salvaguardar el secreto profesional y la inviolabilidad de los despachos profesionales”. Em Portugal, a inviolabilidade dos escritórios de advocacia é prevista na Lei nº 15, de 26 de janeiro de 2005, que instituiu o Estatuto da Ordem dos Advogados. A regra geral adotada é a inviolabilidade, que só pode ser excepcionada por ordem judicial, devendo a diligência de busca e apreensão ser acompanhada pelo advogado sujeito à investigação e por membro da Ordem dos Advogados. Nesse sentido, preceitua o Art. 70, item 1, do referido diploma legal: “Imposição de selos, arrolamentos e buscas em escritórios de advogados. 1 – A imposição de selos, o arrolamento, as buscas e diligências equivalentes no escritório de advogados ou em qualquer outro local onde faça arquivo, assim como a interceptação e a gravação de conversações ou comunicações, através de telefone ou endereço eletrônico, utilizados pelo advogado no exercício da profissão, constantes do registro da Ordem dos Advogados, só podem ser decretados e presididos pelo juiz competente”. No que concerne à apreensão de documentos, determina o Art. 71 do mesmo estatuto: “Apreensão de documentos – 1 – Não pode ser apreendida a correspondência, seja qual for o suporte utilizado, que respeite ao exercício da profissão. [...] 4 – Exceptua-se o caso de a correspondência respeitar a facto criminoso relativamente ao qual o advogado tenha sido constituído arguido”.

cláusula pétrea, respeitante à inviolabilidade da intimidade e da casa de todo indivíduo, conforme o disposto no Art. 5º, incisos X, XI e XII da Constituição Federal. O escritório do advogado, onde quer que se instale, seja em estabelecimento profissional, na própria casa do profissional ou em qualquer outra serventia, em suma, o local de trabalho do advogado, por mais simples e modesto que seja, usufrui, por certo, dessa genérica proteção constitucional. Assim é que o Art. 150, § 4º, inciso III, do Código Penal, ao tratar do crime de violação de domicílio, presta reverência ao comando supralegal e estabelece que a expressão “casa”, constante do preceito da Constituição, compreende, para fins da inviolabilidade, “compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade”.

Especializando ainda mais essa tutela constitucional e legal, a Lei nº 8.906/94, no Art. 7º, II, estabelece:

são direitos do advogado: II – ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca ou apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representante da OAB.

Têm-se aí, ademais, a proteção do sigilo de fonte das informações recebidas e a inviolabilidade da comunicação do advogado e seu cliente ou patrocinado a qualquer título, oneroso ou gratuito. Assume especial relevo nesse campo de questões a vedação à interceptação telefônica de conversas entre o advogado e seu cliente, consoante reconhecida em plúrimas decisões de nossos tribunais, mas que tem experimentado toda sorte de violações nos anos recentes.⁶

⁶ Para se ter uma idéia do quanto chegou o arbítrio do Estado policaiesco no Brasil, a Comissão Parlamentar de Inquérito das Escutas Telefônicas Clandestinas constituída pela Câmara dos Deputados, sob a competente presidência do deputado Marcelo Itagiba, apurou que, apenas no ano de 2007, foram autorizadas pela Justiça 375 mil interceptações telefônicas. O excelente trabalho dessa CPI resultou na adoção de medidas corregedoras por parte do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público com intuito de impedir a banalização desse instrumento investigatório, que só pode ser utilizado em situações extremas e mediante justificativa idônea, sob pena de comprometer com aguda intensidade o

A sua vez, a regra de sigilo da fonte reproduz a garantia constitucional constante do Art. 5º, XIV, ao dispor que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte quando necessário ao exercício profissional.” Assim, o advogado, com supedâneo no estatuto da advocacia, possui o mesmo direito ao sigilo que a lei de imprensa confere aos jornalistas e que o direito canônico confere ao padre no *sacramento da confissão*.

Releva assinalar que todas essas prerrogativas não se assentam em justificativas meramente corporativas, eis que visam dar implementação aos direitos fundamentais pertinentes ao acesso à Justiça, ao contraditório e à ampla defesa. Como preleciona a professora espanhola Verónica López Yagues,

el éxito de la defensa no solo depende de un puntual reconocimiento al imputado del derecho de recibir los servicios del Abogado sino, al tiempo, de la atribución a este último de un conjunto de prerrogativas que le permitan un libre y adecuado desenvolvimiento de la función defensiva.⁷

Desse modo, as inviolabilidades dos locais de trabalho dos advogados e as prerrogativas inerentes a essa categoria profissional possuem natureza instrumental, ou seja, visam dar concretude a um conjunto de direitos constitucionais substantivos, sendo, por isso mesmo, indispensáveis para a boa operação do sistema constitucional no que respeita ao direito de representação e defesa

direito fundamental à intimidade e à inviolabilidade das comunicações. Nossos tribunais maiores em boa hora começam a insurgir-se contra tais abusos, conforme exemplifica, dentre outros mais colacionáveis, o acórdão do STJ no *Habeas Corpus* nº 114.458-SP, de que foi relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima. Eis o seguinte excerto do voto: “[...] Na espécie, em avaliação superficial, própria do momento, é plausível, pelo teor mesmo da decisão indeferitória da liminar que ora se combate, acima transcrita, conceder, em parte, o pedido, pois houve, ao que decorre do feito, em princípio, indevida interceptação de conversas telefônicas de aparelho do Paciente (advogado), com cliente, no exercício de sua profissão, patrocinando ação cível, o que não se coaduna com a regra inscrita no Art. 7º, II, da Lei nº 8.906/2004, mesmo na sua redação original. Tampouco se compatibiliza com sua inovação oriunda da Lei nº 11.767/2008, sem se falar na total ausência dos supostos fáticos contidos na nova redação do § 6º do Art. 7º do inovador diploma legal.”

⁷ Yagues (2003, p. 112).

dos jurisdicionados e suas relações com as instâncias de solução de conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, da Administração Pública e de todo tipo de Arbitragem. Não é por outra razão que a violação de segredo profissional, que a regra de sigilo visa proteger, restou alçada em tipo penal pela norma do Art. 154 do Código Penal Brasileiro, na seção especificamente destinada a tratar dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos.⁸ A dogmática civilista também intervém para reforçar o preceito criminalizante. Assim é que dispõe o Código de Processo Civil, no Art. 363, IV: “A parte e o terceiro se escusam de exhibir, em juízo, o documento ou a coisa [...] se a exibição acarretar a divulgação de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, devam guardar segredo”. O concurso das órbitas penal e civil para coibir a revelação de segredo profissional está a demonstrar o caráter de ordem pública e meta-individual de que se reveste o dever de sigilo. Tal significa dizer que a proteção e as sanções multidisciplinares atribuídas à violação de segredo profissional não se justificam apenas para o resguardo da intimidade individual ou por razões de ordem meramente corporativas e deontológicas com relação às profissões e ofícios selecionados pelo legislador (advogados, médicos, jornalistas e padre confessor) para figurarem como destinatários da tutela legal. O bem jurídico protegido por tal sistema protetor revestido de cogência pública diz com premissas basilares do convívio social e com direitos fundamentais de repercussão coletiva de que dependem a Administração da Justiça Pública e a prestação de jurisdição no Estado Democrático de Direito. Nessa linha de convicções, bem sustenta Diego Fajardo Maranhã Leão de Souza:

O sigilo profissional tutela, simultaneamente, dois bens jurídicos. De forma imediata há proteção da intimidade do confitente, aquele que confidenciou o segredo ao profissional. De maneira mediata protege-se a confiança da coletividade na perenidade dos segredos, ou seja, a expectativa social de que exista uma esfera protegida na

⁸ Assim dispõe a nossa codificação penalista: “Violação de segredo profissional – Art. 154 – Revelar a alguém, sem justa causa, segredo de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. Parágrafo único – Somente se procede mediante representação.”

relação cliente/profissional de modo que as necessidades individuais sejam satisfeitas.⁹

De igual modo, apregoa Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas Mesquita:

Ressalte-se que o próprio fato de haver norma penal protegendo o sigilo (cf. Art. 154 do CP) reforça-lhe o caráter de instituto de ordem pública. Tem caráter público porque seu escopo é garantir a plenitude do direito de defesa cristalizado no Art. 5º, LV, da CF/88. Sua função é assegurar o contraditório e a ampla defesa através da ação dos advogados, protegendo, conseqüentemente, os interesses dos clientes e da coletividade.¹⁰

Tem oportunidade colacionar, ainda, a exposição de Paulo Luiz Netto Lôbo, comentando o Estatutuo da Advocacia e da OAB:

O sigilo profissional é, ao mesmo tempo, direito e dever. Direito ao silêncio e dever de se calar. Tem natureza de ofício privado (múnus),

⁹ Cf. Leão de Souza (2008, p. 150). Esse mesmo autor avança, com propriedade didática, na explicação quanto à *ontogênese* da tutela legal ao sigilo profissional: “O ponto-chave para a obtenção de um conceito juridicamente coerente de sigilo profissional encontra-se na indispensabilidade das funções exercidas por certas categorias para o corpo social. A existência de determinadas pessoas que executam atividades fundamentais para o atendimento das necessidades individuais é uma aspiração coletiva, pois dela a sociedade não pode prescindir, sob risco de perecimento. É a condição de ‘confitente necessário’ que torna a profissão digna de tutela pela norma do Art. 154 do Código Penal. Vale dizer, a necessidade inafastável de o cidadão se socorrer de determinados serviços (de saúde, jurídicos, contábeis) faz da confiança um elemento indispensável na relação cliente/profissional. Parte-se da premissa de que o confidente voluntário tem apenas um dever moral na manutenção do segredo, mas quando esse confidente se converte em necessário para o titular do segredo, o sistema jurídico intervém para assegurar a supremacia de um interesse que, além de individual, é público. Daí nasce o sigilo profissional” (p. 121). No direito comparado, veja-se, no mesmo diapasão, a monografia de Campos (1988, p. 471 et seq.).

¹⁰ Caldas Mesquita (2008, p. 78). Mencione-se, ainda, o estudo de Leandro Bittencourt Adiers (2002).

estabelecido no interesse geral, como pressuposto indispensável ao direito de defesa. Não resulta de contrato entre o advogado e o cliente [...]. O Estado ou os particulares não podem violar essa imunidade profissional do advogado porque estariam atingindo os direitos da personalidade dos clientes e, “a fortiori”, a cidadania. O sigilo profissional não é patrimônio apenas dos advogados, mas uma conquista dos povos civilizados.¹¹

Por outro lado, para fins de determinação do sentido e alcance das inviolabilidades e prerrogativas dos advogados, há que distinguir perfeitamente as situações em que os fundados indícios da prática de crime envolvem diretamente (i) o próprio advogado que concorreu para a prática do delito, ou seja, a pessoa do advogado em quem a imputabilidade delitiva recai enquanto sujeito ativo do tipo penal, daquelas situações (ii) em que o suspeito da prática de crime é o cliente ou patrocinado do advogado. A depender das circunstâncias ocorrentes de cada uma dessas hipóteses, o sistema de inviolabilidades e prerrogativas advocatícias operará com maior ou menor intensidade.

Em se tratando de estado de suspeição do cliente do advogado, o Art. 232 do Código de Processo Penal (CPP) proíbe a apreensão de quaisquer documentos encontrados no escritório do advogado, assim considerados “quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares”. Por acréscimo, o Art. 243, § 2º, do mesmo CPP proíbe a apreensão de qualquer documento que esteja na posse do defensor do acusado, exceto se tal documento constituir elementos do corpo de delito. Por corpo de delito deve-se entender a exteriorização física do crime de matriz material (*delicta facti permanentis*), ou seja, notadamente a pessoa ou a coisa sobre a qual se tenha praticado o ato criminoso, os objetos e instrumentos empregados e os vestígios deixados pela prática delitiva. Cuida-se, aí, da categoria do corpo de delito, que constitui pressuposto indispensável da prisão preventiva prevista no Art. 311 do CPP. Por força do precitado Art. 242, § 2º, do CPP, penso que quaisquer outros elementos probatórios que não constituam estritamente o corpo de delito, como computadores, contratos de honorários, pareceres jurídicos, notas técnicas, arrazoados, cartas, *e-mails*, arquivos, pastas do cliente, repertórios legislativos e de jurisprudência etc., que estejam na posse ou à disposição do advogado e que

¹¹ Lôbo (2002, p. 58-59).

sejam instrumentos da profissão advocatícia, não poderão ser objeto de busca e apreensão conforme ultimamente tem se verificado na prática da Polícia Federal. Isto sem esquecer os documentos e arquivos privados da pessoa do advogado, como relação de endereços, de telefones, de *e-mails*, talões de cheque ou movimentações bancárias, que, por igual, jamais poderão ser apreendidos a pretexto da persecução criminal em face de terceiros.

Nada obstante, quando se tratar da hipótese, por certo deplorável, do advogado incurso pessoalmente na prática de crime, seja atuando de forma isolada ou em co-autoria com um eventual cliente, a investigação policial poderá ser mais ampla, sujeita, porém, em qualquer caso, às limitações genéricas que decorrem, já agora não mais, especificamente, do estatuto da profissão de advogado, mas da Constituição e da legislação processual penal, no que toca à tutela da intimidade e à inviolabilidade de domicílio. O jornalista André Petry ajunta comentários, conquanto leigos mas sobremodo apropriados, a essas situações distintas e que não raro são confundidas pelos órgãos de imprensa e pelo público em geral:

O escritório de um advogado pode ser invadido caso ele próprio seja suspeito de um crime – como o advogado de Dinho Porquinho, que oferecia suborno. Mas jamais no caso de suspeita de seu cliente. E isso por uma razão elementar: o advogado tem direito ao sigilo profissional, do mesmo modo como o jornalista tem direito a manter sigilo sobre sua fonte e o padre tem direito a manter segredo sobre o que lhe contam os fiéis no confessional. É assim que funciona numa democracia, num regime de liberdade. O sigilo do advogado, porém, não existe para protegê-lo. Existe para proteger o cidadão, para que tenhamos todos nós, inocentes ou culpados, o elementar direito à defesa plena. O sigilo de fonte do jornalista também não existe para agradar ao jornalista, mas para assegurar à sociedade o acesso ao mais amplo leque de informações possíveis.¹²

Com efeito, uma coisa é o cliente delinqüente e patrocinado por advogado no exercício regular da profissão, outra coisa é o advogado que, atuando de forma isolada ou em co-autoria com o próprio cliente ou com terceiros,

¹² Petry (2005).

prática crime e se torna alvo da investigação policial. Impende advertir, nada obstante, que poderá haver, aí, uma zona cinzenta e fronteira, que os autores anglo-saxônicos designam de “*borderline*”, entre a eventual prática de abuso do exercício regular da profissão e o efetivo cometimento de crime por parte do advogado, não raro de difícil demarcação. Isto exige, por certo, um percucente sopesamento dos fatos e circunstâncias objeto da investigação. Tudo a fim de que não se confunda, em detrimento das prerrogativas constitucionais e legais da advocacia, entre as situações de abusividade no desempenho dos misteres profissionais, caracterizadas pelo desbordamento das regras de boa conduta e da ética próprias ao regular exercício da profissão, de um lado, e a prática de crime comum que possa ser atribuída ao indivíduo advogado, de outro lado. Assim, por exemplo, a ocorrência de excesso de mandato ou de extrapolação do procuratório judicial, que não importa na prática de crime, mas que pode importar em responsabilidade civil do advogado e/ou em sanções disciplinares aplicáveis pelo respectivo órgão de classe. Daí dispor o Art. 32 do Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei nº 8.906/1994) que “o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”. Já o parágrafo único desse mesmo dispositivo legal acrescenta: “Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria”. O reportado estatuto da profissão, por outro lado, comina a sanção de nulidade aos “atos praticados por advogado impedido – no âmbito do impedimento –, suspenso, licenciado ou que passar a exercer atividade incompatível com a advocacia” (Art. 4º, parágrafo único). Inúmeros outros exemplos de infrações disciplinares podem ser colhidos no extenso elenco de tipos infracionais que se contém no Art. 34 da precitada Lei nº 8.906/1994, e que, em tese, não configuram a prática de crime por parte do advogado. Bem por isso, quando ocorrentes, não exoneram o dever de respeito às inviolabilidades e sigilo profissional imposto, nomeadamente, às autoridades públicas e à sociedade em geral. Podem-se citar, dentre elas, as infrações disciplinares descritas no inciso VI do diploma estatutário (“advogar contra literal disposição de lei, presumindo-se a boa fé quando fundamentado na inconstitucionalidade, na injustiça da lei ou em pronunciamento judicial anterior”) e no inciso XIV (“deturpar o teor de dispositivo de lei, de citação doutrinária e de julgado, bem como de depoimentos, documentos e alegações da parte contrária, para confundir o adversário ou iludir o juiz da causa”). Essas figurações de abusi-

vidade profissional situam-se no âmbito das infrações de caráter disciplinar, enquanto tais sujeitas ao poder de polícia e ao poder correcional exclusivo dos órgãos competentes da Ordem dos Advogados do Brasil. Refogem, pois, inteiramente, ao poder investigatório da polícia judiciária e do Ministério Público, eis que associadas tão apenas à atividade de persecução criminal. Por essa razão específica, o cometimento de infração disciplinar jamais desobriga os agentes estatais incumbidos dos atos de investigação do imperioso dever de respeitar e fazer cumprir as regras de inviolabilidade dos locais de trabalho do advogado e de proteção ao sigilo profissional. Para que o exercício da profissão de advogado não sofra qualquer tipo de constrição ou perturbação externa e, sobretudo, para que não se descambe para o abuso na investigação policial e nas diligências de busca e apreensão, impõe-se, de conseguinte, sempre e sempre, salvaguardar as inviolabilidades e prerrogativas que decorrem, objetivamente e independentemente de qualquer outra condição, do simples registro profissional no quadro de advogados da Ordem dos Advogados do Brasil, de consonância com o disposto no Art. 3º da Lei nº 8.906/1994: “o exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)”. Esse registro profissional faz resultar, de per si, o regime de paridade e equidistância entre os advogados, os magistrados e membros do Ministério Público, além do dever de respeito e de não ingerência nos atos da profissão de advogado imposto a todas as autoridades e servidores públicos. Em textual:

Art. 6º - Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos. Parágrafo único – As autoridades, os servidores públicos e os serventuários da justiça devem dispensar ao advogado, no exercício da profissão, tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas a seu desempenho.

Impende assinalar que a inviolabilidade do sigilo profissional torna invassáveis todo e qualquer tipo de informação resultante da interlocução verbal, escrita ou digitalizada entre o advogado e seus clientes, bem como todos os documentos, cartas, mensagens, anotações, gravações, fotografias, filmes, agendas, minutas de arrazoados forenses, pastas, computadores, sistemas de

informática, *softwares*, *hard disks*, disquetes, telefones celulares, *i-phones*, *black-berries*, acervo doutrinário e jurisprudencial já colacionado, a biblioteca como um todo, elementos de prova utilizáveis no processo judicial, administrativo ou de arbitragem, enfim, toda sorte de registros físicos e arquivos de computador, analógicos ou digitalizados, de primeira ou de última geração, que traduzam a relação advogado-cliente ou os trabalhos e estratégias de defesa elaborados pelo profissional da advocacia. Nesse particular aspecto, a relação das fontes e das peças de informação, e respectivas matrizes, é a mais ampla possível, compreendendo inclusive e notadamente os mais sofisticados avanços tecnológicos no campo da comunicação, do registro e da base de dados de informações. Como bem exposto por Marco Antonio de Barros,

o advogado está submetido a rigoroso dever ético, moral e legal de preservação do sigilo, principalmente na área criminal, pois a exigência de obediência ao segredo funda sua prevalência no princípio constitucional da garantia da defesa. Com certeza o sigilo inviolável a que se submete o advogado não se resume apenas ao que lhe for transmitido pelo cliente, mas também às anotações, documentos, cartas a que tiver acesso e tudo mais que lhe chegar ao conhecimento no exercício do seu mister.¹³

De um modo geral, a jurisprudência brasileira tem prestado boa reverência ao princípio do sigilo profissional do advogado e da inviolabilidade do seu local e materiais de trabalho. Assim, por exemplo, o acórdão do Plenário do Supremo Tribunal Federal no MS 23.452-1-RJ, relator Ministro Celso de Mello, julgado em 16.09.1999, em que se lê:

A inviolabilidade do advogado alcança seus meios de atuação profissional, tais como o seu escritório ou locais de trabalho, seus arquivos, seus dados, sua correspondência e suas comunicações. Todos esses meios estão alcançados tradicionalmente pela tutela do sigilo profissional. A ampla utilização da informática pelo advogado, com sua crescente miniaturização, faz estender a inviolabilidade aos dados e arquivos de computador, mantidos em seu local de trabalho

¹³ Barros (1996, p. 433).

ou que transporte consigo. O Estatuto da OAB refere-se a escritório e local de trabalho. Entende-se por local de trabalho qualquer um que o advogado costume utilizar para desenvolver seus trabalhos profissionais, incluindo a residência, quando for o caso. A atual revolução tecnológica aponta para a realização à distância de serviços ligados por redes de comunicação, sem o deslocamento físico das pessoas. Em qualquer circunstância, o sigilo profissional não pode ser violado [...] ¹⁴

Por força de natural extensão da regra de sigilo profissional, está o advogado exonerado do dever de prestar depoimento como testemunha com relação a fatos relacionados com seus clientes. Seria assaz contraditório impor-se ao advogado o dever do sigilo e obrigá-lo a depor de forma contrária ou inservível aos interesses de seus clientes, isto tanto na jurisdição civil quanto na criminal. Nesta última, ainda com mais razão, eis que na mais das vezes está em jogo o bem mais precioso da existência, como seja a liberdade de seus clientes ou patrocinados a qualquer título. A matriz normativa dessa imposição de sigilo é o comando do Art. 5º, inciso XIV, da Constituição Federal: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo de fonte, quando necessário ao exercício profissional”. A esse propósito, já tive a ocasião de sustentar em obra doutrinária:

Este [o segredo profissional], como categoria jurídica primária no contexto enfocado, radica nas indispensáveis virtudes da liberdade e da ética profissional, que garantem a preservação das informações de cunho pessoal segredadas em razão do ofício, consoante se dá, assinaladamente, como relação aos profissionais de jornalismo, da medicina e da advocacia. A importância da salvaguarda do sigilo de informações, inclusive quanto ao segredo de profissão, expressa-se na tipificação dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos, notadamente a divulgação de segredo em geral e, em específico, a violação de segredo profissional, objeto dos artigos 153 e 154 do Código Penal brasileiro. ¹⁵

¹⁴ Cf. DJ de 12.05.2000.

¹⁵ Castro (2003, p. 552-553).

São muito bem lançadas, nesse campo de questões, as lições de Ada Pellegrini Grinover, Scarance Fernandes e Gomes Filho, ao advertirem que o direito constitucional à produção da prova não é absoluto, eis que se submete à natural restrição do princípio da convivência das liberdades, cuja meta é não permitir que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias.¹⁶ Prevalecem necessariamente certos limites à instrução probatória, dentre eles a proibição quanto ao depoimento de pessoas que em razão de função, ministério, ofício ou profissão acham-se sujeitas ao dever de guardar sigilo, conforme previsto no Art. 207 do Código de Processo Penal e no Art. 355 do Código de Processo Penal Militar. De forma específica, o Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei nº 8.906/94) inclui dentre os direitos e prerrogativas dos advogados, no Art. 7º, inciso XIX,

recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional.

A jurisprudência de nossos tribunais tem reconhecido essa prerrogativa estatutária dos advogados em plúrimos julgados, qual se vê na eloquente decisão estampada no Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 48.843-MS, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 31.10.2007, relator Ministro Nilson Naves, cuja ementa enuncia:

Advogado (testemunha). Depoimento (recusa). Conhecimento dos fatos (exercício da advocacia). Sigilo profissional (prerrogativa). Lei nº 8.906/94 (violação). 1. Não há como exigir que o advogado preste depoimento em processo no qual patrocinou a causa de uma das partes, sob pena de violação do Art. 7º, XIX, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia). 2. É prerrogativa do advogado definir quais fatos devem ser protegidos pelo sigilo profissional, uma vez que deles conhece em razão do exercício da advocacia. Optando por não depor, merece respeito a sua decisão.¹⁷

¹⁶ Cf. Grinover, Scarance Fernandes e Gomes Filho (1993, p. 104).

¹⁷ Cf. inteiro teor desse acórdão no *site* certificado do STJ, documento 734541, DJ de 11.02.2008.

As provas obtidas mediante a violação da inviolabilidade dos locais de trabalho dos advogados ou ultraje ao resguardo do sigilo profissional dessa nobre profissão acarretam a nulidade absoluta da produção probatória. A Constituição democrática de 1988 de forma inovadora reforçou a interdição das provas obtidas com desrespeito a essas garantias da instrução processual, ao preceituar no Art. 5º, inciso LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Com efeito, o legislador constituinte incluiu no elenco dos direitos fundamentais a prerrogativa dos jurisdicionados e investigados em geral de não terem que contraditar provas postas à margem da legalidade, as quais não podem ser levadas em consideração pelo Juízo processante e que, de resto, não se prestam a fundamentar decisões judiciais de qualquer natureza, na jurisdição tanto cível quanto criminal. A relação processual, no que toca à produção dos meios de prova, há de pautar-se no regime indesejável da licitude, sob pena da nulidade dos atos conducentes à demonstração dos fatos pertinentes às pretensões deduzidas em juízo ou na investigação pré-processual, o que vale tanto para o inquérito policial quanto para o inquérito civil público no âmbito da polícia judiciária e da instituição do Ministério Público. Trata-se de exigência constitucional conformadora da regularidade ética do processo de toda natureza e em qualquer instância administrativa ou judicial. Em suma, consoante já tive a oportunidade de sustentar, “é necessário que as provas produzidas sejam idôneas, eis que contraria o princípio da justiça nas relações processuais, tanto civis quanto criminais, a utilização de meios de prova obtidos ilicitamente”.¹⁸ Em qualquer caso, e com rechaço de qualquer sofisma ou argumentação tergiversante, a prova obtida por meios ilícitos é irremediavelmente nula e não pode ser considerada para quaisquer fins de direito. A professora Ada Grinover espanca as dúvidas que possam remanescer quanto à inadmissibilidade de tais provas:

A Constituição preocupa-se com o momento da admissibilidade, pretendendo claramente impedir os momentos sucessivos de introdução e valoração da prova ilícita. Mas, suponhamos que a prova, embora considerada inadmissível pela Constituição, venha a ser admitida no processo. E que a prova ingresse no processo, vulnerando a regra constitucional. De duas, uma: ou partimos para a idéia

¹⁸ Cf. Castro (2006, p. 294-295).

de que nesse caso a atipicidade constitucional acarreta, como consequência, a nulidade absoluta e, portanto, no plano processual, a prova admitida “contra constitutionem” será nula e nula será a sentença que nela se fundar, ou então, numa interpretação mais consentânea com a norma constitucional, firmamos o entendimento de que a Lei Maior, ao considerar a prova inadmissível, não a considera prova, tem-na como “não-prova”, como prova inexistente juridicamente. Nesse caso, será simplesmente desconsiderada.¹⁹

O Supremo Tribunal Federal tem reiteradas vezes afirmado a imprestabilidade das provas obtidas por meios ilícitos. No julgamento do *Habeas Corpus* nº 69.912-RS, realizado em 16 de dezembro de 1993²⁰, sendo relator o Ministro Sepúlveda Pertence, o Ministro Celso de Mello deixou externado em seu judicioso voto de vista:

O fato irrecusável é que a prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, mínimo que seja, de eficácia jurídica. A “exclusionary rule” – considerada essencial pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos na definição dos limites da atividade probatória desenvolvida pela Polícia e pelo Ministério Público – destina-se, na abrangência de seu conteúdo, a proteger, pelo banimento processual de evidências ilicitamente coligidas, os réus criminais contra a ilegítima produção ou ilegal colheita de prova incriminadora.

A sua vez, o Ministro Relator Sepúlveda Pertence adentrou a questão da prova obtida por derivação da prova ilícita consistente na interceptação telefônica, para considerar inadmissível e nula a sua utilização no processo penal:

[...] Desse modo, sem necessidade de reexame de questões de fato, o caso demanda a aplicação da doutrina que a melhor jurisprudência

¹⁹ Grinover (1992, p. 34).

²⁰ Cf. publicação no DJU de 25.03.1994.

americana constituiu sob a denominação de princípios dos “fruits of the poisonous tree”: é que às provas diversas do próprio conteúdo das conversações telefônicas interceptadas só se pode chegar, segundo a própria lógica da sentença, em razão do conhecimento delas, isto é, em consequência da interceptação ilícita de telefonemas [...] De fato, vedar que se possa trazer ao processo a própria gravação das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que sem tais informações, não colheria, evidentemente, é estimular e, não, reprimir a atividade ilícita da escuta da gravação clandestina de conversas privadas.

Já no *Habeas Corpus* nº 93.050-RJ, julgado em 10 de junho de 2008, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, a 2ª Turma do STF focalizou a questão da prova obtida mediante busca e apreensão de documentos em escritório de contabilidade sem mandado judicial. O excerto da ementa desse aresto é bastante ilustrativo:

Fiscalização Tributária – Apreensão De Livros Contábeis E Documentos Fiscais Realizada, Em Escritório de Contabilidade, Por Agentes Fazendários E Policiais Federais, Sem Mandado Judicial – Inadmissibilidade – Espaço Privado, Não Aberto Ao Público, Sujeito À Proteção Constitucional Da Inviolabilidade Domiciliar (CF, Art. 5º, XI) [...] - Impossibilidade De Utilização, Pelo Ministério Público, De Prova Obtida Com Transgressão À Garantia Da Inviolabilidade Domiciliar – Prova Ilícita – Inidoneidade Jurídica – Habeas Corpus Deferido [...] Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. A exclusão da prova originariamente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do “due process of law” e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova

ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal [...] ²¹

É assinalável que, se a proteção constitucional respeitante à inviolabilidade de domicílio restou reconhecida a um escritório de contabilidade, ainda com maiores razões haverá de ser proclamada em prol do local de trabalho do advogado, seja este o seu escritório, sua residência ou o departamento ou gerência jurídica dos estabelecimentos empresariais, considerando que a advocacia foi alçada, constitucionalmente, em função essencial à Justiça, ao mesmo tempo que, como antes anotado, os locais de trabalho do advogado mereceram especial e específica proteção da Lei nº 8.906/2004.

Com intuito de evitar toda sorte de excessos na persecução criminal a cargo da Polícia Federal, o Ministério da Justiça, com expressa invocação das normas do Art. 5º, X e XII, da Constituição Federal (que asseguram a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, bem como a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações), e Arts. 240 a 246 do Código de Processo Penal, editou as Portarias nº 1.287 e nº 1.288, ambas datadas de 30 de junho de 2005. O primeiro desses atos ministeriais acha-se fundamentado na

necessidade de uniformizar e disciplinar as ações da Polícia Federal relativas ao cumprimento de mandados judiciais de busca e apreensão, [como também] na importância de assegurar que as ações policiais se dêem no estrito cumprimento de dever legal e que se circunscrevam ao objeto do mandado judicial, prevenindo a prática de atos que extrapolem seus estritos limites.

Já a segunda mencionada portaria do Ministro da Justiça estabelece instruções específicas sobre a execução de diligências da Polícia Federal para cumprimento de mandados judiciais de busca e apreensão em escritórios de advocacia,

considerando que nessas ações as prerrogativas profissionais não podem se impor de forma absoluta nem, tampouco, o poder da auto-

²¹ Cf. publicação do acórdão no DJ de 01.08.2008.

ridade policial deve se revestir de caráter ilimitado, devendo sempre prevalecer o bom senso e o equilíbrio, para que se realize o superior interesse público.

Releva destacar no texto da Portaria nº 1.287/2005 a regra do Art. 1º, em que se lê:

Art. 1º - Ao representar pela expedição de mandado de busca e apreensão, a autoridade policial indicará fundamentadamente as razões pelas quais a autorização da diligência é necessária para a apuração dos fatos sob investigação, instruindo o pedido com todos os elementos que, no seu entender, justifiquem a adoção da medida. Parágrafo único: A representação da autoridade policial indicará, com a maior precisão possível, o local e a finalidade da busca, bem como os objetos que se pretende apreender.

Além disso, o Art. 2º do mesmo ato ministerial determina que:

O cumprimento do mandado de busca e apreensão será realizado: [...] IV – sem a presença de pessoas alheias ao cumprimento da diligência; e V – preservando ao máximo a rotina e o normal funcionamento do local da diligência, de seus meios eletrônicos e sistemas informatizados.

A sua vez, a Portaria nº 1.288/2005 estabelece, dentre outras diligências e cautelas:

Art. 1º - Quando no local em que se requer a busca e apreensão funcionar escritório de advocacia, tal fato constará expressamente na representação formulada pela autoridade policial para expedição do mandado. Parágrafo único – Antes do início da busca, a autoridade policial responsável pelo cumprimento do mandado comunicará a respectiva Seção da Ordem dos Advogados do Brasil, facultando o acompanhamento da execução da diligência. Art. 2º - As diligências de busca e apreensão em escritório de advocacia só poderão ser requeridas à autoridade judicial quando houver, alternativamente: I – provas

ou fortes indícios da participação de advogado na prática delituosa sob investigação; II – fundados indícios de que em poder do advogado há objeto que constitua instrumento ou produto do crime ou que constitua elemento do corpo de delito ou, ainda, documentos ou dados imprescindíveis à elucidação do fato em apuração. Merece destaque, ainda, o disposto no Art. 3º: A prática de atos inerentes ao exercício regular da atividade profissional do advogado não é suficiente para fundamentar a representação pela expedição de mandado de busca e apreensão em escritório de advocacia.

Conquanto de louvável inspiração, não me agrada a idéia de submeter a eficácia plena de direitos e prerrogativas emergentes da Constituição e da legislação ordinária (Código de Processo Penal) à complementação de subalterna hierarquia por via de portaria ministerial. A ordem constitucional democrática não pode ser desautorizada diuturnamente por práticas de desobediência por parte dos órgãos e agentes da polícia judiciária e, por inopinada força de uma portaria ministerial, recuperar sua eficácia e cogência pública.²² Isso deixaria no ar a impressão de que “só uma portaria nos salva

²² Não se pode esquecer, nesse conjunto de questões, que a portaria, assim como os avisos e circulares expedidos por ministros de Estado, que são auxiliares político-administrativos do Presidente da República, por tradicional definição constitucional (cf. Arts. 84, II, e 87 da Constituição Federal de 1988), traduzem atos de quarto escalão hierárquico, destinados a prover, no âmbito dos ministérios que integram a administração direta do Poder Executivo, a boa e perfeita execução da Constituição, das leis e dos decretos do Presidente da República. Enquanto normas destinadas a implementar os comandos normativos de 1º (Constituição), de 2º (leis e atos legislativos formais a ela equiparados) e de 3º (decretos e regulamentos do Presidente da República) graus na hierarquia das normas, isto no que se relaciona com a organização e serviços próprios de cada ministério, não podem tais atos ministeriais inovar na ordem jurídica, nem deles depende a eficácia plena dos atos-regra de maior graduação. Daí sustentar, com a habitual proficiência, o saudoso Pontes de Miranda: “As instruções, que os ministros de Estado expedem, como os avisos, as circulares e as portarias, são fontes jurídicas inferiores às leis e aos regulamentos, a que se reportam e a cuja boa execução se destinam. A Constituição reconhece-lhes a existência no quadro das regras de direito; porém, por sua natureza, não criam, nem alteram, nem extinguem direitos, pretensões, deveres e obrigações, ações ou exceções [...]”

dos abusos de autoridade!”. Ou bem a Constituição e a legislação processual penal têm sua efetividade respeitada e concretizada no dia-a-dia do serviço público da polícia judiciária, e nesse caso as sobreditas portarias do Ministro da Justiça assumem o reduzido papel que lhes é próprio, como seja o de tornar efetivas as normas de superior investidura e desse modo contribuir para melhor ordenação interna, no âmbito das repartições policiais, do exercício da função investigatória e da persecução dos delitos; ou bem se desborda para uma perigosa e irremediável situação de apostasia e ineficácia das normas constitucionais e legais que devem reger (e constranger), com eficácia plena, os atos da investigação policial em face dos direitos e prerrogativas da profissão de advogado, cuja fonte primária é a Constituição da República. A não ser assim, pouco adiantaria, para a implementação dos direitos fundamentais, a enunciação solenemente proclamada pelo Art. 133 da Constituição Federal, no sentido de ser a advocacia, tanto pública quanto privada, uma função essencial à Justiça, bem como no sentido de ser o advogado indispensável à administração desse poder orgânico da soberania do Estado brasileiro. Bem por isso, as referidas portarias ministeriais, em que pese sua louvável inspiração, são desnecessárias e supérfluas no que respeita à essencialidade da operância do sistema jurídico pátrio, eis que a normativa constitucional e legal é auto-aplicável e perfeitamente inteligível para a boa concreção da tutela das inviolabilidades e prerrogativas dos advogados. Ademais disso, a redação da Portaria nº 1.288/2005 do Ministério da Justiça exhibe contradições e excessos insuperáveis que, se aplicada à risca, poderá periclitar o conjunto de garantias da ampla defesa e do contraditório processual centradas na atuação independente dos advogados e da regra de sigilo profissional. Por oportuno, convém reproduzir, nesse passo, a crítica percuciente de Nilo Batista ao comentar:

A Portaria nº 1.288, de 30.06.05, com a qual S. Exa. pretendeu disciplinar a atuação da Polícia Federal nessas diligências, entretanto, cabe naquelas decepções em que a emenda piora o soneto. Prescreve dita Portaria que tais diligências “só poderão ser requeridas à autoridade judicial quando houver [...] fundados indícios de que em poder do advogado há objeto que constitua instrumento ou produto do crime, ou que constitua elemento do corpo de delito, ou ainda documentos ou dados imprescindíveis à elucidação do fato em apuração” (Art. 2º, inciso II). Ora, a lei só abriu exceção para

“documento que constitua corpo de delito” (Art. 243, § 2º, do CPP). Como pode a Portaria admitir a diligência referida a “produto do crime” (para alguns membros daquela CPI, o interesse pelos honorários do advogado tinha este matiz), ou a “documentos ou dados imprescindíveis à elucidação do fato”, cláusula tão genérica que equivale a abrir indiscriminadamente todos os escritórios de advocacia à inspeção policial? No artigo 4º, quando a Portaria proíbe – “salvo expressa determinação judicial em contrário” – a apreensão de “documentos relativos a outros clientes”, fica bem claro que saímos definitivamente do velho modelo democrático, e que se trata de invadir escritórios para colher efetivamente prova contra seus clientes. A “expressa determinação judicial em sentido contrário”, ou seja, a ordem de uma busca e apreensão em todos os arquivos de escritório de advocacia, é tão flagrantemente ilegal que melhor seria recomendar que a polícia não a cumprisse.²³

Avanço extraordinário nesse campo de questões foi conquistado com a promulgação da Lei nº 11.767, de 7 de agosto de 2008, que alterou e acrescentou disposições ao Art. 7º da Lei nº 8.906/94, o Estatuto da Advocacia e da OAB. Trata-se, na origem, de projeto de lei de iniciativa do ilustre deputado Michel Temer, de São Paulo, que representa uma notável conquista para a advocacia brasileira e para o aprofundamento do sistema de garantias que cercam a investigação policial. Sua aprovação pelo Congresso Nacional e subsequente sanção pelo Presidente da República contaram com o operoso apoio da Direção do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sob a liderança de seu atual Presidente, Cesar Britto. Em síntese, esse novo diploma legal alterou a norma do inciso II do Art. 7º da Lei nº 8.906/94, para incluir, dentre os direitos dos advogados,

a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia.

²³ Cf. Batista (2005, p. 91).

Além disso, acrescenta dois parágrafos ao mesmo Art. 7º, com a redação seguinte:

§ 6º - Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o inciso II do “caput” deste artigo, em decisão motivada, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes.

A seu turno, o § 7º acrescentou a seguinte disposição:

A ressalva constante do § 6º deste artigo não se estende a clientes do advogado averiguado que estejam sendo formalmente investigados como seus partícipes ou co-autores pela prática do mesmo crime que deu causa à quebra da inviolabilidade.

Esses dois novos preceitos incluídos no Estatuto da Advocacia e da OAB objetivam bem distinguir as situações a que antes me referi, como sejam a da investigação policial em razão da suposta prática de crime cometido pelo advogado, de um lado, e a da investigação pela prática de crime cometido por um cliente do advogado em autoria única ou em co-autoria com o seu patrono profissional da advocacia, de outro. Na primeira hipótese, em explícita reverência ao cânone do sigilo profissional que deve resguardar a comunicação entre o advogado e seu cliente, fica expressamente assegurada a inviolabilidade da documentação e de quaisquer objetos que materializem a relação advogado-cliente, cuja proteção, já se viu, repousa no paradigma constitucional. Em qualquer caso, porém, a quebra da inviolabilidade do escritório ou local de trabalho do advogado subordina-se ao princípio da “*reserva de jurisdição*”, a significar que somente por decisão motivada (e suficientemente motivada) da autoridade judicial competente poder-se-á proceder às diligências de busca e apreensão nos recintos em que é exercida a profissão de advogado. Assim sendo, fica vedada, desde logo, autorização por magistrado que

não seja o *juiz natural* que esteja a cargo da investigação criminal, ficando proscritas, ainda, autorização oral ou transmitida por via telefônica pelo juiz à autoridade policial. A decisão que determina o adentramento no escritório ou local de trabalho do advogado há de ser lavrada por escrito nos autos do inquérito policial ou procedimento investigatório devidamente autuado, da qual constarão, de forma circunstanciada, as razões que induzem à convicção ou fundada suspeita de que o advogado incorreu na prática de crime e de que em suas dependências profissionais poderão ser encontrados elementos de prova, vestígios ou indícios da prática delitiva imputável ao advogado que consiste no objeto da investigação em curso. Tudo porque, como tem decidido reiteradas vezes o Supremo Tribunal Federal, a

“fundada suspeita” a que alude o permissivo do Art. 244 do Código de Processo Penal “não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa.”²⁴

Atentos a todas essas advertências que condicionam as diligências de busca e apreensão nos locais de trabalho do advogado, *y compris*, natural e forçosamente, os escritórios de advocacia e as dependências dentro dos estabelecimentos empresariais, onde funcionam os departamentos e gerências jurídicas das sociedades e empresas de todo tipo, sabe-se, não obstante, que os direitos individuais e coletivos não são, por princípio, absolutos, eis que comportam exceções e temperamentos, pontuais e limitados, em prol do interesse público da Administração da Justiça no campo da jurisdição criminal.

²⁴ Veja-se, nesse sentido, a decisão unânime da 1ª Turma do STF no *Habeas Corpus* nº 81.305 - Goiás, julgado em 13.11.2001, relator Ministro Ilmar Galvão. Nessa assentada, houve por bem decidir a nossa Corte Maior: “[...] A fundada suspeita, prevista no Art. 244 do CPP, não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa. Ausência, no caso, de elementos dessa natureza, que não se pode ter por configurados na alegação de que trajava, o paciente, um ‘blusão’ suscetível de esconder uma arma, sob risco de referendo a condutas arbitrárias ofensivas a direitos e garantias individuais e caracterizadoras de abuso de poder. *Habeas Corpus* deferido para determinar-se o arquivamento do Termo circunstanciado de ocorrência.”

As diligências de busca e apreensão, que se incluem, quando legítimas, no poder-dever investigativo do Estado, no exercício da atividade da polícia judiciária, constituem, no dizer do ilustre Prof. Rogério Lauria Tucci,

meios de prova, de natureza acautelatória e coercitiva, consubstanciados no apossamento de elementos instrutórios, quer relacionados com objetos, quer com as pessoas do culpado e da vítima, quer, ainda, com a prática criminosa que tenha deixado vestígios.²⁵

Mas, haverá de preponderar sempre a proteção constitucional e legal quanto aos aspectos nucleares do direito à inviolabilidade e prerrogativas dos advogados. Tal significa dizer que o limite da investigação policial há de ser sopesado pelo instrumental exegético da “ponderação de interesses”, mediante prudente avaliação sob a ótica dos princípios da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*.²⁶ É importante enfatizar, nesse sentido, que os atos investigatórios, máxime as diligências ultra-invasivas da intimidade e da paz domiciliar consistentes na busca e apreensão dos meios de prova da prática de delitos, hão de estar justificados do ponto de vista teleológico, ou seja, devem fundar-se em finalidades e objetivos legítimos. Além disso, a incursão policial nos locais de trabalho dos advogados, não raro cumulada com a ruptura do sigilo profissional, deve indispensavelmente constituir providência instrumental idônea, essencial e suficiente para o atingimento da finalidade persecutória legítima. Assim sendo, exige-se, primeiramente, a demonstração cabal de que a decretação da busca e apreensão apresenta-se de todo necessária em face de outras diligências igualmente aptas e menos gravosas para a consecução do resultado investigatório objetivado. Se outros meios probatórios forem igualmente eficazes à apuração da autoria e da materialidade penal, a medida mais invasiva poderá ser considerada supérflua, dispensável e desinfluyente para o bom curso da investigação. Assim, por exemplo, se o documento perquirido no domicílio ou local de

²⁵ Tucci (1978).

²⁶ Dispensamo-nos de digressionar sobre a compreensão doutrinária acerca dos princípios da razoabilidade, de origem anglo-saxônica, e da proporcionalidade, este de formulação germânica, pois isto alongaria de muito os estreitos limites deste artigo. Para tanto, reporto-me às extensas considerações lançadas em meu livro, especialmente capítulos IV e V (Castro, 2006, p. 141-236).

trabalho do advogado já estiver disponibilizado em bancos de dados do Poder Público, ou mesmo em bancos de dados privados mas de acesso coletivo, ainda que sua acessibilidade esteja sujeita a prévia autorização judicial, como é o caso da movimentação de contas bancárias ou da declaração de bens da pessoa investigada, não tem cabimento algum a realização da diligência mais invasiva e ultrajante consistente na busca e apreensão em recintos privados. Por outro lado, caso a diligência promovida pela polícia judiciária ou pelo Ministério Público, segundo o conjunto dos fatos sob apuração – consideradas aí as circunstâncias fáticas que integram o cenário do crime, ou seja, os indícios substanciais de autoria e da materialidade delitiva –, apresentar-se injustificada, abusiva, irrazoável ou desproporcional para o atingimento dos objetivos finalísticos da investigação, estará a mesma maculada do vício da ilicitude. Com efeito, há de comprovar-se uma plausível e concreta relação de congruência entre a medida investigatória e os fins a que ela se destina. Se tal relação de identidade entre *meio* e *fim* da investigação – *means-end relationship*, de acordo com a nomenclatura norte-americana – não se fizer presente, de modo que a diligência policial resulte despropositada ou excessiva, estará a intromissão persecutória acoimada de nulidade. Com isso, afastam-se o arbítrio e o autoritarismo no exercício do poder-dever do Estado de investigar a prática de crimes, eis que este interfere sempre com a esfera das liberdades ou do exercício regular da profissão de advogado, erigidos em direitos fundamentais pela Constituição da República. A cláusula constitucional do devido processo legal (Art. 5º, LIV), celebrizada sob a fórmula “*due process of law*”, que no Direito brasileiro engloba os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, impede toda sorte de abusos de autoridade nos atos da investigação policial.

Por outro lado, e em consequência dessas limitações supralegais que condicionam a *reserva de jurisdição* para a autorização das medidas de busca e apreensão, faz-se indispensável que a autoridade judicial competente para determinar a diligência policial deixe perfeitamente declinados, de forma clara, consistente e objetiva, os motivos e as razões que justificam e emprestam idoneidade, no caso concreto de que se trate, ao afastamento excepcional do regime de proteção das liberdades fundamentais. A suficiência dessas razões poderá a todo tempo ser contrastada pelas pessoas físicas e jurídicas que sofrerem a intromissão policial em sua esfera domiciliar e profissional, mediante as impugnações e recursos próprios na esfera judicial ordinária e, ainda, perante o Conselho Nacional de Justiça, com base no Art. 103-B, § 4º, incisos III

e IV, da Constituição Federal, com a redação introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004²⁷. Os motivos determinantes da ordem judicial não podem exteriorizar-se em meros jargões decisórios e semânticos, como a alusão genérica a “simples e não demonstradas suspeitas” ou a “fortes indícios”, sem estar acompanhados de concretos e plausíveis elementos de convicção. A par da norma do artigo 93, IX, da Constituição (dispondo que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”), o artigo 243, II, do Código de Processo Penal exige em categórico que “o mandado de busca deverá [...] mencionar o motivo e os fins da diligência”.²⁸ Atento a essas condicionantes, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* nº 81.305-GO, relator Ministro Ilmar Galvão, houve por bem decidir em hipótese relacionada com a busca pessoal prevista no Art. 244 do CPP:

A Fundada Suspeita, Prevista No Art. 244 Do CPP, Não Pode Fundar-se
Em Parâmetros Unicamente Subjetivos, Exigindo Elementos Concretos

²⁷ Assim dispõe o Art. 103-B, § 4º, incisos III e IV, da Constituição: “Compete ao Conselho Nacional de Justiça o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: [...] III – receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa. IV – representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade.”

²⁸ É oportuno registrar que o Código de Processo Penal disciplina a *busca pessoal*, no Art. 244 (“A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objeto ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar”), e a busca domiciliar, no Art. 245 e seus parágrafos (“as buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite, e, antes de penetrarem na casa, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta [...]”).

Que Indiquem A Necessidade Da Revista, Em Face Do Constrangimento Que Causa. Ausência, No Caso, De Elementos Dessa Natureza, Que Não Se Pode Ter Por Configurados Na Alegação De Que Trajava, O Paciente Do Habeas Corpus, Um “Blusão” Suscetível De Esconder Uma Arma, Sob Risco De Referendo A Condutas Arbitrárias E Ofensivas A Direitos E Garantias Individuais E Caracterizadoras Do Abuso De Poder²⁹.

Nessa linha de convicções, sustenta a Professora Cleunice Pitombo que

as fundadas razões, a que alude o Código, não se confundem com meras suspeitas. Há que se ter motivos concretos, fortes e reais indícios da existência de elementos de convicção, de que se possam achar na casa a qual se pretenda varejar. Não guarda cabimento a proteção constitucional da intimidade e inviolabilidade ruírem, ou cederem passo, frente à suspeita, ainda que venha adjetivada de robusta, séria ou grave.³⁰

O mandado judicial de busca e apreensão deverá especificar os itens e objetos a serem apreendidos, não podendo apontar identificação genérica e polivalente, do tipo “quaisquer objetos relacionados aos fatos em investigação” ou, ainda, “quaisquer objetos que possam contribuir com a apuração dos fatos”. Essas expressões de multialcance tornam vulnerável a totalidade dos bens que guarnecem um domicílio ou o local de trabalho do advogado, sendo inservíveis para emprestar justeza às ordens judiciais com tal propósito. Ou bem se tem adequada noção do elemento de prova perquirido, e se faz constar a sua identificação no mandado de busca e apreensão, ou se aguarda para a realização da diligência até que haja indícios concretos do material a ser apreendido. Com razão, acrescenta, nesse particular aspecto, Cleunice Pitombo:

Não pode haver mandado incerto, vago ou genérico. A determinação do varejamento, ou da revista, há de apontar, de forma clara, o local, o motivo da procura e a finalidade, bem como qual a autoridade

²⁹ Cf. DJU de 22.02.2002, p. 35.

³⁰ Pitombo (1999, p. 115).

judiciária que a expediu. É importantíssima a indicação detalhada do motivo e os fins da diligência (Art. 243, II, do CPP) a que se destina. Mandado vazio é perigoso e difícil debelar-se. Autoritário, traz risco ínsito, arraigado na forma.³¹

A demonstração da razoabilidade e da proporcionalidade das ordens de busca e apreensão domiciliar visa impedir medidas de arresto policial desarrazoadas, equivalentes às “*unreasonable searches and seizures*”, como previstas expressamente na Emenda nº 4 à Constituição dos Estados Unidos da América, ratificada no ano de 1791, que reza:

The right of the people to be secure in their persons, house, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

A jurisprudência da Suprema Corte americana exige, para a validade das medidas de busca e apreensão, a demonstração efetiva da “causa provável” (“*probable cause*”), materializada em elementos substanciais de convicção que apontem: (i) a relação entre o objeto específico que se pretende apreender e os fatos delituosos em apuração; (ii) a probabilidade de tal objeto ser encontrado no local da diligência. Com isso, são vedadas as buscas e apreensões calcadas em suposições genéricas e não suficientemente demonstradas. Bem por isso, a diligência de busca domiciliar e o material a ser apreendido deverão ser objeto de descrição circunstanciada no auto respectivo a ser lavrado, o qual deverá fazer integrar os autos do inquérito policial. Este, por sua vez, se reveste de natureza sigilosa e o menos possível invasivo, sob pena de causar gravame à intimidade do investigado, de sua família, ao exercício de sua profissão ou ao negócio empresarial regularmente estabelecido. Não é por outra razão que o Art. 20 do CPP obriga a autoridade policial a assegurar no inquérito o “sigilo necessário à elucidação do fato”. Trata-se do chamado “sigilo externo”, cuja finalidade precípua é proteger a dignidade humana e a incolumidade física e moral do cidadão investigado – presumido inocente até o trânsito

³¹ Cf. *Ibid.*, p. 171.

em julgado da sentença penal condenatória (CF - Art. 5º, LVII). Assim sendo, é rigorosamente abusiva e destoante da legalidade a diligência policial de efeitos midiáticos, ao estilo de espetáculo circense ou de programa de auditório televisivo, que se faz acompanhar de repórteres, fotógrafos e cinegrafistas, que jamais podem estar autorizados a adentrar o domicílio ou o local de trabalho objeto da investigação, eis que não são autoridades policiais competentes para cumprir a diligência determinada pela ordem judicial, tampouco se acham autorizadas a adentrar domicílio ou estabelecimento alheio. Essa exposição degradante de pessoas, não raro de servidores públicos, até mesmo de juízes e advogados sendo presos e conduzidos por agentes policiais, não raro e indevidamente algemados, é abusiva e não se compadece com o figurino constitucional democrático que impõe limites ao chamado processo acusatório adotado pelos povos cultos. Assim é que o Art. 248 do CPP exige que, em casa ou local de trabalho habitado, a diligência de busca e apreensão “será feita de modo que não moleste os moradores mais do que o indispensável para o êxito da diligência”. Por força dessa disposição legal, é de igual modo excessiva e desautorizada a utilização de efetivo policial e aparato bélico desproporcional ao risco oferecido para o cumprimento da diligência. Essa disposição da lei adjetiva penal está a impor, por certo, o dever de urbanidade, de respeito, de discrição e de cuidados indispensáveis com a imagem e a propriedade alheia. Choca-nos, pois, o cumprimento de mandado de busca e apreensão em escritórios de advocacia, como se tem visto com frequência ultimamente na mídia, utilizando-se do mesmo contingente policial e do mesmo tipo de armamento pesado (fuzis, metralhadoras e granadas) que seriam justificáveis para a prisão em flagrante de delinquentes de alta periculosidade num “*bunker*” fortificado de uma quadrilha organizada para o contrabando de armas ou para o narcotráfico.

Assentes essas premissas que remetem à esfera dos direitos fundamentais sublimados na Constituição, tem-se que a inobservância pela autoridade policial ou pelo órgão do Ministério Público de qualquer um desses parâmetros de conduta limitadores da investigação traz como consequência a ilicitude da prova obtida por meios violantes e inidôneos, nos termos do Art. 5º, LVI, da Constituição da República, além da sujeição do agente estatal às sanções cominadas ao crime de abuso de autoridade (Lei nº 4.898/65, Art. 3º, “b”) ou ao crime de violação de sigilo profissional (Código Penal, Art. 325), conforme o caso. Isto sem esquecer a caracterização do dano moral indenizável que possa

ser infligido à pessoa do advogado e à sociedade de advogados, ou conjuntamente a ambos, cuja reparação há de ser buscada em ação própria na jurisdição civil, segundo os cânones da responsabilidade objetiva do Estado pelos atos de seus agentes que causem danos a terceiros, consoante o disposto no Art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Quando a Suprema Corte norte-americana, reformando antigo entendimento jurisprudencial, proclamou, no ano de 1963, no julgamento do famoso caso *Gideon v. Wainwright*,³² que a 6ª e a 14ª Emendas à Constituição dos Estados Unidos garantem o direito fundamental dos jurisdicionados a ter um advogado habilitado em todas as instâncias de Justiça, claramente considerou o patrocínio advocatício um elemento essencial da garantia do acesso à Justiça. O mesmo fez – convém reiterar – a Constituição do Brasil com a regra expressa no Art. 133, ao considerar o advogado indispensável à administração da Justiça. Por isso, também, a generalidade dos sistemas jurídicos dotou a profissão de prerrogativas e inviolabilidades funcionais, a fim de assegurar a eficiência da defesa, mantê-la íntegra e colocá-la a salvo de desmandos de autoridade nos atos de persecução criminal. Tamanha a importância constitucional do precedente no caso *Gideon* que a Suprema Corte americana atribuiu-lhe efeitos retroativos, a fim de promover a anulação de todas as condenações criminais em que os condenados não tivessem usufruído de uma defesa técnica por parte de um advogado.³³

Todo esse conjunto sistêmico de normas de proteção ao exercício da advocacia, além de essencial à eficácia plena de inúmeros direitos fundamentais

³² 372 U.S. 335, 83 S.Ct. 792 (1963).

³³ Os comentários dos professores Lockhart, Kamisar, Choper e Shiffrin (na festejada obra *Constitutional Law – cases – comments – questions*. 6. ed. St. Paul, MN: West Publishing Company, 1986. p. 448) bem ilustram a relevância do julgado: “*Gideon v. Wainwright* held that, at least in all felony prosecutions, an indigent defendant must be appointed counsel. Because, as Justice Black, J., maintained, dissenting in the case (*Bets v. Brady*, 316 U.S. 445 (1942)) *Gideon* was to overrule 20 years later, – ‘whether one is innocent cannot be determined from a trial in which denial of counsel has made it impossible to tell that the defendant’s case was adequately represented’, and because, as Black, J. pointed out for the Court in *Gideon*, – ‘any person haled into court, who is too poor to hire a lawyer, cannot be assured a fair trial ‘unless counsel is provided for him’. *Gideon* was given complete retroactive effect”.

relacionados com o acesso à Justiça, o contraditório, a ampla defesa e a regularidade do processo acusatório, gera efeito altamente pedagógico para o exercício da cidadania e para a limitação democrática do desempenho da autoridade pública em nosso País. Diz bem Nilo Batista ao apregoar, com arri-mo na lição de Raul Zaffaroni, que o abuso do poder investigatório constitui risco premente e indissociável do processo dialético da Justiça no Estado Democrático de Direito:

Não existe um Estado de direito democrático estagnadamente acabado, como “hortus conclusus” do empreendimento democrático. Dentro dele, pulsa surdamente e procura avançar, por todos os interstícios que se apresentam, o Estado de polícia [...] O juiz, no Estado de direito democrático, tem precisamente esta função: a de filtrar implacavelmente toda demanda de criminalização que lhe é apresentada, impedindo a passagem de todo poder punitivo que não seja meridianamente constitucional, legal e racional. Para exercer tal função – cuja importância para o Estado de direito dispensa considerações –, dispõe ele do direito penal. Se, em vez de colocar-se nesta posição, o juiz resolve alavancar a demanda de poder punitivo, negligenciando garantias ou distendendo requisitos, ele está na verdade permitindo que o Estado de direito seja assaltado pelo Estado de polícia.³⁴

Não há, aqui, espaço para crendices e ingenuidades. A luta secular pelo direito e pela justiça é a luta pela advocacia ativa, íntegra, corajosa e independente. A valorosa classe dos advogados, por sua união estável e histórica com as liberdades públicas, recebe naturalmente o olhar suspeito dos tiranos de plantão. Tal se dá, de forma endêmica, nas fases de desarranjo institucional e adensamento da lógica autoritária. As liberdades públicas e seu esteio maior – a advocacia destemida – foram e serão sempre as vítimas seletas da truculência autoritária no processo civilizatório. A explosão urbana que assola o planeta, a violência institucionalizada e o processo de exclusão dos bens da vida por mais de 2/3 da população mundial deformaram em larga medida a paisagem bucólica do cotidiano que prevaleceu no limiar do século passado. Por outro lado,

³⁴ Batista (2005, p. 86-87).

corromperam-se os resquícios de mansidão e espontaneidade nas relações humanas interindividuais, subjugadas pela massificação das novas pautas sociais. Massificaram-se, também, a violência, de um lado, e a repressão violenta, de outro. O Estado policial tende a suplantar o Estado de serviço social. Nesse contexto, é sempre bom lembrar a máxima de Winston Churchill, aplicável a saudosos tempos de pacato convívio nos bairros residenciais da maioria das cidades, ao reconhecer que o regime democrático é aquele no qual, quando batem à porta de nossa casa às 4 horas da madrugada, pode-se prever com tranqüilidade que se trata do entregador do leite ou do pão. Se já não é mais assim, ou se já não é sempre assim, a contrapartida compensatória no plano institucional há de ser o respeito aos direitos fundamentais e o compromisso dos advogados com os ideais de Justiça, com o suporte indispensável das prerrogativas e inviolabilidades de seu singular ofício.

REFERÊNCIAS

ADIERS, Leandro Bittencourt. A privacidade e os sigilos telefônico, profissional e bancário. *Revista dos Tribunais*, ano 91, v. 800, p. 145-185, jun. 2002.

BARROS, Marco Antonio de. Sigilo profissional. Reflexos da violação no âmbito das provas ilícitas. *Revista dos Tribunais*, ano 85, v. 733, nov. 1996.

BATISTA, Nilo. A criminalização da Advocacia. *Revista de Estudos Criminais*, v. 20, p. 85-91, 2005.

CALDAS MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno. Do sigilo profissional do advogado: natureza jurídica, extensão, limites e restrições. *Revista dos Tribunais*, ano 97, v. 869, mar. 2008.

CAMPOS, Carlos da Silva. O sigilo profissional do advogado e seus limites. *Revista da Ordem dos Advogados de Portugal*, Lisboa, ano 48, set. 1988.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, jun. 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. 3. ed. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

LEÃO DE SOUZA, Diego Fazardo Maranhã. Sigilo profissional e prova penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 73, jul./ago. 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2002.

PETRY, André. Advogados picaretas: batalha contra invasão de escritórios deve ser da sociedade. *Revista VEJA*, 18 maio 2005.

PITOMBO, Cleunice. *Busca e Apreensão no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. Malheiros Editores, 1998.

TUCCI, Rogério Lauria. Busca e Apreensão. *Revista dos Tribunais*, n. 515, p. 287-295, set. 1978.

YAGUES, Verónica López. *La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003.

RESUMO

As recentes operações policiais noticiadas com destaque pela mídia nativa que resultaram em devassa em escritórios de advocacia do Rio de Janeiro e São Paulo, prisão de advogados, são exemplos da necessidade e importância de reflexões sobre o tema da inviolabilidade dos escritórios de advocacia. O texto destaca a matriz constitucional da garantia (Art. 113 da CRFB), em preceito auto-aplicável,

ABSTRACT

The recent police operations headlined in the local media, which have resulted in the invasion of law firms in Rio de Janeiro and São Paulo, Brazil, and in arrests of lawyers, are examples of the need and the importance of reflecting on the theme of law firm inviolability. This text emphasizes the constitutional matrix of guarantee (Art. 113 of CRFB), in self-applicable precept, for it ontologically

porquanto toca ontologicamente ao direito fundamental do acesso à Justiça e ao contraditório e ampla defesa com os recursos a ela inerentes. Mas não só. A inviolabilidade dos escritórios de advocacia também está protegida pela cláusula pétrea disposta no Art. 5º, X, XI, XII, da Constituição, referente à inviolabilidade da intimidade e da casa de todo indivíduo. Nessa perspectiva, entende-se que o limite da investigação policial deva ser sopeado pelo instrumental exegetico da “ponderação de interesses”, mediante avaliação prudente sob a ótica dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, expressos no Art. 5º, LIV, da Constituição (“due process of law”), de modo a impedir abusos de autoridade nos atos da investigação policial.

Palavras-chave: advocacia, acesso à Justiça, proteção à intimidade, sigilo profissional, prerrogativas profissionais.

concerns the fundamental right to access to Justice and the contradictory and ample defense with inherent resources. However, this is not only so. The inviolability of law firms is also protected by the clause in Art. 5, X, XI, XII, of the Constitution, in reference to the inviolability of intimacy and each individual’s home. In this perspective, it is understood that the limits of Police investigation should be pondered upon by the exegetic instrument of “pondering of interests”, under prudent evaluation in view of the principles of feasibility and proportionality, expressed in the Art. 5, LIV, of the Constitution (“due process of law”), in order to impede abuse of authority in police investigation acts.

Keywords: law, access to Justice, protection of intimacy, professional secrecy, professional prerogatives.

Carlos Roberto Siqueira Castro é Master of Laws (LL.M.) pela University of Michigan, Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Conselheiro Federal da OAB.

Política urbana na Constituição Federal de 1988 e além: implementando a agenda da reforma urbana no Brasil

Edésio Fernandes

INTRODUÇÃO

Desde a década de 1980, um importante processo de reforma urbana tem sido gradualmente, mas de maneira consistente, promovido no País. Importantes mudanças legais e institucionais têm sido introduzidas na esfera federal desde a aprovação do capítulo pioneiro sobre política urbana na Constituição Federal de 1988, que lançou as bases de uma nova ordem jurídico-urbanística, a qual foi consolidada com a aprovação do Estatuto da Cidade, em 2001, e com a instalação do Ministério das Cidades e do Conselho Nacional das Cidades, ambos em 2003.

Assim como tem acontecido em outros países de renda média e/ou em transição, o Brasil se encontra na posição desconfortável de ter que “trocar os pneus com o carro andando”, dados os graves problemas sociais, urbanos e ambientais que se acumularam ao longo de décadas de urbanização rápida e omissão governamental – ou mesmo como resultado do padrão excludente da ação governamental nesse período. Essa tarefa tem sido agravada ainda mais em razão dos efeitos das mudanças mais recentes na natureza e na dinâmica do processo de urbanização brasileiro no contexto da economia globalizada.

Mais do que nunca, a importância de adotar um marco regulatório e um quadro institucional adequados não pode ser subestimada. A promoção da reforma urbana leva tempo, requer continuidade e respostas apropriadas e sistemáticas em todas as esferas governamentais, de maneira a possibilitar o enfrentamento, na mesma escala, dos muitos problemas existentes. A promoção da reforma urbana também requer outros fatores fundamentais, como o aumento da capacidade de ação dos governos, especialmente na esfera local; a aprovação de políticas públicas articuladas de acordo com uma agenda claramente definida; e a alocação dos recursos financeiros necessários.

Em que pesem os avanços incontestes, o Brasil ainda tem um longo caminho pela frente, e são muitos os obstáculos a serem superados para que os efeitos da reforma jurídica e institucional se manifestem de maneira mais acentuada.

Acima de tudo, a experiência brasileira tem claramente demonstrado que a reforma urbana requer uma combinação precisa, ainda que quase sempre elusiva, entre mobilização social renovada, reforma jurídica e mudança institucional. Esse é um processo aberto, cuja qualidade política depende em última análise da capacidade da sociedade brasileira de efetivamente exercer seu direito de estar presente e ativamente participar do processo decisório da ordem urbanística. As regras do jogo foram substancialmente alteradas com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a aprovação do Estatuto da Cidade; o que resta a ver é se os novos espaços políticos criados serão, ou não, devidamente usados pela sociedade brasileira de forma a fazer avançar a agenda da reforma urbana no país.

Este artigo descreve os principais aspectos do processo de reforma urbana no Brasil. Em seguida a uma breve descrição do contexto histórico, discute-se a nova ordem jurídico-urbanística que foi criada com a Constituição Federal de 1988; ênfase especial será dada aos dispositivos do Estatuto da Cidade de 2001, que regulamenta o capítulo constitucional sobre política urbana. Serão descritos então o novo aparato institucional resultante da criação do Ministério da Cidade e do Conselho Nacional das Cidades, em 2003, bem como os principais problemas que afetam essas instituições. Como conclusão, será argumentado que, enquanto um progresso significativo já foi feito no sentido da materialização da agenda da reforma urbana no Brasil, a renovação da mobilização social em todas as esferas governamentais é crucial para a consolidação e a expansão dessa nova ordem jurídico-urbanística há tanto demandada.

ANTECEDENTES

O Brasil tem experimentado um dos processos mais drásticos de reorganização socioeconômica e territorial no mundo em desenvolvimento, como resultado da urbanização rápida desde a década de 1930: 83% da população total vive em áreas urbanas, com uma enorme concentração de população e atividades econômicas em uma porção muito reduzida do território nacional. Todos os números e estatísticas existentes claramente indicam a escala e a natureza complexa desse processo, que tem sido amplamente discutido há décadas na literatura acadêmica interdisciplinar. Em suma, a urbanização rápida no Brasil tem gerado uma profunda crise urbana caracterizada pela combinação de segregação socioespacial, impactos ambientais, violência e desenvolvimento territorial informal. O *deficit* habitacional crescente é atualmente calculado entre 6,4 e 7,9 milhões de unidades, dependendo dos critérios utilizados, sendo que outros 15 milhões de famílias vivem em condições inadequadas.

Entretanto, a despeito da existência de uma longa tradição de centralização política, jurídica e financeira durante a maior parte do processo de urbanização, até recentemente o Governo Federal não tinha formulado e/ou implementado políticas fundiárias e urbanas nacionais que fossem abrangentes, ou mesmo criado uma infra-estrutura institucional básica para lidar com as muitas questões que afetam as cidades e a crescente população urbana. De fato, antes da criação do Ministério das Cidades, em 2003, a falta de respostas governamentais adequadas na esfera federal – incluindo a natureza elitista e tecnocrática da intervenção governamental existente, através de algumas poucas políticas e programas federais em vigor – foi um dos principais fatores que determinaram a natureza excludente do processo de desenvolvimento fundiário e urbano do País. Isso foi agravado ainda mais pelas condições de exclusão política que resultaram do sistema jurídico em vigor até a promulgação da Constituição Federal de 1988, o qual não apenas comprometeu as competências jurídico-políticas dos governos municipais e estaduais como também afetou a qualidade do sistema de representação democrática em todos os níveis governamentais.

Outro fator fundamental na criação e reprodução desse processo excludente foi certamente a prevalência de uma ordem jurídica obsoleta e proibitiva que ainda afirmava o paradigma anacrônico do Código Civil de 1916,

reforçando assim a tradição histórica de reconhecimento de direitos individuais de propriedade sem uma maior qualificação. Como resultado, até recentemente o escopo para intervenção do poder público na ordem da propriedade imobiliária privada mediante o planejamento territorial e urbano era muito reduzido, especialmente no âmbito municipal. Enquanto a maioria dos municípios brasileiros ainda possui apenas um conjunto insuficiente de leis básicas – determinando perímetros e aprovando códigos de obras tradicionais –, de modo geral somente a partir de meados da década de 1960 começou a ser aprovada nas principais cidades uma nova geração de leis de planejamento mais ambiciosas, cuja legalidade foi inicialmente questionada.

A partir de meados da década de 1970, e especialmente a partir da década de 1980, rachaduras importantes apareceram no regime militar que há muito estava no poder, como resultado de uma combinação também poderosa de fatores: crescente mobilização social por meio de sindicatos, organizações cívicas, movimentos sociais, associações de residentes e grupos ligados à ala progressista da Igreja Católica; reorganização dos partidos políticos tradicionais e criação de novos partidos, expressando os anseios sociais por mudanças político-institucionais, particularmente através de eleições democráticas e do fortalecimento do governo municipal; e, em uma escala menor, rearranjos dentro do capital fundiário e imobiliário. As primeiras tentativas de democratização da gestão urbana no âmbito municipal podem ser identificadas em meados da década de 1970.

Como resultado desse processo de mobilização social crescente e de mudanças políticas graduais, a importante Lei Federal nº 6.766 foi aprovada em 1979, visando a regular o parcelamento do solo urbano nacionalmente, bem como fornecendo elementos básicos para a regularização de assentamentos informais consolidados nas áreas urbanas. Logo a seguir, várias leis ambientais progressistas foram aprovadas, incluindo o reconhecimento pioneiro pela Lei Federal nº 7.347, em 1985, da ação civil pública para a defesa de interesses difusos em matérias ambientais, em que a legitimidade de ação foi estendida para as ONGs que estavam surgindo. No âmbito municipal, os primeiros programas de regularização foram formulados em 1983 em Belo Horizonte e Recife.

Um Movimento Nacional de Reforma Urbana emergiu nesse período, envolvendo parte dos movimentos sociais existentes, sindicatos e organizações acadêmicas, e começou a ganhar destaque dentro do processo de abertura

política mais amplo que visava à redemocratização do País. Com o fortalecimento gradual de um novo pacto sociopolítico, havia um amplo reconhecimento social da necessidade de promoção de reformas políticas e jurídicas mais profundas no País, levando assim ao notável, ainda que em diversos aspectos limitado, processo constituinte de 1986-1988.

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O processo de urbanização começou no Brasil na década de 1930 e teve seu auge na década de 1970, sendo que durante esse período diversas Constituições foram promulgadas e/ou outorgadas – 1934, 1937, 1946, 1967 e a Emenda nº 1 de 1969. No entanto, até o momento em que a Constituição Federal de 1988 entrou em vigor, não existiam dispositivos constitucionais específicos para guiar o impressionante processo de desenvolvimento territorial e para determinar as condições de gestão urbana. Foi o capítulo original introduzido pela Constituição de 1988 que, de maneira pioneira, estabeleceu as bases jurídico-políticas para a promoção da reforma urbana no País.

De fato, uma vez que o próprio processo constituinte havia sido objeto de um grau sem precedentes de participação popular, grande parte do capítulo constitucional foi escrita com base na Emenda Popular de Reforma Urbana, que tinha sido formulada, discutida, disseminada e assinada por mais de 100 mil organizações sociais e indivíduos envolvidos no Movimento Nacional de Reforma Urbana. Essa Emenda propunha o reconhecimento constitucional dos seguintes princípios gerais:

- autonomia do governo municipal;
- gestão democrática das cidades;
- direito social de moradia;
- direito à regularização de assentamentos informais consolidados;
- função social da propriedade urbana; e
- combate à especulação imobiliária nas áreas urbanas.

Ao mesmo tempo, outra importante Emenda Popular propôs a aprovação de uma série de dispositivos constitucionais reconhecendo o direito coletivo ao meio ambiente equilibrado.

Em seguida a um processo de disputa acirrada no Congresso Constituinte, um capítulo progressista sobre preservação ambiental foi aprovado, juntamente com o capítulo pioneiro, ainda que limitado a dois artigos, sobre política urbana.

Quase todas as reivindicações sociais encaminhadas através da Emenda Popular de Reforma Urbana foram aprovadas em alguma medida. O direito à regularização de assentamentos informais consolidados foi promovido mediante a aprovação de novos instrumentos jurídicos que visavam a viabilizar os programas de regularização fundiária, no que diz respeito tanto aos assentamentos em terras privadas (usucapião especial urbano) quanto aos assentamentos em terras públicas (concessão de direito real de uso). A necessidade de combater a especulação imobiliária foi explicitamente reconhecida e novos instrumentos jurídicos foram criados com esse propósito, a saber, parcelamento, utilização e edificação compulsórios, imposto predial e territorial progressivo no tempo e desapropriação-sanção. O princípio da gestão democrática das cidades foi plenamente endossado pela Constituição Federal de 1988, por meio de uma série de instrumentos jurídico-políticos que tinham por objetivo ampliar as condições de participação direta no processo decisório mais amplo.

A autonomia do governo municipal também foi reconhecida em termos jurídicos, políticos e, em menor medida, também fiscais, de tal forma que o federalismo brasileiro é considerado por muitos analistas o mais descentralizado do mundo, em que os municípios brasileiros são comparados aos cantões suíços em termos de autonomia política. Entretanto, lamentavelmente a Constituição de 1988 não tomou uma postura adequada em face da matéria fundamental de gestão metropolitana, tendo transferido aos estados-membros a responsabilidade para tanto.

Naquele momento, não havia condições políticas para a aprovação do direito social de moradia. Já no que toca ao reconhecimento do princípio da função social da propriedade urbana, como resultado de debates intensos entre grupos antagônicos, a seguinte fórmula constitucional foi aprovada: a propriedade urbana é reconhecida como direito fundamental desde que cumpra funções sociais, que são as determinadas pelos planos diretores municipais e outras leis urbanísticas e ambientais. Ao vincular o princípio da função social da propriedade urbana – e o próprio reconhecimento desse direito – especialmente à aprovação de leis municipais de planejamento territorial, a intenção dos grupos conservadores parecia ser transformar esse princípio em uma mera figura retórica. Afinal, a limitada experiência brasileira de planejamento urbano até então tinha sido amplamente ineficaz no que diz respeito ao poder do planejamento urbano de reverter as condições históricas de desenvolvimento urbano excludente no País. Pelo contrário, como antes afir-

mado, o desenvolvimento urbano informal – que ganhou uma dimensão ainda maior a partir da década de 1970 – resultou em grande medida da natureza elitista e tecnocrática do planejamento urbano que foi implantado em diversas cidades. Diante da impossibilidade de aprovar outra fórmula constitucional mais progressista, o Movimento Nacional de Reforma Urbana decidiu então tirar o máximo possível de proveito dessa situação e “subverter” a utilização dos dispositivos constitucionais aprovados, propondo um investimento consciente dos atores envolvidos na formulação de planos diretores municipais includentes e participativos em todo o País.

Cabe notar que a Constituição Federal de 1988 deu um passo além e adotou também o conceito das “funções sociais da cidade”, que abriu um amplo escopo jurídico para toda uma nova maneira de pensar o processo de urbanização e a distribuição dos ônus e benefícios a ele inerentes.

A NOVA ORDEM JURÍDICO-URBANÍSTICA NA DÉCADA DE 1990

Toda uma nova ordem jurídico-urbanística de base municipal foi inaugurada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, gerando uma série de experiências locais importantes ao longo da década de 1990. Muitos municípios aprovaram novas leis urbanísticas e ambientais, incluindo alguns planos diretores, e o Brasil se tornou um interessante laboratório de planejamento e gestão urbana, com novas estratégias e processos estabelecendo novas relações entre os setores estatal, privado, comunitário e voluntário no que diz respeito ao controle do desenvolvimento urbano. Novos programas de regularização fundiária foram formulados e começaram a ser implementados em diversos municípios.

Ênfase especial foi dada à qualidade política desses novos processos decisórios da ordem urbanística local, em que a participação popular foi encorajada de diversas formas, desde a definição de políticas públicas em “conferências da cidade” à introdução de processos inovadores de orçamento participativo. Desde então, municípios como Porto Alegre, Santo André, Diadema, Recife e Belo Horizonte, dentre outros, têm ganhado um amplo reconhecimento internacional por suas estratégias de gestão urbana e compromisso com a agenda da reforma urbana. Entretanto, a falta de regulamentação por lei infraconstitucional do capítulo constitucional sobre política urbana – como é a tradição no País – gerou uma série de dificuldades jurídicas e políticas, as

quais foram fomentadas por grupos opositores ao avanço da nova ordem jurídico-urbanística, assim comprometendo a extensão e o escopo das experiências municipais promissoras. Como resultado dessas tensões, as organizações envolvidas no Movimento Nacional de Reforma Urbana criaram o Fórum Nacional de Reforma Urbana (FNRU) no começo da década de 1990.

Compreendendo uma ampla série de organizações sociais e movimentos nacionais e locais, o FNRU é atualmente coordenado coletivamente por diversas organizações, as principais sendo a Federação de Organizações de Bem-Estar Social e Educacional (Fase), a Confederação Nacional das Associações de Moradores (Conam); a Central dos Movimentos Populares (CMP); o Movimento Nacional de Luta pela Moradia (MNLN); a União Nacional dos Movimentos Populares (UNMP); o Cohre Américas; a Federação Nacional de Arquitetos e Urbanistas (FNA). O FNRU tem sido instrumental na promoção da bandeira e da agenda da reforma urbana nacionalmente, e três de seus principais objetivos quando da sua criação eram a incorporação do direito social de moradia na Constituição Federal de 1988; a aprovação de uma lei federal que regulamentasse o capítulo constitucional sobre política urbana; e a aprovação de um projeto de lei, originário da iniciativa popular e que usasse das possibilidades criadas pela Constituição Federal, que propunha a criação de um Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS). Ao mesmo tempo, o FNRU também reivindicou a criação pelo Governo Federal de um aparato institucional adequado, em âmbito nacional, que promovesse o planejamento e a política urbana no país.

Um longo processo de mobilização social e uma concorrida disputa política aconteceram ao longo da década de 1990 e do novo século, dentro e fora do Congresso Nacional. Em 1999, a Lei Federal nº 9.790 regulamentou a ação de organizações da sociedade civil de interesse público, de forma a permitir que recebessem recursos públicos. O direito social de moradia foi finalmente aprovado pela Emenda Constitucional nº 26, em 2000, e a Lei Federal nº 11.124, que criou o FNHIS, foi aprovada em 2005. De especial importância foi a aprovação, em 2001, do internacionalmente aclamado “Estatuto da Cidade”, a Lei Federal nº 10.257 de política urbana.

○ ESTATUTO DA CIDADE, DE 2001

O Estatuto da Cidade, de 2001, regulamentou e expandiu os dispositivos constitucionais sobre política urbana mencionados, além de ter explicitamente

reconhecido o “direito à cidade” no Brasil. Essa lei federal resultou de um intenso processo de negociação dentro e além do Congresso Nacional e confirmou e ampliou o papel fundamental jurídico-político dos municípios na formulação de diretrizes de planejamento urbano, bem como na condução dos processos de desenvolvimento e gestão urbana.

O Estatuto da Cidade rompeu com a longa tradição de civilismo jurídico e estabeleceu as bases de um novo paradigma jurídico-político para o controle do uso do solo e do desenvolvimento urbano pelo poder público e pela sociedade organizada. Isso foi feito especialmente por meio do fortalecimento do dispositivo constitucional que reconheceu o poder e a obrigação dos municípios de controlar o processo de desenvolvimento urbano através da formulação de políticas territoriais e de uso do solo, nas quais os interesses individuais de proprietários de terras e propriedades têm necessariamente que coexistir com outros interesses sociais, culturais e ambientais de outros grupos socioeconômicos e da cidade como um todo. O Estatuto da Cidade desenvolveu o princípio constitucional das “funções sociais da propriedade e da cidade”, assim substituindo o paradigma individualista do Código Civil de 1916.

Além disso, o Estatuto criou e/ou renovou uma série de instrumentos jurídicos, urbanísticos e fiscais que podem ser usados pelas administrações municipais, especialmente no âmbito dos seus planos diretores, para regular, induzir e/ou reverter a ação dos mercados de terras e propriedades urbanas, de acordo com princípios de inclusão social e sustentabilidade ambiental. Todos esses instrumentos podem, e devem, ser utilizados de maneira combinada, visando não apenas a regular os processos de uso e desenvolvimento do solo mas especialmente a induzi-los, de acordo com um “projeto de cidade” a ser expresso sobretudo através dos planos diretores municipais. Com a nova lei, os municípios (e em menor escopo também os estados e a própria União) ganharam um maior escopo para interferir, e possivelmente reverter em alguma medida, no padrão e na dinâmica dos mercados imobiliários formais e informais, especialmente os especulativos, que há tanto tempo têm provocado exclusão social e segregação espacial no Brasil.

De fato, a combinação entre mecanismos tradicionais de planejamento – zoneamento, parcelamento, regras de construções etc. – com os novos instrumentos – parcelamento/edificação/utilização compulsórios, tributação extrafiscal progressiva, desapropriação-sanção com pagamento em títulos da dívida pública, direito de superfície, direito de preferência para os municípios,

transferência onerosa de direitos de construção etc. – abriu uma nova série de possibilidades para a construção pelos municípios de uma nova ordem urbanística que seja economicamente mais eficiente, politicamente mais justa e também mais sensível em face do quadro das graves questões sociais e ambientais que têm afetado a população das cidades.

Além disso, o Estatuto da Cidade indicou diversos processos para que os municípios integrem planejamento, gestão e legislação urbana, de forma a democratizar os processos decisórios locais e assim legitimar uma nova ordem jurídico-urbanística de orientação social. Diversos mecanismos foram reconhecidos para garantir a efetiva participação dos cidadãos e associações no planejamento e na gestão urbana: audiências, consultas, criação de Conselhos, relatórios de impacto de vizinhança e de impacto ambiental, iniciativa popular na propositura de leis urbanísticas, acesso ao Poder Judiciário para defesa da ordem urbanística e especialmente das práticas do orçamento participativo. A nova lei enfatizou a importância de se estabelecerem novas relações entre o setor estatal, o setor privado e o setor comunitário, especialmente por meio das parcerias público-privadas e das operações urbanas, a serem promovidas dentro de um marco jurídico-político e fiscal claramente definido. Uma preocupação original com o financiamento do desenvolvimento urbano foi traduzida de diversas formas, em especial pelos princípios da justa distribuição dos ônus e benefícios da urbanização e pela recuperação pelo poder público, para a comunidade, das mais-valias urbanísticas geradas pela ação do poder público por meio não apenas de obras e serviços mas também da própria legislação urbanística.

Ao regulamentar a Constituição Federal, a Lei Federal de 2001 também aprimorou a ordem jurídica com respeito à regularização de assentamentos informais consolidados em áreas urbanas públicas e privadas, possibilitando que os municípios promovam programas de regularização fundiária, bem como a democratização do acesso ao solo urbano e à moradia nas cidades. Ademais de regulamentar os institutos constitucionais do usucapião especial urbano e da concessão de direito real de uso, a nova lei deu um passo além e admitiu a utilização coletiva desses instrumentos. Em seguida, ainda em 2001, dada a mobilização ativa do FNUR, a Medida Provisória nº 2.220 foi assinada pelo Presidente da República, reconhecendo os direitos subjetivos individuais e/ou coletivos dos que ocupavam terras públicas em determinadas circunstâncias até aquela data, através do instituto jurídico da concessão de uso espe-

cial para fins de moradia, cujo reconhecimento em última análise independe da vontade do poder público.

Todos os municípios com mais de 20 mil habitantes, dentre outras categorias, receberam o prazo de cinco anos para formular e aprovar seus planos diretores.

O Estatuto da Cidade desde então tem sido complementado por importantes novas leis federais, a saber, as que regulamentam as parcerias público-privadas (Lei Federal nº 11.079, de 2004) e os consórcios intermunicipais (Lei Federal nº 11.107, de 2005). Mais recentemente, a Lei Federal nº 11.481/2007 foi aprovada no sentido de facilitar os processos de regularização fundiária pelos municípios nos assentamentos informais consolidados em terras da União; a Lei Federal nº 11.888, de 2008, instituiu o direito à assistência técnica, especialmente em programas de regularização; a Lei Federal nº 11.977, de 2009, foi aprovada para regulamentar o Programa Habitacional “Minha Casa, Minha Vida” e para facilitar a regularização fundiária de assentamentos informais; e a Lei Federal nº 11.952, de 2009, regulamentou a regularização fundiária em áreas urbanas da Amazônia Legal. Uma ampla discussão nacional tem ocorrido acerca da revisão da referida Lei Federal nº 6.766, de 1979 (Projeto de Lei nº 3.057, de 2000), que regulamenta os parcelamentos do solo para fins urbanos e a regularização de assentamentos informais.

Um processo significativo de mudança institucional, no qual a criação do Ministério das Cidades, em 2003, merece destaque, também tem dado suporte a esse movimento fundamental de reforma jurídica.

○ MINISTÉRIO DAS CIDADES

Talvez em virtude do celebrado perfil acadêmico e político do Presidente Fernando Henrique Cardoso, bem como de seus estudos seminais sobre a natureza da “questão urbana” no Brasil, a falta de uma política urbana nacional e de um correspondente aparato institucional durante seu governo (1995-2002) foi particularmente frustrante. A ação do Governo Federal naquele período se limitou a alguns programas setoriais isolados espalhados entre diversos ministérios que lidavam com aspectos da questão urbana mais ampla, mas não havia uma política nacional que os articulasse, especialmente porque a Secretaria Nacional de Política Urbana então existente tinha poderes insignificantes e poucos recursos.

Somente com a eleição do Presidente Lula em 2003 foi tomada a decisão da criação do Ministério das Cidades. Cabe destacar que esse novo ministério não foi criado por uma decisão executiva do Presidente, mas sim como sua resposta à reivindicação social há muito defendida pelo FNRU e outros atores sociais, o que conferiu uma forma especial de legitimidade sociopolítica ao Ministério das Cidades.

O novo Ministério consiste em uma Secretaria Executiva, que coordena quatro secretarias nacionais, quais sejam, habitação, saneamento ambiental, transporte e mobilidade, e programas urbanos. Entre outras tarefas, a Secretaria Executiva tem dado ênfase à capacitação dos municípios para que possam agir, inicialmente por intermédio de uma campanha nacional para a elaboração de cadastros multifinalitários municipais. Além de formularem políticas nacionais sobre seus temas respectivos, as quatro secretarias têm estado envolvidas em discussões com o Congresso Nacional de forma a provocar novas mudanças no quadro regulatório em vigor, com um grau razoável de sucesso até agora.

Duas importantes iniciativas implementadas pela Secretaria Nacional de Programas Urbanos merecem atenção especial, quais sejam, o Programa Nacional de Apoio à Regularização Fundiária Sustentável em Áreas Urbanas e a Campanha Nacional dos Planos Diretores Municipais Participativos.

Programa Nacional de Apoio à Regularização Fundiária Sustentável em Áreas Urbanas

Iniciado em 2003 com o que o então Ministro denominou de “orçamento virtual”, o Programa Nacional de Apoio à Regularização Fundiária Sustentável em Áreas Urbanas tem crescido em recursos e impacto, e sua importância foi reconhecida em 2005 por uma generosa doação da influente Aliança das Cidades. O Programa combina estratégias de intervenção, articulação e mobilização – jurídicas, financeiras, urbanísticas e político-institucionais –, de forma a criar as condições básicas para que os municípios possam agir. Recursos a fundo perdido têm sido conferidos aos municípios, estados e ONGs para promover a formulação e a implementação de programas de regularização, bem como o reconhecimento judicial de direitos de usucapião e concessão. Ênfase especial tem sido dada à definição de critérios para a regularização de assentamentos ocupando terras públicas da União, e centenas de milhares de títulos

de concessão já foram dados ou estão sendo finalizados. As recentes leis federais sobre o tema, supramencionadas, com certeza vão ajudar a impulsionar esse processo.

Parcerias promissoras têm sido formadas com diversos atores, especialmente ONGs e movimentos sociais; instituições representando os registradores de imóveis; juízes, promotores e defensores públicos; a Comissão de Desenvolvimento Urbano do Congresso Nacional; e a academia. *Kits* educativos têm sido distribuídos, incluindo manuais de “passo a passo”. Uma rede virtual tem enviado mensagens diárias para cerca de 10 mil endereços eletrônicos em todo o país. Um projeto inovador e bem-sucedido foi a promoção, em 2006, de um curso virtual sobre regularização fundiária, destinado a 900 pessoas de diversos perfis profissionais e posições institucionais, de todo o país. O curso cobriu uma ampla série de temas relacionados com a regularização fundiária em áreas públicas e áreas privadas. Participantes incluíram funcionários municipais, estaduais e federais, de diversos ministérios; registradores, advogados, juízes, promotores e defensores públicos; urbanistas, membros de ONGs e associações, residentes de favelas e loteamentos clandestinos, e quilombolas. O curso foi repetido em 2008, dessa vez de forma articulada com a discussão sobre os Planos Diretores Municipais (PDMs).

A Campanha Nacional dos Planos Diretores Municipais Participativos

Outra importante iniciativa foi a Campanha Nacional dos Planos Diretores Municipais Participativos, instrumental para estimular nacionalmente a discussão e mobilização em torno da questão. A aprovação de PDMs era obrigação legal imposta a cerca de 1.600 municípios, sendo que a qualidade política e a consistência desse processo é que dariam concretude à noção de “função social da propriedade” e assim determinariam a extensão de reconhecimento das possibilidades da nova ordem jurídico-urbanística proposta pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Cidade.

Para que essa enorme tarefa pudesse ser cumprida, era necessário prover os municípios não apenas com capacitação administrativa e recursos financeiros mas também com informações técnicas adequadas e formulações conceituais precisas. *Kits* educativos foram amplamente divulgados, e recursos foram disponibilizados para municípios e consultores registrados que eram

comprometidos com a agenda da reforma urbana; um banco de experiências foi criado, organizando materiais de mais de 700 experiências; uma rede virtual disseminou informações e experiências, e seminários de todo tipo foram promovidos em todo o território nacional, sempre em parceria com organizações locais. Como resultado, mais de 1.400 municípios já aprovaram ou estão em fase de aprovação dos seus PDMs; a qualidade política dos processos variou enormemente, assim como os conteúdos técnicos dos planos, mas não se pode negar que se trata de um enorme avanço em um país onde até então apenas cerca de 200 municípios tinham uma ordem jurídico-urbanística um pouco mais avançada do que a mera demarcação de perímetros.

Problemas e limitações

Progresso significativo já foi feito na implementação da agenda da reforma urbana nacionalmente, e o Ministério das Cidades tem ganhado credibilidade institucional, legitimidade social e influência política. Entretanto, o Ministério das Cidades ainda enfrenta sérios problemas, os mais imediatos sendo sua precária organização institucional, equipe reduzida e recursos orçamentários limitados.

Ainda existe um sério problema de fragmentação a ser superado na maneira como políticas urbanas inter-relacionadas são formuladas dentro do Ministério e na sua relação com outros ministérios. O fundamental projeto de lei sobre a política nacional de saneamento urbano ficou parado no Congresso Nacional por muito tempo, em razão das tensões políticas resultantes da divisão de poderes proposta sobre a questão, e uma versão substancialmente modificada (Lei Federal nº 11.445) foi finalmente aprovada em 2007. Com o devido respeito ao Fundo Nacional da Habitação de Interesse Social, recentemente aprovado, bem como a todos os aprimoramentos já feitos nos programas habitacionais da Caixa Econômica Federal, o fato é que uma nova, abrangente e articulada política nacional de habitação ainda não foi aprovada. Investimento federal nas duas áreas, habitação e saneamento, tem inegavelmente crescido desde 2003 e quebrado recordes históricos, mas dados o longo abandono governamental dessas matérias e a extensão do *deficit* social acumulado, o orçamento total ainda é muito limitado.

A criação do Ministério das Cidades certamente deu mais visibilidade a questões urbanas há muito negligenciadas, mas com esse reconhecimento

novas tensões emergiram – incluindo disputas pelo controle do próprio Ministério. Com o reconhecimento crescente das dimensões políticas das questões urbanas, disputas políticas acirradas têm resultado do realinhamento constante da questionável coalizão política que dá suporte ao Presidente Lula. Como resultado, enquanto inicialmente os quatro secretários nacionais originais foram mantidos, em 2005, o primeiro Ministro e a Secretária Executiva, nomeados de um partido de esquerda, foram substituídos por pessoas indicadas por um partido populista conservador não afinado com a agenda da reforma urbana. Ao mesmo tempo, a Comissão de Desenvolvimento Urbano do Congresso Nacional (que há muito tempo era pouco significativa) tem ganhado mais visibilidade política e influência, mas poucos de seus membros abraçam plenamente a agenda da reforma urbana.

Dadas todas essas limitações, o Ministério das Cidades tem sistematicamente investido no estabelecimento de parcerias de vários tipos – dentro do Governo Federal, através de relações intergovernamentais, com o Congresso Nacional e o Poder Judiciário, com o setor privado e com os movimentos sociais organizados, ONGs e academia. Uma parte essencial desse processo é o laço íntimo entre o Ministério das Cidades e o Conselho Nacional das Cidades.

O Conselho Nacional das Cidades

Talvez o aspecto mais notável do novo aparato político-institucional criado no Brasil tenha sido a instalação do Conselho Nacional das Cidades. Em abril de 2003, o Presidente Lula convocou uma mobilização nacional para discutir uma lista de objetivos de políticas urbanas e habitacionais, por meio de uma série de conferências municipais nas quais representantes de diversos setores escolheriam delegados para participar nas conferências estaduais, nas quais, por sua vez, seriam escolhidos os delegados para a conferência nacional planejada para outubro de 2003. Esperava-se que cerca de 300 dos 5.571 municípios existentes tivessem as condições e o tempo necessários para organizar as conferências locais. De fato, mais de 3 mil municípios o fizeram, bem como os 27 estados. Mais de 2.500 delegados discutiram as diretrizes de política de desenvolvimento urbano na conferência nacional, bem como as propostas específicas sobre habitação, saneamento, transporte e planejamento urbano. Todos votaram a lista final de princípios que deveriam orientar a formulação de políticas pelo Ministério das Cidades.

Além disso, uma das mais importantes deliberações da 1ª Conferência Nacional das Cidades foi a criação do Conselho Nacional das Cidades, com eleição de representantes de todos os setores e atores sociais. O Conselho conta com 86 membros, dos quais 49 representam segmentos da sociedade civil (movimentos populares, sindicatos, ONGs, instituições acadêmicas e o setor de negócios) e 37 representam as administrações federal, estaduais e municipais. Os membros são eleitos por mandatos de dois anos, garantindo assim a participação cidadã nas deliberações do Conselho, sendo que o Ministério das Cidades é legalmente obrigado a seguir essas deliberações.

A 2ª Conferência das Cidades aconteceu em dezembro de 2005, também resultado de um processo nacional de mobilização. Cerca de 2.500 delegados e 410 observadores de todos os estados e diferentes segmentos sociais discutiram os termos de uma política nacional de desenvolvimento urbano mais articulada, visando a gerar “cidades mais justas, democráticas e sustentáveis”. A 3ª Conferência Nacional foi promovida em novembro de 2007, com os temas “Desenvolvimento urbano com participação popular e justiça social” e “Avançando na gestão democrática das cidades”, e propôs também um balanço das ações e políticas desenvolvidas, a partir das duas conferências já realizadas. Na ocasião, o Presidente Lula assinou a Medida Provisória nº 387, garantindo o acesso das associações e cooperativas habitacionais ao FNHIS.

O Conselho Nacional das Cidades tem se reunido em diversas ocasiões e gradualmente tem sido reconhecido como um importante fórum sociopolítico. Esse reconhecimento é inequívoco entre os atores mais diretamente envolvidos com as questões urbanas discutidas pelo Conselho. Entretanto, é preciso que este seja plenamente reconhecido pelo Governo Federal como um todo, especialmente no que diz respeito à plena aceitação de suas resoluções bem como à sua tradução em recursos orçamentários adequados por esse governo. Também é fundamental que o Conselho seja fortalecido para controle do próprio Ministério das Cidades, impedindo que a agenda da reforma urbana que justificou sua criação seja substituída por um balcão de negócios clientelistas.

Nesse ponto deve-se discutir, ainda que brevemente, o impacto que o Plano de Aceleração do Crescimento (PAC), lançado pelo Presidente Lula em janeiro de 2007, pode vir a ter para o avanço da reforma urbana e a consolidação do aparato institucional federal. Um volume nunca imaginado de recursos financeiros – inicialmente anunciado em mais de R\$ 500 bilhões, mas segui-

damente reduzido em virtude de “contingenciamentos” orçamentários – para investimentos em infra-estrutura, saneamento, regularização fundiária e outras áreas até 2010, tem suscitado toda uma nova série de questões, as principais sendo:

- existem projetos adequados para aplicação desses recursos?;
- a administração pública, especialmente na esfera municipal, tem condições de gerir esses projetos e recursos de maneira eficiente?;
- existem processos e canais adequados de controle social, fiscal e judicial para impedir a utilização clientelista desse recursos, bem como seu desvio em práticas de corrupção?

Ainda é cedo para fazer uma avaliação consistente e justa do impacto do PAC, mas já são muitos os indícios preocupantes de que parte significativa desses recursos estaria sendo desperdiçada por falta de capacidade administrativa e eficiência institucional, quando não manipulada politicamente, ou pior, desviada em práticas de corrupção que já até colocaram na prisão diversas pessoas, inclusive funcionários do Ministério das Cidades com cargos de confiança e em posição de gerenciamento.

O mesmo vale para o Programa “Minha Casa, Minha Vida”, que tem sido criticado por não se enquadrar de várias maneiras no contexto do Plano Nacional de Habitação que está sendo discutido pelo Ministério das Cidades, atendendo mais imediatamente aos interesses da indústria da construção civil. O FNUR tem criticado o fato de as famílias mais pobres, com renda entre 0 e 3 salários mínimos – que correspondem a 93% do *deficit* habitacional –, ainda não terem recebido um tratamento prioritário mesmo, e especialmente, no contexto do Programa “Minha Casa, Minha Vida”.

De qualquer forma, a promoção de conferências nacionais e a ação do Ministério das Cidades já fizeram uma diferença no Brasil, tendo conferido um grau único de legitimidade sociopolítica ao processo decisório. Por essa razão, as duas iniciativas receberam o Prêmio “Rol de Honra” da UN-Habitat em 2006.

CONCLUSÃO

A aprovação do Estatuto da Cidade consolidou a ordem constitucional no Brasil quanto ao controle dos processos de desenvolvimento urbano, visando a reorientar a ação do Estado, dos mercados imobiliários e da sociedade

como um todo, de acordo com novos critérios econômicos, sociais e ambientais. Sua efetiva materialização em políticas e programas vai sobretudo depender da reforma das ordens jurídico-urbanísticas locais, isto é, do quadro regulatório e institucional que for criado por cada município para o controle do uso e desenvolvimento do solo, particularmente através da aprovação de planos diretores adequados e dos processos locais de gestão urbana. O papel dos municípios é crucial para reverter o padrão excludente de desenvolvimento urbano no Brasil.

Se é inegável que o processo de reforma urbana ganhou um enorme incentivo com as reformas jurídicas e institucionais recentes, há muitos problemas a serem confrontados no âmbito federal e sérios desafios a serem superados. As novas leis e instituições não podem ser dadas por garantidas: o Estatuto da Cidade tem sido objeto de diversas propostas de modificação encaminhadas ao Congresso Nacional, muitas das quais, se aprovadas, poderiam diminuir seu potencial. Até agora, a discussão desses projetos de leis tem sido evitada na Comissão de Desenvolvimento Urbano.

Além disso, a continuidade e a qualidade da ação do Ministério das Cidades vão depender de como as disputas políticas e interesses contraditórios existentes serão acomodados. A própria existência do Ministério tem sido questionada especialmente por aqueles que gostariam de vê-lo fundido com outros ministérios em uma administração federal mais enxuta.

Em uma esfera mais ampla, a plena realização da agenda da reforma urbana pelo Ministério das Cidades vai depender de como o Governo Federal como um todo compreenderá a centralidade das questões urbanas. Crucial para essa compreensão é a promoção de mais integração interministerial e articulação intergovernamental. O Ministério das Cidades também necessita de uma infra-estrutura institucional consistente para ter uma maior capacidade de ação, além dos recursos necessários para a promoção de todo um conjunto de políticas e programas sociais. O controle do desenvolvimento urbano não pode ser deixado tão-somente para as forças de mercado, nem apenas para os governos municipais. Há um papel crucial nesse processo para o Governo Federal e para os governos estaduais.

Na esfera interna, o Ministério das Cidades necessita promover uma melhor integração entre as quatro secretarias e respectivos programas. A aprovação de uma política de habitação abrangente destinada aos grupos mais pobres é da maior importância, em parte para diminuir o ritmo do processo

de desenvolvimento informal. Para esse fim, a definição clara de uma política nacional para a utilização do patrimônio fundiário e imobiliário da União é particularmente necessária. A definição de uma política articulada de organização territorial e de um sistema nacional de cidades também é crucial, incluindo o tratamento urgente da matéria da gestão metropolitana. Mais ênfase deve ser dada às tentativas de compatibilização entre as agendas ambientais “verde” e “marrom” no país. As parcerias existentes devem ser reforçadas, e novas parcerias devem ser criadas. A aplicação dos recursos do PAC e do PMCMV deve ser feita da maneira mais eficiente possível, para que essa oportunidade histórica de enfrentamento dos problemas urbanos acumulados não seja desperdiçada.

Dito isso, a experiência brasileira tem claramente demonstrado que, se a reforma urbana requer a combinação de mudança institucional e reforma jurídica, esse processo também depende fundamentalmente da mobilização social na esfera nacional. Este é de fato um processo altamente político, e a renovação constante da mobilização social no Brasil, por meio do FNUR e de outros canais coletivos, dentro e fora do aparato estatal, é a condição *sine qua non* para o avanço do movimento da reforma urbana no País.

RESUMO

Este artigo descreve o processo de reforma urbana no Brasil da perspectiva das principais inovações jurídicas e institucionais empreendidas no País desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, as quais incluem a aprovação do Estatuto da Cidade, de 2001, e a criação do Ministério das Cidades e do Conselho Nacional das Cidades, em 2003. O artigo discute os avanços jurídicos e institucionais desenvolvidos até agora na promoção da agenda da reforma urbana, bem como os temas e dificuldades que ainda pre-

ABSTRACT

This article describes the process of urban reform in Brazil from the perspective of the main judicial and institutional innovations implanted in the country since the promulgation of the 1988 Federal Constitution, in which are included the approval of the City Statute, of 2001, and the foundation of the Ministry of Cities and the National Council of Cities, in 2003. This article discusses the judicial and institutional advances developed up to the present moment in the urban reform agenda, as well as the themes

cisam ser enfrentados. Nesse contexto, aponta a necessidade de uma combinação precisa, ainda que quase sempre elusiva, entre reforma jurídica, mudança institucional e mobilização social renovada em todos os níveis governamentais como condição para que ocorra o devido aproveitamento dos novos e significativos espaços políticos já criados pelo processo de reforma urbana e pela nova ordem jurídico-urbanística – para assim reverter o padrão de exclusão socioespacial que tem caracterizado o desenvolvimento urbano no Brasil nas últimas décadas.

Palavras-chave: política urbana, planejamento urbano, função social da propriedade, segurança da posse, inclusão social.

and difficulties that still need to be faced. In this context, there is a necessity for a precise combination, even if elusive at most times, between juridical reform, institutional change, and social mobilization renewed in all governmental levels as a condition in order for there to be proper advantage of the new and significant political settings already created by the process of urban reform and by the new juridical-urban order – to thus reverse the socio-spatial pattern of exclusion, which has characterized urban development in Brazil during the last decades.

Keywords: urban policy, urban planning, social function of property, ownership security, social inclusion.

Edésio Fernandes é Jurista, Professor universitário, Urbanista, Pesquisador, Consultor Internacional e Doutor em Direito.

Las jurisdicciones sociales en los países de la Unión Europea: convergencias y divergencias*

Fernando Valdés Dal-Ré

INTRODUCCIÓN

1. “Con las extraordinarias dimensiones adquiridas en nuestro tiempo por el derecho que regula las relaciones de trabajo ha coincidido el nacimiento y desarrollo de una jurisdicción especial, encargada de llenar sus funciones con respecto a dicha rama jurídica; y si es cierto que el derecho material del trabajo ofrece en nuestros días un interés insuperable, no lo es menos que las normas sobre ordenación y funcionamiento de la justicia del trabajo, (...), no ofrecen menor importancia; ya que de nada sirven las buenas leyes si no hay (...) modos rápidos y eficaces de aplicarlas”.

Tales son, en su más estricta literalidad, los términos con los que Demófilo De Buen iniciaba, en 1935, un primoroso opúsculo sobre la Jurisdicción

* Conferência proferida pelo autor no dia 7 de dezembro de 2007 na Faculdade Nacional de Direito da UFRJ por ocasião do I Simpósio Internacional de Desenhos Institucionais, Mercados e Direitos do Trabalho, realizado com recursos do Edital BB/UFRJ e da OAB/RJ.

de Trabajo¹. Pronunciadas hace 65 años, las palabras de De Buen conservan todo su fuste jurídico, sin haber perdido el apresto de modernidad. Con un lenguaje tan sencillo como claro, De Buen no hacía sino anticipar el enunciado de una de las ideas más firmes y consolidadas en el pensamiento jurídico-laboral de nuestros días; a saber: la inescindible unidad entre el derecho material y el derecho adjetivo. O por formular la idea con mayor precisión, la configuración del proceso de trabajo como un medio para promover e impulsar los valores y principios a los que sirve el propio ordenamiento laboral². El Derecho del Trabajo no sólo ha ido asentando una autonomía y sustantividad propias en el campo de la ciencia jurídica en atención al tipo de relaciones sociales que juridifica; al logro de ese atributo también ha contribuido, y de manera nada desdeñable, la creación y puesta en práctica de lo que De Buen denominara “normas sobre ordenación y funcionamiento de la justicia de trabajo”. Si la aparición y consolidación del derecho material de trabajo trae causa en la imposibilidad de conciliar, con el utillaje conceptual y normativo que apresta el derecho común de las obligaciones, “la reificación del trabajo con la personalización de la figura del trabajador”³, la génesis de la justicia laboral participa de esta misma lógica de contestación y reacción crítica a la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos impartida por la justicia civil.

2. Los organizadores de la presente Jornada han tenido la deferencia de encomendarme la tarea de reflexionar sobre “Las jurisdicciones de Trabajo en Europa”. Un análisis comparativo en profundidad del tema propuesto desbordaría con creces los más generosos y razonables límites de tiempo asignados a la presente disertación, ya que requeriría abrir un diálogo constante de la organización judicial con los sistemas jurídicos, políticos, económicos y culturales en los que aquella se inserta. A fin y al cabo, las jurisdicciones de trabajo, como cualquier otra realidad jurídica, no nacen, como las esporas, a través de fenómenos de partenogénesis; son, antes al contrario, resultado de un lento y continuado acarreo de hechos y de ideas de muy variada índole que forman el ambiente natural en que se crean y recrean. Mi propósito, bas-

¹ De Buen (1935). El texto entrecomillado, en pág. 3.

² Vid. por todos Rodríguez-Piñero (1972, p. 2 et seq.).

³ Utilizo en sentido libre una expresión de Supiot (1994, p. 99).

tante menos ambicioso o más modesto, ha de circunscribirse, así pues, a ofrecer una panorámica de las jurisdicciones de trabajo con vistas a aflorar las convergencias y divergencias existentes entre ellas. Pero antes de entrar en desarrollo del tema apenas enunciado, me parece de todo punto necesario efectuar dos consideraciones de carácter general que contribuyan a una más exacta inteligencia de cuanto ha de razonarse más adelante.

La primera alude a la herramienta metodológica de la que me serviré para cumplimentar el encargo que se me ha confiado. En tal sentido, me ha parecido que el método más adecuado para el logro de los fines pretendidos, que estriba en enunciar el marco de semejanzas y desajustes en la ordenación y funcionamiento de la justicia social en los países europeos, es la “modelística”; esto es, la elaboración de modelos o tipos abstractos de tutela judicial en el ámbito laboral que puedan ser utilizados como referentes para la tarea comparatista. No es mi intención, ni tampoco la ocasión me lo permitiría, entrar en el detalle de las formas y procedimientos procesales. El objetivo es el dibujar en trazos impresionistas las grandes tendencias u orientaciones a las que responde y por las que camina la organización de la justicia social en el área europea, destacando qué elementos estructurales y estructuradores pueden estimarse comunes y cuáles otros, en cambio, mantienen una irreductible identidad diferenciadora.

Innecesario resulta recordar – y se trata de la segunda consideración – el carácter polisémico del concepto “Jurisdicción”, que es susceptible de apropiarse distintos significados. Aquí se empleará la noción en su sentido orgánico o subjetivo: jurisdicción como conjunto de órganos que cumplen una función jurisdiccional⁴. Esta opción conceptual o dogmática ya define con suficiente precisión el contenido de mi exposición en términos tanto positivos como negativos. La atención va a quedar centrada de manera monográfica en las formas jurisdiccionales de satisfacción de pretensiones procesales. Dejo extramuros de mi reflexión, por tanto, toda la compleja y rica tipología de medios de solución extrajudicial o alternativa de los conflictos laborales. No obstante ello, no estará de más realizar unas breves indicaciones sobre este particular.

En los países de afiliación germanista o romanista, en los que secularmente se ha impuesto como modelo de solución de conflictos el modelo judicial,

⁴ Sobre las distintas acepciones de la noción jurisdicción, vid. por todos Guasp (1968, p. 100 et seq).

y no siempre ni necesariamente como consecuencia de concretas opciones de política de derecho, el grueso de la doctrina procesalista mantuvo y sigue manteniendo un acentuado recelo hacia las fórmulas de composición extrajudicial de conflictos; actitud ésta, por cierto, a menudo alentada desde sectores judiciales. Las censuras varían en función de la naturaleza del procedimiento. Si éste actúa (al estilo de la conciliación o mediación) como simple requisito preprocesal que es necesario remover para acceder a la prestación jurisdiccional, se alega que la solución extrajudicial compromete la garantía a un proceso sin dilaciones; demora, inútilmente, la futura respuesta judicial. Reproches de más grueso calibre se vierten respecto de aquellos medios de solución extrajudicial que, como el arbitraje, no se alinean con esa respuesta sino que pretenden reemplazarla. El principio que se aprecia entonces amenazado es la exclusividad de la jurisdicción; en breve, el propio derecho fundamental a recabar la tutela judicial para la defensa de los derechos e intereses legítimos.

No ha lugar ahora a entrar en polémica con esta línea de razonamiento, muy asentada en nuestra cultura jurídica. A los efectos que aquí importan, bastará con recordar que la atribución de la función jurisdiccional en régimen de monopolio a los juzgados y tribunales determinados por las leyes de cada ordenamiento tiene como primer y más general efecto “la exclusión de las jurisdicciones no estatales”⁵; esto es, la atribución al Estado de la potestad jurisdiccional con exclusión de cualquier otro titular de la misma. El monopolio jurisdiccional no comporta, pues, un modelo cerrado y único de solución de las controversias jurídicas; no judicializa el conflicto. Ni prescribe un acceso directo a la prestación jurisdiccional, vedando el establecimiento de trámites preprocesales de obligada observancia, implantados no sólo por decisión legislativa sino por acuerdo, individual o colectivo, ni impide a los interesados deferir sus diferencias a la composición de un órgano o de un tercero no integrado en la actividad jurisdiccional.

Más adelante habrá de ocasión de retornar sobre el favor que prestan los ordenamientos europeos a la conciliación. Lo que aquí me interesa destacar es el creciente interés de los países eurocontinentales en introducir fórmulas extrajudiciales sustitutivas de la tutela jurisdiccional, cuya ordenación

⁵ Cfr. De Otto (1989, p. 94).

y funcionamiento, por otra parte, obedece a reglas que en nada se asemejan a las que rige el sistema norteamericano de los “*grievance procedures*”⁶. Y de implantar tales fórmulas mediante instrumentos típicamente contractuales, nacidos del ejercicio de la autonomía colectiva en cuanto negociados y firmados por organizaciones sindicales y asociaciones empresariales representativas. El sistema español de relaciones laborales, con su experiencia del Acuerdo de Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales (ASEC), que ha constituido un Servicio Interprofesional de Mediación y Arbitraje (SIMA), financiado con recursos públicos, ilustra ejemplarmente estas tendencias.⁷

LA CONVERGENCIA DE LOS PRINCIPIOS

3. Un examen comparativo de las reglas que regulan, en los países de la Unión Europea, los procesos en los que se ventilan pretensiones de naturaleza laboral arrojaría, desde luego, un saldo muy notable de divergencias. Cuestiones tales como las relativas al contenido y forma de la demanda, a la acumulación de acciones, a la eventual subsanación o no de los defectos procesales, a los sistemas de valoración de la prueba, a la estructura de la demanda, a su publicidad, a la admisión o no de la doble instancia, a los supuestos de impugnación de las sentencias de instancia y, claro es, a la existencia o no de procesos especiales de trabajo no son objeto de un tratamiento jurídico uniforme. Es esta una aseveración que puede verificarse con el auxilio de rudimentarios empirismos. Bastaría cotejar las leyes procesales de Francia, España o Alemania, por citar un pequeño grupo de países que cuentan con una jurisdicción laboral dotada de un sólido y arraigado crédito social, para poder concluir con razonable fundamento que la diversidad prevalece sobre la homogeneidad.

Bien distinta es la conclusión que puede obtenerse si el juicio de comparación se desplaza desde el terreno de las concretas soluciones procesales – esto es, el “bricolaje” procesal – al ámbito de los principios del proceso o del

⁶ Entre la abundante bibliografía, vid. la obra clásica de Chamberlain y Kuhn (1965, p. 141 et seq.).

⁷ En la ya copiosa bibliografía sobre el ASEC, vid. Mercader Uguina y Piñeyro de la Fonte (1996); Valdeolivas García (1997, p. 523 et seq.) y Valdés Dal-Ré (1998, p. 135 et seq.).

procedimiento⁸. Es entonces dónde se advierte sin dificultad alguna un fondo de elementos comunes, relativos tanto a la organización judicial como al proceso propiamente dicho. Desde luego, estos elementos carecen de un valor universal, pues no siempre se hallan en todos y cada uno de los países de la UE; pero sí se encuentran suficientemente extendidos como para caracterizar, en términos comparados, las jurisdicciones de trabajo en Europa.

Se debe al mérito científico del francés Supiot haber identificado esa plataforma de elementos comunes, expresivos de una convergencia de principios⁹, calificando como tales los tres siguientes: la asociación de los justiciables al funcionamiento de la jurisdicción; la configuración de la conciliación como medio primero y privilegiado para resolver las controversias laborales y, en fin, la accesibilidad de los justiciables a la prestación jurisdiccional. Examinaré seguidamente, bien que con la obligada brevedad, estas convergencias.

La asociación de los justiciables al funcionamiento de la jurisdicción

4. La primera de las coincidencias apreciables en los principios que rigen las jurisdicciones sociales en Europa tienen un enunciado sencillo: la asociación de los justiciables al funcionamiento de la justicia. La llamada que se hace a los justiciables a participar en el proceso no se manifiesta unívocamente; tiene, antes al contrario, diversas formas de expresión. Al menos las dos siguientes: en la propia organización de los tribunales laborales y en el procedimiento de ordenación del litigio.

A. La asociación orgánica es la forma de asociación más evidente y su paradigma lo constituye la figura de los consejos *prud'homales* franceses, integrados exclusivamente por jueces legos elegidos mediante sufragio directo por los trabajadores y empresarios. Más adelante me he de referir con algo más de detalle a ellos. Lo que me interesa hacer notar es que, sin alcanzar la

⁸ Bien que unos y otros forman parte de los principios constitutivos o configuradores (los *Grundprinzipien*), utilizo las expresiones “principios del proceso” para referirme a las notas o caracteres del proceso y “principios del procedimiento” para aludir a la forma u organización de los tipos procesales. Vid. el clásico estudio de Rodríguez-Piñero (1969, p. 75 et seq.).

⁹ Vid. Supiot (1987, p. 25 et seq.).

intensidad participativa de la experiencia francesa, la figura del escabinato (tribunal compuesto por un juez profesional y por jueces legos, nombrados por las organizaciones sindicales y patronales) está muy extendida en Europa. Tribunales laborales con una estructura tripartita existen, entre otros países, en Austria, Bélgica, Dinamarca, Gran Bretaña y Alemania.

Cierto es que cada ordenamiento regula con criterios específicos el régimen de los jueces legos: número, modo de designación, reglas de retribución e incompatibilidades, etc. Pero todos ellos convergen en atribuir a las organizaciones sindicales y a las asociaciones empresariales un relevante papel en su nombramiento. Por lo demás, y se trata de una adicional coincidencia, estos tribunales laborales bipartitos o tripartitos suelen ocupar los escalones inferiores de la organización judicial (instancia o apelación), pudiendo ser revisadas sus resoluciones por órganos judiciales *stricto sensu*. La excepción a esta regla la ofrece Alemania. Pero también me he de referir al caso alemán más adelante.

B. Al margen de la asociación orgánica, la segunda manifestación participativa se concreta en la atribución a las organizaciones sindicales, exclusivamente, o conjuntamente a éstas y a las asociaciones patronales, de unas facultades procesales exorbitantes, formulado el calificativo desde la perspectiva de las reglas procesales comunes. De contenido muy variado, tales facultades pueden consistir, por ejemplo, en el reconocimiento de legitimaciones *ad causam* especiales, en la posibilidad de comparecer en el proceso en calidad de adherentes o, en fin, en designar peritos o asesores. Por su interés, me referiré a la intervención del sindicato en el proceso laboral, defendiendo intereses individuales de los trabajadores.

El tratamiento especial que, en la mayor parte de las legislaciones europeas, merece la intervención del sindicato en el proceso laboral trae causa remota en la generalizada tendencia de estos ordenamientos a fortalecer a las organizaciones sindicales en su función de defensa de los derechos de los trabajadores. Ese tratamiento se inscribe, pues, en una dirección promocional o de apoyo al sindicato. Pero al margen de ello, la facultad que algunos países confieren al sindicato de actuar en un proceso en nombre e interés de los trabajadores, defendiendo sus derechos individuales, cumple una segunda función, de no menor importancia; a saber: compensar la debilidad con la que los trabajadores han de afrontar la decisión de reclamar judicialmente sus derechos durante la vigencia del contrato de trabajo, debilidad ésta que, a

menudo, provoca el retraimiento de aquellos ante el temor de reacciones de represalia por parte de su empresario. En tales casos, la comparecencia del sindicato tiende a desestimular o, al menos, dificultar esas reacciones, garantizando la efectividad de los derechos laborales. Con ello, se quiebra el criterio más tradicional de la sola atribución a los sindicatos de la defensa de intereses colectivos y la consiguiente configuración de la tutela de los individuales como un reducto impenetrable para el sindicato.

Esta modalidad de intervención del sindicato viene reconocida, por ejemplo, en Francia y en España. El art. 321 L del *Code du travail*, de conformidad con la nueva redacción introducida por la ley de 2 de agosto de 1989, atribuye a los sindicatos una legitimación para actuar, en calidad de sustituto procesal, en defensa de ciertos derechos. También la legislación española, tras la reforma llevada a cabo Procesual Laboral del año 1990, faculta al sindicato a actuar en un proceso en nombre e interés de los trabajadores. Las diferencias entre uno y otro ordenamiento no son, sin embargo, menores, cifrándose en tres aspectos. En primer lugar, en Francia la legitimación procesal se concede solamente para cierto tipo de acciones; en España, en cambio, no hay restricción material. En el ordenamiento francés, en segundo lugar, el sindicato no precisa, *pour agir en justice*, mandato *ad litem*, bastando con que el trabajador interesado haya sido advertido; nuestra legislación exige, sin embargo, consentimiento del trabajador, requisito éste, no obstante, que no equivale a una declaración de voluntad expresa del trabajador: el sindicato comunica al trabajador su decisión de iniciar el proceso y la autorización se entiende concedida, “salvo declaración en contrario”. Por último, mientras la actuación procesal del sindicato en Francia no tiene limitaciones subjetivas, en España solamente se puede defender a trabajadores afiliados.¹⁰

Sin alcanzar el nivel de intervención examinado, que confiere al sindicato la cualidad de parte en su sentido más estricto, la mayoría de los ordenamientos europeos articulan modalidades de asociación “procedimental” sindical. En Inglaterra, el sindicato, por propia iniciativa, puede actuar en ciertos procesos como un *amicus curiae* o auxiliar del juez¹¹. Y en Italia, el art. 425

¹⁰ Vid., para España, el excelente estudio de Murcia Clavería (1994). Para Francia, Cohen (1990).

¹¹ Sobre esta particular figura, en general y en su uso en el *commom law* inglés, Criscuoli (1973, p. 187 et seq.).

del Código de Enjuiciamiento Civil habilita al sindicato a comparecer en el proceso, a instancia de parte o a iniciativa del juez, con vistas a facilitar “informaciones y observaciones”; esto es, elementos de prueba y pareceres jurídicos relativos al litigio¹².

El tratamiento de favor a las soluciones pactadas

5. Qué la conciliación (o, más en general, las técnicas de conciliación y mediación) sea la fórmula por excelencia para la composición de conflictos de intereses o económicos, es conclusión que no puede dejar de compartirse. En la práctica totalidad de los países europeos, este tipo de controversias, en el que es la existencia misma de la regla el objeto del conflicto, no es judicializable, por lo que su solución queda deferida a la negociación por las partes afectadas, bien de forma directa bien mediante la ayuda de un tercero no dirimente. Pero de menor evidencia resulta el que también respecto de los conflictos jurídicos se promueva su arreglo a través de la conciliación.

Tal es cabalmente lo que acontece con el proceso laboral, que descansa sobre la idea de que una solución convenida entre las partes, “si adornada con las debidas garantías, es preferible a la solución impuesta por un tercero”¹³. De ahí, que las legislaciones procesales europeas instituyan, con carácter preceptivo un trámite de conciliación que puede celebrarse ante órganos muy diversos: convencionales (por ejemplo, comisiones establecidas en convenio colectivo), administrativos (de composición estrictamente funcional, bipartita o tripartita) y judiciales. Dicho trámite, cuando no se efectúa *apud iudicem*, se configura como un requisito de procedibilidad o acceso a la prestación jurisdiccional, cuya omisión determina la inadmisión de la demanda que se hubiere promovido.

Italia responde al modelo de conciliación extrajudicial, exigiendo la ley rituarial el intento de avenencia bien ante el órgano paritario establecido en el convenio colectivo bien ante unas comisiones provinciales de estructura tripartita: un funcionario, que preside el colegio, cuatro representantes empresariales e igual número en representación de las organizaciones sindicales¹⁴.

¹² Vid., para mayor detalle, Tarzia (1999, p. 95 et seq.).

¹³ Cfr. Alonso Olea, Miñambres, Alonso García (2006, p. 143).

¹⁴ Para mayor detalle, vid. entre otros muchos, Tesoriere (1999, p. 92 et seq.) y Proto Pisani (1992, p. 315 et seq.).

Alemania, por el contrario, sigue un modelo de conciliación estrictamente judicial; esto es, se celebra no ante el órgano judicial sino ante el juez profesional de dicho órgano, sin la participación de los jueces legos¹⁵. El sistema español, en fin, es mixto o, si se prefiere, prevé un doble trámite conciliatorio: ante un órgano administrativo o, alternativamente convencional, y ante el juez. En cualquiera de ambos casos, el acuerdo de avenencia posee fuerza ejecutiva entre las partes intervinientes y constituye, adicionalmente, título ejecutivo, de modo que se puede llevar a efectos por los trámites de la ejecución de sentencia¹⁶. La avenencia, en suma, cierra la posibilidad de instar un nuevo proceso lo que fue objeto de ella, pasando a tener, como cualquier otra transacción, la autoridad de cosa juzgada.

La accesibilidad a la tutela jurisdiccional

6. Desde su aparición, la regulación de los procesos de trabajo se ha adornado y sigue estando adornada de un conjunto de caracteres cuya lógica no ha variado con el discurrir del tiempo. Se trata de posibilitar a los justiciables el acceso a la prestación jurisdiccional. La accesibilidad se erige, por este lado, como la tercera y probablemente más significativa convergencia de la justicia social en Europa.

Los medios a través de los cuales tiende a concretarse la nota de accesibilidad son muy variados, pudiendo agruparse, no obstante, en dos grandes capítulos: de un lado, los medios propiamente procedimentales, con incidencia en la ordenación de los actos o secuencias de actos constitutivos del proceso; de otro, los medios materiales o técnicos, entendiendo por tales aquellos que afectan a la organización y funcionamiento de la actividad jurisdiccional.

¹⁵ La conciliación (*Güteverhandlung*), obligatoria en los procesos de instancia, se regula en el art. 54 de la ArbGG (*Arbeitsgerichtsgesetz*) o ley de Tribunales Laborales, texto refundido de 1979, modificado con posterioridad en 1990 (con la aprobación de la *Arbeitsgerichtsgesetz-Änderungsgesetz* de 26-6-1990) y 1998 (con la aprobación de la *Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Arbeitsgerichtsgesetzes* de 29-6-1998).

¹⁶ Cfr. Arts. 63 y ss y 84 de la LPL (Ley de Procedimiento Laboral). Vid., para mayor detalle, Valdés Dal-Ré (1990a, p. 187 et seq.).

7. Dentro del primer capítulo, es necesario comenzar aludiendo a los principios que rigen los procesos laborales, en los de instancia y, en su caso y allí donde se prevé, en los de apelación. Tales principios son: la oralidad, la inmediación, la concentración y la celeridad¹⁷. Con la excepción, y no siempre, de la demanda, todos los actos procesales han de efectuarse oralmente: en el acto del juicio, las partes exponen oralmente sus alegaciones, el demandante ratificando su demanda y el demandado oponiendo las excepciones, procesales y de fondo, que estime pertinentes; no se admiten escritos de preguntas y repreguntas en la prueba testifical; concluida la fase probatoria, que también se realiza en la vista oral, las partes formulan oralmente sus conclusiones. La inmediación comporta el contacto directo del órgano encargado de dictar la sentencia con las partes, el objeto del litigio y el material probatorio. El principio de concentración, de su lado, puede manifestarse, simultánea o alternativamente, sobre la actividad procedimental y sobre el contenido del proceso. Desde la primera perspectiva, la concentración comporta la agrupación de todos los actos procesales en una única audiencia o, al menos, en el menor número de audiencias necesarias y próximas en el tiempo. En su segunda vertiente – menos frecuente –, la concentración se expresa, en esencia, en que las cuestiones previas, incidentales y prejudiciales no impiden conocer del fondo del asunto, resolviéndose, *incidenter tantum*, en la resolución judicial que pone fin al proceso. El principio de celeridad, en fin, se configura en los ordenamientos europeos como un canon sobre el modo de interpretar y aplicar el conjunto de las normas reguladoras del proceso laboral, de carácter vinculante para el juez¹⁸. Y se presenta bajo muy diversas manifestaciones: en la regulación de las excepciones declinatorias, que no suelen suspender el curso de los autos; en el carácter perentorio e improrrogable de los plazos y términos; en la calificación de ciertas actuaciones como urgentes; en la no suspensión de la vista oral en caso de incomparecencia del demandado, que se coloca en posición de rebeldía, o en las facultades otorgadas al juez para la adopción de medidas orientadas a asegurar la celebración del juicio oral (por ejemplo desestimación de oficio de las excepciones formuladas con finalidades

¹⁷ Para un estudio en profundidad de la vigencia de estos principios en el proceso laboral, vid. Rodríguez Piñero (1969, p. 85 et seq.).

¹⁸ Vid., por ejemplo, los arts. 9.1 del ArbGG, que impone la celeridad en todas las instancias, y el 74.1 LPL.

dilatorias). No es de extrañar, por estas razones, que el proceso laboral en Europa, en general, tienda a erigirse como un modelo alternativo al proceso civil, dominado por la forma escrita, el formalismo y la lentitud.

Dentro de este mismo capítulo de medios procedimentales enderezados a organizar la accesibilidad a la tutela judicial, ha de mencionarse igualmente el régimen relativo a los derechos de representación y de defensa (*ius postulandi*), que en el proceso laboral, al menos en el de instancia, experimenta una notable simplificación en relación con las reglas del proceso civil: ni se requiere una representación profesional técnica ni se exige a la parte que comparezca asistida de Letrado. En Alemania, el parágrafo 11, ap.1.1, del ArbGG, autoriza a los litigantes a comparecer, en el *Arbeitsgerichte* (tribunal de instancia), personalmente, pudiendo, no obstante ello, designar representante, el cual asume la dirección técnica del proceso. Esta representación puede recaer bien en un Abogado bien en un miembro de la asociación de trabajadores o de empresarios. La jurisdicción *prud'homale* francesa también permite organizar el ejercicio de los modos de representación y asistencia con criterios de pluralidad, habilitándose un abanico de fórmulas diversas: la técnica, por Abogado, la sindical, mediante representantes, permanentes o no, de las organizaciones sindicales y de las asociaciones patronales, y la profesional, por la que se consiente al litigante ser defendido por otro trabajador o empresario perteneciente a la misma rama de actividad¹⁹. En España, las partes pueden comparecer por sí mismas o debidamente representadas, en cuyo caso rige el principio de libre designación de representante. Por otra parte y dado que la defensa por Abogado tiene carácter facultativo en la instancia, el representante puede asumir la doble función de representación y dirección técnica del proceso. Como ha tenido ocasión de razonar el Tribunal Constitucional español, la atribución a las partes de la facultad de defenderse por sí mismas (autodefensa), “si algún sentido mantiene, no es otro que el de asegurar a las partes, sobre todo a la que comparece bajo la condición de trabajador, la accesibilidad a la prestación jurisdiccional, quedando potencialmente compensada la ausencia de asesoramiento técnico con los amplios poderes de dirección del proceso que la legislación encomienda al juez”²⁰.

¹⁹ Vid. Supiot (1987, p. 498 et seq.).

²⁰ Cfr. sentencia del TC 161/1985, de 29 de noviembre, Fundamento Jurídico 2º. Para más detalle, vid. Valdés Dal-Ré (1990b, p 87 et seq.).

No obstante lo anterior y dado que en el proceso laboral no rige con carácter obligatorio la postulación procesal profesional, la designación de un técnico para que intervenga como representante, como defensor o simultáneamente con estas dos funciones suele someterse a ciertos requisitos formales cuya finalidad es asegurar la igualdad procesal de las partes. En tal sentido y por ejemplo, la legislación española establece la obligación para cada parte de poner en conocimiento del órgano judicial, para su traslado a la otra, de su intención de comparecer en juicio con asistencia de Letrado o con representación profesional, de manera que ésta pueda, si lo estima conveniente, hacer lo propio (art. 21.3 LPL).

8. En el capítulo de los medios relativos a la organización y funcionamiento de la jurisdicción social que contribuyen a garantizar la accesibilidad, han de mencionarse en primer lugar los criterios de ordenación territorial de los jueces y tribunales laborales. La jurisdicción social, en Europa, se organiza conforme a un principio de descentralización, que cumple la muy relevante función de acercar el órgano judicial al justiciable, evitando o procurando evitar que los costes de desplazamiento puedan inhibir el ejercicio, sobre todo para los trabajadores, del derecho fundamental a la tutela judicial para la satisfacción de los derechos e intereses legítimos. La existencia de una extensa red de órganos de conciliación así como jurisdiccionales, repartidos a lo largo del territorio nacional, constituye, en este sentido, la primera y esencial de las garantías de una justicia accesible; es, en verdad, un prerequisite material de esta exigencia sin cuya concurrencia los restantes no pueden desarrollar su plenitud de efectos.

El régimen económico de la prestación jurisdiccional constituye, en fin, otro importante apartado en el capítulo de los medios materiales que sirven al logro de la accesibilidad. En los ordenamientos europeos, la administración de la justicia social responde a un principio de gratuidad, entendida la noción en el sentido de dispensa al justiciable del pago de derechos o tasas judiciales, incluido el coste derivado de la publicación en medios oficiales de comunicación de anuncios o edictos. Es este un principio, no obstante, que no siempre se enuncia con un carácter absoluto: ni comprende todas las actuaciones procesales, limitándose al proceso de cognición, sin abarcar a la ejecución, ni se extiende a la totalidad de beneficios comprendidos en la justicia gratuita. En concreto, algunos de los efectos de la gratuidad, señaladamente el nombra-

miento de abogado en turno de oficio, suele restringirse a determinadas categorías de justiciables. Mientras que los trabajadores y los beneficiarios de los regímenes públicos de Seguridad Social suelen tener reconocido legalmente el beneficio de la justicia gratuita a todos los efectos, los empresarios precisan una declaración judicial de dicho beneficio, que se concede previa acreditación de insuficiencia de recursos económicos²¹. La diversidad del tratamiento conferido a trabajadores y empresarios en materia de justicia gratuita no puede en modo alguno calificarse como atentado al principio de igualdad procesal de partes. Por evocar una vez más la autoridad de la jurisprudencia constitucional española, el exclusivo reconocimiento del beneficio legal de justicia gratuita a trabajadores y no a empresarios tiene una finalidad tuitiva y compensadora “en garantía de la promoción de una igualdad real”²².

LA DIVERGENCIA EN LAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN

9. Conforme se viene de razonar, los ordenamientos europeos se colocan en situación de convergencia en lo que concierne a los principios que rigen el proceso laboral. La perspectiva cambia, sin embargo, si el juicio de comparación se desplaza hacia las formas de organización de la jurisdicción social. Es entonces cuando las divergencias afloran con fuerza al manifestarse y hacerse más patente la incidencia de los factores históricos, culturales y sociales constitutivos, a la postre, del *humus* en el que se ha gestado y desarrollado esta jurisdicción.

De entre los diversos criterios que pueden utilizarse para clasificar las formas de organización de la justicia social, el dotado de un mayor valor tipificador es, sin duda, el que atiende a la posición institucional de dicha justicia en el sistema jurisdiccional, considerado en su conjunto. En este sentido, cabe hablar de dos grandes modelos. En el primero, la jurisdicción social se organiza como una jurisdicción especializada, mientras que en el segundo los procesos de trabajo están atribuidos al conocimiento y solución de la jurisdicción ordinaria o común.

²¹ Para un mayor detalle, vid. Capelletti (1984).

²² Cfr. sentencia TC 3/1983, de 25 de enero, Fundamento Jurídico 3º.

La jurisdicción social como jurisdicción especializada

10. La configuración de la jurisdicción social como jurisdicción especializada se erige, sin duda alguna, como modelo dominante en los sistemas jurisdiccionales europeos. A este modelo responden, entre otros, los sistemas de Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Inglaterra, Finlandia y Noruega. Es esta, sin embargo, una coincidencia que se consuma en el *nomen iuris* que define la propia jurisdicción social. Por debajo de esta calificación, esa jurisdicción especializada en que se instrumenta la tutela judicial de los derechos laborales se organiza con arreglo a muy variadas fórmulas.

En atención a la composición del órgano encargado de resolver los litigios, las diferentes formas de organizar la jurisdicción social pueden agruparse en tres grandes categorías: a) En primer lugar, tribunales integrados, de manera exclusiva, por jueces no profesionales, designados paritariamente por las organizaciones sindicales y por las asociaciones empresariales; b) En segundo término, tribunales de estructura mixta, formados por jueces de carrera y jueces no profesionales, legos u honoríficos (*wingmen*, en la terminología anglosajona), nombrados estos últimos por las organizaciones de representación de intereses socio profesionales y c) Finalmente, órganos judiciales, unipersonales o colegiados, servidos por magistrados profesionales.

No son estos momento ni lugar adecuados para llevar a cabo un análisis pormenorizado del modelo al que responden todos y cada uno de los países europeos en los que la jurisdicción social se tipifica como jurisdicción especializada. En un estudio al estilo del presente, parece más oportuno ilustrar cada una de las categorías o tipos de organización en que puede encarnar dicha jurisdicción con un ejemplo. Pero antes de proceder a un análisis semejante, me interesa todavía efectuar una importante observación sobre el alcance que ha de atribuirse a la noción de “jurisdicción social”, y en relación a la cual las divergencias entre los países europeos son, una vez más, la nota dominante.

La implantación de un orden jurisdiccional social especializado no ha llevado aparejado, en prácticamente ningún país europeo, la atribución a los órganos integrantes de dicho orden de una competencia exclusiva y excluyente para el conocimiento y resolución de cuantas controversias surjan, por decirlo con fórmula deliberadamente amplia, en la rama social del Derecho. La línea fronteriza entre esta jurisdicción y otras jurisdicciones, comunes o especializadas, sigue un trazado, a veces, homogéneo y otras, en cambio, variado y autónomo.

Desde luego – y este un supuesto de frontera con lindes homogéneas –, a ningún tribunal laboral europeo compete el enjuiciamiento de las conductas tipificadas como delitos, ni tan siquiera de aquellas que reprimen ataques a derechos de contenido típicamente laboral (delitos contra la libertad sindical, por citar ejemplo significativo). Un dibujo menos firme ofrece el trazado de la distribución competencial entre jurisdicción social y jurisdicción administrativa (en aquellos países en los que existe ésta última). En Francia las impugnaciones de los actos dictados por las Administraciones Laborales en el ejercicio de una función cuasijurisdiccional o “arbitral”, que es la que lleva aparejada el reconocimiento o la desestimación de derechos laborales en su sentido más estricto, corresponde, sin excepción, a la justicia administrativa²³. En España rige una regla similar; pero la misma tiene carácter general, de modo que es competencia de los jueces y tribunales laborales el conocimiento de demandas en las que se vierte un reproche inicial de legalidad de ciertos actos administrativos²⁴. Pero son sin duda los problemas competenciales entre la jurisdicción civil y la laboral los que arrojan los resultados comparativos más divergentes: las soluciones son tantas como el número de países europeos que se quieran integrar en la cesta de la comparación. Si se elaborara una escala de complejidad competencial, la situación más sencilla correspondería a los ordenamientos español y belga, que atribuyen a los jueces de lo laboral una competencia general para zanjar cuantas controversias surjan de la rama social del Derecho²⁵, y la más compleja, probablemente, la legislación francesa, en donde el contencioso laboral se reparte entre la jurisdicción típicamente social (los consejos *prud’homales*) y la jurisdicción civil (tribunales de Instancia, de Gran Instancia y de Comercio) en función de una pluralidad de criterios: la materia, la cuantía litigiosa y la naturaleza, individual o colectiva, de la pretensión instada²⁶. En tramos intermedios, más cercanos o más alejados a cada uno de estos extremos, se ubicarían los restantes ordenamientos. Por ejemplo, Alemania se colocaría en una zona de complejidad moderada, ya que la jurisdicción social no conoce de los pleitos en materia de

²³ Vid. Orsini (1983).

²⁴ Vid. Mercader Uguina (1996).

²⁵ Para España, vid. arts. 1 y 2 de la LPL. Para Bélgica, arts. 578 a 583 del “Code Judiciaire”. Para más detalle, AA.VV. (1977, p. 36 et seq.).

²⁶ Para un excelente resumen de la pluralidad del contencioso laboral en Francia, vid. Pélisier, Supiot y Jeammaud (2004, p. 1.299 et seq.).

Seguridad Social, atribuida a los *Socialgerichts*, órganos judiciales integrados en la justicia administrativa. De su lado, la situación inglesa se aproximaría más a la francesa, ya que aquella, como ésta, reparte la competencia del contencioso laboral entre los “*industrial tribunals*” y las “*common law courts*”.²⁷

II. EL CASO FRANCÉS: LOS CONSEILS DE PRUD’HOMMES COMO ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE COMPOSICIÓN BIPARTITA

11. La institución de los consejos *prud’hommes* (de los hombres prudentes), cuyos orígenes se remontan a 1806, fecha en la que fue creado el primero de estos consejos, en la ciudad de Lyon, resulta del todo original en el panorama de la justicia social europea. La primera característica de esta jurisdicción, muy renovada por una ley de 1979 (reforma *Boulin*)²⁸ y que se integra a todos los efectos en el aparato judicial, es el carácter electivo de los jueces. Los miembros de los consejos son elegidos, dentro de su circunscripción territorial y para un periodo de cinco años, por dos grandes colegios de electores: trabajadores mayores de 16 años y empleadores. Una segunda característica es su composición rigurosamente paritaria, alternándose en el ejercicio de la función de Presidente un consejero elegido por cada colegio. Los consejos están divididos en cinco secciones²⁹, integrada cada una por ocho consejeros (cuatro de cada colegio)³⁰, que gozan del estatuto de magistrado y no de representante de una organización profesional o de su cuerpo electoral.

Desde el punto de vista de su funcionamiento, los consejos resuelven los conflictos de trabajo de su competencia, en primer lugar, por vía de conciliación y, sólo en defecto de avenencia, dictan sentencia³¹. De ahí, la existencia

²⁷ Para un mayor detalle de qué materias pertenecen a la competencia de unos y otros, vid. Deakin y Morris (1995, p. 79 et seq.).

²⁸ Otras normas posteriores, de 1982, 1986 y 1987, han introducido cambios legislativos. Su regulación se encuentra incorporada al *Code du travail*. Vid., como la obra más completa y actualizada, Villebrun y Quétant (1997).

²⁹ Tales secciones son: industria, comercio y servicios, agricultura, actividades diversas y cuadros.

³⁰ Lo que hace un total de 40 jueces por consejo.

³¹ Dado el carácter paritario de cada sección, el empate en el enjuiciamiento se concluye remitiendo su solución al juez civil (*tribunal d’instance*), que actúa como tercero dirimente.

de dos comisiones (*bureau*, en la terminología legal) en los consejos: la de conciliación y la enjuiciamiento. El proceso se rige por las reglas de la oralidad, garantía de la celeridad, así como de la contradicción. La decisión se adopta por mayoría de votos y contra las sentencias de estos órganos de instancia cabe recurso de apelación ante la Sala Social (*Chambre Social*) de los Tribunales de Apelación (*Cour d'Appel*), compuestos ya exclusivamente por jueces profesionales, y, en los casos determinados por la ley, recurso de casación ante la Sala Social de la *Cour de Cassation* ³².

b. EL CASO ALEMÁN: LOS ARBEITSGERICHTES COMO ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE COMPOSICIÓN TRIPARTITA

12. Dando de lado el análisis de sus antecedentes, la historia de la jurisdicción social en Alemania comienza en 1890 con la promulgación de la ley de tribunales industriales (*Gewerbegerichte*), precursores de los tribunales de trabajo establecidos durante la República de Weimar y que se organizarán mediante la fórmula que se ha mantenido, al margen de las vicisitudes históricas por la que hubo de transitar durante el régimen nazi, hasta nuestros días: el escabinato.

La jurisdicción de trabajo en Alemania, configurada como una jurisdicción especializada con independencia funcional respecto de los restantes órdenes jurisdiccionales, se organiza actualmente en tres grados, en cada uno de los cuales el conflicto es resuelto, dentro de la esfera de sus respectivas competencias, por un órgano colegiado: el tribunal de instancia (*Arbeitsgerichte*), el de apelación (*Landesarbeitsgerichte*) y el Federal (*Bundesarbeitsgericht*). Los dos primeros se establecen en el ámbito de los Estados federados, mientras que el último es una institución federal, cuya sede ha estado hasta hace poco en la ciudad de Kassel para trasladarse, recientemente, a la de Erfurt. Esta distinción, sin embargo, resulta irrelevante en lo que concierne a la estructura y funciones de los tribunales de trabajo, todos los cuales se rigen por la ArbGG ³³.

³² Para un mayor detalle del proceso de instancia y de las vías de recurso, vid. Supiot (1987, p. 610 et seq.).

³³ Cfr. Ramm (1971, p. 96).

La composición de los tribunales de trabajo responde, en los tres grados, a un modelo tripartito, variando solamente el número de jueces profesionales. En los tribunales de instancia y de apelación, las Salas (*Kammern*) se integran por un juez de carrera, como presidente, y dos laicos, legos u honoríficos, uno que es representante de los trabajadores y otro de los empresarios. En el Tribunal Supremo, las Salas (*Senate*) están formadas por tres magistrados profesionales – uno de los cuales actúa como presidente – y por dos laicos, con idéntica procedencia, previéndose una Sala General (*Grosse Senate*), compuesta por el presidente del Tribunal Federal, un juez de carrera de cada una de las Salas y tres jueces legos de cada una de las representaciones profesionales, a la que se encomienda la función de garantizar la unificación de doctrina.

A diferencia de lo que acontece con los miembros de los consejos *prud'homales* franceses, los jueces laicos en Alemania no se eligen por sufragio. Las organizaciones sindicales y las asociaciones empresariales elaboran una lista de candidatos para cada instancia y la Administración competente – que en este caso es la del *Land* para los tribunales de instancia y apelación y el Ministerio Federal de Trabajo para el Tribunal Federal – los nombra, para el ejercicio de la función jurisdiccional, durante un periodo de cuatro años. Las condiciones o requisitos para la designación de un trabajador o de un empresario como juez lego varían para cada grado jurisdiccional, valorándose la experiencia y el conocimiento en materia laboral. Estos jueces tienen el estatuto de juez, participando en las decisiones judiciales en régimen de igualdad de derechos con los jueces de carrera, no están sujetos al mandato de las organizaciones que los proponen y no reciben retribución, aún cuando si se les abona una indemnización por los gastos.

En cuanto a los jueces profesionales, han de cumplir los requisitos generales de acceso a la judicatura: licenciatura en Derecho y prácticas de actuación con la superación de una prueba final. La concurrencia de estas condiciones habilita para el ejercicio de la función, debiendo obtenerse con posterioridad el nombramiento como juez profesional por parte de la administración competente previa consulta de un órgano tripartito, integrado por representantes sindicales, empresariales y de los propios jueces profesionales de la jurisdicción social.³⁴

³⁴ Las informaciones del texto, en Kretschmer (1998, p. 19 et seq.).

C. EL CASO ESPAÑOL: UNA JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA, COMPUESTA POR JUECES DE CARRERA

13. Para concluir el análisis de las formas de organización de la jurisdicción social, me referiré al caso español, cuyo modelo se diferencia de los ya examinados.

Durante el primer tercio del presente siglo, la organización de los tribunales de trabajo en España respondió a un modelo dual. En primer lugar, se constituyeron los Tribunales industriales, órganos jurisdiccionales de composición tripartita que actuaban según las reglas del jurado y no del escabinato, y cuyo ciclo histórico se inicia en 1908 y concluye en 1938. Por otra parte y a partir de los años veinte se crean unos organismos que van alterando su denominación con el transcurso del tiempo (comités paritarios, Comisiones mixtas de trabajo y Jurados Mixtos), con una composición bipartita, próxima al sistema francés³⁵.

Tras la terminación de la Guerra Civil y el acceso al poder del General Franco, se implantan, siguiendo el patrón corporativo italiano, las Magistraturas de Trabajo, órganos judiciales de carácter unipersonal, servidos por jueces procedentes de la carrera judicial, nombrados por el Ministerio de Trabajo. La jurisdicción social se configuró, no obstante, como una jurisdicción especial (no especializada), desvinculada administrativamente de la organización judicial y formando, sus miembros un cuerpo separado de magistrados. La organización de la jurisdicción social, dotada de una notable sencillez y simplificación, descansaba sobre dos estructuras, la segunda de las cuales se encontraba desdoblada: de un lado, las Magistraturas de Trabajo, órganos unipersonales de primera y única instancia; de otro y clausurando la cúspide organizativa, el Tribunal Central de Trabajo y la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a través de la cual se aseguraba una cierta conexión de la jurisdicción de trabajo con el resto de jurisdicciones.

Este modelo organizativo, aun cuando se mantendrá de manera provisional durante los primeros años de la democracia, resultaba ser, sin embargo, poco compatible con las exigencias constitucionales. La entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial en 1985 va a iniciar un proceso de reforma,

³⁵ Vid., para un examen en profundidad de estos antecedentes, Montero Aroca (1976).

que se culminaría años más tarde con la promulgación, en 1990, de una nueva LPL. Por lo pronto y como consecuencia del principio constitucional de unidad jurisdiccional (art. 119 CE), la jurisdicción laboral pierde su condición de jurisdicción especial para convertirse en un orden jurisdiccional especializado.

Los Juzgados y tribunales laborales se integran en las estructuras del Poder Judicial, donde igualmente se incorporan los jueces y magistrados que sirven en dicho orden jurisdiccional. Esta integración, por otra parte, lleva asociada una reorganización de los propios Tribunales laborales en clave de uniformidad. Se suprimen las Magistraturas de Trabajo, que son reemplazadas por los Juzgados de lo Social los cuales, no obstante, responden a una lógica idéntica a la de aquellas: son órganos unipersonales de acceso a la prestación jurisdiccional en primera y única instancia. También se suprime, y el cambio ahora no es meramente semántico, el Tribunal Central de Trabajo, creándose una Sala de lo Social en cada uno de los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ) plantados en las diecisiete Comunidades Autónomas en las que se vertebraba territorial y políticamente España, a resultas de su configuración constitucional como un Estado compuesto. E igualmente se planta una Sala de lo Social en un órgano judicial de nueva creación, la Audiencia Nacional (AN). Unas y otra, Salas de lo Social de los TSJ y de la AN, son órganos de instancia; pero entre unas y otra hay una notable diferencia. Mientras la competencia de ésta última es siempre originaria, la de aquellas es mixta. Además de intervenir como órganos de acceso en determinados procesos, las Salas de lo Social de los TSJ conocen de los recursos contra las sentencias de los Juzgados de lo Social de su circunscripción geográfica. Finalmente y coronando el orden jurisdiccional laboral, se encuentra la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que conoce de los recursos de casación y asume, por consiguiente, funciones estrictamente nomofiláticas, de preservación y defensa de la legalidad³⁶.

La integración de los procesos de trabajo en la jurisdicción ordinaria

14. Apartándose de la regla general existente en los países europeos, la Constitución italiana (art. 102), probablemente como reacción al sistema judi-

³⁶ Para mayor detalle, vid. Valdés Dal-Ré (1986, p. 485).

cial implantado por el régimen fascista³⁷, atribuye un monopolio para el conocimiento de los litigios a las jurisdicciones ordinarias, prohibiendo toda forma de jurisdicción especial, especializada y de excepción.

El conocimiento y resolución de los conflictos de trabajo, individuales y colectivos, se confía a órganos integrados en la jurisdicción ordinaria, estructurada en tres grados. El primero, que constituye la instancia, es un órgano unipersonal (el *pretore*); el segundo, que conoce en apelación, es órgano colegiado y, culminando la estructura, la Sala de Trabajo (*Sezione di Lavoro*) del Tribunal Supremo (*Corte di Cassazione*).

A su condición de juez ordinario, el juez laboral en Italia asocia la cualidad de juez especializado, especialización ésta que se ha ido acentuando progresivamente mediante la implantación de un sistema de formación continua y la exigencia de acreditación de años de experiencia en materia laboral con fines de promoción profesional interna.

Si orgánicamente los procesos de trabajo se sustancian por jueces ordinarios, dotados de una sólida especialización, desde una perspectiva procedimental las reglas que regulan dichos conflictos tienden a separarse de las que rigen el proceso civil. La profunda reforma del Código de Procedimiento Civil llevado a cabo por la ley 533 de 11 de agosto de 1973³⁸, dictada con el propósito de trasladar a la norma adjetiva los cambios aportados en el terreno sustantivo por la ley del “Statuto dei Lavoratori” de 1970, primeramente; y, más tarde y ya en la década de los años 90, a resultas de nuevas mudanzas normativas³⁹, han fortalecido la autonomía del proceso de trabajo respecto del proceso civil, que se encuentra adornado de los mismos caracteres que rigen en los sistemas de jurisdicción social especializada: oralidad, concentración y celeridad. Por este lado, la realidad vuelve a demostrar cómo un mismo objetivo puede lograrse a través de formas jurídicas diversas.

³⁷ Que a su vez había abolido los comités paritarios (*Collegi dei Provibiri*) de inspiración francesa que se habían ido creando durante los primeros años del presente siglo. Para un excelente resumen de los orígenes históricos de la jurisdicción laboral en Italia, vid. Giugni (1971, p. 249 et seq.). También, Romagnoli (1969, p. 4 et seq.).

³⁸ Para un balance de la reforma de año 1973, vid., AA.VV. (1984, p. 115 et seq.)

³⁹ Un resumen puede consultarse en Tesoriere (1999, p. 41 et seq.).

A MODO DE CONCLUSIÓN O SOBRE LOS DOS GRANDES PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCESO LABORAL

15. Desde antiguo, amplios sectores doctrinales vienen afirmando que las normas procesales tienen un carácter esencialmente técnico; es decir, que se encuentran al abrigo del influjo de las orientaciones políticas y de las influencias sociales o dominantes en la sociedad en un momento dado. Estas normas, se ha hecho notar, “deben únicamente garantizar que el derecho material se concrete de modo irrevocable a través de la declaración judicial de la forma más idónea posible”⁴⁰. La tesis del mero tecnicismo y de la neutralidad del derecho procesal no es, sin embargo y en modo alguno, atendible por mucho que se evoque para sostenerla la longevidad de los códigos procesales, siendo lo cierto que aquella parcela del ordenamiento jurídico no puede prescindir, precisamente por la esencial unidad predicable del ordenamiento en su conjunto, de las muy variadas transformaciones que se producen en el marco político, en el tejido social o en la estructura económica. Por mencionar algunos ejemplos acreditativos de esta elemental idea, es innecesario destacar la influencia que ejerce el sistema político sobre principios tan ancilares de la organización judicial como los de independencia judicial, exclusividad o monopolio jurisdiccional o unidad de jurisdicción. E inútil es, igualmente, hacer notar la incidencia que pueden desplegar unos determinados valores sociales, en lugar de otros, sobre las reglas de legitimación y representación, sobre la aportación de las partes del material probatorio o la ordenación de los poderes del juez. En este proceso de acomodación de las normas adjetivas a la ideología y política imperantes, la constitucionalización de ciertos principios desempeña una decisiva relevancia. La perspectiva constitucional contribuye a separar al proceso del plano de las construcciones meramente técnicas y a incorporarlo en la realidad política y social; contribuye, en suma, a su inserción dentro del modelo de Estado implantado en la Constitución⁴¹.

Con una u otra dicción, en los ordenamientos europeos se ha consagrado constitucionalmente el derecho a la tutela judicial efectiva, derecho de contenido complejo en el que se agrupa una constelación de derechos simples que va desde el derecho de acceso a la prestación hasta el derecho a una resolución

⁴⁰ Cfr. Serra Domínguez (1972, p. 513).

⁴¹ Vid. Trocker (1974, p. 73 et seq.).

fundada, pasando por el derecho a las pruebas, etc. Y en estos ordenamientos también, con una u otra formulación, se consagra, a ese mismo nivel constitucional, la cláusula del Estado Social de Derecho y el principio de igualdad sustancial. Este arsenal de declaraciones constitucionales ofrece a los legisladores nacionales una base firme para desarrollar un proceso laboral en el que, al margen de sus diferencias tópicas o crónicas, convergen dos principios⁴².

El primero de estos principios es la configuración del proceso laboral como un conjunto de actos sometidos a una red de garantías específicas, que aseguran la efectividad del derecho cuya tutela se recaba a lo largo de las distintas secuencias o fases por las que aquél transcurre. En suma, la consideración del proceso laboral como un sistema de garantías, reales y no formales, que concreta y desarrolla el derecho a la tutela judicial. El segundo principio es el reconocimiento del proceso de trabajo, en atención a los fines y valores que persigue, como un proceso diferenciado y propio, que requiere la rectificación o moderación de algunos principios del proceso común. Ni el proceso de trabajo puede hoy seguirse contemplando como un proceso especial civil, encuadrable en el contexto de la “multiplicación de los procesos civiles”, ni su subsistencia puede explicarse en razón de la ineficacia de los tribunales y de los procesos civiles ordinarios. Esta idea reduccionista del proceso de trabajo, convertido en un mero apéndice del proceso civil y que se justifica por razones de patología orgánica o procesal, carece de todo razonable fundamento. La existencia de un proceso de trabajo cuenta hoy con cobertura propia y no necesita la que le presten, engañosamente, las disfunciones del proceso civil. A la postre, el proceso de trabajo es la mejor respuesta a los requerimientos de la cláusula del Estado Social de Derecho.

REFERENCIAS

AA.VV. *Les juridictions du travail*. Bruselas, Feb. 1977.

_____. La giustizia del lavoro, a dieci anni dalla riforma. *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, n. 21, 1984.

ALONSO OLEA, M.; MIÑAMBRES, C.; ALONSO GARCÍA, R. *Derecho procesal del trabajo*. 14. ed. Madrid: Civitas, 2006.

⁴² Para más detalle, vid. Valdés Dal-Ré (1991, p. 213 et seq.).

CAPELLETTI, M. (Dir). *Accès à la justice et Etat-Providence*. Paris: Economica, 1984.

CHAMBERLAIN, N. W.; KUHN, J. W. *Collective Bargaining*. 2. ed. Nueva York: Mac Graw Hill, 1965.

COHEN, M. Le droit de substitution, cadeau empoisonné aux syndicats. *Droit Social*, n. 11, 1990.

CRISCUOLI, T. Amicus curiae. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1973.

DE BUEN, D. *Sobre organización y competencia de la jurisdicción de trabajo*. Madrid: Imp. Sobrinos de la sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1935.

DE OTTO, I. *Estudios sobre el poder judicial*. Madrid: Pub. Ministerio de Justicia, 1989.

DEAKIN, S.; MORRIS, G. S. *Labour Law*. Londres: Butterworths, 1995.

GIUGNI, G. The Settlement of Labor Disputes in Italy. In: AARON, B. (Ed.). *Labor Courts and Grievance Settlement in West Europe*. Berkeley: University of California Press, 1971.

GUASP, J. *Derecho procesal civil*. 3. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968.

KRETSCHMER, E. *Jurisdicción y proceso laboral en Alemania y España*. Madrid, 1998. Mimeografiado. (Trabajo inédito).

MERCADER UGUINA, J. *Delimitación de competencias entre el orden social y el contencioso administrativo*. Valencia: Tirant to Blanch, 1996.

MERCADER UGUINA, J.; PIÑEYROA DE LA FONTE, A. J. El acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos laborales: un paso importante en la solución de un problema pendiente. *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n. 1, p. 1089-1136, 1996.

MONTERO AROCA, J. *Los tribunales de trabajo (1908-1938). Jurisdicciones especiales y movimiento obrero*. Valencia: Pub. de la Universidad, 1976.

MURCIA CLAVERÍA, A. *La presentación voluntaria en el proceso laboral*. Madrid: Marcila Pons, 1994.

ORSINI, G. *Le contentieux administratif du travail*. Paris: Dalloz, 1983.

PÉLISIER, J.; SUPIOT, A.; JEAMMAUD, A. *Droit du travail*. 23. ed. Paris: Dalloz, 2004.

PROTO PISANI, A. *Nuovi studi di diritto processuale del lavoro*. Bologna: Franco Angeli, 1992.

RAMM, T. Labor Courts and Grievance Settlement in West Germany. In: AARON, B. (Ed.). *Labor Courts and Grievance Settlement in West Europe*. Berkeley: University of California Press, 1971.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. Sobre los principios informadores del proceso de trabajo. *Revista de Política Social*, n. 81, 1969.

_____. *Derecho del Trabajo y Proceso*. Murcia: Pub. Escuela Social, 1972.

ROMAGNOLI, U. *Le associazioni sindacali nel processo*. Milan: Giuffré, 1969.

SERRA DOMÍNGUEZ, M. Liberalización y socialización del proceso civil. *Revista de Derecho Procesal*, 1972.

SUPIOT, A. *Les juridictions du travail*. Paris: Dalloz, 1987.

_____. *Critique du Droit du travail*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994.

TARZIA, G. *Manuale del processo del lavoro*. 3. ed. Milan: Giuffré, 1999.

TESORIERE, G. *Diritto processuale del lavoro*. 3. ed. Pádua: Cedam, 1999.

TROCKER, N. *Processo civile e Costituzione*. Milan: Giuffré, 1974.

VALDEOLIVAS GARCÍA, Y, El acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos laborales: la superación de una asignatura pendiente. In: F. VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.). *La reforma pactada de las legislación laboral y de seguridad social*. Valladolid: Lex-Nova, 1997.

VALDÉS DAL-RÉ, F. La nueva planta en la jurisdicción del orden laboral. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 28, 1986.

_____. De la evitación del proceso. In: AA.VV. *Ley de procedimiento laboral*. Bilbao: Deusto, 1990a.

_____. De la representación y defensa procesales. In: AA.VV. *Ley de procedimiento laboral*. Bilbao: Deusto, 1990b.

_____. Las claves de la reforma procesal laboral. In: CRUZ VILLALÓN, J.; VALDÉS DAL-RE, F. *Lecturas sobre la reforma del Proceso Laboral*. Madrid: Pub. del Ministerio de Justicia, 1991.

_____. Cuestiones y problemas aplicativos del ASEC. In: AA. VV. *La nueva función de la negociación colectiva y los Acuerdos Interconfederales sobre Empleo*. Madrid: MTAS, 1998.

VILLEBRUN, J.; QUÉTANT, G. P. *Traité de la jurisdiction prud'homale*. 3. ed. Paris: LGDJ, 1997.

RESUMO

O artigo apresenta uma análise comparativa das jurisdições sociais dos diversos países da União Europeia e questiona a concepção tradicional de que as normas processuais teriam caráter meramente técnico e estariam resguardadas de influências políticas e sociais. Ao contrário das teses tecnicista e de neutralidade do direito processual, é adotada a perspectiva constitucional e são enfatizadas a constitucionalização dos princípios e a influência exercida pelo sistema político sobre os princípios da organização judicial nos diversos países estudados.

Palavras-chave: jurisdição trabalhista, União Europeia, princípios do processo do trabalho.

ABSTRACT

This article presents a comparative analysis of the social jurisdictions of the several European Union countries and questions the traditional conception that processual norms have a merely technical nature and are reserved from political and social influences. In opposition to these technicist theses that defend neutrality in processual law, we shall adopt the constitutional perspective and emphasize constitutionalization of the principles and the influence exerted by the political system on the principles of judicial organization in the several countries studied.

Keywords: labor jurisdiction, European Union, principles of the labor process.

Prospectiva: intervenção regulatória e competitividade internacional

Francisco Mauro Dias

Alain Plantey¹, autor de numerosos artigos e comunicações sobre questões constitucionais, internacionais e administrativas, publicou em 1975 sua *Prospective de l'État*, na qual inseriu quase premonitoriamente, *et pour cause*, uma Quarta Parte, cujo título, “L’Internationalisation des Affaires”, poderia comportar livre tradução-síntese para *A globalização econômica*. Em consonância com o propósito nele anunciado sinalizou logo à introdução:

Dans tous les secteurs d’activités, l’amélioration des moyens de prévision et le souci d’efficacité portent les dirigeants à planifier leurs objectifs et les moyens de les atteindre. La programmation affecte les interventions publiques dans des domaines de plus en plus étendus et les adapte à la préoccupation économique. Elle provoque une transformation des méthodes et des structures du pouvoir exécutif.

¹ Doutor em Direito, colaborou na elaboração da Constituição Francesa de 1958; pertenceu ao Gabinete do General De Gaulle até 1967, foi Embaixador da França em Madagascar e Secretário Geral Adjunto da União da Europa Ocidental.

Les relations entre les Etats sont de plus en plus denses; elles entraînent le développement de solidarités nouvelles et la multiplication d'institutions internationales. Chaque année, de nouveaux engagements, contractuels ou non, viennent limiter la liberté d'action des autorités nationales. L'internationalisation des problèmes introduit une donnée nouvelle dans la conduite des affaires publiques.²

Certamente à inspiração de Plantey, quando, em 26 de novembro de 1996, proferi palestra em Seminário Acadêmico de Pós-Graduação em Direito sobre *A reforma do Estado no contexto da globalização*, cingindo-a ao tópico *Intervenção Regulatória e Competitividade Internacional*, dei-lhe prospectivamente desenvolvimento que, mormente em conjuntura de crise econômica mundial cuja eclosão se deu 12 anos depois, parece oportuno rememorar e atualizar didaticamente.

Situar o tema no contexto preestabelecido ao Seminário se me afigurou, então, propedeuticamente adequado: *O que se deve entender por globalização?*

Louvei-me, primeiro e para fixação desse pressuposto, em Álvaro Antonio Zini Jr., professor titular de economia internacional da Faculdade de Economia e Administração da USP, atualmente professor visitante na Universidade de Roma, que, didaticamente, prelecionou:

A globalização [...] é o processo de intensificação das trocas econômicas, políticas e culturais na atual fase de expansão do capitalismo. Uma das formas pelas quais ela ocorre é por meio dos investimentos externos (tanto capital de risco para abertura de empresas, quanto inversões financeiras).

² Plantey (1975, p. 9). Em todos os setores de atividades, a melhoria dos meios de previsão e o cuidado da eficácia obrigam os dirigentes a planejar seus objetivos e os meios de os implementar. A programação afeta as intervenções públicas em domínios mais e mais ampliados e os adapta à preocupação econômica. As relações entre os Estados são mais e mais densas; elas acarretam o desenvolvimento de solidariedades novas e a multiplicação de instituições internacionais. A cada ano, novos engajamentos, contratuais ou não, vêm limitar a liberdade de ação das autoridades nacionais. A internacionalização dos problemas introduz um dado novo na condução dos negócios públicos.

Com o crescimento dos investimentos externos diretos, em grande parte comandados pelas multinacionais, formam-se redes econômicas centradas nessas empresas *que permitem deter um controle maior sobre os produtos e mercados.*

Receber investimentos externos, especialmente quando eles vêm para desenvolver setores novos ou permitem a transferência de técnicas produtivas e de gestão mais modernas, é útil e benéfico ao país. O mesmo nem sempre é verdade para as inversões financeiras, principalmente as que são comandadas pelos ganhos especulativos.

Os investidores externos, via de regra, pedem o mínimo de interferência nacional com a máxima proteção à propriedade. E para tornar mais desembaraçado o campo de ação desses investidores e aumentar a segurança do patrimônio, os Estados Unidos e a União Européia pensam em negociar um acordo sobre os investimentos internacionais no âmbito da OCDE.

Esse acordo seria válido apenas para os países signatários, mas teria forte conteúdo jurídico e eficácia na aplicação. Depois, os países em desenvolvimento poderiam ser pressionados a aderir. Mas, ao mesmo tempo, pensa-se na negociação desse acordo sob a cobertura mais ampla da OMC (Organização Mundial do Comércio), pois boa parte dos investimentos sobre os quais se pretende legislar será feita nos países em desenvolvimento.

Entre os aspectos que estão sendo discutidos prevê-se, por exemplo, a proibição de qualquer exigência de conteúdo local ou restrição de participação setorial. Com isso, políticas como a do setor automotivo brasileiro ou os acordos regionais que dão preferência para investidores da região ficam riscados do mapa.

O aspecto prejudicial para os países em desenvolvimento é o cancelamento de alguns instrumentos eficazes que permitem orientar investimentos e estimular setores estratégicos. Com isso, a promoção do desenvolvimento fica bastante restrita. Mas, para os que acreditam que o mercado resolve tudo, como alguns ideólogos de Brasília, é assim que deve ser.³ (Grifos nossos)

³ Zini Jr. (1996b, p. 2).

Recorri, em seguida, para complementar-lhe o viés admiravelmente didático e, assim, adequado a seminário dessa natureza, a Rubens Ricúpero, Secretário Geral da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (Unctad):

Na manhã seguinte às eleições americanas, do meu quarto de hotel em Nova York, onde acabara de chegar, acompanhei as notícias e análises dos resultados na TV. Aparentemente, o encolhimento da dianteira de Clinton nos últimos dias se teria devido ao escândalo das doações financeiras feitas por empresários asiáticos. Tudo teria começado com a participação do presidente na reunião de Jacarta da APEC (Conselho de Cooperação Econômica da Ásia-Pacífico).

Os comentários coincidem num ponto: mais que o financiamento da campanha, a preocupação de Clinton em Jacarta teria sido reforçar laços comerciais com os países asiáticos, para evitar que os EUA fossem deixados de fora dos planos de integração regional da área mais dinâmica do comércio e da economia mundiais.

O episódio é interessante porque põe a descoberto a essência íntima da globalização: *fenômeno no qual elementos políticos e econômicos se misturam e confundem, embaralhando as pistas e tornando possível o que era antes impensável. Quem poderia imaginar, com efeito, que os países do Sudeste Asiático, candidatos naturais a peças da teoria do dominó durante a guerra do Vietnã e totalmente dependentes da proteção americana, viessem um dia a exercer tamanha influência sobre a potência hegemônica por excelência?*

Dos poucos dias que passei no Brasil ficou-me a impressão de que o debate sobre globalização está contaminado entre nós por deturpações e falta de clareza. Até certo ponto isso é natural, pois o termo mesmo de globalização possui conteúdo ambíguo e significa muitas coisas diferentes para pessoas distintas.

Há no fundo, porém, dois tipos ou categorias básicas de abordagens possíveis do conceito: a objetiva ou a ideológica. A primeira é de caráter descritivo e factual, ou, como se diz no jargão acadêmico, positivo, não como juízo de valor, mas no sentido de constatar algo de existente na realidade concreta, algo que é dado ou colocado pelos acontecimentos. A segunda abordagem é a que busca extrair, dessa realidade objetiva,

conclusões normativas, prescrições de políticas a adotar e medidas a tomar em nome de supostos determinismos externos não necessariamente coincidentes com os nossos interesses.

Mesmo na primeira categoria, há quem prefira privilegiar na discussão o componente econômico, empobrecendo, a meu ver, um fenômeno de uma envergadura histórica incomparavelmente mais rica em complexidade.

Deveríamos retornar a Fernand Braudel, que dizia ter ficado inteligente no Brasil, a fim de tentar captar essa verdadeira galáxia de sentidos e eventos com a perspectiva abrangente dos ciclos longos da história. Veríamos então que *a globalização é a etapa atual, talvez conclusiva, do processo iniciado cinco séculos atrás com a expansão do ocidente europeu e a afirmação do capitalismo mercantilista por meio das viagens de descoberta das rotas marítimas para a Índia e a América.* Os contemporâneos de Vasco da Gama e de Colombo julgavam que essas aberturas de rotas eram os acontecimentos mais importantes da História, e o mesmo pensava Adam Smith, o apóstolo do capitalismo industrial. Eles não andavam longe da verdade, porque até então a principal característica do mundo era o isolamento e o desconhecimento recíproco, completo ou quase, em que se haviam desenvolvido os grandes ramos da civilização humana, a Europa, de um lado, a China, a Índia, o Islão, os reinos africanos, as culturas americanas pré-colombianas, do outro.

As novas rotas mercantis marcaram o começo do fim desse isolamento, por bem e, mais freqüentemente, por mal. A sede de ouro, a “vã cobiça”, inauguraram um rosário interminável de opressão e dominação, de exploração impiedosa e tráfico de escravos, de imperialismo e violência. Assinalam, porém, ao mesmo tempo, a unificação do espaço humano, o fim de 5.000 anos de solidão.

Mais do que a lógica irresistível dos fatos econômicos, como pensam alguns, a unificação planetária é, na sua origem e essência, o resultado de forças políticas e, acima de tudo, culturais [...].⁴ (Grifos nossos)

⁴ Ricúpero (1996, p. 2).

Retornei, para fechamento do pressuposto, a Zini Jr.:

A Organização Mundial do Comércio (OMC) existe desde janeiro de 1995, substituindo o antigo Gatt, ou Acordo Geral sobre o Comércio e Tarifas.

O Gatt fora criado no pós-guerra, junto com outras organizações multilaterais como a ONU (Organização das Nações Unidas), o FMI (Fundo Monetário Internacional) e o Bird (Banco Mundial), com o propósito de promover regras “justas” no comércio.

No entanto, o Gatt nunca chegou a ser muito eficaz, pois, entre outras coisas, lhe faltava o poder de resolver disputas.

A nova organização do comércio nasceu mais forte, tanto ampliando as áreas sob sua cobertura, como serviços, quanto por ter poder de tribunal para decidir sobre disputas comerciais.

Os Estados Unidos e a Comunidade Européia têm exercido forte pressão para fazer valer, e mesmo ampliar, a vigência do acordo. [...]

O fato é que agora a OMC pode “morder”. A primeira “mordida” importante foi ter dado ganho de causa a uma reclamação feita pela Venezuela contra as regras americanas de importação de gasolina. Os Estados Unidos impunham uma série de exigências para a importação de gasolina, com a alegação de defesa do meio ambiente. Mas o painel formado na OMC julgou que as regras americanas superavam o padrão internacional e deu ganho de causa à Venezuela. Essa decisão deve alertar a todos que o acordo comercial é para valer. Mas certos setores do governo brasileiro ainda não se deram conta disso. Brasília, meio às escondidas, tem procurado conter importações para que o déficit comercial não aumente. O déficit na conta do comércio do mês passado revela que a defasagem cambial é realmente grande.

Nesse aspecto, não há como desconversar: a defasagem cambial existe e ainda vai dar muito trabalho aos nossos diplomatas, pois “segurar” as importações por meios administrativos está barrado pela OMC.⁵ (Grifos nossos)

⁵ Zini Jr. (1996a, p. 2).

Delineado assim, didática e exemplificadamente, o contexto da globalização, o corolário que se impunha fosse extraído do pressuposto é que são inviáveis, por ineficazes e passíveis de acarretar sanções comerciais de índole internacional, *intervenções regulatórias unilaterais* de um Estado no comércio exterior de um mercado globalizado; assim, essas somente revestirão validade e eficácia se contributivas, no âmbito interno, para o incremento de sua *competitividade internacional*.

Eis-nos, enfim, chegados ao cerne do tema central da exposição.

No regime constitucional anterior, embora orientada pelo *princípio* (EC nº 1/69, Art. 160, I), hoje seu *fundamento* (CF/88, Art. 170, *caput*), da *livre iniciativa*, a Ordem Econômica comportava a *faculdade* da intervenção *direta* no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, *mediante lei federal*, inclusive *para organizar setor que não pudesse ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa* (Art. 163).

A simples existência de um Conselho Interministerial de Preços caracterizava a conjuntura de então.

No regime constitucional vigente, a *livre iniciativa* não é apenas *fundamento da Ordem Econômica*, mas do próprio *Estado de Direito Democrático* por ele instituído (Art. 1º, *caput* e inciso IV, *in fine*); a *livre concorrência* foi elevada a *princípio* regedor daquela ordem (Art. 170, inciso IV); a *repressão*, por lei, *dos abusos do poder econômico* continua prevista no seu contexto (Art. 173, § 4º); consoante classificação adotada por Eros Grau⁶, a *intervenção* no “domínio econômico” por *absorção* restringiu-se a monopólios exclusivamente constitucionais (Art. 177), ora em processo de “*flexibilização*”; a *intervenção por participação*, ou seja, a *exploração estatal da atividade econômica em regime de competição*, teve sua permissão condicionada a *lei específica*, previamente definitiva dos *imperativos da segurança nacional* ou do *relevante interesse coletivo*, que a justifiquem (Art. 173, *caput*), e, *last but not least*, o artigo 174, *caput*, estatuiu às expensas, quanto à *intervenção regulatória da atividade econômica*, efetivada *por direção* – quando o *Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito*, a do setor privado por excelência – ou *por indução* – quando o *Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados*:

⁶ Grau (1990, p. 162-163).

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Quanto à função de *fiscalização* da intervenção regulatória, ilustra-lhe o desempenho a opinião do setor privado, então vocalizada em entrevista pelo banqueiro Olavo Setúbal, de cuja ausência se ressentia hoje o mundo empresarial. À pergunta “O que mudou no Brasil a partir do Plano Real?”, respondeu:

A principal mudança é o choque cultural que está acontecendo no país. Está-se trocando a regulamentação pela competição. O Brasil era um país totalmente regulado. Ironicamente, havia um órgão público encarregado de assegurar a competição no Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Cade, que não servia para nada, pois não havia competição. O Cade era o órgão mais desocupado do cenário brasileiro. É o que diziam na França: que o homem mais desocupado no reinado de Luís XIV foi seu confessor. Como pode haver um Cade num país que tinha uma instância do governo para evitar e controlar aumentos de preços, o Conselho Interministerial de Preços? As discussões de preços se davam sempre por aí, a partir de uma ética de regulação.⁷

Quanto à função de *incentivo* ou fomento, vale o socorro à informação proporcionada por Aloysio Biondi, jornalista econômico, ex-diretor de Economia da *Folha de S.Paulo* e de Redação da revista *Visão*:

O Brasil está precisando importar até soja, da qual é o segundo maior produtor mundial, logo atrás dos EUA. É mais um foco de sangria de dólares a agravar o rombo da balança comercial (exportações menos importações) do país.

Até agora, sabia-se que o Brasil precisaria gastar dólares preciosos com a compra, lá fora, de grandes volumes de milho, trigo e arroz

⁷ Setúbal (1996, p. 9).

(além do algodão), devido à redução nas colheitas, provocada deliberadamente pela equipe econômica de Brasília.

Porém, surgiu a novidade: as cotações da soja subiram na Bolsa de Chicago devido à compra de 300 mil toneladas de grãos pelo Brasil. Como as colheitas brasileiras ocorrerão somente daqui a alguns meses, pode-se prever novas importações de vulto neste futuro próximo.

A operação em Chicago é um novo sinal amarelo a alertar o presidente da República para a necessidade de uma política de emergência, capaz de ampliar substancialmente o plantio da safra atual, intenção que continua a ser sabotada pela equipe econômica. As importações de alimentos vão agravar o problema que – embora fosse previsto há meses [...] – provoca inquietação no momento: o salto no rombo da balança comercial.

O Brasil precisa garantir agora, já, grandes colheitas para 1997, obtendo excedentes para exportar – ou o problema cambial ganhará proporções incontroláveis.⁸

Quanto à função de *planejamento*, ainda a observação percutiente de Eros Grau:

Incompreensível, também, o equívoco, no qual tantos incorrem, de tomar os recentes “planos” de estabilização monetária, praticados entre nós – “Plano Cruzado”, “Plano Bresser”, “Plano Verão” – como experiências ou exemplos de planejamento. Pois eles são, precisamente, expressões do não planejamento, ou seja, de atuação estatal improvisada, *ad hoc*, sem prévia definição de objetivos. A incoerência dos que cometem esse equívoco é, ademais, absoluta: pois, se tais “planos” são expressões de planejamento, não poderiam, mercê do que dispõe o Art. 174, obrigar (ser determinantes) para o setor privado. Observo que Tércio Sampaio Ferraz Júnior, ao cogitar do “Plano Verão” (A economia e o controle do Estado), não comete tal erro.⁹

⁸ Biondi (1996, p. 2).

⁹ Grau (1990, p. 283).

Tal observação é arrematada com asserto conclusivo: “Os planos são, fundamentalmente, normas-objetivo, isto é, normas que definem fins a alcançar.”

Na realidade do contexto *intranacional*, que assim se esboça e condiciona as *intervenções regulatórias* do Estado, a do contexto *extranacional* da globalização, em que a sobrevivência econômica é questão, cada vez mais, de *competitividade internacional*.

Em magnífica resenha da obra de François Chesnais¹⁰, Leda Maria Paulani, professora do Departamento de Economia da Faculdade de Economia e Administração da USP teceu, entre outros, os seguintes comentários:

O panorama econômico, portanto, está hoje dominado pelos oligopólios mundiais, que, de acordo com Chesnais, constituem a estrutura de oferta mais característica do momento atual. Tendo conquistado aquilo que mais arduamente reivindicam, qual seja, liberdade incondicional de movimentos, esses grupos delimitam um espaço bem definido e protegido da concorrência, mas também de cooperação, quando isto se faz necessário (por exemplo, para garantir a proteção e a apropriação privada dos benefícios de um bem público por definição, como é a tecnologia).

Indóceis e fora do alcance das regulações e controles nacionais, esses poucos grupos dominam a economia mundial, comandam setores inteiros e produzem, pela lógica cega que preside a seus movimentos, uma nova situação marcada por deslocalizações industriais ávidas de custos de mão-de-obra reduzidos e desregulados, pelo caráter rentista da riqueza, pela indistinção entre indústria, serviços e finanças e pela dominância incontestada da dimensão financeira do processo de valorização. No que tange a este último fenômeno, aliás, os dados (da OCDE) apresentados por Chesnais impressionam: entre 1980 e 1992, a taxa média anual de crescimento do estoque de ativos financeiros acumulados nos países da OCDE foi de 6, enquanto que a mesma taxa foi de apenas 2,3 para a formação bruta de capital fixo; de outro lado, o total de ativos financeiros acumulados por esses mesmos países, em 1992, monta a US\$ 35,5 trilhões, ou seja, mais

¹⁰ Chesnais (1996).

de duas vezes o valor do produto bruto desses países no mesmo ano e mais de 13 vezes o valor das exportações desse mesmo grupo de nações também no ano de 1992.

Tudo isso vai constituindo uma situação dual, que aponta para um verdadeiro e definitivo apartheid social em escala planetária: de um lado, “aqueles que poderão continuar utilizando os recursos como sempre fizeram”, e, de outro, “aqueles aos quais o ‘modo de desenvolvimento’ não reservaria mais do que o direito de assistir, graças às imagens projetadas pela mídia mundializada, como estariam passando os bem-de-vida”. [...]

Quando são objeto (países identificados como do Terceiro Mundo ou do grupo dos “mercados emergentes”) de tais negócios (Investimentos Externos Diretos - IED de países da OCDE, denominada por Chesnais de Triáde – EUA, Europa e Japão) e quando não se resumem eles a simples operações de aquisição/fusão, vale dizer, quando se trata efetivamente de investimentos criadores de nova capacidade produtiva no Terceiro Mundo, o que os determina é o nível extremamente reduzido dos custos de mão-de-obra aí existentes.¹¹

A política externa brasileira, em consonância com esse último comentário, reagiu, pela voz de Luiz Felipe Lampreia, às propostas de inclusão de uma “cláusula social” na Organização Mundial do Comércio. O Ministro das Relações Exteriores assim se pronunciou a respeito:

Aquelas propostas, independentemente de suas supostas intenções sociais, visam primordialmente a demonstrar a existência de um vínculo entre os padrões trabalhistas e o comércio e, em nome de corrigir os primeiros, visam na realidade interferir no segundo. Com base na constatação de que padrões menos rígidos constituem ou propiciam vantagens comparativas para parceiros menos desenvolvidos, as propostas maximalistas em matéria de cláusula social na OMC visam a adotar regras que venham a restringir os fluxos comerciais em prejuízo justamente dos países exportadores onde o custo de mão-de-obra seja mais baixo ou onde a legislação trabalhista não

¹¹ Paulani (1996, p. 5).

tenha atingido o grau de proteção alcançado nos países ricos. Setores que nada têm a ver com os problemas sociais e trabalhistas de um país poderiam ser punidos. Iniciativas unilaterais de suposto sentido social poderiam ser encorajadas.¹²

O que motiva tal controvérsia? Nada mais senão a tentativa de *salvaguardar competitividade internacional* mediante *intervenção regulatória* de origem externa capaz de influenciar a *intervenção regulatória* de âmbito interno.

Em relação ao comentário antecedente, versando sobre o *domínio pelos oligopólios mundiais do panorama mundial*, as operações emblemáticas das fusões das nacionais Metal Leve e Dako com a Mahle, alemã, e a General Electric, norte-americana, respectivamente. Para Gilberto Dupas, consultor de ambas as nacionais, *o capitalismo global abre espaço para a empresa nacional*, e os motivos determinantes das alianças internacionais também repousam na busca de *competitividade internacional*, conforme se extrai de trechos de entrevista que concedeu:

Embora a Metal Leve tivesse uma administração competente, as margens estavam caindo (lucro em relação ao faturamento). Vários processos de reengenharia foram tentados, como redução de custos e corte de pessoal. Cada vez que a eficiência aumentava, essa margem nova era consumida por uma nova queda de preços no mercado mundial. Ou a Metal Leve obteria uma escala de produção três a quatro vezes maior ou perderia espaço no mercado brasileiro e no mercado internacional. [...]

A Dako é uma empresa com alto padrão de profissionalização e de eficiência de gestão. Já detinha 32% do mercado brasileiro de fogões. Mas o setor de linha branca estava tomado estrategicamente por todos os grandes grupos internacionais. E o grande produtor mundial que ainda não tinha entrado era a General Electric. Qual seria o futuro de uma empresa familiar, de porte médio, para enfrentar essa estrutura?¹³

¹² Lampreia (1996, p. 7).

¹³ Dupas (1996, p. 12)

Ainda no panorama da economia mundializada, a exigüidade, para o Brasil, do mercado comum latino-americano no qual se integra prosseguindo a consecução, por intermédio de intervenções regulatórias necessariamente compartilhadas, do objetivo que lhe é indicado pelo parágrafo único do Art. 4º da Constituição:

O Mercosul sofre do “mal dos mercados regionais”, que acabam se fechando para o resto do mundo e ficando pouco competitivos e pouco eficientes.

A crítica feita por um estudo do Banco Mundial, que provocou indignação no ministro das Relações Exteriores, Luiz Felipe Lampreia, e em outros setores do governo brasileiro, é confirmada pelo uruguaio Francisco Panizza.

Ele é professor de política latino-americana da London School of Economics e responsável pelo Centro de Estudos Mercosul/Conesul [...].

“Enquanto para o Uruguai o Mercosul é muito, muito importante, para o Brasil é quase irrelevante, principalmente para os Estados acima de São Paulo.”

Os números confirmam. Quase a metade das exportações do Uruguai (47%) vai para o Mercosul. O mercado comum compra 40% dos produtos vendidos pelo Paraguai.

Já para a Argentina e o Brasil, o Mercosul perde importância. Ele leva, respectivamente, 29% e 13% das exportações dos dois maiores. “Isso faz com que haja conflitos de interesse, o que não ajuda muito em um mercado comum.”¹⁴

Na busca de *competitividade*, quer interna quer internacional, as *intervenções regulatórias* do Estado, *por direção* ou *por indução*, têm-se acentuado inequivocamente, com redução significativa das intervenções no domínio econômico, em sentido estrito, o preferencial do setor privado, quer *por absorção* (monopólios) quer *por participação* (exploração estatal direta de atividade econômica):

¹⁴ Mercosul tem “mal de mercado regional” (1996, p. 15).

1º) *Aflexibilização da Constituição Econômica*, interessando à exploração de serviços públicos *por delegação* ou por *monopólio*, foi objeto de sucessivas Emendas Constitucionais (nº 5, 6, 7 e 8, de 15.08.95, e 9, de 09.11.95), que alteraram, respectivamente, o § 2º do Art. 25 (serviços locais de gás canalizado), o inciso IX do Art. 170, o Art. 171 e o § 1º do Art. 176 (pesquisa e lavra de recursos minerais e aproveitamento de potenciais de energia hidráulica), o Art. 178 (cabotagem e navegação interior), o inciso XI e a alínea “a” do inciso XII do Art. 21 (telecomunicações e serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens), o § 1º do Art. 177 (petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos) da Constituição;

2º) O refluxo estatal das *intervenções no domínio econômico por participação*, mediante *intervenções regulatórias* que se consubstanciaram, e.g., à luz do *princípio da subsidiariedade*¹⁵, nas Leis nº 8.031, de 12.04.90, que criou o *Programa Nacional de Desestatização*, e nº 8.987, de 13.02.95, que dispôs sobre o *regime de concessão e permissão de serviços públicos previsto no Art. 175 da Constituição Federal*, que foram objeto de pesquisa desenvolvida em conjunto com o Centre D’Étude et de Recherche sur la Théorie de L’État (Certe) sobre o tópico “Les Transformations de la Sphère Administrative et la Puissance Publique”¹⁶;

3º) A *intervenção regulatória* no fluxo de importações, por meio, e.g., da Portaria nº 8, de maio de 1991, proibitiva, para prevenir sucateamento da indústria nacional, importação de bens de consumo usados, afetando principalmente a de carros e pneus, cuja constitucionalidade está sendo corroborada por decisões do Supremo Tribunal Federal;

4º) Por último e por mais recente, a *intervenção regulatória* concretizada pela Lei Complementar nº 87, de 13.09.96, que, *além de desonerar, de forma direta e imediata, as exportações, visa a um outro objetivo de mais longo alcance: a redução do custo da produção corrente de bens e serviços em geral, beneficiando, assim, o conjunto do setor produtivo*, de acordo com José Roberto Mendonça de Barros, Secretário, Rui Lyrio Mondenesi, Secretário Adjunto, e Marcus Vinicius da Costa Villarim, Coordenador de Questões Estruturais, todos da Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda, que subscreveram, em conjunto, artigo publicado sob o título “O novo ICMS e o Custo Brasil”¹⁷.

¹⁵ Millon-Delsol (1993); Baracho (1995).

¹⁶ Dias (1995).

¹⁷ O novo ICMS e o Custo Brasil (1996).

A redução do assim denominado *custo Brasil* é identificada, na atual conjuntura econômica, como o objetivo a ser primordialmente perseguido nas *intervenções regulatórias* do Estado hábeis a proporcionar incremento da *competitividade internacional no contexto da globalização*. Nesse sentido, a contribuição, noticiada pela imprensa, da Confederação Nacional da Indústria (CNI) ao Governo, mediante oferecimento de sugestão de mudanças destinadas a aumentar a competitividade do setor produtivo, sobretudo nas áreas *comércio exterior e trabalhista* (e.g., dedução do crédito de PIS/Pasep e Cofins gerado nas exportações e do Imposto de Renda a pagar; aumento do prazo de pagamento do IPI de dez dias para um mês; dispensa, em regra, da assistência sindical na homologação da rescisão de contratos de trabalho).

Entretanto, em “O Discurso Neoliberal e a Teoria da Regulação”, Eros Roberto Grau já expendera, pertinentemente ao tema e com remissão a Habermas, lúcida conclusão prospectiva sobre as crises econômicas:

10 - Habermas, no seu texto sobre a crise de legitimação do capitalismo tardio, observa que, diante das crises, o Estado passa a perseguir o fim declarado de conduzir o sistema econômico, visando evitá-las. Daí a identificação de quatro categorias de atividade estatal.

Em um primeiro bloco, as atividades de constituição e preservação do modo de produção, de sorte que certas premissas da existência contínua do sistema sejam realizadas (v.g., legislação anti-truste, estabilização do sistema monetário).

Em um segundo grupo, as atividades de complementação do mercado, de modo que o sistema jurídico seja adequado a novas formas de organização empresarial, de concorrência e de financiamento.

Um terceiro bloco compreende as atividades de substituição do mercado, em reação frente à debilidade das forças motrizes econômicas (v.g., qualificação de mão-de-obra, estímulo ao desenvolvimento tecnológico).

No quarto, finalmente, as atividades de compensação de disfunções do processo de acumulação (o Estado assume efeitos externos da economia privada; assegura, através de políticas estruturais, a capacidade de sobrevivência de setores ameaçados; implementa regulações e intervenções reclamadas pelos sindicatos e pelos partidos reformistas, tendo em vista a melhoria da situação social dos trabalhadores).

As duas últimas modalidades – substituição e compensação – Habermas as identifica como típicas do capitalismo organizado. [...]

[...] embora o recrudescimento da ideologia do mercado livre possa, de fato, induzir a redução de inúmeras das funções do Estado – inclusive a de produção do direito moderno – em determinados setores, a sua função de exo-regulação do mercado há de subsistir, em benefício do mercado. Refiro-me especialmente à quarta categoria de atividade estatal enunciada por Habermas, a de compensação de disfunções no processo de acumulação.

À atuação do Estado para o fim de compensar essas disfunções é ainda indispensável a produção do que temos designado direito moderno. E – tudo me faz crer assim – o Estado não se afastará (ou não será afastado), para os não regulamentar, senão de setores que possam persistir desregulamentados sem comprometimento do dinamismo dos mercados. Ademais, insisto, penso ser a regulação inteiramente inadequada à ordenação das relações sociais que designamos como relações de intercâmbio.¹⁸ (Grifos nossos)

Doze anos decorridos dessa exposição – assim revisitada – no Seminário a que me referi de início, a constatação: ouvidos moucos dos Estados às vozes da História e sobretudo da *prospectiva* omitiram-se todos na perseguição do fim declarado de conduzir o sistema econômico visando evitar a crise econômica globalizada que se instalou avassaladoramente.

Talvez emprestem maior atenção, aturdidos embora pela catástrofe conjuntural, à visão prospectiva de Habermas, que, à pergunta “O mercado arromba a sociedade e o Estado social a fecha novamente?”, apenas respondeu, fechando uma entrevista:

O Estado social é uma proeza tardia e frágil. Os mercados e as redes de comunicação sempre em expansão já tiveram uma força de arrombamento, que, para o cidadão individual, é, ao mesmo tempo, individualizante e libertadora.

A isso, porém, sempre seguiu uma reorganização das velhas relações de solidariedade numa moldura institucional expandida. Esse pro-

¹⁸ Grau (1995, p. 59-75).

cesso iniciou-se no início da modernidade, quando os estamentos dirigentes da Alta Idade Média se tornaram, passo a passo, parlamentares – como na Inglaterra – ou foram subjugados por reis absolutistas – como na França.

Essa domesticação jurídica do Leviatã e do antagonismo entre as classes não foi simples.

Mas, pelas mesmas razões, a bem-sucedida constitucionalização do Estado e da sociedade aponta hoje, após um surto de globalização econômica, para uma constitucionalização do direito internacional e da esfacelada sociedade mundial.¹⁹

É o que se espera.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio da Subsidiariedade: conceito e evolução. In: *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 99-138.

BIONDI, Aloysio. O Brasil importa (até) soja. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 29 out. 1996. Caderno Dinheiro-2, p. 2.

CHESNAIS, François. *A Mundialização do Capital*. Trad. Silvana Finzi Foá e Vito Letizia. São Paulo: Xamã, 1996. 335 p.

DIAS, Francisco Mauro. As Transformações da Esfera Administrativa e o Poder Público. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, n. 7, p. 13-24, jul./dez. 1995.

DUPAS, Gilberto. Fusões - Globalização expande empresa nacional. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 13 nov. 1996. Dinheiro-2, p. 12.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. O discurso neoliberal e a teoria da regulação. In: *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional – estudos jurídicos*

¹⁹ Habermas (2008, p. 9).

em homenagem ao professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

HABERMAS, Jürgen. Entrevista de Jürgen Habermas a Thomas Assheuer do *Die Zeit*. Trad. Erika Werner. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 9 nov. 2008. Caderno Mais!, p. 9.

LAMPREIA, Luiz Felipe. Algumas verdades sobre a “cláusula social”. *O Globo*, Rio de Janeiro, 10 nov. 1996. Opinião, p. 7.

MERCOSUL tem “mal de mercado regional”. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 27 out. 1996. Dinheiro-2, p. 15.

MILLON-DELSOL, Chantal. *Le Principe de Subsidiarité*. Paris: Presses Universitaires de France, 1993. 127 p.

O NOVO ICMS e o Custo Brasil. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 19 nov. 1996. Caderno 1, p. 11.

PAULANI, Leda Maria. Transformações no sistema capitalista. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 8 nov. 1996. Discurso Editorial/USP/Unesp-Jornal de Resenhas.

PLANTEY, Alain. *Prospective de l'État*. Paris: Éditions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1975. 306 p.

RICÚPERO, Rubens. A reeleição de Clinton e a globalização. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 9 nov. 1996. Caderno Dinheiro-2.

SETÚBAL, Olavo. Mudança radical. *Veja*, São Paulo, ano 29, n. 47, 20 nov. 1996.

ZINI JÚNIOR, Álvaro Antonio. OMC: jogo duro. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 27 out. 1996a. Caderno Dinheiro-4.

_____. Investimentos e OMC. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 3 nov. 1996b. Caderno Dinheiro-6.

RESUMO

A crise econômica globalizada da conjuntura acentua a indispensabilidade de Estado e administração se socorrem, para prevenção de crises dessa

ABSTRACT

The globalized economic crisis situation accentuates the indispensable importance of the State and administration for mutual aid, in order to

natureza, da valia inestimável da prospectiva, pela qual se devem pautar as decisões políticas, mormente as de viés econômico. O resgate e a atualização de estudo prospectivo – “Intervenção regulatória e competitividade internacional” – de 1996, pela natureza, de certa forma antecipatória da catástrofe econômica hodierna, revestem oportunidades.

Palavras-chave: globalização econômica, intervenção regulatória, competitividade internacional.

prevent crises of this nature, of inestimable prospective value, through which political decisions must be put in order, mainly decisions of economic nature. Revisiting and updating prospective studies – “Regulatory intervention and international competitiveness” – of 1996, by its relatively anticipatory nature of the current economic disaster, provides opportunities.

Keywords: economic globalization, regulatory intervention, international competitiveness.

Francisco Mauro Dias é Doutor em Direito, Professor associado da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e Professor titular da Universidade Gama Filho.

Democracia e Direito^{*}

Maria Cristina De Cicco

INTRÓITO

O tema será analisado com base no método do Direito Civil na legalidade constitucional¹, que tem como objetivo a aquisição de uma capacidade crítica hermeneuticamente orientada para uma reconstrução dos institutos privatísticos à luz do valor da pessoa humana.

Sabe-se que esse método utiliza a teoria dos princípios como metodologia que, ao elaborar um sistema fundado nos valores presentes no ordenamento jurídico vigente, visa implementar uma ordem jurídica renovada. Assim, o que se tornou conhecido por “constitucionalização do Direito Privado” implica a leitura do Direito Civil à luz da Constituição e também uma atenção

^{*} Palestra proferida no II Congresso Sócio-Jurídico de Oñati: Las formas del derecho en Latinoamérica: Democracia, Desarrollo, Liberación, 18-20 de julho de 2007. Optou-se por manter o estilo coloquial, acrescentando-se algumas notas bibliográficas essenciais.

¹ Sobre o assunto é fundamental a leitura da celebrada obra de Perlingieri (2008).

especial do operador do Direito para com a efetividade social dos direitos fundamentais.

Nos Estados democráticos, os princípios fundamentais são estabelecidos na esfera política, que também é competente para reconhecer os valores comuns. Desse modo, o primado da ordem jurídica consubstancia-se na primazia das decisões políticas, o que impõe ao legislador o esforço não só de refletir a realidade como de conscientemente buscar sua transformação². É justamente na força de transformação da realidade³ que consiste o Direito, de maneira que, ao lado da tradicional função repressiva, mantenedora do *status quo*, lhe deve ser reconhecida uma intrínseca função promocional⁴.

Busca-se, portanto, uma sociedade mais justa e solidária, fundada na dignidade da pessoa humana, apesar de essa sociedade se exprimir por meio de valores do mercado.

Nessa ótica, propugna-se por uma mudança na continuidade, isto é, compreender o Direito de acordo com as realidades sociais em constante mutação e buscar, sempre, atender às necessidades concretas dos indivíduos. O objetivo a ser alcançado, contudo, não prescinde da análise jurídica das realidades. Segundo a metodologia adotada, o jurista não pode se prender ao dogmatismo de um texto legal como se, ele próprio, não sofresse modificações derivadas da realidade social. Realidade da qual o Direito é um aspecto essencial. Assim, os aspectos sociológicos são parte integrante do Direito, de maneira que entre Direito e realidade social existe uma interação profunda, já que as regras jurídicas, sem dúvida alguma, incidem sobre os comportamentos sociais. Ao mesmo tempo, a sociedade não apenas muda continuamente os elementos de valoração dos fatos normativos, como, em geral, cria as normas que são funcionais à ordem histórica presente.

O MOMENTO ATUAL

Também é importante, para o nosso tema, considerar o momento atual. Na sociedade contemporânea, a questão da democracia é fortemente influenciada por duas dimensões constituídas pelos Direitos Humanos e pelos pro-

² Nesse sentido, Moraes (2006, p. 5).

³ Assim, Perlingieri (1999, p. 63 et seq.).

⁴ Bobbio (1977, p. 13 et seq.).

cessos de globalização. Uma globalização que, adversa como é a fronteiras certas e definidas, reclama um espaço transnacional em contínua redefinição pelos mercados. A extraordinária força conectiva desses mercados, por sua vez, acaba por anular ou tornar menos significativos os velhos confins traçados pela História e pelos Estados⁵. Assiste-se, então, a uma (tentativa de) primazia da economia, com conseqüente declínio dos Estados e da soberania. Mas, se por um lado a expansão dos mercados significa maior atração de capitais, bens e serviços em âmbito nacional, por outro, o risco de marginalização e de exclusão social tende a crescer, levando a um incremento da desigualdade na distribuição e utilização dos recursos, com o conseqüente enriquecimento dos países mais ricos em detrimento dos países menos favorecidos.

Nesse panorama, os novos protagonistas do mercado, no afã de tutelar cada vez mais os próprios interesses, criam as próprias regras seja através de entes técnicos, como a Organização Mundial do Comércio, seja através dos grandes escritórios internacionais de advocacia a serviço das multinacionais. Desse modo, porém, como advertiu Stefano Rodotà, milhões de pessoas são sujeitas a normas e regras criadas sem qualquer controle democrático sobre elas, sem nenhuma transparência.

Eis que, então, ao lado da globalização da economia, já em curso, há que se falar da globalização do Direito⁶ e da democracia⁷. Mesmo porque, deve-se enfatizar, a relação entre globalização econômica e Direito tem as suas particularidades na medida em que, em nível econômico e político, o processo de *fluidificação* dos confins se realizou espontaneamente, em função do nascimento de redes de comunicação mundial que só agora, adverte-se, começam a exigir a fixação de limites. Em âmbito jurídico, ao contrário, a sua realização (globalização) requer a superação de algumas regras, o que somente é possível mediante a criação de outras regras⁸. Mas regras que reflitam

⁵ Grossi (2002, p. 151 et seq.); Ferrarese (2002, p. 7 et seq.).

⁶ Perlingieri (1995a); Rodotà (2002, p. 17); Flick (2000a, p. 172 et seq.).

⁷ Assim, Müller (2003) e Flick (2000b, p. 596 et seq.).

⁸ Flick (2000a), para quem os Direitos Humanos constituem o único meio para superar “em nome do homem as particularidades nacionais e realizar a perspectiva ‘global’” (p. 180). Dessa forma, somente mediante a afirmação dos direitos fundamentais e do valor da solidariedade seria possível alcançar a “unidade na diversidade”, lema da União Européia.

todos os interesses presentes no mercado e não, como acontece atualmente, apenas os da *business community*. E, o que é mais importante, regras que respeitem o valor primário da pessoa e que assegurem a realização dos direitos e liberdades fundamentais.

Assim, para evitar o risco de um novo domínio “colonial”, é essencial um novo paradigma capaz de assegurar o desenvolvimento sustentável e igualitário sob a ótica da prevalência dos Direitos Humanos e do valor democrático.

O ENFOQUE DA QUESTÃO

O tema que abordarei é intencionalmente genérico. Não é absolutamente minha intenção apresentar conceitos e assertivas acerca do complexo relacionamento entre Direito e democracia. Sequer darei definições de democracia e de Direito. Ambos são conhecidos e controversos. Todavia, quero assinalar, de início, que pode haver Direito sem democracia, mas não há democracia sem Direito, pois a democracia exige normas definidoras dos modos de aquisição e exercício do poder, como tão bem sintetizou Norberto Bobbio.

Tomo como exemplo a Constituição Brasileira. O diploma de 1988, ao consolidar a ruptura com o regime autoritário militar instaurado em 1964, demarca, no âmbito jurídico, o início de um processo de democratização do Estado brasileiro. Mas também esse processo caminha lentamente, muito lentamente, em razão da diversidade entre o proclamado e a realidade.

Durante os regimes totalitários, os maiores desafios da América Latina foram a abertura política, a estabilização econômica e a reforma social. Após a ruptura com a ditadura, na tentativa de manter o passo com os países mais avançados, o problema passou a ser a inclusão na economia globalizada, processo que, infelizmente, contribuiu para aumentar as desigualdades sociais e o desemprego e, por conseguinte, a pobreza e a exclusão social. A transição democrática, portanto, evidencia que o desafio maior consiste na consolidação da democracia, a ser realizada por meio da efetivação do exercício pleno de direitos e liberdades fundamentais, já que a mera realização de eleições livres não é suficiente para garantir uma sociedade justa e igualitária.

Ainda usando o Brasil como exemplo, a falta de maturidade da democracia brasileira pode ser medida também pelos instrumentos que o Governo utiliza para impor a própria vontade e as próprias decisões e contornar, assim, o obstáculo representado pelo Congresso. Refiro-me à chamada “Medida Pro-

visória”, criada à imagem e semelhança do Decreto-lei, que durante a ditadura era utilizado para impor a vontade do Poder Executivo à sociedade, suprimindo a função do Poder Legislativo. A Medida Provisória foi criada na presidência Sarney e incorporada à Constituinte de 1988 com o objetivo de ser utilizada somente em situações excepcionais. Mas, assim como aconteceu na ditadura com o Decreto-lei, a Medida Provisória ocupa um lugar cativo no cenário político brasileiro atual, circunstância que contribui para confirmar que a democratização é um procedimento, porque muitos são os países que seguem esse procedimento democrático mas que não são democráticos nas decisões que tomam. No que respeita aos princípios constitucionais, principalmente os de tutela da pessoa e da democracia, não se deveria confundir “decisão por maioria” e “governo da maioria”. Este último, menosprezando os “direitos das minorias”, corre o risco de se transformar em uma “ditadura da maioria”. É preciso evitar, assim, um sistema político em que as maiorias apenas votam, mas efetivamente não decidem⁹.

É importante destacar a propósito que o fenômeno do Direito não é apenas estrutural, caracteriza-se também pelo perfil funcional. Um aspecto funcional que corresponde a uma função de mediação, de superação do conflito, não mediante a lei da força, mas por meio da força da lei. Um aspecto funcional que se diversifica em relação a um determinado momento histórico.

A constitucionalização do Direito constitui uma exigência de unidade do sistema e do respeito à hierarquia das fontes, além de representar o único caminho viável para evitar o risco de degeneração a um estado de direito meramente formal. O Direito é cultura. Mas a cultura oficial não pode condicionar a concretização dos valores presentes no ordenamento jurídico, sem se pôr em uma posição de aberta violação da legalidade humana e das suas

⁹ Como observa Gallo (2000, p. 7 et seq.), comentando a obra de Luciano Canfora (2000), a consequência da aprovação de uma lei não significa necessariamente a obtenção de uma lei justa. O autor afirma que a razão pela qual a vontade da maioria deva sempre prevalecer sobre a da minoria não reside na sabedoria superior garantida pelo número, já que “ninguém poderá sustentar, com razoabilidade, que, entre cinco votantes, três estão necessariamente com a parte da razão e dois, não”. O fundamento da regra da maioria não se encontra, portanto, na maior aderência à verdade histórica e no consequente caráter justo da resolução, mas, sim, na exigência de um critério objetivo que afirme qual é a vontade expressa pelo órgão deliberativo (p. 8).

exigências existenciais. As próprias regras hermenêuticas devem ser expressões da estrutura e da lógica do sistema jurídico, e não da lógica abstrata do jurista¹⁰.

A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A partir, então, da conscientização de que a Constituição não é tão-só um programa para o legislador, mas concretamente um válido instrumento para os operadores do Direito que possibilita a aplicação direta dos princípios constitucionais nas relações privadas, os direitos fundamentais ganharam força e um grau maior de efetividade.

Se é verdade que a busca de um fundamento absoluto para os Direitos Humanos pode se considerar supérflua, já que a partir da Declaração dos Direitos do Homem eles alcançaram um consenso abrangente, é também verdade que não se consegue ir além da asserção de que se trata de necessidades ou interesses primários da pessoa humana. Isso levou os estudiosos a afirmar que o problema, hoje, não é demonstrar a sua existência, consiste, ao contrário, no desafio da sua tutela, porque freqüentemente são os próprios Estados que os desatendem, que não os respeitam¹¹.

A própria Europa é um exemplo disso. A idéia da legitimação por meio dos direitos fundamentais faz parte da tradição política e jurídica de muitas culturas européias. De fato, a quase totalidade das Constituições modernas reconhece expressamente os direitos fundamentais e prevê a submissão e controle de todos os atos dos poderes públicos, inclusive das leis. E não apenas isso. Os Estados elaboraram e subscreveram Cartas e Tratados internacionais nos quais aceitaram, embora com finalidades diversas, limitar o exercício da própria soberania, atribuindo também a Entes supranacionais, instituídos para esse fim, a tarefa de definir políticas comuns. É certo também o impacto que teve, e está tendo, o processo de globalização sobre os direitos dos indivíduos. Assiste-se, de fato, a um duplo fenômeno. De um lado, tem-se um incremento do número de Textos de tutela dos direitos orientados a estender os instrumentos de garantia às liberdades dos indivíduos; de outro, aumentam as exi-

¹⁰ Perlingieri (1980, p. 107 et seq.).

¹¹ Bobbio (1990, p. 16).

gências merecedoras de tutela, que assumem a categoria de verdadeiros direitos fundamentais¹².

Todos os Estados membros da União Européia fazem parte do Conselho da Europa e, ratificando a Convenção Européia para a salvaguarda dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais, reconheceram a Corte Européia dos Direitos do Homem (CEDH) de Estrasburgo como órgão de tutela e de interpretação da Convenção. Através da CEDH e da jurisprudência da Corte de Estrasburgo estabeleceu-se, assim, um padrão mínimo em relação ao qual todos os Estados membros são chamados a garantir os direitos fundamentais. Por conseguinte, os direitos fundamentais e a tutela do indivíduo diante do Estado tornaram-se hoje tão essenciais para a legitimidade dos sistemas políticos que um poder político que não satisfaça essas exigências, sem dúvida, será taxado de ilegítimo.

Com o constitucionalismo contemporâneo, a doutrina vem se esforçando para elaborar um Direito mais próximo à realidade e comprometido com a emancipação social. Estamos diante de um novo constitucionalismo em que emerge a necessidade de tutela não tanto em face do Estado, mas de outros sujeitos, ou seja, do mercado, porque vivemos uma época em que a *lex mercatoria* atinge dimensão universal e globalizada, como que imposta pelas forças hegemônicas internacionais¹³.

Direitos fundamentais e liberdades econômicas

Quando se discorre sobre globalização, vem de imediato à nossa mente a palavra “mercado”. E a globalização é, sim, o resultado de um poder prevalentemente econômico. Mas isso não quer dizer que não possa se caracterizar

¹² Direitos fundamentais que, não podemos esquecer, são direitos históricos: nesse sentido, *ibid.*, p. XIII et seq.

¹³ Afirma Perlingieri (2008) que os novos valores propugnados pela Constituição inverteram a ordem jurídica da sociedade. Esta, de fato, ao reconhecer um *status* privilegiado à pessoa humana, à qual considera funcionalizado todo o ordenamento, assume o fundamental compromisso de remover os obstáculos que de fato impedem o pleno desenvolvimento da pessoa e, portanto, propugna uma intervenção pública não mais meramente garantista e como resposta a problemas conjunturais, mas a intervenção promocional, na ótica da justiça distributiva que se apresenta como direta expressão de solidariedade civil.

por uma face humana¹⁴. Para tanto, é necessário transferir a análise do fenômeno do ponto de vista do mercado para o da centralidade da pessoa e do reconhecimento dos Direitos do Homem, pressupostos mesmo para uma tal caracterização.

Também na União Européia esse problema é sentido, tanto que ela está paulatinamente se direcionando para uma globalização por meio dos direitos e não do mercado¹⁵. Essa evolução na orientação européia encontra-se evidenciada, desde 1999, na motivação sobre a necessidade de uma carta de direitos que representaria uma “condição indispensável para a sua legitimação”¹⁶. Todavia, para além da consciência da impossibilidade de perseguir apenas a lógica mercantilista, e apesar da maior abertura dos sucessivos Tratados europeus em direção aos objetivos sociais e existenciais e da contribuição da jurisprudência comunitária, a evolução nessa direção ainda está longe de se completar. Porque, ainda que de forma decrescente, continua prevalecendo a cultura mercantilista. Não existe ainda uma tutela forte da pessoa humana, na medida em que a pessoa não é tutelada como pessoa, mas como trabalhador, consumidor, investidor. Uma evolução ainda *in itinere* porque centrada no individualismo e não no personalismo. De fato, enquanto o individualismo consiste na atribuição somente de direitos, o personalismo comporta um conjunto de direitos e deveres. No personalismo a liberdade é fonte de responsabilidade.

Não é possível construir um mercado sem regras; regras, porém, que devem garantir a todos o respeito dos próprios direitos. Como a sociedade não se reduz ao mercado e às suas regras, caberá então ao Direito indicar os limites e as medidas corretivas que não podem ser ditados somente em razão da riqueza ou da sua distribuição, mas que, ao contrário, devem contribuir para alcançar e respeitar os valores fundantes da ordem jurídica¹⁷.

O ordenamento do mercado deve assegurar um tratamento igualitário a todo cidadão, evitando a exploração e a exclusão social. Atual, portanto, é a advertência de não superestimar o papel da economia, considerando-a a única força estrutural da sociedade, já que, ao reduzir o Direito à mera superestru-

¹⁴ Rodotà (2002, p. 17); sobre esse ponto, são muito interessantes as páginas de Dahrendorf (1984).

¹⁵ Rodotà (2005, p. 21 et seq.).

¹⁶ Conselho europeu de Colônia de 3 e 4 de junho de 1999, anexo IV.

¹⁷ Perlingieri (2008, cap. X).

tura, legitima-se a prevalência de uma *praxis* que, normalmente, é imposta pelas forças econômicas¹⁸.

Temos de levar em conta que o ordenamento constitucional é, sim, um ordenamento aberto, no sentido de se conformar à ordem internacional, mas de se conformar, ou de se dever conformar, com o que ela tem de positivo. Daí a necessidade de verificar sempre se essa ordem internacional é conforme aos valores constitucionais. É portanto significativo que a Constituição brasileira tenha explicitado que a República Federativa do Brasil se rege, nas suas relações internacionais, entre outros, pelo princípio da prevalência dos Direitos Humanos (Art. 4, II, da CF).

Como dissemos, a ação exterior da UE caminha, apesar de lentamente, em direção à maior tutela da dignidade da pessoa, na medida em que, gradualmente, está fazendo da democracia e dos Direitos Humanos uma questão primordial em suas relações com outros países e regiões. De fato, desde 1992, os acordos comerciais e de cooperação com países terceiros contêm uma cláusula que elege os Direitos Humanos como elemento essencial das relações entre as partes. Mesmo assim, e apesar disso, deve-se ressaltar a incoerência de alguns Governos que, de um lado, propugnam a defesa dos Direitos Humanos e, de outro, incentivam as relações econômicas com países que manifestamente apóiam empresas que operam com violação desses direitos.

Reconhecer a maior abertura da Europa em direção a uma visão personalista do ordenamento não deve impedir, todavia, de revelar uma profunda incongruência no comportamento da UE, porque, de um lado, nas relações externas com os países subdesenvolvidos, pobres, ela se mostra forte, impondo regras sociais; mas, com os países desenvolvidos, fortes, com as grandes empresas, ela não tem o mesmo comportamento e aceita que eles insiram no mercado produtos feitos com violação dos Direitos Humanos. E não é só isso. A Europa demonstra uma atenção muito grande à saúde dos próprios cidadãos, quando proíbe, por exemplo, a importação de produtos chineses que são produzidos com componentes não conformes aos padrões de segurança europeus. Mas não toma nenhuma medida concreta contra as indústrias que, perseguindo uma lógica meramente de lucro, transferem suas fábricas para países onde as condições de trabalho são desumanas e, justamente por isso, mais convenientes. Por esse motivo, a proteção dos Direitos Humanos não mais pode ser

¹⁸ Para maiores informações, ver *ibid.*, p. 161 et seq.; Bobbio (1977, p. 13 et seq.).

perseguida de forma adequada se continuar confinada somente ao âmbito do Direito Público, porque as pressões do mercado, especialmente intensas na atividade econômica privada, podem favorecer uma conspícua violação à dignidade da pessoa humana, reclamando por isso mesmo um controle social com fundamento nos valores constitucionais.

O problema é certamente complexo, envolvendo múltiplas vertentes que aqui podem ser apenas acenadas. É preciso levar em conta todos os interesses em jogo. Afirma-se, a propósito, a necessidade de introduzir nos tratados internacionais cláusulas sociais, por exemplo, sobre condições mínimas de trabalho. Todavia, é preciso também levar em consideração que, muitas vezes, por enfrentar graves dificuldades de sobrevivência, as nações mais pobres se vêem obrigadas a abdicar do próprio sonho de justiça social. Em Seattle, por exemplo, nas discussões da Organização Mundial do Comércio, alguns representantes dos países menos desenvolvidos viam as cláusulas sociais relativas ao trabalho do menor ou à imposição de um salário mínimo como um meio para os países mais avançados criarem dificuldades à economia dos países menos favorecidos.

Quando se fala em solidariedade e mercado, portanto, destaca-se o conflito potencial que pode surgir entre a lógica estritamente egoísta dos sujeitos que atuam no mercado e a solidariedade vista como os atos que os poderes públicos prevêem em função da tutela dos direitos definidos normalmente como sociais. A globalização cria a exigência de direitos comuns, que vão dos direitos econômico-sociais aos novos direitos nas áreas de bioética e meio ambiente, por exemplo, ou mesmo o direito à privacidade, entendido como o “direito de manter o controle sobre as próprias informações”¹⁹, o direito à vida, o direito à dignidade, o direito de procriar.

O fenômeno da massificação dos contratos e o notável desenvolvimento da tecnologia evidenciaram assim a insuficiência dos mecanismos tradicionais utilizados pelo Direito Civil e impuseram a busca de soluções que propugnassem uma melhor qualidade de vida e de realização da personalidade.

No âmbito da relação mercado-ambiente-pessoa, insere-se uma sentença da Corte constitucional italiana²⁰ relativa à normativa *antismog* (D.P.R. n° 203/83), que pode dar a dimensão exata da aplicação concreta da metodologia que estamos demonstrando. A lei parecia atribuir às empresas o ônus de instalar

¹⁹ Rodotà (1992, p. 190).

²⁰ Corte constitucional, 16-3-1990, n. 127. In: I Foro italiano, 1991, c. 36 et seq.

os aparelhos necessários para eliminar as emissões poluentes desde que o custo não fosse excessivo para a própria empresa. A impressão que se tinha era que a exigência de tutela do ambiente, que requeria a instalação de aparelhagem avançada, estivesse subordinada à capacidade – ou melhor, à vontade – que as empresas interessadas tinham de fazer um investimento nesse sentido e, portanto, subordinada à livre iniciativa privada. A Corte constitucional resolveu a questão mediante uma interpretação dita de adequação, da norma impugnada, no sentido de que, em qualquer caso, a empresa não poderia superar o nível das emissões consentido por lei: ou seja, o limite dos custos adequados não poderia permitir jamais a emissão no ar de substâncias poluentes que fossem intoleráveis para a saúde da pessoa humana e o ambiente em que vive. O que significa que o custo econômico para a empresa pode ser levado em consideração apenas a respeito da tutela à pessoa e ao ambiente. Portanto, uma expressa funcionalização das situações patrimoniais àquelas existenciais.

Para realizar a globalização do ponto de vista do Direito, então, é necessário superar as particularidades nacionais mediante a recuperação da dimensão individual e a tutela dos Direitos Humanos fundamentais. Se, por exemplo, o concreto uso dos Organismos Geneticamente Modificados (OGM) fosse voltado a melhorar a qualidade da vida das pessoas e das áreas pobres do mundo, provavelmente o debate assumiria um conteúdo diferente do atual. Mas infelizmente, até o momento, o objetivo que prevalece é o lucro, é o monopólio das multinacionais na produção de bens que deveriam ser de todos. É por isso que adquire uma enorme relevância a posição do Brasil e da África do Sul em relação às patentes dos remédios²¹. Uma posição corajosa que está encontrando repercussão mundial.

Contudo, se é verdade que são postulados da justiça a proteção da vida e da dignidade humana, a proibição de redução e degradação do homem a objeto, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e a proibição do arbítrio, causa pelo menos perplexidade o fato de que, no Direito Interno, os juízes cheguem a cominar de nulidade os contratos relativos a *chat line* eróticos por violação à dignidade humana, mas não cogitem em cominar de nulidade também os contratos concluídos com as empresas que operam explorando o trabalho de menores. Emerge assim a questão da relação entre autonomia contratual e tutela da pessoa humana.

²¹ Ver, em relação a esse ponto, Rodotà (2001).

Liberdade econômica e dignidade humana

É interessante, aqui, trazer como exemplo de ponderação de princípios, com prevalência das relações existenciais sobre as patrimoniais em um conflito entre atividade econômica privada e tutela dos direitos fundamentais, o conhecido caso do chamado arremesso do anão.

O fato, largamente presente nos noticiários, aconteceu na França no final do ano de 1991. Uma empresa do ramo de entretenimento para jovens lançou, em algumas discotecas, uma não usual atração conhecida como “arremesso de anão”, consistente no lançamento pela platéia de um indivíduo de pequena estatura (um anão) de um ponto a outro do estabelecimento, como se ele fosse um projétil.

Tal atividade foi interdita por ordem do prefeito de Morsang-sur-Orge, sob a alegação de violação ao Art. 131 do Código dos Municípios e com fundamento no Art. 3º da Convenção Européia de Direitos Humanos. De tal decisão, recorreu o próprio anão em litisconsórcio com a empresa, sob a alegação, entre outras, de que a atividade econômica privada e o direito ao trabalho representam garantias fundamentais do ordenamento jurídico francês. A decisão do prefeito foi, então, anulada pelo Tribunal Administrativo de Versailles²².

Levado o caso ao Conselho de Estado, este, decidindo o recurso, reformou a decisão do Tribunal, declarando que o respeito à dignidade da pessoa humana é um dos componentes da noção de ordem pública, cabendo à autoridade administrativa, no uso do poder de polícia, interditar espetáculo atentatório a tão importante valor²³. Da deliberação, destacam-se as seguintes constatações: a) a dignidade da pessoa humana, como lastro do poder de polícia, representa uma limitação à liberdade individual, mais precisamente à liberdade de contratar, tutelando, assim, o indivíduo contra si próprio; b) no escopo de definir o que se deve entender por tratamento degradante, o Conselho de Estado adotou a noção da Corte Européia dos Direitos Humanos, ao individualá-lo na atitude “*que humilha grosseiramente o indivíduo diante de outrem ou o leva a agir contra a sua vontade ou sua consciência*”.

A argumentação do Conselho de Estado corrobora a posição de que a dignidade do homem é um valor absoluto: todo homem, como tal, é digno

²² Tribunal Administrativo de Versailles (1992, p. 1.026).

²³ Cons. État, Ass., 27 dez. 1995.

como qualquer outro homem, prescindindo da raça, nacionalidade, religião, condição social, de modo que o próprio desenvolvimento da sociedade, da economia, deve fazer referência a esse valor. A dignidade humana, então, torna-se a base do desenvolvimento sustentável, a medida por meio da qual a qualidade do desenvolvimento deve ser valorada.

A dignidade conota um valor indisponível e irrenunciável ²⁴, mesmo por parte do seu titular, com reflexos até mesmo sobre a autonomia contratual, até há pouco tempo reino incontrastado do individualismo.

Dignidade como valor objetivo e inderrogável, subtraído, por esse motivo, à livre disponibilidade do indivíduo que é seu titular. É a prevalência, portanto, da acepção objetiva da dignidade, a única capaz de garantir maior proteção à pessoa. Isso porque põe em evidência que o princípio de tutela da dignidade humana, na espécie, não diz respeito à dignidade do homem ou da mulher concretamente interessados, mas se refere ao gênero humano globalmente considerado ou, pelo menos, a um grupo mais restrito de sujeitos individualizados. Pode-se notar, portanto, que enquanto, em âmbito nacional, a jurisprudência, como se viu, vem coibindo práticas lesivas da dignidade da pessoa, em âmbito, digamos, mundial, ainda não se consegue impedir a proliferação do trabalho degradante.

Partindo da consciência de que a democracia constitucional é condição da justiça social, os princípios constitucionais delineiam um espaço de projeção idôneo para orientar, pela imediata validade preceptiva que os caracteriza, as concretizações interpretativas e para influenciar as relações de Direito Privado enquanto razões justificadoras da sua consistência normativa. Sim, porque ao imperativo da eficácia deve ser conjugada a exigência ética de justiça social, inspirada em uma ordem democrática que garanta o pleno exercício dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais.

Gostaria então de dirigir o vosso olhar para a pessoa humana frágil, a pessoa humana que precisa de particular proteção porque ou é miserável, ou é criança, ou é idosa, ou é doente, pois, como disse Hannah Arendt, a democracia serve para garantir os direitos das minorias; a maioria pode garantir os seus “direitos” pela força.

²⁴ Sobre esse ponto, ver Ferrajoli (2001).

A PROTEÇÃO AOS GRUPOS MAIS FRACOS NA AMÉRICA LATINA ENTRE O MERCADO E O SOLIDARISMO

Somos cientes de que as transformações das sociedades e dos ordenamentos envolvem aspectos sociais, culturais, tecnológicos e econômicos que requerem uma atenção especial para com os instrumentos de tutela dos direitos fundamentais, principalmente em relação às situações subjetivas caracterizadas por específicas condições de desvantagem ou de diversidade, derivantes também de especificidades culturais. Emerge, assim, a exigência de tutelar as situações de particular vulnerabilidade física e psíquica, como as de idosos, de deficientes físicos e de menores, ou as de grupos de minorias culturais que, de um modo ou de outro, devem integrar-se em uma sociedade dominada por paradigmas de cultura ocidental.

Sem ética não há Direito; justamente em função disso, no centro do ordenamento foi inserida a pessoa com seus direitos. Mas o mundo, e a América Latina em particular, vive a paradoxal convivência do avanço tecnológico com o mais intenso e generalizado sofrimento da maioria de seus habitantes, tornando inevitável o questionamento acerca da utilidade do progresso e das conquistas científicas²⁵.

Sabe-se que as problemáticas da pessoa humana não devem mais ser abordadas de um ponto de vista geral e abstrato. É necessário considerar de forma adequada que o objeto das análises jurídicas é o homem histórico, inserido na realidade ambiental, político-econômico-social, ou seja, nas condições concretas em que vive e atua²⁶.

Também nesse ponto a Constituição brasileira é marcada por um avanço na previsão de uma atenção especial para com as categorias de sujeitos vulneráveis. Mas, infelizmente, apesar da aprovação de vários estatutos de proteção, da criança e do adolescente, do idoso, do consumidor, temos de reconhecer que a efetivação da tutela está muito aquém do desejado e do necessário.

Não podemos esquecer que não só o Direito, mas também a democracia, são postulados éticos e não apenas políticos. Nesse panorama, a eficácia e o desenvolvimento da tutela da dignidade humana dependem, em grande parte,

²⁵ Sobre esse assunto, impõe-se a referência aos escritos críticos de Rodotà (2006; 2008).

²⁶ Stanzione (1975); Perlingieri (1990, p. 81 et seq.).

da consciência que se assumirá em relação à certeza de que a qualidade da vida não depende exclusivamente da renda ou da riqueza, devendo, ao contrário, ser relacionada ao que efetivamente cada pessoa é capaz de ser ou de fazer. Justamente, portanto, como sabiamente afirma Bobbio²⁷, o grau de civilização, na era moderna, é medido pelo tratamento e pela atenção reservados aos mais vulneráveis, porque Direito não é apenas lei, mas também cultura. Todavia, a solidariedade, como valor ético universal, deve ser vista como instrumento de promoção da pessoa e não como arma de discriminação e de arbítrio; deve ser interpretada de maneira ampla, e não restrita somente ao próprio grupo.

Nesse sentido, reconhecer a função promocional e transformadora do Direito significa combater a concepção do Direito como um instrumento do mais forte, significa aceitar a forte conexão entre Direito e cultura, uma cultura que, como reflexo da sociedade, é sempre complexa.

A concretização do projeto constitucional requer um desenvolvimento que seja marcado pela efetiva tutela da dignidade da pessoa e da realização de seus valores existenciais. Mas, para alguns segmentos da sociedade, à igualdade jurídica corresponde uma desigualdade fática. Um exemplo dessa afirmação pode ser dado pela situação da mulher, que, culturalmente, sempre esteve socialmente marginalizada na sociedade, encontrando-se, ainda na atualidade, na base da pirâmide da exclusão social no Brasil²⁸. O motivo reside no fato de que nem a ditadura nem a democracia viabilizaram um ambiente político que pudesse promover uma efetiva inserção das mulheres na sociedade²⁹. Nem houve preocupação em eliminar os efeitos da exclusão social historicamente vivida pelas mulheres. Esse é um problema que, por vários

²⁷ Bobbio (1988, p. 75 et seq.).

²⁸ O poder marital no Brasil, por exemplo, só acabou em 1988, com a promulgação da Constituição, que, nos moldes da Constituição italiana de 1947 (Art. 29), estabeleceu no Art. 226, § 5º, a igualdade entre os cônjuges. Com uma grande diferença, porém, dada pela efetividade da norma constitucional. De fato, na Itália, a igualdade moral e jurídica dos cônjuges estabelecida no artigo 29 Const. foi parcialmente concretizada somente em 1975, com a reforma do Direito de Família, enquanto no Brasil, depois de 1988, somente uma minoria de autores continuou sustentando a vigência do poder marital com o argumento da não revogação expressa do Art. 233 do Código Civil.

²⁹ Carneiro (2006).

aspectos, independe de classe social ou de educação. Na Itália, por exemplo, país considerado de primeiro mundo, a mulher ainda não pode transmitir o próprio sobrenome aos filhos e, apesar de a disciplina sobre relações pessoais no casamento ter mitigado a questão, tem que se apresentar socialmente com o sobrenome do marido³⁰.

O problema da tutela da dignidade da mulher envolve diversos aspectos que não podem ser tratados aqui de forma específica. Basta pensar na procriação medicamente assistida, no Brasil ainda não regulamentada, ao contrário da Itália, que desde 2004 dispõe de uma lei muito polêmica³¹, porque espelha não a opinião e o interesse da sociedade, mas, sim, os do segmento católico do país³². A disciplina prevista nessa lei, de conteúdo altamente ideológico, revela o descaso com que, na realidade, a mulher ainda é tratada, a quem não se reconhece o direito à autodeterminação sobre o próprio corpo.

Sem mencionar o problema, bem mais grave, da violência familiar, que ainda não encontrou uma solução adequada. É preciso reconhecer que, nesse ponto, o Brasil deu um grande passo à frente com a recente aprovação da chamada Lei Maria da Penha³³, que coíbe a violência doméstica e familiar contra a mulher. Apesar de aplaudida, a lei, todavia, está sendo objeto de muitas críticas, principalmente no sentido da sua inconstitucionalidade por violação do princípio de igualdade. Mas há um engano fundamental nessas críticas, porque a lei espelha justamente a concretização do princípio da igualdade, mas da igualdade substancial, isto é, o princípio que de forma mais completa realiza o ditado constitucional da dignidade da pessoa humana, princípio sobre o qual se baseia o ordenamento brasileiro.

Creio, de toda sorte, que, para além das imperfeições que a lei possa conter e que certamente contém, é importante destacar que ela reconhece expressamente a gravidade da violência doméstica em quaisquer casos em que haja vínculo afetivo entre a vítima e o agressor, independentemente do sexo, por isso também em um relacionamento homossexual, que prescinde da coabitação. Foi um passo muito importante para resgatar a cidadania plena da mulher em uma sociedade ainda, e apesar de tudo, fundamentalmente machista.

³⁰ Sobre esse assunto ver De Cicco (1985, p. 960 et seq.; 2006, p. 203 et seq.).

³¹ Lei n° 40 de 19 fev. 2004.

³² Para uma crítica à Lei n° 40, consultar De Cicco (2005, p. 143 et seq.).

³³ Lei n° 11.340, de 7 de agosto de 2006.

É lógico, contudo, que apenas a lei não basta para resolver esse grande problema social, é necessária também uma mudança de postura e de mentalidade. De fato, se o princípio democrático impõe uma efetivação total da dignidade humana, valor máximo dos modernos sistemas normativos, corolário lógico é a ilegitimidade das formações sociais que não permitem a realização plena da pessoa e que pretendem se subtrair ao controle social. Justa, portanto, é a afirmação de que um ordenamento fundado no respeito da pessoa humana não pode admitir “a democracia nas ruas e a intolerância na vida privada”³⁴. Parafraseando, então, uma publicidade-progresso veiculada pela televisão italiana, podemos afirmar que a “violência não é um assunto particular. Abra essa porta!”

E, abrindo a porta, podemos esperar que essa lei tenha melhor sorte, em termos de efetividade, do que o Estatuto da Criança e do Adolescente, considerado um marco referencial de avanço no Brasil nessa área, que oferece um dos mais altos graus de tutela para a criança e o adolescente, mas que não encontrou ampla concretização. Afirma-se que o Estatuto elevou definitivamente a criança e o adolescente à condição de sujeitos de direitos fundamentais, estabelecendo a finalidade a ser alcançada: *assegurar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade*. Direitos que devem ser assegurados solidariamente pela família, pela comunidade, pela sociedade em geral e pelo Poder Público. Mas o que dizer dos milhões de crianças e adolescentes obrigados a trabalhar para contribuir para o sustento da própria família? E as crianças e adolescentes que nem mesmo têm uma família para seu sustento e que ficam pelas ruas à mercê de delinquentes e traficantes? A realidade é bem dura e bem outra em relação à retratada no texto legal. O trabalho infantil, a delinquência juvenil e, mais recentemente, a prostituição infantil são problemas ainda longe de serem solucionados.

Um outro assunto que não podemos deixar de citar, ainda que de forma sumária, é o fenômeno da exclusão social, que comportou e ainda comporta, no Brasil, o nascimento de um direito espontâneo que assume uma variedade de formas: direito favelar, coronelismo etc. O coronelismo, por exemplo, ocorre porque a penetração do sistema jurídico formal no interior do país ainda não se completou. Pode-se observar nessas áreas, onde a estrutura jurídica ainda não foi alcançada, que os problemas da população residente são resolvidos

³⁴ Tepedino (2003, p. 381).

pelos patrões, pelos “senhores das terras” ou ainda segundo os costumes locais³⁵. Os chamados “coronéis” se aproveitam dessa “autoridade local” para se beneficiar, criando uma espécie de escambo: troca de voto rural por uma ampla autonomia extralegal.

É a partir de situações como essas que, por impossibilidade (ou falta de vontade) de o Estado atender às necessidades da população, falamos hodiernamente na criação de um direito espontâneo, vez que os indivíduos/cidadãos buscam uma alternativa para solucionar e satisfazer os próprios interesses fora da máquina estatal. Um problema, portanto, também de acesso à justiça.

Como tentativa parcial de resolução desse problema, foi criado, no Brasil, o juizado especial para oferecer uma resposta a numerosíssimos cidadãos que buscam solução jurisdicional para lesões extremamente graves da própria dignidade e concernentes a valores existenciais, que, por não serem dotadas de conteúdo econômico consistente, não justificam o recurso aos mecanismos tradicionais de tutela. Todavia, a reforma legislativa, sozinha, não assegura uma justiça mais ágil, compatível com as novas demandas e interesses da sociedade. Na individuação de uma solução, há-de se levar em conta que “direito” e “justiça” formam uma *hendíadis*, uma vez que não existe direito que não leve à justiça assim como não existe justiça sem o respeito dos direitos. O cunho fortemente garantista da Constituição não é só o resultado de uma memória que quer reagir ao outrora aniquilamento das liberdades no período da ditadura³⁶. O problema, desse modo, diz respeito também à funcionalidade da justiça porque os direitos dos cidadãos são profundamente lesados pela incrível duração dos processos e pelas condições degradantes das prisões.

Acredito que se possa afirmar que o desenvolvimento desse direito informal seja consequência direta do nosso passado colonial, porque é inegável a enorme influência que as modalidades adotadas pelos colonizadores exerceram sobre a estrutura jurídica dos países latinoamericanos. Especialmente em relação ao Brasil, pode-se afirmar, sem dúvida, que as suas instituições jurídicas ficaram profundamente marcadas pela forma como Portugal administrou a própria colônia. Isso sem mencionar a influência que exerce o *jeito* brasileiro de tratar o sistema jurídico formal. Sim, porque é necessário considerar que o Brasil foi, por longo tempo, e em certa medida ainda é, um país

³⁵ Sobre este assunto é sempre oportuno o celebrado livro de Leal (1997).

³⁶ Rodotà (1997, p. 99).

onde as leis são reinterpretadas, onde os regulamentos e as instruções centrais do governo são decretados já com um cálculo prévio do percentual de desobediência e onde o povo é o grande filtro das leis e os funcionários, poderosos ou não, criam a própria jurisprudência³⁷.

E ainda que se possa observar que essa prática de distorcer uma norma legal aconteça em quase todos os países, a peculiaridade consiste no fato de que no Brasil essa prática se radicou de tal forma que resultou na criação de uma instituição paralegal muito difundida, conhecida como *o jeito*, que já faz parte integrante da cultura jurídica brasileira, qual legado do passado ibérico. Até mesmo o golpe militar de 1964, que inaugurou o último período de ditadura no Brasil, assim como a sucessiva transição à democracia foram realizados por meio do *jeitinho* brasileiro, sem derramamento de sangue, o primeiro, sem rupturas e sem traumas, a segunda, como uma espécie de acomodamento dos interesses das partes envolvidas. Tudo de forma muito diferente do que ocorreu em outros países latinoamericanos.

CONCLUSÃO

Já me aviando à conclusão, é fato que o crescimento econômico – tão alardeado pelos governantes como meio de resolver a miséria e a pobreza – tem sido, na atualidade, apontado por alguns órgãos internacionais como incapaz de solucionar os problemas referentes à miserabilidade em razão do quadro de desigualdade social prevalecente na América Latina. E essa desigualdade pode levar rapidamente à privação sociocultural e à apatia política, em um círculo vicioso que produz como resultado um ulterior enfraquecimento da democracia.

A democracia, para se consolidar, necessita que os processos econômicos sejam inseridos em processos sociais. A consideração da pessoa humana como um todo, a prevalência do valor da personalidade sobre as situações patrimoniais e o respeito dos deveres inderrogáveis de solidariedade permitem tecer um sistema jurídico-econômico-social que não dá espaço nem para uma intervenção forte do Estado, com um dirigismo exasperado das atividades da empresa, nem para uma absoluta liberdade de mercado. A intervenção do

³⁷ Kellemen (1964, p. 11).

Estado é necessária para assegurar a ética no e do mercado. Uma intervenção que possa conjugar eficiência econômica e direitos fundamentais e que, portanto, conjugue mercado e solidariedade. Faz-se mister, para esse fim, um entrelaçamento entre reconhecimento dos direitos fundamentais e condições institucionais e materiais para a sua efetiva realização.

A ciência jurídica é uma ciência essencialmente prática, cujos reflexos devem ser examinados em relação a casos concretos e não como um fim em si mesmos. A função do Direito é mudar a sociedade. Na ótica do personalismo e do solidarismo aqui considerada, toda e qualquer situação subjetiva recebe a tutela do ordenamento se e enquanto estiver não apenas em conformidade com o poder da vontade do titular mas também em sintonia com o interesse social³⁸.

No caminho em direção à democracia, contamos com vários fatores aliados que vão da ausência de racismo social (porque o social existe e existirá enquanto sobreviverem as desigualdades sociais) à convivência pacífica das diversas religiões que nos salvaguarda dos conflitos determinados pelo fanatismo religioso, à conscientização de nossas mazelas, muitas das quais, como vimos, ainda são consequência do nosso passado colonial.

Ter consciência dos próprios limites e defeitos, todavia, ajuda mas não basta, porque somente uma adequada educação para a cidadania, ou seja, para formar e conscientizar cidadãos, poderá levar a uma efetiva democratização do país. Mas, para isso, é preciso reforçar a convicção da prevalência dos interesses existenciais sobre os patrimoniais, principalmente nessa sociedade marcada pela globalização. É necessário convencer-se também sobre a exigência de eliminar os poderes ocultos, não só os econômicos, e também a tendência da Igreja de influir não apenas sobre as consciências mas sobretudo sobre as instituições políticas.

Os direitos fundamentais tradicionalmente são vistos como liberdade ou como pretensão diante do poder estatal. Quando este decide privatizar, o privado responde com uma única lógica, o lucro. Normalmente, isso leva o indivíduo, o cidadão, a relacionar a privatização com a diminuição de tutela dos interesses existenciais. Todavia, como foi otimamente evidenciado em doutrina³⁹, tal conclusão não é correta: por mais que a criatividade dos juristas leve à elaboração de instrumentos alternativos para eludir os sistemas de con-

³⁸ Perlingieri (1995b, p. 121).

³⁹ Assim, Femia (2006, p. 194).

trole, a passagem de bens públicos à esfera privada não elimina o papel da Constituição, que é o de defender o respeito aos direitos fundamentais. De fato, a função do constitucionalismo se refere ao exercício do poder político, mas também ao poder privado. Desse modo, a privatização significaria a democratização do capital social das atividades sob o controle do Estado⁴⁰. O problema, na realidade, é outro. Se a indústria privada assim o fosse realmente e se não pudesse contar com o dinheiro dos contribuintes e não pudesse obter privilégios, então não constituiria um perigo. A indústria privada torna-se um perigo quando deixa de sê-lo e começa a exercer os poderes do Estado. Esse fato representa uma das promessas não mantidas pela democracia⁴¹, ou seja, a eliminação dos poderes invisíveis. Poderes cujas ações têm um efeito imediato. São poderes que não devem prestar contas a ninguém, que não precisam de votos e que por isso não se preocupam com a formação da vontade popular e não precisam nem mesmo de um quadro institucional definido.

Uma tutela eficaz dos Direitos Humanos deve então ir além dos confins do Direito Público e não pode prescindir de um controle social baseado nos valores constitucionais.

O Estado não deve e não pode se desinteressar do objetivo primário, que é assegurar a toda pessoa uma existência digna e livre. Não podemos esquecer ademais que a dignidade apenas não basta. A dignidade é um valor que deve ser associado à liberdade, à igualdade e à solidariedade⁴². Porque existe uma diferença profunda entre poder e direito de ser livre. O favelado, por exemplo, tem direito de ser livre, mas não o poder de ser livre; ele vive no barraco não porque assim escolheu ou por achar isso pitoresco, mas porque é impedido, de fato, de alcançar outra solução⁴³. Somente a libertação da necessidade poderá então efetivar o verdadeiro respeito à dignidade humana.

⁴⁰ Quase textualmente, Tepedino (2006, p. 416).

⁴¹ É conhecida a tese de Bobbio (1984) no sentido de que a democracia não soube manter seis promessas importantes: a soberania dos cidadãos, a presença de representantes que persigam o interesse da nação e não o do grupo, a derrota do poder oligárquico, o controle de todos os espaços em que é exercido um poder que toma decisões vinculantes para todo o grupo social; a eliminação dos poderes invisíveis e a educação para a cidadania.

⁴² Assim também Moraes (2003, p. 83 et seq.).

⁴³ Assim se manifestou o Prof. Dalmo Dallari na palestra realizada no 1º Congresso Anual de Estudos Constitucionais, São Paulo, 30-31 de agosto e 1º de setembro de 2006.

No âmbito de uma sociedade global que pretenda ser de caráter humano, a legislação deve favorecer uma política inspirada na paz social e na tolerância. Um enfoque global que, a respeito dos prioritários valores da pessoa, parece hoje direção obrigatória das escolhas políticas. Personalismo, solidarismo, tutela da liberdade e dignidade humana, então, deverão ser os critérios-guia para escolhas políticas que terão de ser respeitadas das possíveis diversidades para que se realize a efetiva concretização do processo democrático.

Termino com uma observação perspicaz feita sobre o caso, antes mencionado, do arremesso de anão. O fato de o anão, *Monsieur* Manuel Wackenheim, ter recorrido até à Comissão Européia dos Direitos do Homem e ao Comitê dos Direitos do Homem da ONU, invocando a violação de seus direitos fundamentais ao trabalho e à autodeterminação, leva a pensar que “a dignidade da pessoa tem certamente as suas exigências, mas freqüentemente é também um luxo que nem todos podem se permitir”.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. La funzione promozionale del diritto. In: _____. *Dalla struttura alla funzione*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.

_____. *Il futuro della democrazia*. Torino: Einaudi., 1984.

_____. I valori e i diritti umani degli anziani cronici non auto-sufficienti. In: *Eutanasia da abbandono, Quaderni di promozione sociale*. Torino: Rosenberg & Sellier, 1988.

_____. *L'età dei diritti*. 2. ed. Torino: Einaudi, 1990.

CANFORA, Luciano. *Un mestiere pericoloso. La vita quotidiana dei filosofi greci*. Palermo: Sellerio editore, 2000.

CARNEIRO, Cíntia. *O perfil da legitimidade da democracia no Brasil: 1989-2000. Uma questão de Gênero*. In: GÊNERO NAS INTERSEÇÕES: CLASSE, ETNIA E GERAÇÕES. 2006, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis: Editora Mulheres, 2006. Disponível em: <http://www.fazendogenero7.ufsc.br/artigos/C/Cintia_Carneiro_34.pdf>. Acesso em: jun. 2007.

DAHRENDORF, Ralf. *Al di là della crisi*. Trad. Michele Sampaolo. Roma-Bari: Laterza, 1984.

De CICCIO Maria Cristina. La normativa sul cognome e l'eguaglianza fra genitori. In: *Rassegna di diritto civile*, Napoli, v. 4, p. 960-989, 1985.

_____. I valori contraddittori sottesi alla legge sulla procreazione medicalmente assistita. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 21, 2005.

_____. Cognome e principi costituzionali. In: SESTA, M.; CUFFARO, V. (Org.). *Persone, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

FEMIA, Pasquale. Pluralismo delle fonti e costituzionalizzazione delle sfere private. In: PERLINGIERI, Pietro. (Org.). *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*. Napoli: ESI, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*. Roma-Bari: Laterza, 2001.

FERRARESE, Maria Rosaria. *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*. Bologna: Mulino, 2002.

FLICK, Gian Maria. Globalizzazione e diritti umani. *Jus*, Milano, v. 2, p. 171-185, 2000a.

_____. Globalizzazione dei mercati e globalizzazione della giustizia. *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, Padova, v. 2, p. 591-607, 2000b.

GALLO, Marcello. Il principio di maggioranza. *Critica del diritto*, Napoli, v. 1, p. 7-9, 2000.

GROSSI, Paolo. Globalizzazione, diritto, scienza giuridica. In: *Il Foro italiano*, 2002. v. 5.

KELLEMEN Peter. *Brasil para principiantes, venturas e desventuras de um brasileiro naturalizado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e votos: o município representativo no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana – uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. O Princípio da Dignidade Humana. In: _____. (Org.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MÜLLER, Friedrich. *Democracia e exclusão social em face da globalização*. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Friedrich_rev72.htm>. Acesso em: fev. 2007.

PERLINGIERI, Pietro. Norme costituzionali e rapporti di diritto civile. *Rassegna di diritto civile*, Napoli, v. 1, p. 95-122, 1980.

_____. Diritto della persona anziana, diritto civile e stato sociale. *Rassegna di diritto civile*, Napoli, v. 1, p. 80-99, 1990.

_____. Mercato, solidarietà e diritti umani. *Rassegna di diritto civile*, Napoli, v. 1, p. 84-117, 1995a.

_____. *Perfis do Direito Civil*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1995b.

_____. Normas constitucionais nas relações privadas. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 6 e 7, p. 63 et seq., 1999.

_____. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODOTÀ, Stefano. *Repertorio di fine secolo*. Roma-Bari: Laterza, 1992.

_____. *Libertà e diritti in Italia*. Roma: Donzelli editore, 1997.

_____. Ciò che resta del diritto ai tempi della globalizzazione. *La Repubblica*, 28 jun. 2002.

_____. Il codice civile e il processo costituente europeo. *Rivista critica del diritto privato*, Napoli, v. 1, p. 21-33, 2005.

_____. *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*. Milano: Feltrinelli, 2006.

_____. *Aids, il diritto alla salute vince sulla logica del profitto*. Disponível em: <<http://www.swif.uniba.it/lei/rassegna//010419a.htm>>. 2001. Acesso em: jun. 2007.

_____. *A Vida na Sociedade da Vigilância. A privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

STANZIONE, Pasquale. *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*. Camerino-Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1975.

TEPEDINO, Gustavo. Os 15 anos da Constituição e do Direito Civil. In: _____. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. v. 2.

_____. Humanismo e solidariedade na sociedade em transformação. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. 2.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE VERSAILLES (25-2-1992). *Revue française de droit administratif*, Paris: Dalloz, 1992.

RESUMO

Este trabalho busca analisar, a partir da hermenêutica civil constitucional, a interação entre Direito e democracia, com ênfase na função promocional do Direito e na influência que os Direitos Humanos e os processos de globalização exercem sobre a democracia. A tal fim, leva-se em consideração, analiticamente, a relação entre liberdades econômicas, direitos fundamentais e dignidade humana em suas diversas implicações, para concluir que o quadro constitucional e o núcleo dos valores e dos princípios que dele derivam constituem o único meio para realizar aquela interação entre o social e o econômico necessária para restabelecer o justo equilíbrio entre regras de valor e regras de mercado. A proteção das pessoas vulneráveis e a tutela efetiva de seus direitos, assim, podem encontrar uma completa realização somente perseguindo uma ética no mercado que seja uma autêntica expressão dos valores e princípios reconhecidos e garantidos pela Constituição.

ABSTRACT

This paper aims at analyzing, through constitutional civil hermeneutics, the interaction between Law and democracy, with emphasis on the promotional function of Law and the influence of Human Rights and globalization processes on democracy. For this, we analytically take into consideration the relation between economic liberties, fundamental rights and human dignity in their diverse implications, to conclude that the constitutional scenario and the nucleus of values and principles from which they are derived constitute the only path for establishing the necessary interaction between social and economical matters in order to reestablish the fair balance between value rules and market rules. The protection of vulnerable persons and the effective protection of their rights, therefore, may encounter full realization only by pursuing market ethics that may be an authentic expression of values and principles acknowledged and guaranteed by Constitution.

Palavras-chave: dignidade humana; direitos fundamentais; liberdades econômicas; vulnerabilidade; globalização.

Keywords: Human dignity, fundamental rights, economic liberties, vulnerability, Law (promotional function), globalization.

Maria Cristina De Cicco é Prof. Associato confermato di Diritto Privato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino.

Mediação e democracia*

Maria Guadalupe Piragibe da Fonseca

No título desta mesa, *Democracia e Mediação*, leio a seguinte mensagem: *a aplicação da estratégia da mediação só é possível em ambiente em que as regras da convivência são democráticas.*

Diz Norberto Bobbio que a experiência democrática não deve ser estática, pelo contrário, o certo é que esteja aberta a transformações¹, por isso mesmo defini-la não é tarefa fácil. Justamente por constituir prática dinâmica, a democracia se presta a diferentes interpretações e definições, algumas demasiadamente genéricas e retóricas, que não esclarecem suficientemente. Outras definições são demarcadas por contingências temporais e culturais que também deixam a desejar, porque nem sempre aparecem assentadas em premissas claras. Isso prova quão precárias são, via de regra, as definições. Para efeito dessa reflexão, o que se quer em primeiro lugar, e a partir de um

* Palestra proferida na PUC-Rio, no Seminário de Mediação, mesa “Democracia e Mediação”, em 29 de outubro de 2008.

¹ Ver Bobbio (1980), dentre outras obras do autor.

enfoque semântico da expressão democracia, é identificar alguns *pressupostos teóricos do agir* democrático na contemporaneidade e, em seguida, verificar o que caracteriza na prática uma *convivência democrática*. O objetivo é encontrar, tanto no âmbito do pensamento sobre a teoria democrática como na experiência democrática, as sinalizações para se pensar o novo em um contexto de comunicação em que as falas se pretendem livres e respeitadas de limites. O novo que aqui nos interessa é o procedimento denominado *mediação*, que, embora regulamentado e praticado em outros países², no Brasil é um procedimento que, pelo menos na área do Direito, ainda é pouco conhecido e implementado. Então a pergunta é: quais as condições teóricas e práticas para que a mediação prospere?

Digamos que a *democracia seja um modelo normativo que regula e garante, igualmente para todos os cidadãos, a livre participação na organização da sociedade, quer escolhendo seus representantes na esfera política, quer demandando e colaborando com políticas públicas, quer exercendo o direito de requerer e esperar a solução dos conflitos interpessoais e coletivos*. Não se trata de uma definição, é mais uma descrição do que se observa na construção democrática da sociedade.

A discussão atual em torno dos *pressupostos teóricos* da democracia se desenrola sob a ótica da complexidade extraordinária que marca a sociedade contemporânea e da extrema diversidade de interesses e valores em meio aos quais as relações sociais nascem e evoluem. Nesse contexto, os procedimentos políticos de obtenção de decisões ganham especial relevância para a teoria democrática, aparecendo como o principal pressuposto da garantia de tratamento igualitário das inter-relações de pessoas individualmente consideradas ou de grupos. Não obstante a existência de outros pressupostos, destaca-se aqui a necessidade de procedimentos, pois é o que interessa para efeito desta reflexão. De fato, a legitimidade de decisões em ambiente democrático está condicionada à existência de *procedimentos* claros e obviamente compreendidos e aceitos. Entretanto, a aceitação majoritária dos procedimentos não implica necessariamente consenso com relação ao conteúdo do que é decidido. Isso significa que, apesar de os caminhos trilhados para se chegar à decisão deverem ser sempre os mesmos, a decisão em si mesma não obrigatoriamente precisa

² Estados Unidos, países europeus e, na América Latina, México e Argentina.

ser acolhida por todos para ser reconhecida como democrática. Pelo contrário, quando a decisão se efetiva, pode ocorrer que: a) traga para alguns maior satisfação do que para outros; b) para que alguns interesses venham a ser contemplados, outros precisam ser, pelo menos momentaneamente, postergados; c) promova a percepção de que houve valores mais considerados em detrimento de outros. Por essa razão, o acordo democraticamente obtido não garante o atendimento das expectativas de todos os que direta ou indiretamente são alcançados pelos efeitos da decisão. Contudo, o respeito aos procedimentos significa, afinal, ganho individual para cada um dos participantes do processo, como também, e certamente, para o fortalecimento do processo democrático em si mesmo. A tese da decisão pela via de procedimentos, sem dúvida, viabiliza a solução dos conflitos interpessoais e coletivos de maneira igualitária.

As decisões na área do Direito, como se sabe, são regidas por procedimentos, na sua maioria, fortemente regulados. Tanto a elaboração das regras de Direito como a interpretação e a aplicação dessas mesmas regras, para delas serem extraídas normas de solução de controvérsias, são regidas por procedimentos formais. O processo judicial é o exemplo por excelência da racionalidade instrumental do Direito, que se manifesta por meio de dois grupos de procedimentos: a) a submissão às chamadas fontes do Direito e b) o caráter inquestionável da decisão judicial. As fontes do Direito, formas que explicitam a uniformização e a obrigatoriedade do direito positivo, resultam da aplicação dos procedimentos de elaboração das regras. A inquestionabilidade das decisões judiciais é a consequência da livre escolha da interpretação das fontes pelo decisor, desde que em conformidade com procedimentos de construção da norma adequada ao caso.

Seria possível ajustar o caráter dos procedimentos jurídicos às formas de solução não-adversarial dos conflitos na área do Direito, em especial da mediação?

O acordo pela via dos procedimentos institucionalizados não tem lugar, ou é muito estreito, no modo judicial de resolver conflitos. A lei processual vigente no Brasil abriu espaço, embora restrito, ao acordo no interior do processo judicial, como tentativa, prévia à decisão do juiz, de resolver a controvérsia objeto de demanda ajuizada³. Trata-se do recurso da *conciliação*, admitido como uma das formas alternativas de solução de conflitos. Entretanto, a con-

³ A conciliação está prevista no Código de Processo Civil, Art. 125, inciso IV, podendo ocorrer em qualquer momento da evolução do processo judicial.

ciliação, por ter lugar no interior do processo judicial, não foge a rigor da clássica racionalidade jurídica, ou seja, está adstrita aos procedimentos e regras do Direito e das leis processuais. Há dois aspectos que caracterizam a conciliação. Em primeiro lugar, é um recurso sugerido pelo juiz do feito. Em segundo lugar, conta com a participação efetiva dos advogados, que não apenas auxiliam as partes na busca do acordo mas sugerem soluções.

Entretanto, o que foi dito a respeito da existência de procedimentos e sua efetiva aplicação como pressuposto das tomadas de decisão em contexto democrático pode ser melhor adaptado à mediação. A mediação é regida também por procedimentos, embora sem o caráter dos procedimentos na área do Direito formalizado, pois no Brasil não há lei regulando a mediação, nem é preciso que haja. Os procedimentos que regem o processo de mediação são também de aceitação obrigatória e, por isso mesmo, devem ser claramente explicitados ao início do processo, de modo que ambos ou todos os envolvidos se sintam atendidos igualmente. Não obstante a obediência aos procedimentos, o resultado em si próprio da mediação nunca fica garantido. Depende da evolução da discussão entre os envolvidos e da negociação final entre os mesmos. O importante é que os procedimentos ofereçam segurança e dêem aos mediandos a certeza de que a sua participação ao longo do processo encontra-se legitimada, na medida em que obedeceu a regras equânimes e que nenhuma das partes se percebeu preterida em relação às demais. Nesse sentido, o processo da mediação está fundado no mesmo pressuposto democrático visto anteriormente.

A *convivência democrática*, que, como já se viu, está fundada no princípio da igualdade, supõe fundamentalmente duas características: *a possibilidade da atuação social livre dos cidadãos* e *a atuação solidária e de cooperação no cotidiano da vida social*. Para efeito do desenvolvimento do tema desta mesa, importa enfatizar, particularmente, os valores da *solidariedade* e da *cooperação* nas inter-relações comunicacionais que na prática aparecem fortemente conjugados ao valor da igualdade. O princípio da igualdade jurídica, embora apenas formalmente declarado pela lei, possibilita na atuação diuturna dos cidadãos o exercício da tolerância e do respeito relativamente às diferenças que de fato existem e que jamais podem ser eliminadas⁴. Essa circunstância é

⁴ “[...] o princípio da igualdade só se realiza enquanto viabiliza respeito recíproco e simétrico às diferenças” (Neves, 2001, p. 334).

notável hoje, quando o discurso sobre a impossibilidade de ignorar as diferenças vem levando à prática efetiva da convivência tolerante. Para que as diferenças do mundo real venham a ser consideradas no contexto da regulamentação das relações jurídicas, os valores da solidariedade e da cooperação precisam estar não tanto normatizados pelas leis mas, sobretudo, assimilados pelas práticas sociais. A solidariedade consiste basicamente na disposição pessoal de abertura para ouvir e avaliar argumentos trazidos à mesa de debate. Supõe, da parte de quem ouve, uma disposição de ânimo dirigida para o outro com a finalidade de ponderar as razões construídas a partir de um ponto de vista diferente do seu próprio. A cooperação complementa a solidariedade, na medida em que implica na colaboração de todos os envolvidos, quando da escolha da decisão final. Em outras palavras, o processo de decisão é cooperativo quando for capaz de incluir na interlocução as diferenças percebidas por cada uma das partes com relação às demais e finalmente compreendidas e aceitas por todos os envolvidos. A decisão cooperativa é uma construção que atravessa todas as fases do processo democrático, emergindo ao final como um produto maduro da interpretação do princípio da isonomia.

A forma dita alternativa de solução de controvérsias, conhecida como mediação, foge à clássica racionalidade jurídica e às regras do Direito processual, até mesmo às regras que regulam a conciliação. *Mediação* é outro termo semanticamente pouco determinado; por esse motivo, cabe aqui também uma tentativa de estabelecer o seu sentido relacionado ao do outro termo do título desta palestra: democracia. *Propõe-se que mediação seja entendida como um modo também jurídico a ser adotado por pessoas ou grupos envolvidos em controvérsias para – por meio do diálogo isento de constrangimentos externos e apresentando uns aos outros as suas respectivas razões, com a facilitação de um terceiro – negociarem um acordo que possa ser aceito por todos como a melhor saída para a transformação do conflito.*

A mediação tem três notas características importantes: o *diálogo orientado por procedimentos*; a *percepção dos mediandos de estarem sendo tratados com igualdade*; a *disposição de colaboração dos mediandos*. Resumindo: é possível admitir-se a mediação como uma forma jurídica condizente com os pressupostos teóricos da democracia contemporânea. Isso significa que a mediação se desenvolve *pela via de procedimentos*, apresentando as características da convivência democrática, pois *supõe neces sariamente para o êxito da negociação os valores da solidariedade e da cooperação*.

É importante e conveniente que sejam sempre aprimoradas as técnicas ou ferramentas de encaminhamento da mediação, pois elas contribuem positivamente para o diálogo entre as partes em conflito. Não que essas técnicas devam se transformar em método rígido. Pelo contrário, o procedimento é um veículo de viabilização da troca de idéias e propostas entre os mediandos e, ao mesmo tempo, de critério de estabelecimento dos limites da intervenção do mediador.

O êxito da mediação não implica em que as partes cheguem a um denominador comum capaz de produzir um real consenso. Não é disso que se trata na mediação, mas sim do fato de os mediandos se convencerem de que abrir mão de parcelas do interesse inicial que os motivou em favor de um acordo é melhor do que a permanência da disputa e muito melhor do que a solução imposta por terceiro (solução judicial). O acordo não significa que todas as diferenças entre os mediandos foram superadas. Algumas perduram e talvez venham a ser negociadas no futuro, ou levadas ao tribunal como último recurso. O que legitima a mediação é o procedimento em si mesmo, independentemente do resultado. Sendo assim, é inadmissível que, em nome do aperfeiçoamento dessa forma jurídica de solução de conflitos, se viesse a introduzir mecanismos supostamente mais eficazes em vista de um acordo que verdadeiramente pacificasse em definitivo a relação entre as partes. Em primeiro lugar, porque é falaciosa a tese de que os procedimentos jurídicos, judiciais ou mesmo extrajudiciais levam necessariamente à completa pacificação dos conflitos. Seja como for, se ainda se quisesse continuar a admitir para a contemporaneidade esse paradigma da modernidade – paz social como meta do Estado e do Direito –, diria que pela via da mediação se estaria mais próximo desse ideal do que pela via judicial. Mas, isso realmente não importa agora. O que importa é registrar o potencial do recurso da mediação para afirmar a tolerância e o reconhecimento do outro e o reconhecimento das diferenças com as quais as relações sociais hão de contar sempre. Essas bases são suficientes para fazer da mediação um procedimento auspicioso.

É por esse caminho, penso eu, que podemos entender, aceitar e praticar as formas jurídicas de solução de controvérsias como a mediação. Pessoas que se defrontam em controvérsias e que optam por formas não-adversariais ou não-judiciais para resolver o seu conflito, em princípio, estão dispostas a;

- a) seguir procedimentos necessários ao encaminhamento do debate como condição da obtenção do acordo;
- b) explicitar as suas respectivas diferenças;

c) exercitar a necessária solidariedade e cooperação no sentido da manutenção ou do restabelecimento da convivência em termos toleráveis. Nesse sentido, na mediação, a cooperação entre as partes opostas, a rigor, não resolve o conflito, mas o transforma.

CONCLUSÃO

Meu interesse pela mediação surgiu do desencanto com a solução adversarial das controvérsias advindo principalmente do conhecimento, através de pesquisas, sobre as condições e os resultados do funcionamento da instância judicial, dentre os quais o formato autoritário de dizer o Direito e o freqüente distanciamento entre a decisão dos juízes e a expectativa das partes envolvidas nos conflitos. Contudo, seria um equívoco tratar a mediação exclusivamente a partir de uma percepção emocional, mesmo que fundada. A importância da mediação não reside, a rigor, no fato de poder ser utilizada como estratégia de preenchimento do vazio e da insatisfação deixados pela atuação judicial. Por isso mesmo, não deve ser vista como forma alternativa de solução de controvérsias porque a forma considerada principal deixa a desejar. Isso nada diz, ou diz muito pouco sobre a relevância da mediação. Por outro lado, não se deve acreditar que a mediação possa funcionar como uma “porta da esperança” ou como uma espécie de bóia salva-vidas jogada no mar revolto à qual as pessoas que buscam justiça se agarram para não se afogarem em meio à burocracia das práticas judiciais. Essa é uma expectativa ingênua baseada em uma idéia errônea da mediação. Além disso, não se está diante de um recurso já estabelecido com plena firmeza. A mediação precisa ser amadurecida e construída na prática como um processo. Precisa ser apreciada por si mesma como uma das vias, em princípio a melhor, de enfrentamento dos desafios inerentes à comunicação e do encaminhamento negociado dos conflitos.

A ótica adotada para esta reflexão tomou como critério uma ideologia individualista que concebe o conflito como problema. Entretanto, segundo alguns autores, uma outra concepção de conflito fundada no conceito de natureza humana em termos relacionais é mais adequada para a análise da mediação⁵. De fato, de acordo com esse segundo enfoque, o conflito não é propriamente um problema, mas principalmente uma oportunidade de cres-

⁵ Ver Folger e Jones (1997).

cimento e de transformação nos níveis individual e coletivo. Mas esse é um tema que demanda desenvolvimento próprio.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 1980.

FOLGER, Joseph P.; JONES, Tricia S. (Comp.). *Nuevas direcciones en mediación – investigación y perspectivas comunicacionales*. Buenos Aires; Barcelona: Paidós, 1997.

NEVES, Marcelo. Justiça e Diferença numa Sociedade Global Complexa. In: SOUZA, Jessé (Org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: UnB, 2001. p. 329-363.

RESUMO

Pressupostos teóricos do agir democrático e características da convivência democrática como sinalizações para se pensar a mediação. Solidariedade e tolerância, valores democráticos da prática da mediação.

Palavras-chave: mediação, democracia, procedimentos, acordo.

ABSTRACT

Theoretical presuppositions of democratic action and characteristics of the democratic experience as signs for pondering mediation. Solidarity and tolerance, democratic values of the mediation practice.

Keywords: mediation, democracy, procedures, agreement.

Maria Guadalupe Piragibe da Fonseca é Coordenadora Acadêmica do Curso de Direito/Ibmec-Rio de Janeiro e Doutora e Livre Docente em Teoria do Direito e Direito Constitucional.

Direitos sociais positivos e direitos sociais efetivos: o projeto brasileiro para a diminuição da exclusão social *

*Paulo Abrão Pires Junior
Marcelo Dalmás Torelly*

O sociólogo português Boaventura de Sousa Santos identifica que, na modernidade, dois grandes processos de injustiça social se agudizam, o da desigualdade e o da exclusão, e que ambos se orientam em oposição ao que a própria modernidade se propôs a enfrentar: o desafio da emancipação dos homens¹. Os dois grandes teóricos desses processos são Karl Marx e Michel Foucault. O primeiro foi quem anteviu que o modo de acumulação capitalista tendia a concentrar toda a riqueza que a humanidade era capaz de produzir nas mãos de poucos homens, o segundo foi quem produziu a genealogia da exclusão, indicando que o funcionamento das sociedades modernas tendia, para garantir a homogeneidade, a excluir a diferença, marginalizando grupos cada vez maiores que eram, por suas características culturais, políticas e sociais, menos passivos ao que chamou de “normalização”².

* Uma versão deste texto foi proferida em conferência por Paulo Abrão Pires Junior no dia 12 de abril de 2008 em Caracas (Venezuela), por ocasião da reunião do Conselho Mundial da Paz.

¹ Santos (2006, p. 280-281).

² Foucault (2004, p. 189).

De outro lado, é a modernidade, com todas as suas contradições, que inaugura a idéia de que o Direito não é um conjunto normativo herdado do cosmos ou de alguma divindade, mas sim um dos vetores da estruturação social, responsável pela consolidação política de consensos que permitem estabelecer regras fundantes para a convivência, sendo, dessa forma, mutável³. E é no direito mutável que as lutas sociais se ampararam para garantir a positivação de uma série de dispositivos afirmativos e protetivos, consolidando um corpo de normas que organiza os chamados “direitos sociais”. Tal se dá no embate político, sendo então a política a principal fonte dos direitos sociais, abandonando-se a perspectiva metafísica de fundamentação da lei⁴.

O projeto político que hoje se implementa no Brasil surge da disposição de enfrentar esses dois *deficit* da modernidade, impulsionando a chamada “revolução democrática”⁵, reequacionando o projeto social que orienta as ações do Estado para que o mesmo, em um formato provisório e experimental⁶, possa servir para, valendo-se dos direitos politicamente garantidos, gerar uma nova experiência participativa de gestão do espaço público. Tal revolução caracteriza-se pelo seu pacifismo e por seu compromisso de garantir uma máxima ampliação da democracia, entendendo que nem os governos liberais nem as experiências do dito “socialismo real” foram capazes de efetivar os valores democráticos de forma plena e que, assim como não é possível haver liberdade sem democracia, o socialismo também jamais será um processo social efetivo e justo sem a participação do conjunto da sociedade em sua construção.

Este breve texto, dividido em quatro partes, procura mostrar uma parcela do que vem sendo feito no Brasil. Na primeira, será esboçada a conjuntura brasileira no momento em que o governo Lula chega ao poder, tratando, por razões de espaço, exclusivamente da situação da positivação e efetivação dos direitos sociais. Na segunda, serão expostas as principais ações do governo para equacionar os *deficit* da modernidade, com foco especialmente nas ações educacionais. Na terceira, serão abordadas as políticas para a participação ampliadas e implementadas no primeiro e no segundo mandatos, para então,

³ Ferraz Júnior (2003, p. 74).

⁴ Herrera Flores (2005).

⁵ Genro (2008).

⁶ O conceito de “estado experimental” pode ser aprofundado em Santos (2006, p. 372-374).

na quarta parte, ser avaliado o impacto de tais ações na consolidação da sobredita “revolução democrática”.

ABERTURA DEMOCRÁTICA, CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO E O PROBLEMA DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

O governo do presidente Lula vem promovendo significativas mudanças no Brasil, um país de tradição pacifista, porém marcado por uma severa desigualdade social, que, cada dia mais, encontra na violência interna um desafio a ser vencido quando se pensa na consolidação da paz. Tratar do tema da violência e da desigualdade social, conjuntamente com o dos direitos sociais, parece algo óbvio, mas que apenas vem sendo discutido a sério no Brasil nos últimos anos e só muito recentemente vem ganhando respaldo em políticas públicas federais, estaduais e municipais que buscam consolidar a paz valendo-se não do uso das formas estatais de violência, mas sim de mecanismos de distribuição de renda e redução da exclusão social: processos que geram ambientes propícios à violência, dado seu poder de desestruturar os pressupostos legitimadores do Estado enquanto “pacto social”.

Logo após os 21 anos de ditadura militar no Brasil, e no contexto da transição democrática que se instalava, o Congresso Constituinte fez aprovar um texto constitucional que contemplou ampla e ricamente um elenco de direitos sociais inseridos no corpo dos direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros. A Constituição Social de 1988 relacionou os direitos sociais à educação, saúde, trabalho, previdência, saneamento, moradia, lazer e salário mínimo digno. Ocorre que se tratou apenas da existência formal de “direitos sociais”, que não se converteram em vantagens econômicas reais para a população.

Marcelo Neves define que vivemos uma experiência de formação de “legislação simbólica”⁷. Esse tipo de legislação caracteriza-se por levar demandas legítimas no sistema político para dentro do sistema jurídico, gerando estabilidade política e coesão social, mas sem efetivamente garantir que tais direitos se efetivem. A legislação simbólica é sempre uma conquista de setores sociais que disputam, na arena democrática, a juridificação de suas pretensões enquanto direitos e que, após a positivação, passam a disputar não mais apenas na arena política, mas também na arena jurídica, a consolidação das garantias asseguradas.

⁷ Neves (2007, p. 38).

Durante a década de 1990, a exemplo do que ocorreu nos demais países da América Latina, vimos o Estado brasileiro ser privatizado e sucateado, com a prevalência política de idéias neoliberais que entendiam deixar ao mercado a regulação do espaço público. Esse processo agudizou a crise social que o País vivia e representou uma significativa derrota para todos os movimentos que lutaram por inserir na Constituição da República o rol de direitos supradescritos, para, logo após, verem o País incorporar as doutrinas do Estado mínimo, que se entendia sem responsabilidade para efetivar políticas sociais.

As políticas neoliberais consolidaram a crise do Estado-nação em sua forma clássica, uma vez que: a) o Estado passou a ser visto como menos eficiente que o mercado na gestão da coisa pública; b) a redução da atividade estatal diminuiu a adesão voluntária dos cidadãos (o “engajamento político”) na construção ativa da sociedade; e c) o abandono de atividades fundamentalmente dependentes do Estado, como a saúde, a educação e a segurança pública, ensejou a formação, na sociedade, de poderes paralelos, que, mesmo não sendo capazes de anular o próprio poder estatal, são capazes de desequilibrar o jogo democrático, uma vez que conferem enorme capacidade de ação para que indivíduos singulares ou organizados em grupos disputem de forma desequilibrada a imposição de suas idéias no espaço público, gerando uma fragmentação da própria cidadania, com a insurgência de cidadãos hipossuficientes e cidadãos hipersuficientes⁸.

A eleição do presidente Lula, pela Frente Popular constituída pela tríade dos principais partidos de esquerda brasileiros, a saber, o Partido dos Trabalhadores (PT), o Partido Comunista do Brasil (PC do B) e o Partido Socialista Brasileiro (PSB), que, em coalizão e em concertação política com outros partidos de centro, iniciam um amplo processo de articulação social, política e econômica, converge para uma ação político-governamental em duas frentes basilares para a promoção de um real deslocamento da concepção do papel do Estado e da sociedade civil no enfrentamento dos efeitos perversos do neoliberalismo fracassado:

- a) fortalecer a democracia em todas as suas dimensões, especialmente a participativa – entendendo-se aqui “participação” como “participação direta”;
- b) promover medidas concretas para a distribuição de renda no sentido de fomentar políticas públicas que gerassem as condições materiais necessá-

⁸ A respeito da crise do Estado-nação, cf. Hobsbawn (2007, p. 104-106).

rias para que os cidadãos pudessem se dedicar àquela participação, já que, sem distribuição de renda e garantia de condições mínimas de vida, torna-se inviável a dedicação ao debate público necessário à participação.

Essas ações objetivam equacionar os altos índices de desigualdade e de exclusão, uma vez que atacam tanto a má distribuição de renda, que enseja desigualdade, quanto a exclusão, que no espaço público brasileiro tem uma triste origem no período imperial (1822-1889), em que apenas os proprietários eram cidadãos aptos a exercer o voto, os quais se mantiveram na Primeira República (1889-1930), no Estado Novo (1937-1945) e no regime militar (1964-1988), todos eles períodos de fortes restrições ao direito ao voto e à participação.

No contraponto à visão neoliberal, que vê toda a ação social do Estado como assistencialismo, o governo brasileiro gestou uma nova visão, que entende que a geração de políticas sociais é base fundamental para o desenvolvimento econômico. Com isso, fez cair por terra dois dos principais argumentos dos neoliberais: que a intervenção direta do Estado era causadora de um atraso e que o gasto público em políticas sociais implicava em desperdício de dinheiro.

A visão que vem sendo implantada no Brasil, de que o investimento direto em programas sociais garante o crescimento econômico, é responsável pelas atuais taxas de crescimento do País, que, para além de ver seu PIB ser incrementado ano após ano, vem também registrando a redução gradual das desigualdades sociais e o incremento de seu índice de desenvolvimento humano, garantindo que, conjuntamente com a ampliação da democracia, se produza um crescimento sustentável, fundado na progressiva emancipação social dos sujeitos por ele responsáveis.

Os reflexos de tal visão na seara dos direitos sociais é a transição do que Genro define como “direitos sociais” para o que define, e defende, como “direitos efetivos”, ou seja, a transformação, pela ação dos cidadãos, da legislação simbólica conquistada na arena democrática em efetiva melhoria das condições de vida dos cidadãos no plano prático⁹.

⁹ A esse respeito, afirma Genro (2008): “Só a ação política dos sujeitos sociais interessados pode transformar a norma em vida, criando as condições institucionais e políticas para que elas efetivamente interajam com a vida das comunidades às quais ela se destina”.

O ATUAL PROCESSO DE REINVENÇÃO DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

É assim que a garantia dos direitos sociais tem sido a tônica desse processo. No nível da satisfação das necessidades fundamentais humanas, o governo instituiu e fortaleceu programas como o Bolsa Família e o Fome Zero, que objetivam garantir às populações mais pobres as condições básicas de subsistência. Esses programas garantem o mínimo existencial e ainda configuram-se como os maiores programas de redistribuição de renda da história do Brasil. Apenas como ilustração, o Bolsa Família beneficia mensalmente mais de 11 milhões de famílias brasileiras¹⁰.

Não obstante, tal medida não parecia suficiente para garantir, igualmente, que a qualidade de vida das populações mais pobres pudesse continuar a progredir, já que os principais mecanismos de acesso e distribuição de riquezas continuavam e continuam ainda muito concentrados nas mãos de poucos. Ou seja: não basta garantir a redução da desigualdade social pelas medidas de distribuição de renda, há que distribuir também oportunidades, viabilizando o acesso de todos também aos capitais simbólicos que regulam os processos de inclusão/exclusão nos sistemas sociais e que, direta ou indiretamente, influenciam o campo da economia¹¹.

Foi assim que, investindo na garantia de um dos direitos sociais mais fundamentais, o direito à educação, se criaram grandes programas de melhoria da qualidade do ensino básico e de acessibilidade do ensino superior aos mais pobres.

Três mecanismos são elementares para a compreensão da revolução que se processa na educação brasileira.

O primeiro é a recriação e incremento dos fundos orçamentários que são distribuídos aos estados e municípios para o fortalecimento do ensino básico e para a valorização de seus docentes. O que chamamos de Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), que, em 2008, levará a estados e municípios um total de 3 bilhões de reais e, em 2009, 4,5 bilhões de reais¹². O segundo é o programa de ação afirmativa que permitiu a milhares de brasileiros, especial-

¹⁰ Cf. <<http://www.mds.gov.br/bolsafamilia>>.

¹¹ Cf. Bourdieu (2003).

¹² Fonte: <<http://www.mec.gov.br/seb>>.

mente jovens oriundos de famílias pobres, ingressar no ensino superior – antes circunscrito a uma casta de privilegiados. A esse programa demos o nome de Programa Universidade para Todos (Prouni) e, com ele, garantimos o acesso de jovens carentes ao ensino superior. Em 2005, foram 112.275 bolsas; em 2006, 138.668; e em 2007, 163.854. O terceiro é a articulação de políticas de apoio a famílias de baixa renda em situação de vulnerabilidade social, para que se mantenham em contato com o Estado formal e não passem a buscar apoio em redes do chamado “Estado paralelo”, em que se inserem ações como o Programa Segundo Tempo, do Ministério do Esporte.

Tais medidas são ações de longo prazo, já que viabilizam a todos, e não apenas aos mais ricos, a qualificação profissional e o crescimento humano pela educação. Ações como essas geraram fortes reações nos setores conservadores da sociedade brasileira, que viram suas estratégias de dominação ameaçadas. Tal reação nada mais demonstra que a incapacidade de alguns atores sociais para dialogar com a democracia. A garantia de tal diálogo, bem como o incremento de sua qualidade, é o que se passa a tratar a seguir.

AS POLÍTICAS PARTICIPATIVAS NO GOVERNO LULA

Reverter tal quadro de ausência democrática depende, portanto, fundamentalmente, do fortalecimento da reconceituação da própria democracia brasileira. A democracia representativa, fundada nas eleições diretas, é alvo fácil do poder econômico, uma vez que a democracia só é possível em espaços onde ambientes institucionais são capazes de promover a igualdade sem desrespeitar a diferença¹³. Somando-se a grande concentração de renda nas mãos de poucos com a dificuldade de acesso à educação de muitos, gera-se um grande estado de alienação social em que a própria representação – princípio chave nas democracias clássicas – passa a ser artigo vendável. Assim, transferem-se da política para a economia as grandes decisões.

A solução encontrada, desde experiências exitosas e por todos conhecidas, como a do orçamento participativo de Porto Alegre, é a devolução dos processos decisórios e fiscalizadores para o titular primeiro do direito de representação: o povo.

¹³ Hobsbawn (2007, p. 99).

A democracia participativa possibilita uma menor distorção da vontade popular, além de ser, em si, um processo pedagógico fundamental, uma vez que transforma os agentes participantes em atores sociais capazes de dialogar com as impossibilidades que a conjuntura política e social do País apresenta em cada momento para a consolidação em “direitos efetivos” dos direitos sociais elencados em legislações simbólicas. Assim, em vez de se ter o povo alienado, numa postura estritamente reivindicatória, passa-se a ter a sociedade como um conjunto de forças ativo na gestão estatal e na construção de um novo modelo de ação pública no País.

Uma vez que se constata a dificuldade de efetivação plena dos direitos sociais, em razão de contingências típicas de um país pobre que existem no Brasil, como instituições arcaicas, oligarquias por demais presentes no cenário político e, especialmente, limitação de recursos a serem investidos, produzir processos participativos garante que as estratégias de efetivação dos direitos sociais ocorram não mais em gabinetes fechados mas sim no seio social. Com isso geram-se estratégias que, a um só tempo, são legítimas, pois oriundas do próprio povo, e efetivas, pois produzidas na esfera política, pela pactuação entre os atores envolvidos no processo de garantia de direitos que se produz desde baixo, nas comunidades, e atinge a totalidade da nação.

Tal procedimento implica em uma dupla ação: deve-se fortalecer e articular os movimentos sociais existentes na sociedade para que possam atuar diretamente na construção de políticas públicas, mas também fomentar o surgimento de movimentos sociais capazes de atuar em áreas que, historicamente, não comportavam a ação direta.

Exemplos de movimentos que foram articulados para que suas ações gerassem políticas públicas não faltam; podemos, brevemente, referir os movimentos sociais da área de saúde, política urbana, mulheres e direitos humanos. Antes de entrar em especificações exemplificativas de alguns casos, insta destacar alguns dados que dão dimensão do que são hoje as políticas para participação no Brasil.

Durante os pouco mais de cinco anos de governo Lula (primeiro mandato e primeiro ano do segundo mandato), foram criados 19 conselhos nacionais e reformulados outros 9, todos com participação da sociedade civil. Foram realizadas 44 conferências nacionais, que contaram com a presença de 43.515 delegados regionais, dos quais 36,6% eram representantes de governo das esferas municipal, estadual e federal, 55,1% eram representantes diretos da

sociedade civil e 8,3% eram representantes de outras entidades (incluindo organismos internacionais)¹⁴.

A participação indireta, através do processo de tiragem desses delegados, em conferências em fóruns regionais e estaduais, amplia a percepção da monta desses processos de participação. Como exemplo, a 5ª Conferência Nacional de Assistência Social mobilizou mais de 250 mil pessoas, a 2ª Conferência Nacional das Cidades, mais de 200 mil pessoas, a 1ª Conferência Nacional de Cultura, mais de 60 mil, a 1ª Conferência Nacional de Promoção da Igualdade Racial, mais de 95 mil, a 1ª Conferência Nacional de Mulheres, mais de 120 mil, e a Conferência Nacional Infanto-Juvenil sobre Meio Ambiente mobilizou 15.148 escolas, englobando mais de 6 milhões de estudantes¹⁵. É nesse contexto que Ermínia Maricato avalia que, no Brasil, nunca antes houve tão amplas e efetivas políticas para a incorporação da sociedade nas decisões estatais sobre o rumo das políticas públicas de promoção e efetivação de direitos¹⁶.

Agora, partindo para temáticas específicas, podemos tomar o caso da saúde, o exemplo de participação mais efetivo que temos no Brasil. Movimentos iniciados na década de 1970 desaguarão no atual Sistema Único de Saúde, um modelo de gestão que ainda estamos por melhorar, mas que já se apresenta como grande referência na gestão compartilhada entre Estado e sociedade dos direitos sociais.

No início dos hodiernos movimentos pela saúde, os movimentos sociais pautavam a necessidade de que o Estado deslocasse sua atuação da doença para a prevenção. Com a articulação social em torno do tema, criou-se um processo de oitiva pública, por meio de Conferências Públicas, que findaram por estruturar um sistema em que a própria sociedade, em plenárias locais, estaduais e, finalmente, nacionais, delibera sobre prioridades e alocação de recursos e pode, posteriormente, por meio de um conselho eleito, fiscalizar a atuação estatal nas medidas ponderadas¹⁷.

Esse processo tem raízes históricas profundas e serviu de referência para a orientação de outros, como o da Conferência das Cidades, que objetiva traçar estratégias para a democratização do acesso ao solo urbano e a gestão das

¹⁴ Brasil (2008).

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Maricato (2008, p.17-20).

¹⁷ Moroni (2007).

cidades. As Conferências das Cidades nascem do anseio social, especialmente dos mais pobres, por intervirem na definição das políticas urbanas e conduzi-rem, em todo o Brasil, a criação de planos diretores que buscam frear os processos especulativos e garantir a função social do solo urbano para a moradia.

Nos dois casos referidos, a sociedade participa diretamente na deliberação sobre a aplicação dos fundos disponíveis para a efetivação dos direitos à saúde e à cidade. Em outras áreas, como a dos direitos das mulheres e a dos direitos humanos, mesmo não havendo fundos a serem geridos, criaram-se mecanismos que viabilizaram a repercussão dos movimentos na estrutura estatal. No caso das mulheres, o movimento feminista organizado pode produzir mudanças legislativas relevantes, sendo o melhor exemplo a recente Lei Maria da Penha, que altera os procedimentos de proteção da mulher vitimizada por violência doméstica, bem como reestrutura as ações de apoio às vítimas e punição dos agressores¹⁸. No caso dos direitos humanos, os processos participativos permitem não apenas uma ampla e transparente averiguação das violações, como também o debate em torno das melhores estratégias para a solução dos fatores geradores de tais violações, podendo-se eleger saídas políticas, jurídicas ou legislativas que garantam a efetivação de direitos postos e de direitos ainda não inseridos no ordenamento jurídico.

Deve-se ainda destacar, para fechar esse breviário sobre participação e efetivação das lutas por direitos sociais no Brasil, o papel-chave do Estado na indução da participação em searas em que ela tradicionalmente não ocorre.

Se em áreas como saúde e cidades existem movimentos sociais claramente identificáveis, assim como existem outros movimentos com pautas bastante definidas, como os movimentos feministas, na área da segurança pública e do combate à violência, a situação é bem mais fragmentária.

No Brasil, hoje, temos diversos movimentos setoriais que tratam do tema, sejam movimentos organizados por agentes da segurança pública, como policiais civis e militares, sejam movimentos específicos de algumas minorias, como o já referido movimento feminista. Mas não há um movimento focado na segurança pública. Pior: diversos movimentos setoriais, vinculados a perspectivas de classe, investem numa visão reacionária, de criminalização da pobreza.

É aqui que o Estado brasileiro, buscando garantir o direito à segurança, fundamental para a efetivação de todos os demais direitos humanos e sociais,

¹⁸ Cf. Debert e Oliveira (2007).

investe na elaboração de uma 1ª Conferência Nacional de Segurança Pública, incentivando os movimentos já existentes a refletirem e a organizarem-se em torno da temática específica, bem como fomentando um grande processo pedagógico em que toda a sociedade passe a intervir em uma questão que antes lhe era negada, sob o pretexto de constituir temática técnica.

Mais que isso, por meio de ações de governo, como o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (Pronasci), o governo brasileiro busca inserir nas políticas de segurança pública a perspectiva apresentada no início desta intervenção: que os investimentos na área social são a chave para a consolidação da democracia, a geração e o desenvolvimento econômicos e, também, a prevenção da violência.

Para garantir a segurança e, conseqüentemente, a paz, o Pronasci investe em duas frentes integradas. Numa, qualificam-se as medidas repressivas, especialmente das polícias, para que o controle da atividade delitiva não seja seletivo, ou seja, que não incida apenas sobre os mais pobres e vulneráveis. Noutra, criam-se políticas públicas massivas de prevenção ao crime, baseadas na idéia de que apenas em contextos sociais justos, em que as desigualdades sejam minoradas e as oportunidades bem distribuídas, é que se torna possível evitar o delito, já que se tem como pressuposto que a pior injustiça e uma das principais causas da violência não é outra senão a desigualdade social, que retira das pessoas sua condição humana.

CONCLUSÕES: SOBRE A PARTICIPAÇÃO POLÍTICA, A REVOLUÇÃO DEMOCRÁTICA E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Somente a ação política dos sujeitos sociais interessados pode transformar o direito dos códigos em vida, criando as condições institucionais e políticas para que essas normas e direitos que estão assegurados no plano jurídico-constitucional como mero desejo e que são realidade apenas para parte da sociedade interajam, efetivamente, com a vida das comunidades de baixa renda, que compõem a maioria do povo brasileiro.

Desse modo, participação e distribuição de renda tornam-se elementos conformadores de uma nova ordem social e resultam em um ambiente de reapropriação da coisa pública pela sociedade, sanando os *deficit* sociais da exclusão e da desigualdade. É um processo de desprivatização do Estado pelas mãos da sociedade civil que reorienta a definição das políticas públicas prioritárias

para o povo. Estado e sociedade passam, conjuntamente, a atuar como atores efetivadores de direitos sociais, cada um na medida de suas atribuições.

A esse conjunto de transformações por que passa o Estado brasileiro, que chamamos de “Revolução Democrática”, atribuem-se sete características decisivas¹⁹. A primeira é que a Revolução Democrática começa aqui e agora e não está anunciada para um futuro indeterminado. A segunda é que não se trata de mero reformismo, mas sim de uma revolução, pois incorre numa socialização do poder, por conquistas que favoreçam os direitos e as posições dos trabalhadores diante do capital. A terceira é que se trata de um processo em que há a incorporação da não-violência como um valor na busca de transformações legitimadas pelas vontades democráticas das maiorias em regime de pluralismo. A quarta é a ênfase dada à mudança da cultura política, que vai fornecer legitimidade democrática para as mudanças estruturais, pois a consciência social não deve ser privilégio das vanguardas, mas pode ser construída em uma dinâmica pluralista como um fator estruturante da própria consciência democrática popular. A quinta é a dinâmica de socialização do poder, pois amplia os espaços democráticos, a expansão dos direitos e a construção de uma ética pública. A sexta diz respeito ao desafio de transformar os fundamentos ético-políticos liberais do Estado que asseguram e reproduzem a dominação do capital, em especial, a necessária desmercantilização da reprodução da vida social. E a sétima envolve a própria exigência do desenvolvimento do princípio internacionalista, para romper com os estatutos coloniais que se reproduzem no âmbito interno.

Portanto, o estímulo à participação política, de um lado, e a profunda redistribuição da riqueza, de outro, enfrentam firmemente as duas mazelas e *deficit* marcantes deixados pela passagem do economicismo neoliberal, ápice de uma modernidade descompromissada com o social: a participação ataca o *deficit* exclusão, na medida em que o liberalismo e, posteriormente, o neoliberalismo haviam deslocado o processo decisório do plano da política para o plano do poderio econômico; a redistribuição ataca o *deficit* desigualdade, implicando uma retomada do sentimento alicerçado na energia utópica da igualdade social.

Nesse processo é que podemos buscar alcançar o que, ainda no século XIX, Émile Durkheim chamava de “consciência coletiva”²⁰, rumo a uma recoe-

¹⁹ Guimarães (2008).

²⁰ Durkheim (1973, p. 342-343).

ção social (ou “coesão social de novo tipo”), gerando adequações de expectativas capazes de efetivar no mundo prático os direitos pactuados no plano político, reduzindo desigualdades sociais e garantindo, pela via democrática, a consolidação de regimes sociais mais justos, capazes de, por conterem justiça em sua refundação e participação na base de sua formulação, possibilitar a igualdade que o socialismo propugnou, sem perder de vista as esferas de liberdades consolidadas nas revoluções liberais: uma verdadeira revolução democrática.

REFERÊNCIAS

BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas simbólicas*. São Paulo: Perspectiva, 2003.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Articulação Social. *Participação da Sociedade nos processos de tomada de decisão governamental*. Brasília, 2008.

DEBERT, Guita Grin; OLIVEIRA, Marcelo Beraldo de. Os modelos conciliatórios de solução de conflitos e a “violência doméstica”. *Cadernos Pagu*, n. 29, p. 305-337, jul./dez. 2007.

DURKHEIM, Émile. *Da Divisão Social do Trabalho*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2003.

FOUCAULT, Michel. *A Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2004.

GENRO, Tarso. Constituição Social e Direitos Efetivos. In: *Direitos Sociais na Constituição de 1988*. Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho. São Paulo: LTr, 2008. p. 396-400.

_____. *Democracia, Sociedade e Sustentabilidade*. Painel “Desenvolvimento e Ambiente”. Disponível em: <<http://www.tarsogenro.com.br>>. Acesso em: jan. 2008.

GUIMARÃES, Juarez. Revolução Democrática e Socialismo. In: GENRO, Tarso. *O Mundo Real – Socialismo na era pós-neoliberal*. Porto Alegre: L&PM, 2008. p. 107-133.

HERRERA FLORES, Joaquín. *De habitaciones propias y otros espacios negados*. Bilbao: Universidade de Deusto, 2005.

HOBBSAWM, Eric. As Perspectivas da Democracia. In: *Globalização, Democracia e Terrorismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 97-115.

MARICATO, Ermínia. Nunca fomos tão participativos. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 1 fev. 2008, p. 17-20.

MORONI, José Antônio. *O direito à participação no Governo Lula*. 2007. Mimeografado.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Gramática do Tempo*. São Paulo: Cortez, 2006.

RESUMO

O Direito é constituído pela consolidação de consensos que permitem a elaboração de regras fundantes para a convivência, motivo pelo qual é dinâmico, está em constante mutação. Nesse contexto dinâmico de lutas sociais e políticas, em que são positivas das normas dos chamados direitos sociais, analisa-se o projeto brasileiro de diminuição da exclusão social e ressalta-se a necessidade de participação política dos sujeitos sociais bem como de distribuição de renda para a efetivação das normas jurídicas e de superação da exclusão e desigualdades sociais.

Palavras-chave: direitos sociais, efetividade normativa, exclusão social, democracia.

ABSTRACT

The Law is constituted by the consolidation of consensus that permit elaborating founding rules for community, which is why it is dynamic and in constant mutation. In this dynamic context of social and political struggles, in which are included norms of so-called social rights, we shall analyze the Brazilian project for diminishing social exclusion and we shall pinpoint the need for political participation of social subjects, as well as wealth distribution for the effectiveness of juridical norms and overcome of social exclusion and inequality.

Keywords: social rights, normative effectiveness, social exclusion, democracy.

Paulo Abrão Pires Junior é Assessor Especial do Ministro da Justiça, Presidente da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, Vice-Presidente da Associação Brasileira de Ensino do Direito, Professor na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Doutorando em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Marcelo Dalmás Torelly é Coordenador de Cooperação Internacional da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça e Mestrando em Direito na UnB.

O Imposto de Renda Pessoa Física e sua cobrança nas Execuções Trabalhistas

Paulo Roberto Coimbra Silva

INTRODUÇÃO

Os tratadistas da história do tributo tergiversam sobre o momento preciso de criação do *imposto sobre a renda (IR)*, havendo os que identificam seu nascedouro já no esplendor da civilização greco-romana, enquanto outros o associam à praxis política da cidade-estado de Florença, no medievo, aquinhoados de *Decima Scalata*. Todavia, milita certo consenso no sentido de que o imposto assumiu sua feição moderna com o *Income Tax* concebido no Império Britânico do século XIX, espraiando-se para as legislações dos povos ocidentais, sobretudo após a 1ª Grande Guerra, “até se tornar um imposto universal, como acontece atualmente.”¹

No Brasil, muito embora se tenham experimentado desde o Império cobranças episódicas e casuísticas de imposto sobre determinados tipos de rendimento, o marco legislativo de criação de um Imposto sobre a Renda,

¹ Lemke (1998, p. 13).

com atributos mínimos de generalidade e universalidade, deu-se com o advento da Lei nº 4.625, de 1922, regulamentada pelo Decreto 17.390/1926.

Ainda que com a redefinição do papel do Estado, propalada pela *revolução dos direitos*², seja intuitivo que a maioria dos tributos possa ter, ao menos potencial ou tangencialmente, uma feição *extrafiscal*, o Imposto sobre a Renda tem em seu matiz *fiscal* sua nota mais distintiva. A função preponderante do imposto em foco é, pois, arrecadatória, sendo ele vocacionado a prover recursos aos cofres públicos dos entes federados (receitas tributárias para a União e transferidas para os demais).³

Com efeito, o Imposto sobre a Renda é talvez o tributo que corporifica a intervenção mais tenaz e sensível do Estado no patrimônio dos particulares, notadamente da classe assalariada, usualmente mediante técnicas de antecipação, como a *retenção na fonte*, que será versada amiúde mais adiante. Nesse sentido, o Imposto de Renda Pessoa Física (IRPF) ainda sublinha a relação de polaridade entre o particular e o Estado, avultando a importância do cidadão no custeio dos serviços e dos gastos públicos em geral, bem como a imprescindível

² Reporta-se aqui ao fenômeno perceptível principalmente após a expansão e o revigoramento dos direitos sociais ou de 2ª geração – que têm na dimensão positiva sua nota mais distintiva –, quando o Estado passou paulatinamente a ser visto antes como um *partícipe* na realização dos direitos fundamentais do que um seu opositor, na medida em que ele afeta os direitos fundamentais não só pelas ações como também pelas omissões ou abstenções. Para um catálogo desses eventos, ver por todos Sunstein (1990).

³ Recorde-se que, não obstante ser da competência da União e por ela arrecadado, a *Lex Mater*, em seu Art. 159, determina a transferência obrigatória de parcelas expressivas das receitas aferidas a título de IR ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (21,5%) e ao Fundo de Participação dos Municípios (20,5%). A par disso, como forma de implementação da imunidade intrafederativa (Art. 150, VI, *a*, CF), pertencem aos demais entes federados o IR retido na fonte por eles (ou suas autarquias e fundações) na condição de fonte pagadora (Art. 157, I, e Art. 158, I, ambos da CF). Por essa razão, observe-se, desde logo: caso haja, no âmbito da Justiça do Trabalho (ou não), IR incidente sobre pagamentos realizados a trabalhadores (não estatutários, ou seja, sujeitos à CLT, pois a relação dos servidores públicos, ativos e inativos, escapa à competência da JT) dos estados, do Distrito Federal, dos municípios ou de suas respectivas autarquias e fundações públicas, seus valores eventualmente retidos ou cobrados não devem ser recolhidos à União, mas sim entregues ao estado, ao Distrito Federal ou ao município reclamado.

dibilidade do delineamento de princípios e limites ao *ius tributandi* do Estado inculpidos na *Lex Mater*, muitos dos quais consistentes em genuínos direitos fundamentais.

OBJETO DE INVESTIGAÇÃO E METODOLOGIA

O presente estudo tem por pedra de toque o fenômeno da *retenção na fonte do IRPF*, ao qual se sujeitam os indivíduos que logram receber rendimentos perante a Justiça do Trabalho por ocasião da execução de sentença trabalhista. Isso porque, em termos práticos, observa-se que a retenção na fonte do IRPF, levada a cabo para meros efeitos de antecipação no recolhimento do imposto, é operacionalizada mediante a aplicação da *tabela mensal de incidência da retenção*, o que, nos termos da presunção que informa a própria tabela, equivaleria a dizer que o reclamante percebe, a cada mês, aquele valor consubstanciado na pretensão judicial satisfeita.

Contudo, vários questionamentos e não poucas dúvidas se impõem ao responsável pela aplicação da legislação tributária do IRPF no caso sob análise, alguns deles cujas repetidas apresentações inspiraram a elaboração do presente ensaio, dentre os quais se destacam: (a) Seria correto cobrar o IRPF do autor (reclamante) com base na tabela mensal de retenção, considerando-se que, se os valores legítimos recebidos a destempo houvessem sido pagos fracionadamente, na época própria, o reclamante poderia ter se mantido na faixa de isenção mensal e, portanto, livre da incidência do imposto?⁴ (b) Quando, com efeito, ocorreu o *fato gerador do IRPF*? (b.1) Na época em que o empregado sofreu os prejuízos pecuniários, quando lhe nasceu o direito de crédito decorrente da relação de trabalho? (b.2) Quando lhe é reconhecido esse direito em decisão judicial? (b.3) No momento de seu recebimento? Ou, ainda, (b.4) Durante todo o exercício em que se deu a apropriação efetiva dos valores? (c) Qual a legislação a ser aplicada, (c.1) Aquela em vigor quando empenhada força laborativa? (c.2) Quando reconhecido judicialmente o direito ao crédito? Ou (c.3) Quando de sua efetiva satisfação? (d) Sobre quais valores consignados

⁴ Mesmo se o reclamante não se encontrasse na faixa de isenção, mercê do valor de seus rendimentos percebidos durante sua condição de empregado, ainda assim diferenças expressivas seriam apuradas, porquanto restaria a provável possibilidade de distorções em seu enquadramento nas diferentes faixas de rendimentos mensais sujeitos à retenção de 15% ou 27,5%.

na condenação deve incidir o IRPF? Estariam incluídas as verbas destinadas à indenização por danos materiais e morais? (e) Na apuração do imposto, devem-se levar em consideração os valores integrais da condenação, como se fossem valores líquidos a serem percebidos pelo reclamante? Ou a eles deve ser decotado o valor do imposto a ser retido, como ocorre ordinariamente? Em outras palavras, qual deve ser a base de cálculo a ser considerada para efeito de retenção e recolhimento antecipado do imposto pela fonte pagadora?

Como denotam as várias questões apontadas, trata-se de um tema assaz intrincado. Como proposta epistemológica, as respectivas respostas advirão da análise decorrente de um corte metodológico imprescindível à compreensão do fenômeno da incidência tributária, é dizer, mister uma investigação sistemática e pragmática da *estrutura da norma tributária* que prevê a incidência do IRPF.

Reconhecido, pois, o caráter *lógico* da proposição jurídica⁵, que açambarca a normatividade como cópula que une um *pressuposto fático* a determinada *conseqüência jurídica*, assumindo a estrutura de um *juízo hipotético*, abrem-se ensanchas à melhor compreensão do fenômeno da *incidência tributária* a partir de um plexo normativo que irradia da norma matriz instituidora do tributo ao qual se dirige a investigação científica. Nesse mister, não podem ser desprezados os valiosos subsídios urdidos pela melhor doutrina na construção da teoria da norma tributária⁶. De seu estudo, exsurge a elementar conclusão de ser ela formada por duas partes, como cediço: o antecedente normativo, usualmente designado por *hipótese de incidência*,⁷ e o conseqüente

⁵ Segundo Kelsen (1999, p. 84-89), recorde-se, “(...) põe-se a questão de saber como é que os princípios lógicos, particularmente o princípio da não-contradição e as regras de concluidência do raciocínio, podem ser aplicados à relação entre normas (...) A resposta a esta questão é a seguinte: os princípios lógicos podem ser, senão direta, indiretamente, aplicados às normas jurídicas, na medida em que podem ser aplicados às proposições jurídicas que descrevem estas normas e que, por sua vez, podem ser verdadeiras ou falsas. (...) a proposição jurídica não é um imperativo: é um juízo, a afirmação sobre um objeto dado ao conhecimento.”

⁶ A propósito do tema, por todos, ver a meritosa obra de Coelho (2003), que contém o extrato de sua tese com a qual alçou o título de Doutor e na qual, a um só tempo, relata e protagoniza significativa evolução do estudo da norma tributária.

⁷ A tributarística pátria deve a Geraldo Ataliba a primeira e decerto a mais influente monografia sobre a *hipótese de incidência*, na qual assim a definiu: “A hipótese de

normativo, em torno do qual não há consenso terminológico, podendo ser assinalado como *comando*, *preceito*, *mandamento*, *estatuição* ou expressão equivalente.

Na hipótese de incidência, descreve o legislador, de forma completa e acabada,⁸ o fato jurígeno tributário. No comando normativo, encontra-se a prescrição, *in abstracto*, da obrigação tributária, com todos os seus elementos essenciais.

Assim, portanto, concebe-se a *norma jurídica do IRPF* como um ente lógico, dotado de uma hipótese de incidência, que contém a suficiente e necessária descrição abstrata do fato jurídico-tributário, cuja ocorrência, ressalvados os casos de imunidade e isenção, desencadeia, inexoravelmente, a produção dos efeitos prescritos no correlato mandamento normativo. Para fins pedagógicos e pragmáticos, decompõe-se a *hipótese de incidência* da norma tributária em quatro diferentes *aspectos*, sendo certo que tão-somente a verificação da ocorrência simultânea de todos eles no plano concreto da realidade fática (fato gerador) é apta a deflagrar a *incidência tributária*, fenômeno esse que faz nascer a obrigação tributária.

A par da *hipótese de incidência*, a melhor doutrina também disseca o *comando da norma tributária*, de modo a identificar com maior precisão todos os elementos da obrigação tributária. Por certo, a resposta segura às conspícuas indagações suscitadas não prescinde de uma análise dos diferentes *aspectos* da hipótese de incidência e *critérios* do comando na norma tributária de incidência do IRPF.

incidência é primeiramente a descrição legal de um fato: é a formulação hipotética, prévia e genérica, contida na lei, de um fato (é o espelho do fato, a imagem conceitual de um fato, é seu desenho). [...] O paralelismo feito por muitos autores com o conceito de crime, formulado pela lei penal, é rigorosamente apropriado. Na 'figura típica' temos a descrição hipotética de um comportamento humano (fato), que, se concretizado, acarreta a incidência das consequências previstas pela própria lei." (Ataliba, 2003, p. 58-59)

⁸ Convém registrar que, por força do princípio da tipicidade fechada, a descrição do fato jurígeno tributário há de ser completa e acabada, não se admitindo a analogia (Art. 108. § 1º, CTN), tampouco a chamada interpretação econômica (mas apenas jurídica) do fato gerador.

DESENVOLVIMENTO

A hipótese de incidência e o fato gerador do IRPF

A *hipótese de incidência* ou *antecedente normativo* corresponde, no plano puramente ideal, a um enunciado lingüístico, veiculando uma previsão legal que circunscreve, de forma rígida e exaustiva, uma situação necessária e suficiente ao nascimento da obrigação tributária. Nesse passo, não se confunde com o conceito de *fato gerador*, que nada mais é que a referida hipótese, realizada na mecânica da vida.⁹

Da imprescindibilidade da hipótese de incidência adrede prevista em lei para o desencadeamento da obrigação tributária deflui, pois, a importância de um estudo analítico de suas facetas, intituladas *aspectos da hipótese*, visto que somente após a constatação da ocorrência dos mesmos é que se pode falar legitimamente no nascimento do vínculo obrigacional tributário. Por certo, a ausência de qualquer dos aspectos da hipótese de incidência do IRPF no fato concreto *sub examine* do responsável pela aplicação da norma tributária impede a sua incidência e, *ipso facto*, a exigência do tributo. No caso específico da incidência sobre os valores percebidos perante a jurisdição trabalhista, em face dos desafios que o direito intertemporal oferece na identificação da norma de regência do IRPF e em sua apuração, refulge com maior intensidade a im-

⁹ Já tivemos o cuidado de advertir, em diferentes oportunidades, que as expressões *hipótese de incidência* e *fato gerador*, não obstante possuïrem sentidos correlatos, não se confundem, como ilustra o seguinte excerto: “Convém, ainda, relembrar que a hipótese de incidência, não obstante ser por alguns autores também designada pela expressão *fato gerador*, com este não se confunde, porquanto ambos têm significados afetos, porém diversos. Por hipótese de incidência deve-se compreender a previsão legal, circunscrita e completa, de uma situação necessária e suficiente ao nascimento da obrigação tributária. D’outra margem, *fato gerador* consiste na efetiva ocorrência dessa situação fática adrede descrita na lei (*antecedente normativo* ou *hipótese de incidência*), em local e momento determinados, acontecimento que se subsume perfeitamente ao modelo delineado na hipótese de incidência e, por isso, apto a deflagrar, automática e infalivelmente, o surgimento do dever tributário. A primeira (*hipótese de incidência*), frise-se, é mera descrição legal *in abstracto*, enquanto o segundo (*fato gerador*) é a ocorrência *in concreto*, empiricamente verificável, do fato previsto.” (Revista Fórum de Direito Tributário, 2006, p. 141)

portância da análise individuada das diversas facetas de ambas as partes da norma tributária, iniciando-se, didaticamente, pela hipótese de incidência.

a) ASPECTO MATERIAL DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA

O aspecto material da hipótese de incidência descreve o fato (situação ou ato) alvejado pela tributação. É usualmente descrito pela conjugação de uma cópula *verbo-complemento*, que indica precisamente a substância tributável, ou seja, o signo presuntivo de riqueza eleito para atrair a incidência da norma tributária. No caso específico do Imposto sobre a Renda, muito já se discutiu acerca do seu alcance, na medida em que o *conceito de renda* não é unívoco, nem na ciência econômica, tampouco na ciência das finanças.¹⁰

Todavia, no atual sistema constitucional tributário, por força do disposto no Art. 146, III, 'a', da CF/88, cabe à lei complementar delinear as normas gerais de direito tributário, especialmente as pertinentes ao fato gerador, base de cálculo e contribuintes dos impostos discriminados na Constituição, dentre eles o imposto sobre a renda e proventos, de competência da União (CF/88, Art. 153, III). A competência reservada ao legislador complementar para explicitar a hipótese de incidência do IR encontra-se suprida pela previsão do Art. 43 do Código Tributário Nacional (CTN)¹¹, lei complementar *rationae materiae*¹², que explicita o conteúdo da hipótese de incidência da regra matriz do IR.

¹⁰ Para uma melhor compreensão das teorias econômicas e fiscais da *renda*, ver, por todos, a notável síntese oferecida por Lemke (1998, p. 17-30).

¹¹ Convém registrar que a delegação de tal atribuição ao legislador complementar não importa a adesão *a priori* ao conceito legalista de renda em seu sentido extremo, para o qual a definição desse vocábulo estaria sujeita ao alvedrio do legislador infraconstitucional, que poderia, se assim fosse, moldá-lo irrestritamente, ao seu talante. O que se admite é uma certa margem de liberdade ao mesmo, desde que respeitado o núcleo de significação mínimo do conceito *renda* que emana da própria Constituição. Nesse sentido, não pode o legislador extrapolar a amplitude dos conceitos de renda e proventos, como já decidiu o STF, cujo excerto se transcreve: “[...] saber se indenização é, ou não, renda, para o efeito do artigo 153, III, da Constituição, é questão constitucional, como entendeu o acórdão recorrido, até porque não pode a Lei infraconstitucional definir como renda o que insitivamente não o seja” (Brasil, 2002).

¹² Nesse particular, na esteira de lições há muito decantadas pela melhor doutrina, posicionou-se o Pretório Excelso (Brasil, 1982).

Nesse passo, o Digesto Tributário, em seu aludido dispositivo, define como *aspecto material* da hipótese do IR *adquirir* (verbo) *disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos* (complemento), definindo, ainda, o que se deveria entender por ambas essas categorias. O conceito de *renda*, assim como o de *proventos*, está definido como dois complementos verbais alternativos e restritivos, sendo imprescindível sua perfeita compreensão para a delimitação do campo de incidência do imposto.

O conceito de *renda* pressupõe a verificação de um acréscimo patrimonial decorrente da exploração do capital, do trabalho, ou da associação de ambos. Sua noção é forjada mediante a sua contraposição ao conceito de patrimônio, na medida em que este é estático, enquanto a renda é dinâmica. Entenda-se que o patrimônio consiste em uma resultante do conjunto de bens e direitos de uma certa pessoa num determinado momento no tempo. A identificação precisa de um instante exato é pressuposto *sine qua non* à serventia de qualquer demonstração patrimonial, não se podendo conceber a elaboração ou utilidade de um balanço patrimonial sem data. A renda, por sua vez, é dinâmica, porquanto pressupõe, necessariamente, a análise comparativa do patrimônio de determinado titular em, no mínimo, dois momentos distintos no tempo. É imprescindível a transcorrência de um interregno temporal entre a elaboração de balanços patrimoniais para que se possa aferir uma eventual variação patrimonial que, se for positiva, acusará a existência de renda.

Insista-se, isso é fundamental, que renda não se pode confundir com patrimônio. Consiste, sim, em seu acréscimo apurado num determinado lapso temporal, podendo-se dizer que a renda é constituída pela riqueza gerada que pode ser integralmente consumida sem qualquer dilapidação do patrimônio inicialmente considerado. Esse critério, que assegura a qualidade inerente à renda, qual seja, sua *periodicidade* (capacidade de sua reprodução no tempo)¹³, revela-se muito útil para verificação do que realmente consiste em renda (acréscimo patrimonial) ou, d'outra margem, já integrava o patrimônio de determinada pessoa no momento inicialmente considerado para a apuração de sua variação. Nessa ordem de idéias, se o consumo de uma determinada riqueza implicar uma redução do patrimônio de seu titular, essa riqueza não será renda, mas sim patrimônio.

¹³ Como asseverado mais adiante, ao se analisar o aspecto temporal da hipótese de incidência do IRPF, a periodicidade de sua apuração há de ser anual.

Outro elemento limitativo do conceito de renda consiste em sua origem ou, mais apropriadamente, sua *fonte*. Não é qualquer acréscimo patrimonial que se enquadra no conceito de renda, porquanto ela somente ocorrerá quando o acréscimo de patrimônio decorrer de uma fonte pertencente ao seu titular. Tal fonte pode consistir no capital (patrimônio), no trabalho (força laboral) ou na associação de ambos (usualmente presente nas atividades econômicas organizadas, emolduráveis no conceito funcional de empresa). Mais uma vez, erige a melhor doutrina um requisito ao conceito de renda (qual seja, decorrer de uma fonte pertencente ao seu titular) que denota sua característica fundamental de ser suscetível à recorrência no tempo (ou periodicidade).

Os ditos *proventos de qualquer natureza*, por sua vez, correspondem aos demais acréscimos patrimoniais, não enquadráveis no conceito de renda, como servem de exemplos os ganhos de capital eventuais (e. g., ganhos lotéricos, lucro imobiliário inopinado, resultado positivo de transações eventuais, *et cetera*). Importante destacar que, mercê do princípio da legalidade, os proventos devem estar adrede previstos na lei *stricto sensu*, em rol *numerus clausus*, não se podendo admitir sua definição ao talante do Poder Executivo, porquanto extrapola sua competência regulamentar (Art. 99, CTN), e, muito menos, ao alvedrio dos responsáveis pela aplicação da legislação tributária. A par disso, excluem-se do conceito de *proventos*, além das hipóteses não previstas em lei, os acréscimos patrimoniais decorrentes de heranças, legados ou doações, sujeitos à incidência do ITCDD – imposto sobre a transmissão de bens e direitos *causa mortis* e doações –, de competência tributária dos estados e do Distrito Federal. Por força da rígida repartição da competência tributária firmada na Constituição Federal, não pode a União tributar tais fatos.

Apesar de elementar, digno de nota que renda (ou mesmo proventos) não se confunde com meras receitas, ingressos ou movimentações financeiras – imprestáveis para servir sequer como indícios mais remotos do fato gerador do IR. Seja pessoa jurídica ou natural, impende destacar que somente poderá ser configurada a renda, a partir das receitas ou ingressos próprios, após a dedução das despesas necessárias para a sua obtenção. No caso das pessoas físicas, em especial, o direito de deduções, malgrado seu notório e lamentável amesquinamento pela legislação tributária brasileira, deve salvarguardar do *ius tributandi* o mínimo existencial, assim entendidas as condições minimamente necessárias para a manutenção digna do contribuinte e seus dependentes.

De outra parte, os conceitos de *disponibilidade econômica* e *disponibilidade jurídica* apresentam um potencial semântico de todo relevante à presente abordagem, daí carecerem de contornos igualmente precisos. O vocábulo *disponibilidade*, etimologicamente, é derivativo do latim *disponere*, que encerra basicamente o poder conferido a determinado indivíduo de dispor de um bem ou direito; é a prerrogativa dada a alguém de conferir a tal bem ou direito o destino que bem lhe aprouver, que traz consigo ínsita a idéia própria do direito privado de propriedade, pertença, ou de existência do bem ou direito na esfera patrimonial do titular – *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*.

Sobre a distinção entre as categorias de disponibilidade econômica ou jurídica, Modesto Carvalhosa apresenta definição lapidar, posto que completa e concisa, asseverando ser “disponibilidade econômica o efetivo recebimento, em dinheiro ou em bens, do acréscimo patrimonial, e disponibilidade jurídica a outorga efetiva de direitos creditícios que representam acréscimo patrimonial.”¹⁴ As noções de disponibilidade econômica e jurídica foram tratadas pela legislação do IR como sinonímias, respectivamente, do *regime de caixa* e *regime de competência*.

Com relação às pessoas jurídicas, a legislação concernente às sociedades anônimas é incisiva ao estabelecer¹⁵ como regra para a tributação da renda o regime de competência, de modo que a locução *adquirir disponibilidade jurídica* passa a compor-lhes o *aspecto material da hipótese*. Assim ocorre, ressalvadas as exceções previstas na própria legislação do imposto, como sucede, v. g., na alienação de bens do ativo imobilizado¹⁶ ou na sistemática de apuração pelo lucro presumido¹⁷.

Contudo, tal não ocorre em relação às pessoas físicas. Diversamente, na legislação regedora da tributação incidente sobre as pessoas naturais, adota-se, de forma inequívoca e como regra, o regime de caixa, considerando-se incidente a norma tributária e, por isso, nascida a correlata obrigação tributária, quando da percepção efetiva dos rendimentos. Nesse sentido, no caso de pes-

¹⁴ Modesto Carvalhosa, apud Lemke (1998, p. 104).

¹⁵ Assim se depreende, sem dificuldades, do tradicionalmente disposto na legislação de regência do IRPF, como ilustram o artigo 2º da Lei nº 7.713/88, e o artigo 2º e o parágrafo único do artigo 3º da Lei nº 9.250/95.

¹⁶ Decreto nº 3.000/99 – Regulamento do Imposto sobre a Renda (RIR/99), Art. 305.

¹⁷ Lei nº 9.718/98, Art. 13.

soas naturais, somente a efetiva entrega de recursos ao beneficiário ou o depósito do numerário em instituição financeira em conta de sua titularidade ou por ele manipulável são fatos aptos a atrair a incidência do imposto¹⁸. Daí dizer-se que, relativamente ao IRPF, a locução *adquirir disponibilidade econômica de renda ou proventos* adere e integra de forma indissociável ou intrínseca o *aspecto material da hipótese de incidência*. Dito de outro modo, é tão-somente a efetiva percepção de recursos financeiros – e não tão-somente o nascimento do direito ao seu recebimento ou a prolação ou emissão de um título jurídico que os encarte – que preenche e realiza de forma completa e acabada o aspecto material de sua hipótese.

Conforme as vicissitudes da situação evidenciada logo às primeiras linhas deste estudo, tão-somente no momento em que o demandante logra sacar ou que lhe são depositados em conta os recursos financeiros advindos da sentença trabalhista que os reconheceu é que se pode, com propriedade, falar na ocorrência do *aspecto material*, sendo certo que, antes disso, só se poderia cogitar, ao máximo, de uma expectativa de rendimentos. Independentemente de quando foram envidados os esforços para a obtenção dos rendimentos ou da data de seu reconhecimento em juízo, a sua percepção ocorre no plano dos fatos quando o beneficiário pode, sem embargo, dispor dos recursos, versando-lhes na medida de sua vontade.

Saliente-se, por fim, que a legislação extravagante do Imposto sobre a Renda elege uma série de *isenções*¹⁹, salvaguardando certos rendimentos da incidência do IRPF, citando-se, a título de exemplo, os oriundos da venda de bens de pequeno valor²⁰, de cadernetas de poupança²¹, de indenizações por

¹⁸ Confira-se a dicção do RIR/99: “Art. 38. A tributação independe da denominação dos rendimentos, títulos ou direitos, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem dos bens produtores da renda e da forma de percepção das rendas ou proventos, bastando, para a incidência do imposto, o benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título (Lei n° 7.713, de 1988, Art. 3°, § 4°). Parágrafo único. Os rendimentos serão tributados no mês em que forem recebidos, considerado como tal o da entrega de recursos pela fonte pagadora, mesmo mediante depósito em instituição financeira em favor do beneficiário.”

¹⁹ O *fato isento*, não obstante subsumir-se ao modelo delineado na hipótese de incidência da norma tributária, não é fato gerador da obrigação tributária.

²⁰ Lei n° 9.250/95, Art. 22.

²¹ Lei n° 8.981/95, Art. 68, III.

danos patrimoniais²² ou de lucros e dividendos distribuídos por pessoas jurídicas.²³

Por demais relevante e pertinente ao tema ora arrostado, digno de destaque, com a merecida ênfase, que indenizações eventualmente pagas ou creditadas ao reclamante não constituem rendimentos tributáveis, porquanto tais verbas não implicam qualquer acréscimo patrimonial, mas tão-só a recomposição de seu patrimônio outrora lesado, anulando-se o efeito danoso por ele sofrido. Interessante observar que a não incidência do IRPF sobre as indenizações por dano material já é reconhecida pelo legislador ordinário, carecendo, entretanto, de previsão expressa a não incidência sobre os danos de cunho moral (já reconhecida jurisprudencialmente²⁴).

b) ASPECTO TEMPORAL DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA

Pela expressão *aspecto temporal* da hipótese de incidência quer-se designar o átimo de tempo em que se considera ocorrido, de forma completa e acabada, o *fato gerador* do tributo. É aquele marco preciso eleito pela lei no qual se considera consumada a subsunção do fato concreto à norma tributária, que autoriza o desencadeamento dos efeitos normativos previstos no comando ou conseqüente. Em outras palavras, serve para identificar, com a desejável e necessária precisão, o momento do nascimento da obrigação tributária.

²² A rigor, as indenizações reparatórias não constituem rendimentos, pois não implicam qualquer acréscimo patrimonial ao indenizado, mas a mera recomposição de seu patrimônio dilapidado em decorrência de um ato lesivo praticado por outrem. Nesse rumo, prevê a Lei n° 9.430/96, em seu Art. 70, § 5°, a não incidência do IRPF com nítida feição pedagógica.

²³ Lei n° 9.250/95, Art. 10.

²⁴ Nesse sentido decidiu o STJ, em recente acórdão, do qual se extrai o seguinte excerto: “a indenização por dano estritamente moral não é fato gerador do Imposto de Renda, pois se limita a recompor o patrimônio imaterial da vítima, atingido pelo ato ilícito praticado. Ao negar a incidência do Imposto de Renda, não se reconhece a isenção, mas a ausência de riqueza nova – oriunda dos frutos do capital, do trabalho ou da combinação de ambos – capaz de caracterizar acréscimo patrimonial. A indenização por dano moral não aumenta o patrimônio do lesado, apenas o repõe, pela via da substituição monetária, *in statu quo ante* [no mesmo estado em que se encontrava antes].” (Brasil, 2008)

Inegável a relevância do aspecto temporal da hipótese de incidência, na medida em que a fixação de um momento preciso para a ocorrência do fato gerador revela-se fundamental, imprescindível para uma série de fatores relativos à aplicação da legislação tributária, v.g.,

— identificação da legislação de regência da obrigação tributária (Art. 144, CTN);

— constatação da subserviência aos princípios da irretroatividade e da anterioridade imperativamente aplicáveis à instituição ou majoração dos tributos (ressalvadas as restritas hipóteses exceptivas desse segundo princípio, em qualquer de suas duas vertentes²⁵, explicitadas no § 1º do Art. 150 da CF/88, com a redação determinada pela EC 42/03);

— verificação da eventual retroatividade ou não da lei tributária no tempo (Art. 150, III, a, da CF/88 e Art. 106, CTN);

— apuração da taxa de câmbio aplicável quando necessária a conversão de expressão monetária em moeda estrangeira (Art. 143, CTN);

— constatação do termo inicial do cômputo do prazo decadencial para o ato do lançamento (Art. 150, § 4º, e Art. 173, ambos do CTN).

Necessário esclarecer que o aspecto temporal da hipótese de incidência não se confunde com o prazo de recolhimento do tributo. Este não consta da hipótese de incidência do tributo, mas deve ser buscado no comando da norma tributária.²⁶ A propósito, como se verá mais adiante, em prestígio ao princípio da praticidade, bastante comum na legislação do IRPF é a determinação do seu recolhimento antecipado,²⁷ antes mesmo da configuração de seu fato gerador.²⁸

²⁵ Entendem-se por vertentes do princípio da anterioridade os enunciados da anuidade (CF, Art. 150, III, b) e da espera nonagesimal ou *vacatio legis* mínima de 90 dias (CF, Art. 150, III, c).

²⁶ Apesar da discordância de boa parte da doutrina, convém mencionar haver o STJ entendido que o critério temporal do comando da norma tributária pode ser identificado em ato normativo infralegal, conforme se extrai da seguinte ementa: “Tributário. Recolhimento de tributos. Prazo fixado por Decreto. A fixação do prazo de pagamento de tributos está afeta à legislação tributária (CTN, Art. 160), expressão que abrange os decretos e as normas regulamentares (CTN, Art. 96 c/c Art. 100) [...]” (Brasil, 1996).

²⁷ Várias são as técnicas de recolhimentos antecipados do IRPF, como ilustram: a retenção pela fonte pagadora; a incidência exclusiva na fonte; o carnê-leão; a incidência definitiva e em separado de outros tantos rendimentos.

²⁸ A edição da EC nº 03/93 almejou superar os questionamentos acerca da constitu-

A fixação do momento preciso no qual se reputa ocorrido o fato gerador no âmbito do Imposto sobre a Renda exige o cotejo com outro elemento ínsito ao IR, ou seja, a *periodização da renda*. Como já destacado no aspecto material da hipótese de incidência do imposto sob análise, é cediço que a materialidade tributável não é a obtenção de *receitas* – valores brutos isolados percebidos constante e diuturnamente pelas pessoas físicas e jurídicas – mas sim de *renda* ou *proventos*, necessariamente líquidos – riqueza *nova*, dela deduzidos, *ipso iure*, os custos para a sua obtenção – signos que só podem ser apreendidos mediante o contraste de balanços patrimoniais levantados com um espaço de tempo razoável, mais precisamente, anual.

Se, de fato, a noção de renda ou proventos não prescinde daquel'outra de acréscimo, *plus*, mais-valia, relativamente a uma riqueza preexistente – patrimônio –, forçosa a conclusão de que aqueles somente podem ser apurados dentro de um determinado *período anual* que, frise-se, *não pode ser manipulado ao alvedrio do legislador e, muito menos, ao talante do Poder Executivo*. Caso tivesse o legislador a discricionariedade para fixar lapsos temporais inferiores a um ano, multiplicaria *a forfait* os fatos geradores do imposto sobre a renda (e também sobre o patrimônio), estipulando prazos insuficientes para a verificação da obtenção de genuíno acréscimo patrimonial, com inadmissível violação dos princípios da capacidade contributiva, pessoalidade, progressividade e vedação do efeito confiscatório. Não se pode olvidar que a renda somente poderá restar configurada após a dedução das despesas necessárias à manutenção do patrimônio e geração de seus eventuais acréscimos.

Nessa ordem de idéias, não se pode desprezar o fato de que os fluxos financeiros de entradas e saídas nem sempre são coincidentes no tempo. Aliás, no mais das vezes, os ingressos e as correlatas despesas são dissonantes no tempo, como resta evidente nas atividades sazonais, cujas receitas concentram-se em um curto período do exercício (mensais ou, quiçá, semanais), ao passo que as despesas e os custos de sua manutenção tendem a se distribuir ao longo do ano. Servem como exemplo as explorações rurais, nas quais as receitas são auferidas logo após a colheita, mas destinam-se a cobrir os gastos

cionalidade da exigência antecipada de tributos, antes mesmo da ocorrência de seu correlato fato gerador (que deflagra o nascimento da obrigação tributária principal), ao inserir o § 7º ao Art. 150 do texto constitucional, que permitiu a cobrança, ainda que provisória, por fato gerador futuro e provável. Sobre o tema, ver nossa análise crítica em Silva (2001).

necessários ao plantio e cultivo, de longa duração no tempo, que tendem a expungir totalmente o *superavit* aparente.

Com efeito, a estipulação de uma periodicidade inferior a um ano para a apuração do efetivo acréscimo patrimonial, seja de pessoas físicas ou jurídicas²⁹, conduziria inexoravelmente à *descaracterização eidética do imposto sobre a renda e proventos*, porquanto impingiria aos particulares a sacrificante extração de valores integrantes de seu patrimônio, em afrontoso e inaceitável descompasso com o disposto no Art. 145, § 1º, Art. 150, VI, e Art. 153, § 2º, todos da Constituição Federal.

Assim, a *aquisição de disponibilidade econômica de renda ou proventos*, que compõe o aspecto material da hipótese do IRPF, acontece dentro do período de *um ano*, aquele do exercício fiscal, compreendido entre os termos de 1º de janeiro e 31 de dezembro de cada ano. Contudo, ante a necessidade de se identificar de forma fidedigna o átimo preciso de tempo da ocorrência do fato gerador, tem-se que o mesmo se dá exatamente em 31 de dezembro de cada exercício, por razões óbvias: *de fato, é apenas no advento dessa data que o indivíduo dispõe de condições materiais para aferir o montante de renda ou proventos produzidos no exercício, deduzindo-lhes as despesas correlatas*.

O momento do acaso do fato gerador não pode, jamais, reputar-se ocorrido antes de estarem presentes todos os elementos indispensáveis e bastantes para preencher a descrição abstrata constante da hipótese de incidência (aspecto material). E, como cediço, tal somente poderia se dar no dia 31 de dezembro de cada ano, posto que inclusive a renda ou o provento percebidos no último dia do ano compõem a substância tributável dentro daquela periodicidade. Algumas advertências, contudo, se impõem.

Uma interpretação apressada dos pressupostos apenas fixados na hipótese de incidência poderia levar à conclusão lógica, porém precipitada, de que as retenções, quando do recebimento de valores perante a Justiça do Trabalho, corporificariam uma arbitrariedade grosseira consistente na *antecipação dos efeitos da ocorrência do fato gerador*, que, como visto, aconteceria tão-somente ao cabo do mês de dezembro do ano do recebimento.

²⁹ No caso das pessoas jurídicas, a apuração trimestral, seja na sistemática do lucro presumido ou real, somente se revela sustentável porque decorre de uma opção do contribuinte. Esse período de apuração, ou outro qualquer inferior a um ano, não pode jamais ser imposto de forma cogente, sob pena de inconstitucionalidade insanável.

Todavia, conforme prevê o texto constitucional, no § 7º inserto em seu Art. 150³⁰ pela Emenda Constitucional 03/1993, por questões de praticidade e política tributária, permite-se à administração tributária, desde que amparada por prévia disposição legal, *antecipar presumidamente a ocorrência do fato gerador*, imputando, a um terceiro economicamente vinculado ao fato – *responsável* –, a obrigação de recolher o tributo devido, *mas sempre às expensas do contribuinte*.

Demais disso, tal antecipação decorre de presunção necessariamente *relativa*, sendo assegurado ao contribuinte o insuprimível direito de proceder ao seu *ajuste anual*, por ocasião da apresentação de sua *declaração de rendimentos*, quando serão corrigidas eventuais e prováveis distorções decorrentes da retenção excessiva sobre valores percebidos de forma concentrada em determinado instante do exercício financeiro. Há de se reconhecer que a presunção relativa que orienta toda a sistemática de *retenção na fonte* – presume-se que os valores percebidos num momento são “duodécimos” dos rendimentos anuais do contribuinte, que serão por ele percebidos corriqueiramente a cada mês – é até certo ponto razoável, *desde que, indefectivamente, ofereça-se ao contribuinte a oportunidade de corrigir eventuais distorções pela não perenidade ou recorrência mensal da renda ou provento*, o que ocorre no momento do ajuste, feito mediante sua declaração anual.³¹

Assim, essa oportunidade de ajuste, ou harmonização da base tributável, é um imperativo irretorquível, decorrente não só da exigência de precisar a renda e proventos totais reais do período passíveis de tributação (e não a

³⁰ “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (*omissis*). § 7º. A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.”

³¹ Há muito insistimos ser absolutamente inaceitável a utilização de presunções absolutas na construção de técnicas de arrecadação, porquanto não se pode, sob o pálio da praticidade, envilecer os diversos princípios éticos da tributação, dentre os quais exsurgem os da capacidade contributiva e da vedação de confisco. A propósito, recorde-se que as presunções no direito tributário devem ser detidamente sopesadas, porquanto contêm em si, latente, a tendência de “se desvirtuarem de sua finalidade de proporcionar uma melhor gestão da atividade arrecadatória, podendo contrariar os ideais de justiça que as devem inspirar” (Silva, 2001, p. 45).

mera presunção da renda mensal como se um duodécimo da renda anual fosse), como também da necessidade de apurar a *renda* – necessariamente líquida –, de forma consentânea com os programas constitucionais de proteção do *mínimo vital* e, por conseguinte, da pessoa humana e da família.³²

C) ASPECTO ESPACIAL

Por *aspecto espacial* da hipótese de incidência busca-se designar o local onde ocorre ou se presume ocorrido o fato gerador do tributo. É, pois, a dimensão espacial necessária à subsunção do fato jurídico-tributário ao desenho normativo constante da hipótese, ou à materialização do comportamento ali previsto.

Curial em relação ao aspecto espacial do IR em geral é a adoção pelo Brasil da sistemática da *renda mundial* – *world-wide taxation* –, que é a tônica da política tributária dos países desenvolvidos³³, em contraposição ao regime da *fonte* – *source taxation*. É o que deflui da leitura do Art. 3º, § 4º, da Lei nº 7.713/88, repetido pelo Art. 38 do Decreto 3.000/99³⁴. Assim, são alcançáveis pelo IRPF não só as rendas e proventos produzidos no território nacional, como também os produzidos no estrangeiro, desde que presente o *genuine link*, consistente no laço de residência ou domicílio no Brasil do beneficiário do rendimento tributável.

³² Nessas mesmas águas, o magistério de Humberto Ávila (2004, p. 365): “Dos deveres de proteção da dignidade, da família e da educação, pode-se inferir a obrigatoriedade de dedução dos gastos necessários à realização mínima desses bens e valores. O postulado da coerência substancial o exige. Somente aquela parte dos rendimentos que esteja disponível para o sujeito passivo é que pode ser tributada. Despesas inevitáveis, que sejam necessárias para a manutenção da dignidade humana e da família, devem ficar de fora do âmbito da tributação. Do contrário, esse imposto não mais iria atingir a renda, mas qualquer receita. O imposto sobre a renda é um imposto sobre a renda líquida pessoal, isto é, sobre a renda líquida disponível.”

³³ Coêlho (2002, p. 547).

³⁴ “Art. 38. A tributação independe da denominação dos rendimentos, títulos ou direitos, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem dos bens produtores da renda e da forma de percepção das rendas ou proventos, bastando, para a incidência do imposto, o benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título.”

Tal observação comparece a título de mero aviso, na medida em que tem pouca relevância para os lindes do presente estudo. É que, por suposto, os valores percebidos perante a Justiça do Trabalho estarão circunscritos às relações de trabalho travadas no espectro de sua competência. Portanto, a renda advinda da execução da Sentença trabalhista subsumir-se-ia à dimensão espacial do IRPF, seja pela residência ou domicílio do beneficiário, seja pela da fonte produtora.

d) ASPECTO PESSOAL

No *aspecto pessoal* da hipótese de incidência, é indigitada a pessoa que realiza fato jurígeno-tributário, cujos atributos e qualificações particulares podem ser decisivos para o nascimento ou não da obrigação tributária. Aponta, pois, aquele sujeito a quem aproveita o signo presuntivo de riqueza descrito em seu aspecto material, *in casu*, quem auferir rendimentos, sendo indiferente que a outrem incumba recolher o tributo aos cofres do Estado.³⁵

De todo importante para uma melhor compreensão da técnica de arrecadação mediante retenção promovida pela fonte pagadora (responsável pelo recolhimento do imposto), convém salientar ser do sujeito apontado na descrição do aspecto pessoal da hipótese de incidência a capacidade contributiva alvejada pela tributação, devendo ele suportar o peso econômico do imposto. Daí exsurge o direito da fonte pagadora de descontar o valor do imposto presumidamente devido, de forma a ressarcir-se integralmente de seu ônus econômico ou financeiro.³⁶ Imperioso perceber que o repasse do ônus econômico

³⁵ Esclareça-se, desde logo, que nem sempre ao protagonista do fato gerador será imputado o dever de recolher o tributo. O *aspecto pessoal* da hipótese de incidência não indica o sujeito passivo da obrigação tributária, mas tão-somente a pessoa que realiza o seu fato gerador. O *sujeito passivo* da obrigação tributária está indicado no *critério subjetivo* do comando normativo, podendo ele ser contribuinte (quando coincidir com a pessoa indigitada no aspecto pessoal da hipótese de incidência, protagonista, pois, do fato gerador) ou responsável (quando a lei imputa o dever de recolher o tributo a outrem, como ocorre nos casos de retenção). A propósito, ver Art. 121, parágrafo único, e Art. 128, ambos do CTN.

³⁶ Sobre os limites da eleição do *substituto tributário*, derivativos do princípio constitucional da *capacidade contributiva*, reforçado ainda no Art. 128 do CTN, ver Silva (2001, p. 21-24).

do tributo ao seu protagonista, mediante a retenção ou desconto do valor a lhe ser pago, é *conditio sine qua non* para a validade da norma que imputa o dever de promover o recolhimento à fonte pagadora (que não auferir rendimento algum, mas realiza uma despesa e, por isso, não deve suportar o encargo econômico do imposto). Assim exige o primado da capacidade contributiva, que requer seja o imposto, se não jurídica, ao menos economicamente suportado por quem auferiu a renda. Tal enunciado do princípio da capacidade contributiva encontra-se explicitado no Art. 128 do Digesto Tributário, ao impor como limitação à discricionariedade do legislador para a eleição de responsáveis tributários estarem eles vinculados ao fato gerador, vínculo esse econômico que lhe viabilize ressarcir-se do ônus do imposto devido em virtude de riqueza manifesta por outrem.

Nos casos *sub examine*, o aspecto pessoal da hipótese de incidência é preenchido pelo indivíduo (reclamante) que, tendo sua pretensão inaugural reconhecida perante a Justiça do Trabalho, adquire efetiva disponibilidade econômica de renda ou proventos, da qual se presume, para meros efeitos de antecipação da arrecadação, ocorrer incremento patrimonial, apurando-se o imposto suposta e presumidamente devido mediante a aplicação da tabela mensal de retenção do IRPF. Por tal razão, a despeito de ser o dever jurídico de promover o recolhimento do tributo imputado à fonte pagadora, deve o titular da renda auferida suportar economicamente o imposto incidente sobre sua renda.

Por vezes, no IRPF, a despeito dos princípios da isonomia, universalidade e generalidade que regem de forma cogente o seu regime jurídico, características personalíssimas do titular dos rendimentos podem afastar a incidência da norma tributária, como ocorre nos casos das *isenções subjetivas*, a exemplo das concedidas aos aposentados portadores de moléstia profissional, tuberculose, alienação mental, esclerose múltipla, câncer, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível, cardiopatia grave, Parkinson e Aids.³⁷

O conseqüente ou mandamento normativo e a obrigação tributária do IRPF

O comando ou mandamento normativo do IRPF condensa, de forma lógica e sistemática, as disposições prescritas nos diversos atos normativos

³⁷ Ver Art. 6º, da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988.

que integram a legislação tributária (Art. 96, CTN) pertinentes ao imposto. Nele residem as inexoráveis conseqüências decorrentes da ocorrência do fato gerador³⁸, acarretando o vínculo obrigacional de cunho fiscal que enlaça pessoas em torno de um objeto prestacional, consistente no dever de satisfação do crédito tributário (obrigação tributária principal, Art. 113, CTN). Dele se extraem, *in abstracto*, todos os elementos constitutivos da obrigação tributária, dentre os quais se destacam seus sujeitos ativo e passivo, sua prestação e seus elementos operacionais.

A riqueza do conteúdo do comando normativo da norma tributária recomenda seu estudo fracionado em diversos critérios ou aspectos, cada um deles responsável pelo estabelecimento dos *elementos essenciais* (critérios subjetivo e quantitativo) e *acidentais* (critérios operacionais, neles compreendidos o temporal, o espacial e o modal) da obrigação tributária.

a) CRITÉRIO SUBJETIVO

No critério subjetivo do comando da norma tributária identificam-se os sujeitos passivo e ativo da obrigação fiscal, apontando-se quem deve pagar o tributo e a quem deve ele ser pago.

a.1) Sujeito passivo

O sujeito passivo é a pessoa indicada para ocupar o pólo passivo da obrigação tributária. Em outras palavras, é quem deve pagar o tributo, mas, frise-se, não é, necessariamente, quem realiza o fato gerador.

Recorde-se, por oportuno, erigir o Digesto Tributário, no parágrafo único de seu Art. 121, duas diferentes espécies de sujeito passivo, a saber,

³⁸ Essa implicação necessária e incontornável da hipótese e conseqüente da norma é conseqüência mesma da estrutura lógica dos *juízos hipotéticos* que informa o desenho da norma tributária. Nesse sentido, a partir de categorias estritamente lógicas, lecionam Romero y Pucchiarelli: “Lo característico del juicio hipotético es tanto su dependencia respecto de una situación previa, que le es determinante, como el sentido hipotético de esta misma que se refleja sobre el juicio. Por ej., ‘si hace buen tiempo, iré de paseo’. Es hipotético que vaya de paseo porque lo es que haga buen tiempo. En cambio, la dependencia entre la enunciación y la hipótesis es terminante: el juicio dice que, si la condición establecida se cumple, iré de paseo seguramente.” Romero y Pucchiarelli. *Lógica*, apud Carvalho (1998, p. 42-43).

contribuinte e responsável. O sujeito passivo é designado por *contribuinte* quando participa, ele próprio, do evento perfeitamente enquadrável no aspecto material da hipótese de incidência da norma tributária, e por *responsável* quando, a despeito de não participar pessoal e diretamente do fato gerador da obrigação tributária, tem com ele algum vínculo econômico que permite ao legislador imputar-lhe o ônus legal de satisfazer o crédito tributário em prol do sujeito ativo.

Necessário perceber, repise-se, que o sujeito passivo da obrigação não pode ser identificado com a necessária segurança e precisão na hipótese de incidência da norma tributária, porquanto nem sempre à pessoa nela indigitada como protagonista do fato gerador será imputado o dever de recolher o tributo. O sujeito passivo da obrigação tributária, insista-se, está apontado no comando da norma tributária, mais especificamente em seu critério subjetivo, podendo coincidir ou não com a pessoa que realiza o fato jurígeno tributário. Quando o aspecto pessoal da hipótese de incidência e a sujeição passiva prescrita no comando da norma tributária coincidirem sobre a mesma pessoa, o sujeito passivo será *contribuinte*. O contribuinte comparece, pois, na hipótese de incidência e se faz também presente no comando normativo.

D'outra margem, quando o comando normativo imputar o dever de recolher o tributo a uma pessoa distinta daquela indigitada pelo aspecto pessoal da hipótese de incidência, o sujeito passivo será *responsável*. Com efeito, desde que respeitados os requisitos formais e materiais do Art. 128 do CTN³⁹, pode o legislador indicar no critério subjetivo do comando da norma tributária que prevê a incidência (*norma básica de incidência*, que define a sujeição passiva direta⁴⁰) ou de outra norma que a complementa (*norma suplementar*, que altera o pólo passivo da obrigação tributária nos casos de sujeição passiva

³⁹ A respeito dos limites à indicação de responsáveis tributários, os princípios da legalidade e da capacidade contributiva limitam, respectivamente, a atuação da fiscalização e da discricionariedade do legislador. Do primeiro, em virtude da exigência expressa de previsão legal, do segundo, mercê da necessidade da existência de um vínculo econômico entre o fato gerador e o indigitado responsável, de forma que este possa ser ressarcido do ônus econômico do imposto, que deve, ao final, ser suportado pelo protagonista do fato jurígeno tributário. A propósito do tema, ver Silva (2001, p. 20-24).

⁴⁰ A sujeição passiva direta se dá quando o sujeito passivo é o contribuinte ou o substituto tributário (ibid., p. 27-30).

indireta⁴¹) um sujeito passivo diverso daquele partícipe do correlato fato gerador, atribuindo o dever de recolher o tributo a um responsável tributário. O responsável integra o aspecto subjetivo da consequência normativa, mas não o aspecto pessoal da hipótese de incidência.

Vistos tais conceitos, fácil perceber ser *contribuinte* do IRPF o titular dos rendimentos. Entretanto, nem sempre ele, o contribuinte, ocupará, num primeiro momento, o pólo passivo da obrigação tributária, na medida em que, por praticidade, a legislação imputa o dever de recolher antecipadamente o imposto presumidamente devido a outrem (*responsável*). E assim ocorre com a arrecadação do imposto incidente sobre os rendimentos pecuniários percebidos perante a Justiça do Trabalho. A despeito de o contribuinte, em destaque no aspecto pessoal da hipótese, ser o beneficiário dos valores recebidos, imputa a Lei n° 8.541/92⁴² à fonte pagadora a obrigação de promover o recolhimento antecipado do IRPF supostamente devido. Nesse momento, pois, ocupa o *reclamado* o pólo passivo da obrigação tributária principal, na qualidade de responsável, incumbindo-lhe o dever de cumprir a prestação pecuniária à União, devendo comprová-lo nos autos no prazo de 15 dias da data da retenção.⁴³

Portanto, aponta-se como *sujeito passivo* relativamente ao Imposto de Renda incidente sobre as verbas recebidas perante a Justiça do Trabalho a *própria fonte pagadora desses rendimentos* – substituto tributário –, ainda que o contribuinte, que ostenta a capacidade econômica inerente ao fato gerador, seja o beneficiário dos mesmos.

⁴¹ A sujeição passiva indireta ocorre nos casos de responsabilidade por transferência ou por extensão (*ibid.*, p. 24-30).

⁴² “Art. 46. O imposto sobre a renda incidente sobre os rendimentos pagos em cumprimento de decisão judicial será retido na fonte pela pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento, no momento em que, por qualquer forma, o rendimento se torne disponível para o beneficiário.”

⁴³ Dispõe a Instrução Normativa SRF 491/05: “Art. 3°. Cabe à fonte pagadora, no prazo de 15 (quinze) dias da data da retenção de que trata o caput do Art. 46 da Lei n° 8.541, de 23 de dezembro de 1992, comprovar, nos respectivos autos, o recolhimento do imposto de renda na fonte incidente sobre os rendimentos pagos em cumprimento de decisão da Justiça do Trabalho.”

a.2) Sujeito ativo

Com relação ao *sujeito ativo*, convém recordar que a *capacidade tributária ativa*, assim intitulada a aptidão para ser sujeito ativo e promover a arrecadação e a fiscalização do recolhimento de tributos, é delegável, mediante lei *stricto sensu*. Podem, portanto, os entes tributantes, no exercício de suas respectivas *competências tributárias*⁴⁴, atribuir a outrem a titularidade do crédito tributário inerente ao pólo ativo da obrigação tributária. Assim ocorre, por exemplo, em relação às contribuições corporativas, instituídas no âmbito de competência da União, com fincas no Art. 149 da *Lex Mater*, e arrecadadas diretamente pelos Conselhos profissionais (OAB, Crea, CRM, CRC, CRA, ABO, dentre outros).

No que atina ao Imposto sobre a Renda, é a própria União que o arrecada, por intermédio de seu órgão responsável para tanto, qual seja, a Receita Federal do Brasil, posto que inexistente delegação expressa. Logo, o *sujeito ativo* da relação jurídico-tributária é a *União*.

b) CRITÉRIO QUANTITATIVO

No *critério quantitativo* do mandamento precisa-se a extensão econômica do objeto da prestação jurídica. É o *quantum* de tributo que deverá ser recolhido pelo sujeito passivo em prol do sujeito ativo, usualmente definido mediante o binômio base de cálculo e alíquota.

b.1) Base de cálculo

A base de cálculo consiste numa determinada grandeza econômica tomada como referência inicial para a apuração do crédito tributário. Importante asseverar, com o merecido destaque, não possuir o legislador ampla liberdade para sua fixação. Ao contrário, sua discricionariedade é limitada, porquanto a base de cálculo encontra como limite intransponível a *dimensão economicamente apreciável do aspecto material da hipótese de incidência*. Nesse rumo, a base de cálculo do IRPF deve corresponder e jamais poderá ultrapassar o valor dos rendimentos auferidos.

⁴⁴ A competência tributária, consistente na aptidão legislativa para instituir e regular incidência e recolhimento do tributo, é absolutamente indelegável.

Por certo, uma vez ocorrido o fato gerador da obrigação tributária, nele revela-se *in concreto* uma determinada riqueza cuja dimensão econômica constitui o limite máximo do parâmetro de mensuração do *quantum debeatur* a título de tributo. Milita, pois, a *capacidade contributiva*, que impõe o respeito às reais forças econômicas do contribuinte, em prol da indispensável conexão lógica entre o *ôntico* e o *deôntico*, devendo a obrigação principal (deôntico) ser apurada com base na dimensão economicamente apreciável do correlato fato gerador (ôntico).

A par disso, também por força do princípio da capacidade contributiva, a tributação deve onerar única e exclusivamente a renda líquida que superar o mínimo existencial do contribuinte e de seus dependentes. Por renda líquida entenda-se o total dos rendimentos e proventos auferidos, subtraídos das despesas e custos necessários à geração do acréscimo patrimonial e à manutenção da fonte produtora. Contudo, as deduções admitidas pela atual legislação tributária⁴⁵, não obstante suas pífias correções monetárias levadas a efeito após a vigência do plano real, apequenam de forma lastimável a importância da concreção de direitos fundamentais, como exemplificam, de forma emblemática, os estreitos limites das deduções com os gastos com educação⁴⁶ e despesas gerais por dependente.⁴⁷

Malgrado as merecidas críticas às delgadas raías das deduções expressamente permitidas em lei, devem ainda ser deduzidas as *despesas médicas*, as *contribuições para a Previdência da União, Estados, Distrito Federal e Municípios*; os valores pagos a título de *previdência privada*; as rubricas pagas a título de *pensão alimentícia*, decorrentes de decisão judicial ou acordo homologado em juízo; além das *despesas escrituradas em livro-caixa*, na hipótese de rendimentos oriundos de trabalho não-assalariado.

Contudo, no caso de recebimento de valores perante a Justiça do Trabalho, sujeitos ao recolhimento antecipado do IRPF presumidamente devido (insista-se, presunção necessariamente relativa), não há previsão para deduções,

⁴⁵ Lei nº 9.250/95, Art. 4º c/c Art. 8º.

⁴⁶ As despesas com a instrução do contribuinte ou dependente podem ser deduzidas até o limite de R\$ 2.708,94 no ano de 2009 (Art. 8º, “b”, 3 da Lei nº 9.250/95, com a redação dada pela Lei nº 11.482/07).

⁴⁷ Permite-se, para o ano de 2009, a dedução da quantia de R\$ 1.730,40 por dependente (Art. 8º, “c”, 3, da Lei nº 9.250/95, com a redação dada pela Lei nº 11.482/07).

aplicando-se-lhes a tabela mensal de enquadramento das alíquotas do imposto. As deduções concernentes a esse imposto prematuramente levado à burra estatal deverão ser consideradas quando do ajuste anual a ser promovido na declaração do IRPF.

Em tempo, há de se destacar, com a merecida ênfase, não se sujeitarem à incidência do IRPF as verbas rescisórias dotadas de natureza indenizatória, tais como aviso prévio, férias indenizadas, multa de FGTS, tampouco os valores percebidos a título de ressarcimento de danos, sejam eles materiais ou morais⁴⁸.

b.2) Alíquotas

A alíquota consiste num coeficiente percentual a ser multiplicado pela base de cálculo para a apuração do crédito tributário. Mercê do primado da capacidade contributiva, o IR está sujeito a alíquotas progressivas, que majoram à medida que se aumenta a base de cálculo. Basicamente, duas são as alíquotas do IRPF, a saber, 15% e 27,5%, aptas a onerar os valores que superarem a faixa de isenção do imposto.

Lamentavelmente, notável a redução do número de alíquotas do IRPF perpetrada no início da década de 1990 que, sob o pálio da praticidade, estorvavam uma maior eficácia dos princípios da progressividade e da capacidade contributiva.

Para efeitos de apuração, retenção/desconto e recolhimento antecipado do imposto pela fonte pagadora, aplica-se uma tabela de enquadramento dos rendimentos mensais, cujo limite de cada patamar⁴⁹ corresponde à duodécima parte dos valores anuais de transposição das alíquotas progressivas⁵⁰.

De se notar ainda que a legislação do IRPF promove a distinção entre os rendimentos percebidos de uma fonte permanente – a exemplo dos salários –,

⁴⁸ Ressalve-se que, no que concerne aos danos morais, conforme já destacado, à mínima de previsão expressa na legislação, a Receita Federal do Brasil reluta em reconhecer a sua não sujeição à incidência do IR.

⁴⁹ Para o exercício de 2009, ano-calendário de 2008, prevaleceram as seguintes faixas para o *cálculo mensal* do IRPF: 1- até R\$ 1.372,81 – isenção; 2- de R\$ 1.372,82 até R\$ 2.742,25 – 15%; 3- acima de R\$ 2.743,25 – 27,5%.

⁵⁰ Para o exercício de 2009, ano-calendário de 2008, foram estabelecidas as seguintes faixas para o *cálculo anual* do IRPF: 1- até R\$ 16.473,72 – isenção; 2- de R\$ 16.473,73 até R\$ 32.979,00 – 15%; 3- acima de R\$ 32.919,00 – 27,5%.

sujeitos à tabela de alíquotas progressivas, e aqueles decorrentes de transações eventuais, tributados por alíquotas fixas que independem do valor dos ganhos auferidos – v.g., nos mercados de renda variável –, jungidos à tributação definitiva ou exclusiva na fonte.

c) CRITÉRIO OPERACIONAL

Conforme já repisado, os valores efetivamente recebidos perante a Justiça do Trabalho sujeitam-se à antecipação operacionalizada pela fonte pagadora, mediante a aplicação da tabela de enquadramento mensal de alíquotas⁵¹. Trata-se, insista-se, de mera técnica de arrecadação tributária, adotada em prestígio à praticidade para a maior comodidade e eficiência da administração fazendária da União.

Adota-se, para tanto, a presunção relativa de corresponderem os valores recebidos a uma média mensal de rendimentos do contribuinte ou um duodécimo da renda líquida anual auferida pelo reclamante no exercício. Ora, sabe-se que essa presunção, no mais das vezes, senão em sua totalidade, não se verifica, pois não é comum tampouco normal aos reclamantes a manutenção de tais rendimentos mensalmente no decorrer do exercício financeiro. A par disso, devem ser computadas as deduções, desprezadas por ocasião do recolhimento antecipado, que inexoravelmente reduzem os rendimentos brutos então considerados.

Refulge, pois, a grande relevância do ajuste anual, a ser promovido na Declaração de Rendimentos do contribuinte, quando deverão ser corrigidas as eventuais e prováveis distorções decorrentes da superestimação da base de cálculo do IRPF, recolhido antecipadamente. O critério quantitativo definitivo, a medir a capacidade contributiva do contribuinte, consistirá no *somatório de todos os rendimentos anuais tributáveis, deduzidas as despesas taxativamente previstas em lei*, chegando-se a um valor que deve ser contrastado com as retenções havidas no mesmo período: havendo crédito ao contribuinte, este se credencia à restituição do IRPF, devidamente corrigido pela

⁵¹ Tal tabela encontrava-se veiculada pela Medida Provisória 340/2006, convertida na Lei nº 11.482/07, que, logrando vigência imediata, revogou a Lei nº 11.119/2005 e os Arts. 1º e 2º da Lei nº 11.313/2006 a partir de 01/01/2007, estabelecendo tabelas corrigidas até 2010.

Selic; havendo, por outro lado, débito, constitui-se uma obrigação suplementar a ser paga, à vista ou parceladamente, a partir do primeiro mês subsequente ao da entrega.⁵²

CONCLUSÕES

De todo o exposto, convém repisar que por decorrência lógica do fenômeno da periodização da renda, ínsito à própria idéia do acréscimo ou *plus* patrimonial, o aspecto temporal da norma instituidora do IRPF só se pode reputar aperfeiçoado, com todos os seus caracteres imprescindíveis, no último dia do ano, data em que são percebidos os últimos fluxos monetários e impingidas as derradeiras despesas, sob pena de o imposto desbordar do seu figurino constitucional, atingindo o *patrimônio*, ao revés do signo *renda* ou *proventos*.

A par disso, considerando-se que o IRPF se sujeita ao regime de caixa, seu fato gerador somente poderá implementar-se quando da aquisição da disponibilidade econômica da renda, concluindo-se, pois, que, na hipótese *sub examine*, não nasce obrigação tributária antes de seu efetivo recebimento pelo reclamante. Assim sendo, *ipso facto*, aplica-se a legislação em vigor no exercício financeiro em que se implementar a satisfação do crédito trabalhista (e não aquela em vigor quando da vigência da relação empregatícia ou do mero reconhecimento judicial do direito creditório).

Nessa senda, o recolhimento antecipado mediante aplicação da tabela de enquadramento mensal das alíquotas do imposto é mera técnica fiscal de arrecadação, urdida em prestígio ao *princípio da praticidade*, que corporifica *presunção necessariamente relativa*, porquanto se revela, no mais das vezes, absurdamente destoante da realidade.

A integralidade dos valores recebidos perante a Justiça do Trabalho, tomada como base para a antecipação do IRPF supostamente devido com arrimo em seu enquadramento na tabela mensal, consiste em uma abstração generalizante apta a atingir valores que podem sequer representar rendimentos, acaso sejam eles cotejados com as despesas incorridas no mesmo período de apuração, indispensáveis à sua produção ou manutenção digna do contribuinte e de seus dependentes, ou, ainda, se considerados no período do exercício financeiro como um todo. Contudo, tal *presunção*, insista-se, *relativa*,

⁵² RIR/99, Art. 854.

justifica-se, pois não seria mesmo razoável conceber-se a imputação, à fonte pagadora, do dever de se imiscuir nas particularidades cotidianas da intimidade do beneficiário, de forma a apurar-lhe as despesas eventualmente dedutíveis, decotando-as aos valores que lhe são versados, tampouco perquirir a respeito de outros ingressos e rendimentos por ele percebidos dentro do mesmo ano-calendário.

Contudo, a bem da verdade, mais próximo da realidade e, portanto, mais adequado, seria aplicar, para efeito de retenção dos valores percebidos perante a Justiça do Trabalho a tabela anual de progressão de alíquotas, em vez de utilizar a tabela mensal. Assim, menor tenderia a ser o imposto retido em excesso.

Mercê da retenção e recolhimento de um imposto no mais das vezes, se não na totalidade, superestimado com base em uma presunção, exsurge o direito subjetivo ao ajuste anual, quando os valores excessivamente descontados deverão ser restituídos. De se ver que, como imperativo inexpugnável, a técnica de substituição somente se legitima na medida em que se garanta ao contribuinte a oportunidade, por ocasião da entrega de sua DIRPF, de corrigir eventuais distorções, credenciando-se, sendo o caso, à indisputável *restituição*, conforme deflui inclusive da literalidade do permissivo talhado no Art. 150, § 7º, da Constituição Federal, *in fine*. A inferência de que a antecipação em revista denota mera *presunção relativa* é, além do mais, a única forma de conciliar o princípio da praticidade com os primados da capacidade contributiva e da vedação do efeito de confisco, além de se alinhar à premissa de que os princípios técnicos da arrecadação não poderão, ao menos sem grave atentado ao edifício constitucional, se sobrepor ou amesquinhar os princípios éticos do sistema. A possibilidade do ajuste fiscal dos valores presumidos e antecipados com o IRPF efetivamente devido é condição *sine qua non* para a validade jurídica e tolerância econômica da técnica de arrecadação analisada.

Por fim, há de se destacar que do valor da condenação tem o(a) reclamado(a) o direito subjetivo de deduzir do depósito/pagamento a ser feito em favor do(a) reclamante o valor do imposto por este devido. Não precisa, pois, e nem deve, a fonte pagadora depositar integralmente o montante da condenação sem descontar o valor do imposto que deve ser por ela recolhido, mas cujo ônus econômico, por força do princípio da capacidade contributiva, plasmado na melhor interpretação do Art. 128 do CTN, deve ser suportado pelo contribuinte, quem, afinal, realiza o fato gerador do IR e com ele mani-

feita a riqueza alvejada pela tributação. Insista-se que não deve a fonte pagadora arcar com o ônus econômico do IRRF, basta-lhe apenas o dever jurídico de recolhê-lo, a tempo e a modo, à burra estatal.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 34.709/SP. Recorrente: Indústria e Comércio Guarany S/A. Recorrido: Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Ari Pargendler. Brasília, 4 nov. 1996.

_____. _____. Recurso Especial nº 963.387/RS. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Elton Frederico Volker. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 8 out. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 93.850/MG. Recorrente: Jair Rodrigues Pereira. Recorrido: Prefeitura Municipal de Belo Horizonte. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 27 ago. 1982.

_____. _____. Recurso Extraordinário nº 188.684/SP. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Paulo Guimarães Leite e outros. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 7 jun. 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da Norma Tributária*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1998.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Teoria geral do tributo, interpretação e exoneração tributária*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LEMKE, Gisele. *Imposto de Renda – os Conceitos de Renda e Disponibilidade Econômica e Jurídica*. São Paulo: Dialética, 1998.

REVISTA FÓRUM DE DIREITO TRIBUTÁRIO – RFDT. Belo Horizonte: Fórum, ano 4, v. 23, set./out. 2006.

SILVA, Paulo Roberto Coimbra. *A Substituição Tributária Progressiva nos Impostos Plurifásicos e Não-Cumulativos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SUNSTEIN, Cass R. *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1990. 236 p.

RESUMO

O artigo promove uma análise sobre a retenção na fonte do Imposto sobre a Renda incidente sobre os rendimentos recebidos perante a Justiça do Trabalho por ocasião da execução de sentença trabalhista. Com este objetivo é realizada uma investigação da estrutura da norma tributária em que se prevê a incidência do Imposto sobre a Renda, destacando-se a hipótese de incidência ou antecedente normativo, o fato gerador, bem como o consequente ou mandamento normativo e a obrigação tributária do Imposto de Renda da Pessoa Física. Ao final, conclui-se, dentre outros aspectos: i) pela aplicação da legislação em vigor no exercício financeiro em que se implementa a satisfação do crédito trabalhista; ii) pela adoção da tabela anual de progressão de alíquotas, afastando-se a utilização da tabela mensal, de maneira a reduzir o imposto retido em excesso; iii) pelo direito subjetivo ao ajuste anual, como condição de legitimação da substituição tributária, permitindo, desta forma, a restituição dos valores excessivamente desconta-

ABSTRACT

The article promotes a review of the withholding on the income tax on income received before the Labor Court at the time of labor sentence execution. With this purpose, there will be conducted an analysis of the structure of the taxation rule, which provides the incidence of Income Tax, highlighting the event of levy or normative antecedent, the taxable event, the consequent or normative commandment and the tax liability related to the Income tax of Individuals. In the end, we conclude in favor to the: i) implementation of existing legislation in the financial year that the labor credit is granted; ii) adoption of annual table of the progressive tax rates of income tax, avoiding the use of monthly table, so as to reduce the tax withheld in excess; iii) subjective right to annual adjustment as a condition of legitimacy of the tax substitution, thus allowing the refund of the amounts unduly discounted; iv) the employer's right to deduct the amount of tax due, of the payment made in favor of the employee, because the

dos; iv) pelo direito de o empregador deduzir o valor do imposto devido do pagamento a ser feito em favor do empregado, não estando a fonte pagadora sujeita a arcar com o ônus econômico do Imposto de Renda incidente sobre o valor da condenação, em decorrência do princípio da capacidade contributiva.

Palavras-chave: imposto de renda, retenção na fonte, substituição tributária, execução de sentença trabalhista, capacidade contributiva.

payer is not subject to bear the economic burden of income tax levied on the value of the conviction, due to the principle of ability to pay.

Keywords: income tax, withholding, tax replacement, execution of labor sentence, ability to pay.

Paulo Roberto Coimbra Silva é Advogado, Professor de Direito Financeiro e Tributário da UFMG, Coordenador da Pós-graduação em Direito Tributário do Ceajufe; Doutor e Mestre em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais, Membro da Abradt e do IFA e Conselheiro da ABDF.

DIÁLOGOS ENTRE A
DOCTRINA E A JURISPRUDÊNCIA

O dever de informação nos contratos de crédito ao consumo em Direito Comparado francês e brasileiro: a sanção para a falta de informação dos juros remuneratórios

Clarissa Costa de Lima

INTRODUÇÃO ¹

O crédito é, na atualidade, considerado o motor do consumo de massa e um dos mais importantes meios da política dos poderes públicos na luta contra o subconsumo e as ameaças de desaceleração econômica. Deixou de ser concebido como um mal necessário para ser concebido como uma força que se impõe no desenvolvimento social e econômico do País. Entretanto, é imperioso lembrar que a banalização do crédito e a sua concessão irresponsável, sem o cumprimento dos deveres de informação e aconselhamento para os consumidores, é responsável pela propagação do endividamento na sociedade, aumentando os riscos do superendividamento.

¹ Este artigo foi escrito a partir da pesquisa de Direito Comparado que norteou minha dissertação de mestrado na UFRGS, intitulada *Empréstimo Responsável: Os Deveres de Informação nos Contratos de Crédito e a Proteção do Consumidor contra o Superendividamento*. Agradeço à Professora Cláudia Lima Marques pela orientação dedicada e pela generosidade em compartilhar algumas reflexões aqui desenvolvidas.

O superendividamento é um fenômeno que surgiu nos Estados Unidos, alastrou-se para a Europa e hoje está presente em muitos países em desenvolvimento, podendo ser identificado como falência ou insolvência dos consumidores, isto é,

situações em que o devedor se vê impossibilitado, de uma forma durável ou estrutural, de pagar o conjunto de suas dívidas, ou mesmo quando existe uma ameaça séria de que não o possa fazer no momento em que elas se tornem exigíveis.²

No Direito Comparado já existe consenso de que se trata de um problema que extrapola a esfera jurídica, pois apresenta sérios reflexos econômicos, sociais e familiares, com custo inestimável para toda a sociedade³, de modo que não mais se duvida da importância de se adotarem medidas de prevenção para evitar ou aliviar os problemas causados pela rápida expansão do superendividamento. Para combater os efeitos acarretados por esse novo flagelo social, os poderes públicos lançam mão de políticas sociais, desenvolvendo programas públicos de saúde, benefícios assistenciais e programas de educação financeira. No domínio das políticas legais, podemos citar a adoção de legislações especiais que regulam detalhadamente os contratos de crédito ao consumo, as quais conferem um papel especial aos deveres de informação e aconselhamento como forma de prevenir o endividamento excessivo⁴.

² Leitão Marques (2000, p. 2).

³ Johanna Niemi-Kiesiläinen e Ann-Sofie Henrikson chamam a atenção para o fato de que o superendividamento sacrifica o lar como um todo. Os membros da família têm que fazer grandes sacrifícios para pagar as dívidas, cortam drasticamente seus gastos de consumo, o que pode afetar inclusive o desenvolvimento das crianças que crescem nesses lares, muitas vezes sem atendimento de suas necessidades mínimas e, o que é pior, sofrendo com a atmosfera pesada de falta de esperança. Ambas destacam que o superendividamento também pode gerar comportamentos econômica e socialmente não desejáveis, citando como exemplo a situação de um devedor que, sem nenhuma chance/esperança de conseguir pagar todas as suas dívidas, terá muito pouco incentivo para trabalhar mais do que o necessário para sobreviver ou será levado a trabalhar no mercado negro, o que significa menos impostos arrecadados para a sociedade (Niemi-Kiesiläinen e Henrikson, 2006, p. 18).

⁴ Na Europa, a regulação dos contratos de crédito ao consumo ocorre tanto no âmbito comunitário, através da Diretiva de Crédito ao Consumo, como no âmbito nacional.

Dados os limites que se apresentam ao presente estudo, trataremos do dever de informação como um instrumento legal de proteção da integridade do consentimento dos consumidores de crédito, por entender que frequentemente é reduzido a uma aceitação instantânea, sem reflexão e sem possibilidade de negociação, diante das práticas de contratação em massa e das pressões geradas na atual sociedade de consumo.⁵

Concentraremos nossa análise na informação pré-contratual sobre a taxa de juros remuneratórios, por constituir elemento imprescindível para a formação de um consentimento “racional”, uma vez que permite ao consumidor, por um lado, conhecer com precisão o custo do crédito, facilitando a comparação entre ofertas, de modo a evitar surpresas desagradáveis, e, por outro, eliminar práticas enganosas de profissionais que não indicam o custo total do crédito ou os elementos que compõem esse custo.

Assim, na primeira parte do trabalho, analisaremos como se apresenta o dever de informação sobre os juros na legislação francesa e de que modo a Corte de Cassação vem interpretando ou aplicando o Direito Positivo. Esclarecemos que a escolha da França como paradigma não se deu por acaso, mas sim porque lá se alcançou um elevado nível de proteção ao consumidor de crédito.

Na segunda parte, faremos uma comparação com a legislação brasileira, analisando se o dever de informação foi adotado como forma de proteção do consentimento do consumidor pelo Código de Defesa do Consumidor e a sua aplicação, pelo Superior Tribunal de Justiça.

○ FORMALISMO INFORMATIVO NA FRANÇA

A informação sobre a taxa de juros no Direito Positivo francês

No Direito francês, a cobrança da taxa convencional de juros supõe que o devedor seja corretamente informado do montante dos juros. Essa exigência

⁵ Nicole Chardin (1988) refere-se aos contratos de crédito como “contratos afetivos”, justamente porque as necessidades e desejos dos consumidores, se bem explorados, aliados à generalização do crédito a todos os tipos de bens, assim como a facilidade e rapidez das condições de acesso podem transformar a vontade do consumidor em um automatismo, um ato resultante simplesmente de um desejo, cujo comando se dá mais pelo prazer do que pela razão.

de informação incumbe ao credor e se traduz pelo respeito de um formalismo destinado a garantir a liberdade da parte mais fraca e a moral⁶ dos negócios.

A exigência de estipulação escrita da taxa de juros é imposta desde 1804 pelo artigo 1.907, alínea 2, do Código Civil, que dispõe que “a taxa de juros convencional deve ser fixada por escrito”. Esse formalismo repete-se no artigo L. 313, al. 1, do Código do Consumo, segundo o qual a taxa efetiva global deve ser mencionada em qualquer escrito quando se tratar de contrato de empréstimo.

Essa exigência de forma visa permitir que o consumidor tenha conhecimento da importância e extensão das obrigações contratuais e ainda compare as tarifas praticadas pelos bancos concorrentes, podendo até mesmo negociar uma taxa mais vantajosa. A informação escrita da taxa de juros deve ser fornecida ainda antes da assinatura do contrato; caso contrário, leva à presunção de ausência de consentimento do consumidor quanto à taxa.

Para suscitar a reflexão do consumidor antes da formação do contrato, o profissional deve fornecer ao consumidor uma oferta prévia cujo conteúdo e forma estão determinados no artigo L. 311-10 e L. 312-8 do Código do Consumo, devendo ser mantida durante 15 dias. A oferta prévia deve conter os elementos substanciais do contrato de crédito, como a identidade das partes

⁶ A preocupação em moralizar as profissões bancárias também estava presente na lei de tratamento do superendividamento, conhecida como Lei Neiertz, ao determinar a redução dos juros em função da atitude do credor, no momento da formação do contrato e na ocasião da fase de conciliação, conforme aceite ou se recuse a colaborar com o devedor. Se o credor concorda, por exemplo, com prazos de reembolso que excedam o termo inicialmente estipulado, o sacrifício de seus juros será moderado; se, pelo contrário, recusa-se a conceder prazos de pagamento, não colabora com a elaboração de um plano amigável, faz fracassar a conciliação, a perda dos juros tem todas as chances de ser maior. Nas palavras de Vincent David (2005), “a consideração do comportamento do profissional produz uma consequência original: o tratamento desigual dos credores dos juros. Contrariamente ao direito dos procedimentos coletivos que impõe o tratamento idêntico dos credores (que se prevalecem de direitos equivalentes), o juiz não tem que submeter a mesma disciplina a todos os credores. Esta solução resulta da letra da lei: apesar do caráter coletivo do regramento judiciário civil, o princípio da igualdade dos credores não é jamais enunciado; pelo contrário, convida-se o juiz a tomar em consideração o comportamento dos credores para determinar a reorganização de seus créditos, o legislador necessariamente admitiu que eles podem ser tratados diferentemente. Este entendimento foi consagrado pela Corte de Cassação, que confirmou que o juiz não é obrigado a assegurar uma igualdade de tratamento entre os credores.”

e dos eventuais fiadores, as disposições legais aplicáveis, a fim de que o leigo seja informado das disposições em vigor, a natureza, o objeto e as modalidades do contrato de crédito.

Sobretudo o custo do crédito deve ser detalhado para que o consumidor tenha condições de apreciar o montante envolvido no contrato de empréstimo e o custo de cada serviço: o artigo L. 311-10 do Código do Consumo impõe a menção da T.E.G⁷, o custo dos seguros, e o artigo L. 312-8 do Código do Consumo exige que sejam mencionados o montante do crédito e dos seguros, as garantias reais ou pessoais e ainda as modalidades de cálculo de indexação e de reembolso antecipado quando o empréstimo imobiliário tem taxas progressivas.

A inobservância do dever de fornecer uma oferta prévia ou a ausência de escrito contendo as menções obrigatórias exigidas pela lei acarretam a sanção civil de perda do direito aos juros, conforme os artigos L. 311-33 e L. 312-33 do Código do Consumo. Em consequência, o consumidor fica obrigado somente ao reembolso do capital segundo os vencimentos previstos. As somas percebidas pelo profissional a título de juros serão restituídas ao consumidor ou imputadas no restante do capital devido⁸. Em outras palavras, a

⁷ A taxa anual efetiva global é uma fórmula matemática única para calcular a taxa de juros que foi inaugurada na Diretiva 98/7/CE, de 16 de fevereiro de 1998, visando garantir a transparência e facilitar a concorrência no mercado de crédito entre os Estados Membros.

⁸ Merece registro que a inobservância do formalismo informativo é sancionada com a perda dos juros para o profissional também em outros dispositivos legais: 1) o Art. 1º da Lei de 1º de março de 1984 impõe aos estabelecimentos de crédito o dever de informar todos os anos os avalistas ou seus herdeiros da existência de garantias, de seu termo ou de sua revogabilidade e do montante de ditas garantias, sob pena de perda dos juros vencidos depois da anterior informação até a seguinte; 2) a Lei nº 89-1010, de 31 de dezembro de 1989, relativa à prevenção e ao regramento das dificuldades ligadas ao superendividamento dos particulares e de suas famílias, inseriu nas Leis nº 78-22, de 10 de janeiro de 1978, e nº 79-596, de 13 de julho de 1979, relativas à informação e à proteção dos consumidores no domínio de certas operações de crédito, a exigência de que o profissional informe ao avalista (pessoa física) a insolvência do devedor principal desde o primeiro incidente de pagamento caracterizado e suscetível de inscrição no cadastro de inadimplentes. A sanção para o profissional que descumpre esse dever é a perda dos juros de mora vencidos entre a data desse primeiro incidente de pagamento até a data em que o avalista for informado.

sanção afeta a estipulação dos juros, que não se traduz pela substituição da taxa convencional pela taxa legal, mas pela ausência total da contraprestação, beneficiando-se o consumidor de um empréstimo gratuito.

A sanção do artigo L. 311-33 do Código do Consumo para o profissional que deixa de incluir na oferta prévia as informações exigidas em lei é automática, segundo a maioria dos doutrinadores. Significa que o juiz não tem nenhum poder de apreciação da oportunidade e da extensão da sanção. Se uma irregularidade é constatada, ele é obrigado a pronunciar a perda integral dos juros, mesmo quando lhe pareça que a falta do profissional não tenha sido intencional e, ainda, que ela não tenha falseado o julgamento do consumidor.

No crédito imobiliário, ao revés, a sanção é facultativa e variável, dispondo os juízes de um poder de apreciação da oportunidade. De acordo com o artigo 312-33 do Código do Consumo, o juiz poderá aplicar a sanção ou não, e, se o fizer, a perda poderá ser integral ou parcial, dependendo da gravidade da falta cometida. Os franceses justificam essa diferença de tratamento alegando que a perda dos juros terá consequências mais fortes em matéria de empréstimo imobiliário em razão do seu montante e de sua duração.

A doutrina⁹ destaca que essa oferta prévia deve ser entregue não somente antes da concessão do crédito mas também nos casos de modificação das condições de um crédito já concedido, especialmente quando há alteração da taxa de juros. A recente lei francesa n° 2005-67, de 28 de janeiro de 2005, tendente a garantir a confiança e a proteção do consumidor, confirmou essa tendência e impôs novas obrigações ao fornecedor de crédito, tornando a oferta prévia obrigatória não apenas para o contrato inicial mas para qualquer aumento de crédito já concedido.

A jurisprudência da Corte de Cassação francesa no que tange à informação do consumidor nos contratos de crédito ao consumo

Segundo J. L. Gallet,

a jurisprudência atual da Corte de Cassação em matéria de proteção do consumidor se inscreve em uma corrente jurisprudencial antiga, fundada sobre disposições do Código Civil e com tendência a pro-

⁹ Calais-Auloy e Steinmetz (2003, p. 393).

mover uma “justiça contratual”, isto é, a conciliar o útil e o justo no direito positivo do contrato, zelando pela proteção do contratante mais fraco. Esta tendência à proteção do contratante mais fraco, fundada no Código Civil, se situa no contexto de uma influência crescente dos direitos fundamentais, precisamente dos direitos sociais sobre o direito privado e da emergência de uma obrigação de colaboração entre co-contratantes em nome de um “solidarismo contratual” que se acentuou, evidentemente, com o surgimento e expansão do direito do consumo, orientado justamente à proteção do consumidor.¹⁰

No que tange à inobservância dos dispositivos supracitados impondo ao profissional o dever de informação, as decisões da Corte de Cassação costumam proteger o consumidor/mutuário, aplicando para o profissional a sanção da perda do direito aos juros na condição de uma verdadeira e original sanção civil, distinta da teoria das nulidades¹¹ e das regras de responsabilidade civil¹². Em diversos julgados encontra-se o registro de que a perda do direito aos juros não é uma nulidade, mas uma sanção original referindo que “as disposições legais não exigem a demonstração de um vício de consentimento ou de um prejuízo de direito para que o mutuário se prevaleça das suas prescrições [...]” (Civ. 1ª, 2 de julho de 1996, Bull. Civ. I, nº 283, p. 198; Civ. 1ª, 18 de março de 1997, Bull. Civ. I nº 97, p. 63; Rép. Defr. 1997, Art. 36.649, p. 1.131, note S. Pidelievre; Civ. 1ª, 9 de março de 1999, Bull. Civ. I, nº 86, p. 58; Civ. 1ª, 23 de

¹⁰ Palestra do Conselheiro da Corte de Cassação sobre a “Experiência Judiciária” no Colóquio Internacional “Aspectos Jurídicos da Proteção dos Consumidores - Comparações França-Brasil-Argentina”, realizado pelo Curso de Especialização em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul nos dias 29 e 30 de maio de 2008.

¹¹ Vincent David (2005, p. 494-495) destaca que a nulidade total do contrato prejudicaria o consumidor porque faria nascer para ele uma obrigação de restituição imediata da soma emprestada, perdendo o prazo convencionado para o reembolso. A nulidade parcial evitaria que o consumidor tivesse que restituir imediatamente a integralidade da soma emprestada, mas o mútuo continuaria oneroso uma vez que a taxa convencional seria apenas substituída pela taxa legal.

¹² As regras de responsabilidade civil também não se aplicam porque a perda do direito aos juros não depende da prova de prejuízo, é uma sanção que se aplica independentemente de prejuízo.

março de 1999, Bull. Civ. I, nº 108, p. 71; Civ. 1ª, 23 de novembro de 1999, Bull. Civ. I, nº 321, p. 208; Civ. 1ª, 13 de março de 2001, Bull. Civ. I, nº 70, p. 45).

Importante destacar que os julgados da Corte de Cassação avançaram em relação ao Direito Positivo, considerando que o dever de informar não se exaure na informação objetiva sobre a taxa de juros e outros encargos do contrato de crédito, impondo aos profissionais o dever de aconselhar o consumidor e de verificar a sua capacidade de reembolso.

Em 8 de junho de 1994, foi prolatada uma das primeiras decisões na qual a 1ª Câmara da Corte de Cassação responsabilizou o banco pela concessão de crédito. Tratava-se de um caso excepcional em relação à conduta do profissional que tinha concedido um empréstimo a um agricultor para financiar um trator, do qual ele não tinha nenhuma necessidade, pois já possuía outro trator que funcionava. O crédito provocaria a ruína do agricultor, a carga anual dos reembolsos excedia os seus rendimentos. Em vista dessas circunstâncias, julgou-se que o banco “tinha agido com uma leviandade repreensível (*légèreté blâmable*), cuja falta contribuiu para o prejuízo sofrido pelo estabelecimento financeiro em razão do não reembolso do empréstimo [...]”.

A jurisprudência da 1ª Câmara da Corte de Cassação evoluiu com a decisão de 27 de junho de 1995 que representou a emergência de um dever de conselho a cargo do estabelecimento de crédito. Julgou-se que a conformidade da oferta prévia de crédito às disposições do Art. 5 da Lei de 13 de julho de 1979 não dispensa o estabelecimento de seu dever de conselho em relação ao mutuário, notadamente na hipótese em que a taxa de endividamento, proposta pelo projeto de financiamento, era insuportável para os devedores que dispunham de baixos rendimentos. O banco deveria ter chamado a atenção sobre a importância do endividamento, informando aos clientes espontaneamente. Não o tendo feito, falta com o seu dever de conselho, acarretando a sua responsabilidade civil¹³.

Importante destacar que as decisões da Corte de Cassação francesa inauguraram uma corrente jurisprudencial inspirada no Princípio do Empréstimo Responsável, que pode ser traduzido pela prudência na concessão do crédito, visando diminuir o risco de os consumidores serem vítimas de compromissos desequilibrados que não possam ser honrados e que tenham como

¹³ Veja o comentário da decisão da 1ª Câmara da Corte de Cassação por Parance (2005).

consequência a sua exclusão econômica com intervenções sociais dispendiosas para os Estados.

Recentemente, o legislador comunitário acompanhou a tendência da jurisprudência francesa ao incorporar o Princípio do Empréstimo Responsável na Diretiva do Parlamento Europeu nº 2002/0222, de 18/01/2008, determinando no Art. 8º que “o mutuante deve avaliar a solvabilidade do consumidor com base em informações suficientes, se for caso disso obtidas do consumidor e, se necessário, através da consulta de uma base de dados.”

○ FORMALISMO INFORMATIVO NO BRASIL

A informação sobre a taxa de juros no Código de Defesa do Consumidor (CDC) e a jurisprudência atual do STJ

Além do dever de informação geral constante no CDC, o Art. 52 do CDC arrola algumas menções obrigatórias que devem constar no contrato de crédito, dentre elas a taxa anual de juros, mas a prática constante no mercado distancia-se do mandamento legal. Muitos consumidores não recebem previamente as informações básicas sobre o custo do crédito, não é raro receberem o contrato somente depois da assinatura, algumas vezes sem menção à taxa de juros, ou nem recebem o instrumento contratual. Nesses casos, a vulnerabilidade do consumidor é flagrante, pois assumiu o compromisso de reembolsar um crédito sem acesso à informação relativa ao seu custo.

Embora não tenhamos a obrigatoriedade da oferta-prévia como na França, as informações constantes no Art. 52 do CDC devem ser transmitidas ao consumidor antes da assinatura do contrato – é o que se extrai dos vocábulos prévia e adequadamente –, a fim de que não assuma obrigações futuras e incertas, que tenha condições de avaliar a importância do compromisso que está assumindo, sua capacidade de reembolso, que lhe seja garantida, enfim, uma decisão mais racional.

Todavia, o formalismo informativo imposto pelo Código de Defesa do Consumidor não vem sendo aplicado com rigor pelo Superior Tribunal de Justiça nas demandas que envolvem os contratos de crédito. A título de exemplo, podemos citar o entendimento que isenta o profissional/fornecedor do crédito da obrigação de informar os consumidores sobre a taxa de juros remuneratórios, atribuindo ao consumidor a “*obrigação de se informar*” a respeito

dos encargos do contrato de crédito nos casos em que não estiverem previstos no instrumento contratual. Confira-se:

Relação De Consumo. Contrato De Abertura De Crédito. Juros Bancários. À míngua de contrato escrito, e tratando-se de relação jurídica resultante de um contrato de abertura de crédito, na modalidade “cheque especial”, são devidos os juros remuneratórios cobrados pela instituição financeira, salvo se forem abusivos – tudo porque antes de sacar o dinheiro por conta do crédito previamente autorizado o correntista tem a obrigação de se informar a respeito dos respectivos encargos, sabido que o empréstimo bancário é sempre oneroso. Agravo regimental não provido. (AGA 715289/RS; Agravo Regimental No Agravo De Instrumento 2005/0174575-6 Relator(a) Ministro Ari Pargendler, Órgão Julgador T3 - Terceira Turma, Data do Julgamento 10/10/2006, Data da Publicação/Fonte DJ 27.11.2006, p. 279).

No que tange à taxa de juros remuneratórios não estabelecida no contrato, verifica-se o entendimento de que deveria ser imposta a limitação de 12% ao ano, considerando potestativa a cláusula que prevê que o contratante deve arcar com os juros praticados no mercado financeiro. Nesse sentido:

Processo Civil - Recurso Especial - Negativa De Provimento – Agravo Regimental - Contrato Bancário - Juros Remuneratórios - Taxa Não Estabelecida No Contrato - Limitação Em 12% Ao Ano – Capitalização Mensal De Juros - Pactuação Não Demonstrada - Comissão De Permanência - Inexistência De Previsão - Desprovimento.

1 - Encontra-se pacificado nesta Corte o entendimento de que, quanto aos juros remuneratórios, uma vez não estabelecida no contrato a taxa de juros a ser aplicada, deve ser imposta a limitação de 12% ao ano, vez que a previsão de que o contratante deve arcar com os juros praticados no mercado financeiro é cláusula potestativa, que sujeita o devedor ao arbítrio do credor ao assumir obrigação futura e incerta. Precedentes.

2 - Quanto à capitalização mensal de juros, frise-se que, com a edição da Medida Provisória n.º 1.963 e respectivas reedições, a capitalização mensal tornou-se permitida, conforme o seu Art. 5º, mas apenas

para os contratos celebrados a partir de 31 de março de 2000, data de sua primeira publicação, desde que exista expressa previsão contratual de incidência de tal encargo, hipótese que não se verifica no âmbito do contrato em tela, razão pela qual deve ser mantida sua proibição.

3 - No que pertine à comissão de permanência, é lícita a sua cobrança após o vencimento da dívida. A comissão deve observar a taxa média dos juros de mercado, apurada pelo Banco Central do Brasil. Não pode, entretanto, ser cumulada com a correção monetária nem com os juros remuneratórios. Incidência das Súmulas 30, 294 e 296 do STJ. Consoante entendimento recente desta Seção, a cobrança da comissão de permanência também não pode coligar com os encargos decorrentes da mora, como os juros moratórios e a multa contratual (cf. AgRg no REsp 712.801/RS Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 04.05.2005). Entretanto, inexistente a previsão no contrato em tela, deve ser mantida sua proibição.

4 - Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 723778/RS; Agravo Regimental No Recurso Especial 2005/0022191-6 Relator(a) Ministro Jorge Scartezzini, Órgão Julgador T4 - Quarta Turma, Data do Julgamento: 03/11/2005, Data da Publicação/Fonte: DJ 21.11.2005, p. 256).

Mais recentemente, percebe-se uma nova orientação jurisprudencial para os casos em que não é possível verificar a prévia estipulação dos juros remuneratórios (seja pela própria falta de pactuação ou pela não juntada do contrato aos autos), fixando-se a taxa de juros com base na média de mercado em operações da mesma espécie em vez de limitá-la a 12% ao ano. Senão, veja-se:

Agravo Regimental. Agravo De Instrumento. Contrato De Abertura De Crédito Em Conta-Corrente. Ação Revisional. Contrato Não Juntado Aos Autos. Juros Remuneratórios. Limitação À Taxa Média Do Mercado. Sucumbência Recíproca. Repartição Do Ônus.

Não constando dos autos cópia do contrato revisado, para que se possa aferir a taxa de juros contratada, os juros remuneratórios serão limitados à taxa média do mercado à época da contratação. Agravo

regimental improvido. (AgRg Nº 911.138/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, Órgão Julgador T3 - Terceira Turma, Data do Julgamento: 19/06/2008, Data da Publicação/Fonte: 01/07/2008).

Bancário e processual civil. Agravo no recurso especial. Ação revisional de contrato bancário. Juros remuneratórios. Percentual não demonstrado. Taxa média de mercado. Interpretação de cláusulas contratuais. Impossibilidade.

- A cláusula que prevê a incidência de juros sem lhe precisar o percentual é nula, devendo ser limitados os juros segundo a média de mercado. - Inviável o reexame de cláusulas contratuais em sede de recurso especial. Agravo no recurso especial não provido. (AgRg no REsp 1050605/RS, Relatora Ministra Nancy Andrigli, Órgão Julgador T3 - Terceira Turma, Data do Julgamento: 26/06/2008, Data de Publicação/Fonte: DJe 05/08/2008).

A jurisprudência citada, ao autorizar a cobrança de juros praticados no mercado, mesmo para os casos em que o consumidor não foi previamente informado, consoante o disposto no Art. 52 do Código de Defesa do Consumidor, encontra esteio exclusivamente no princípio da autonomia da vontade, que inspirou o Código Civil de 1916, baseado na filosofia individualista e do liberalismo econômico do fim do século XVIII, muito bem sintetizada pela professora Cláudia Lima Marques:

A doutrina da autonomia da vontade considera que a obrigação contratual tem por única fonte a vontade das partes. A vontade humana é assim o elemento nuclear, a fonte e a legitimação da relação jurídica contratual e não a autoridade da lei. Sendo assim, é da vontade que se origina a força obrigatória dos contratos, cabendo à lei simplesmente colocar à disposição das partes instrumentos para assegurar o cumprimento das promessas e limitar-se a uma posição supletiva. A doutrina da autonomia da vontade terá também outras conseqüências jurídicas importantes como a necessidade do direito assegurar que a vontade criadora do contrato seja livre de vícios ou defeitos, nascendo aí a teoria dos vícios do consentimento. Acima de tudo o princípio da autonomia da vontade exige que exista, pelo menos abstratamente, a liberdade de contratar ou de se abster, de

escolher o parceiro contratual, o conteúdo e a forma do contrato. É o famoso dogma da liberdade contratual.¹⁴

Ocorre que a noção clássica de uma vontade livre, dirigida pelo próprio indivíduo, pressupõe uma igualdade de forças e liberdade de discussão entre as partes, o que não ocorre nas relações de consumo, marcadas pela desigualdade entre seus atores (consumidor e fornecedor). A oposição entre leigo e profissional é destacada por Sophie Gjidara:

Se na visão tradicional, os protagonistas do contrato são os personagens abstratos designados pelos termos genéricos de credores e devedores, a influência da economia sob o direito contribuiu para um desdobramento dos modelos, a figura do devedor e a do credor tendem a desaparecer atrás dos conceitos econômicos de profissionais e de consumidores. Enquanto o Código Civil rege fundamentalmente os relacionamentos contratuais em função do objeto do contrato, referindo-se, assim, a um postulado de liberdade e igualdade dos contratantes, o direito do consumo apreende os relacionamentos contratuais em função da posição do contratante no processo contratual. Assim, a emergência das noções de profissionais e consumidores deixa pensar que a ideologia que sustenta o Código Civil não permite reger de maneira satisfatória os relacionamentos contratuais nos quais está implicado o consumidor. De outro lado, o direito do consumo que incita a visar a relação contratual não mais como um relacionamento inter-individual mas como uma manifestação de antagonismos coletivos, se organizou em função de um esquema dominado pela idéia de um desequilíbrio estrutural, de uma desigualdade inerente à relação entre o profissional e o consumidor de crédito. Os profissionais tradicionalmente em posição de superioridade em razão de seus conhecimentos técnicos e de suas capacidades financeiras mais importantes opõem-se aos consumidores, quer dizer, àqueles economicamente frágeis que sucumbem à armadilha do crédito.¹⁵

¹⁴ Marques (2002b, p. 48).

¹⁵ Gjidara (1999, p. 206).

Destarte, nas relações de consumo o dogma da autonomia da vontade deve ser relativizado, na medida em que a vontade não pode existir se ela não está acompanhada de um mínimo de compreensão e conhecimento. Especialmente no campo dos contratos de crédito, a autonomia da vontade do consumidor é reduzida, não só porque ele não tem acesso às informações técnicas de que dispõe o profissional, mas também porque sofre as pressões idênticas a todo consumidor, além de pressões específicas. A pressão de ordem interna, que consiste na criação de novas necessidades a partir da oferta abundante de produtos e de diversas formas de crédito disponíveis no mercado, e a pressão de ordem externa, que é exercida principalmente pela publicidade que estimula a venda dos bens a crédito¹⁶.

A sanção olvidada constante no Art. 46 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro

O desequilíbrio recém-mencionado tem reflexos no processo de decisão dos consumidores. A generalização da produção e a distribuição dos produtos deram origem a técnicas de publicidade que visam tocar o consumidor em seu inconsciente, acarretando a degeneração de sua vontade, fazendo desaparecer o mecanismo volitivo visado pelos autores do Código Civil, ao passo que os profissionais, além de dominar o direito do crédito e de redigir o contrato, possuem uma técnica de decisão.

A respeito, Nicole Chardin ensina que:

O consumidor é um não-técnico da decisão. Ele não conhece o mecanismo volitivo. No melhor dos casos, é um decisor empírico, cada uma de suas decisões sendo fruto de um mecanismo volitivo mais ou menos coerente. Ou pior, não é um mecanismo semelhante à vontade, mas simplesmente um desejo, um automatismo. Nisso o consumidor se opõe ao profissional que possui uma técnica de decisão, a qual é fruto da experiência ou o resultado de uma preparação da decisão efetuada por um técnico da decisão. Do consumidor ao profissional há toda a distância da técnica da decisão, o consumidor é um amputado da vontade. É possível desvendar uma outra dife-

¹⁶ Chardin (1988, p. 38-39).

rença fundamental entre o consumidor e o profissional, o consumidor é um ator isolado, ao passo que o profissional se beneficia de uma ajuda técnica à decisão.¹⁷

Com um exemplo bastante contemporâneo, Cláudia Lima Marques destaca que não é mais possível tratar igualmente a vontade dos desiguais, afirmando:

[...] a vontade declarada em um crédito consignado de desconto em folha de um aposentado de mais de 60 anos (idoso constitucionalmente protegido) é para sempre vinculante, até sua morte (econômica, no superendividamento, ou física), criando um novo contrato de escravidão, um contrato de ruína, um contrato de irrazoabilidade e excessiva onerosidade para este que um dia, na sedução do momento, assinou ou consentiu, nunca mais permitindo (em virtude de simples equilíbrio econômico de redução de 1% nos juros mensais no sinalagma) que rescinda (cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade absoluta) ou renegocie (Art. 6º, V, do CDC e Art. 480 do CC/2002), mesmo que pague a juros mais altos ou devolva a quantia percebida!¹⁸

Nessas circunstâncias, o entendimento do STJ no sentido de que os empréstimos bancários presumem-se onerosos, podendo ser cobrados juros mesmo na ausência de contrato escrito ou de estipulação expressa, desequilibra ainda mais as partes contratantes ao presumir o consentimento do consumidor em relação a encargos contratuais que sequer teve oportunidade de conhecer.

Não fosse isso, a solução adotada pelo Superior Tribunal de Justiça desconsidera a sanção do Art. 46 do CDC de “inoponibilidade das cláusulas não aceitas” prevista para os casos em que a informação não é prestada (violação negativa) ou quando, embora prestada, não é clara o suficiente (violação positiva), de modo a dificultar a compreensão do consumidor.

¹⁷ Ibid., p. 165.

¹⁸ A vitória da ADIn 2.591 e os reflexos no Direito do Consumidor bancário da decisão do STF pela constitucionalidade do Código de Defesa do Consumidor (Marques, 2006, p. 387).

Confira-se o disposto no Art. 46 do CDC:

Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Da leitura do dispositivo supra se extrai a conclusão inelutável de que, se as cláusulas de um contrato não foram levadas ao conhecimento do consumidor, elas não foram aceitas e, por consequência, não lhe podem ser opostas. Segundo lição de Cláudia Lima Marques,

o Art. 46 do CDC surpreende pelo alcance de sua disposição. Assim, se o fornecedor descumprir este seu novo dever de “dar oportunidade” ao consumidor “de tomar conhecimento” do conteúdo do contrato, sua sanção será ver desconsiderada a manifestação da vontade do consumidor, a aceitação, mesmo que o contrato já esteja assinado e o consenso formalizado. Em outras palavras, o contrato não tem seu efeito mínimo, seu efeito principal e nuclear que é obrigar, vincular as partes. Se não vincula, não há contrato, o contrato de consumo como que não existe, é mais do que ineficaz, é como que inexistente, por força do Art. 46, enquanto a oferta, por força do Art. 30, continua a obrigar o fornecedor!¹⁹

Ademais, nas relações de crédito ou de financiamento concedidos ao consumidor, o fornecedor tem deveres de informação especiais estabelecidos pelo Art. 52 do CDC. Confira-se:

No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

- I- preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional;
- II- montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;

¹⁹ Marques, Benjamin e Miragem (2004, p. 566).

- III- acréscimos legalmente previstos;
- IV- número e periodicidade das prestações;
- V- soma total a pagar, com e sem financiamento.

Aplicando o Art. 46 em conjunto com o Art. 52, conclui-se que, se o diploma protetivo prevê que o contrato ou as cláusulas obscuras não obrigarão o consumidor quando não lhe foi oportunizado o conhecimento prévio, os juros remuneratórios, quando não previstos no instrumento contratual, também não podem ser impostos ao consumidor por expressa vedação legal.

A presunção de que o contrato de empréstimo é oneroso e a sua integração com juros remuneratórios de 12% ao ano ou pela taxa média de mercado ainda seguem a principiologia clássica do Código Civil, em que se presumia que as partes eram livres para contratar e iguais, sem desequilíbrio de informação, conhecimento e poder de cada uma. Todavia, tratando-se de relação de consumo, deve prevalecer a aplicação do Art. 46 do CDC, norma de ordem pública que contempla sanção específica para a inobservância do dever de informação, além de ser mais favorável aos consumidores.

Outra não é a lição de Nelson Nery Júnior ao comentar o conteúdo da informação no caso de fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor. Confira-se:

Montante E Taxa Efetiva De Juros - O valor total dos juros, que não poderá passar de 12% ao ano (Arts. 406 e 591 do Código Civil), deverá ser informado ao consumidor, inclusive como menção à taxa efetiva anual dos juros. Muitas vezes o consumidor não sabe quanto está pagando a título de juros, mas apenas que à vista o preço é x e que financiado é y. O Código quer que lhe seja fornecida a taxa efetiva dos juros, a fim de aumentar e melhorar a possibilidade de escolha do consumidor, porque se a taxa dos juros bancários for menor do que a da financeira da loja de departamentos, por exemplo, o consumidor pode entender mais aconselhável fazer empréstimo bancário e comprar o produto à vista, pois pagaria juro menor [...]

Quando o desconto dos juros se dá antecipadamente, como de ordinário ocorre nos contratos bancários de empréstimo pessoal, a taxa efetiva de juros não é a nominal, referida pelo gerente como a taxa normalmente cobrada pelo banco, mas é sim todo o ganho que

a instituição financeira tem como a celebração do contrato. Se, por exemplo, o consumidor empresta R\$ 100.000,00 para pagamento a termo com juros de 30% ao mês – ilegais, mas que as instituições financeiras têm praticado –, pagará, dentro de 30 dias, R\$ 130.000,00. Os juros efetivos foram de 30%. Mas se, no mesmo empréstimo de R\$100.000,00, o banco lhe entrega R\$70.000,00, descontando os juros antecipadamente, a taxa efetiva não é de 30% ao mês, mas de 42,85%, pois estará pagando R\$ 30.000,00 de juros sobre R\$ 70.000,00 e não sobre R\$ 100.000,00. *Isso tem de ser esclarecido ao consumidor para que a prestação possa dele ser exigida* (Art. 46, CDC).

Número E Periodicidade Das Prestações - Não só o custo financeiro tem de ser comunicado prévia e adequadamente ao consumidor, mas também o número e a periodicidade das prestações. Se o financiamento tiver cláusula pela qual a obrigação não se extingue com a execução do contrato em seu termo, esse esclarecimento deve ser prestado ao consumidor [...] *Não sendo essa circunstância esclarecida adequadamente e comunicada ao consumidor, não se lhe poderá exigir o cumprimento da prestação* (Art. 46, CDC).

Total A Pagar, Com E Sem Financiamento - O esclarecimento sobre esse tópico é de suma importância para que o consumidor tenha visão completa acerca do negócio jurídico de consumo que está por celebrar. Dependendo dos valores e condições, poderá optar pela compra à vista no lugar de fazer o financiamento.

O procedimento salutar, adotado por algumas empresas, de dar ao consumidor informações completas sobre o financiamento, com o total à vista e a prazo, agora tornou-se dever do fornecedor, sob pena de não obrigar o consumidor ao cumprimento da prestação (Art. 46, CDC).²⁰

É de salientar que as disposições do CDC são normas de proteção, de ordem pública e interesse social por força do Art. 1º daquele diploma legal, razão pela qual o Art. 46 do CDC pode ser aplicado inclusive *ex officio* nas situações em que o contrato de crédito não trouxer expressamente a taxa de juros moratórios e remuneratórios, ficando o consumidor, conseqüentemente,

²⁰ Nery Júnior (2007, p. 624-626).

obrigado a restituir somente o capital emprestado, corrigido monetariamente de modo a preservar o valor da moeda.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O formalismo informativo é a técnica utilizada em diversas legislações que regulam os contratos de crédito ao consumo na tentativa de restabelecer a igualdade entre o consumidor e o fornecedor, tendo em vista que este último é um profissional, está em situação favorável economicamente e juridicamente, redige o contrato em função de seus interesses, ao passo que o consumidor toma a decisão de contratar sem conhecimento técnico e sob pressão de inúmeras ordens.

Vimos que o legislador francês desenvolveu várias medidas que reforçam esse formalismo informativo para os contratos de crédito ao consumo, multiplicando as obrigações pré-contratuais de informação a cargo do fornecedor, a exemplo da obrigatoriedade da oferta- prévia com as informações necessárias para que o consumidor possa comparar diferentes ofertas a fim de decidir quanto à celebração de um contrato de crédito com conhecimento de causa, prevendo rígidas sanções em caso de descumprimento.

A jurisprudência da Corte de Cassação francesa, ainda que fundada principalmente no Código Civil, não enfraquece nem abandona esse formalismo informativo, mas, pelo contrário, apresenta notável tendência de promover a justiça contratual e o solidarismo contratual por meio da garantia dessa obrigação de informação em benefício do consumidor.

No Código de Defesa do Consumidor brasileiro, o formalismo informativo consiste, essencialmente, na exigência de informações prévias, lembrando que a *ratio legis* do diploma protetivo, segundo lição de Cláudia Lima Marques,

foi justamente de valorizar este momento de formação do contrato de consumo. A tendência atual é de examinar a “qualidade” da vontade manifestada pelo contratante mais fraco, mais do que a sua simples manifestação: somente a vontade racional, a vontade realmente livre (autônoma) e informada, legítima, isto é, que tem o poder de ditar a formação e, por consequência, os efeitos dos contratos entre consumidor e fornecedor. A tendência atual é de examinar

também a conduta negocial do fornecedor, valorando-a e controlando-a, dependendo da conduta (abusiva ou não), a formação do vínculo (informações prévias, acesso ao contrato, envio de mercadorias não requeridas etc.) e a interpretação de quais as obrigações às quais o consumidor está vinculado (cláusulas, promessas dos vendedores, prospectos, publicidades, sites, etc.).²¹

Todavia, observamos por meio de alguns julgados recentes que o Superior Tribunal de Justiça, ao aplicar as disposições do Código Civil para os contratos de crédito ao consumo, impondo ao consumidor a obrigação de se informar quanto aos encargos contratuais e vinculando-o ao pagamento de juros remuneratórios que não estavam previstos no contrato ou que não lhe foram informados previamente, não acompanha a tendência da jurisprudência francesa de valorização da “qualidade” da vontade manifestada pelo consumidor.

Não obstante, a nova realidade contratual, com oferta abundante de crédito, métodos de contratação em massa e risco de superendividamento dos consumidores, torna imprescindível a aplicação das normas e princípios do Código de Defesa do Consumidor às relações dos bancos com seus clientes, especialmente depois que o Superior Tribunal Federal rejeitou ação da Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Consif), ADIn 2.591, visando à declaração de inconstitucionalidade da aplicação da legislação consumerista aos processos envolvendo questões bancárias²².

Afinal, uma resposta justa aos desafios atuais da sociedade de crédito depende da redução das desigualdades entre os contratantes, da valorização da informação ao contratante leigo perante o profissional *expert*, objetivo que só poderá ser alcançado com a adoção de novos paradigmas, com uma visão mais social do contrato em substituição à concepção individualista que repousa no princípio da autonomia da vontade.

²¹ Marques (2002c, p. 16).

²² Convém transcrever a ementa deste importante julgado: Código De Defesa Do Consumidor. Art. 5º, XXXII, Da CB/88. Art. 170, V, Da CB/88. Instituições Financeiras. Sujeição Delas Ao Código De Defesa Do Consumidor, Excluídas De Sua Abrangência A Definição Do Custo Das Operações Ativas E A Remuneração Das Operações Passivas Praticadas Na Exploração Da Intermediação De Dinheiro Na Economia [Art. 3º, § 2º, Do CDC]. Moeda E Taxa De Juros. Dever-Poder Do Banco Central Do Brasil. Sujeição Ao Código Civil.

REFERÊNCIAS

BOUCARD, François. *Les obligations d'information et de conseil du banquier*. Aix-En-Provence: Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 2002.

CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. *Droit de la consommation*. Paris: Dalloz, 2003.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. O perfil do superendividado: referências no Brasil. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. (Coord.). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 384-398.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; CARPENA, Heloísa. Superendividamento: propostas para um estudo empírico e perspectivas de regulação. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. (Coord.). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 310-344.

CHARDIN, Nicole. *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*. Paris: LGDJ, 1988.

CHATAIN, Pierre-Laurent; FERRIÈRE, Frédéric. *Surendettement des particuliers*. Paris: Dalloz, 2002.

CLÉMENT, Jean-François. Le banquier, vecteur d'informations. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, Paris, v. 50, n. 2 p. 203-221, avr./juin 1997.

CONINCK, Bertrand de. L'obligation d'information du consommateur dans la formation du contrat. *Annales de Droit de Louvain*, Louvain, v. 3, n. 4, p. 239-295, 1997.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. *Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DAL, Georges-Albert. *Le crédit à la consommation*. Bruxelles: Jeune Barreau, 1997.

DAVID, Vincent. *Les intérêts de sommes d'argent*. Paris: LGDJ, 2005.

DELPECH, Xavier. Florilège sur la responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit. *Recueil Dalloz*, Paris, n. 33, p. 2.275-2.280, 22 set. 2005.

DOMINGUEZ AGUILA, Ramón. *L'endettement*. Paris: LGDJ, 1997.

DOMONT-NAERT, Françoise. *Consommateurs défavorisés: crédit et endettement: contribution à l'étude de l'efficacité du droit de la consommation*. Paris: Kluwer, 1992.

_____. Facilites de paiement ou facilites de recouvrement? In: *Le Crédit à la consommation*. Bruxelas: Jeune Barreau, 1997. p. 349-375.

FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FABRE-MAGNAN, Muriel. *De l'obligation d'information dans les contrats: essai d'une théorie*. Paris: LGDJ, 1992.

FROTA, Mário. *Política de consumidores na União Européia*. Coimbra: Almedina, 2003.

GJIDARA, Sophie. *L'endettement et le droit privé*. Paris: LGDJ, 1999.

GOURIOU, Alain. La responsabilité civile du prêteur au titre de l'octroi d'un crédit à un particulier. *Revue de Droit Bancaire et Financier*, Paris, n. 1, p. 50-59, jan./fév. 2001.

GRUNDMANN, Stefan. Informação, autonomia da vontade e agentes econômicos no direito dos contratos europeu. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 58, p. 275-303, abr./jun. 2006.

KHAYAT, Danielle. *Le droit du surendettement des particuliers*. Paris: LGDJ, 1997.

KILBORN, Jason J. Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando soluções. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. (Coord.) *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 66-104.

LEITÃO MARQUES, Manuel Maria (Coord.). *O Endividamento dos Consumidores*. Lisboa: Almedina, 2000.

LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. Tratamento do crédito ao consumo na América Latina e o superendividamento. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. (Coord.). *Direitos do consu-*

midor endividado: superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 191-209.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao consumidor e superendividamento: uma problemática geral. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 17, p. 58-64, jan./mar. 1996.

MARQUES, Cláudia Lima. Os contratos de crédito na legislação brasileira de proteção do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 18, p. 53-76, abr./jun. 1996.

_____. Contratos bancários em tempos pós-modernos: primeiras reflexões. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 25, p. 19-38, jan./mar. 1998.

_____. Sociedade de informação e serviços bancários: primeiras observações. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 39, p. 49-74, jul./set. 2001.

_____. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 22, p. 47-83, 2002a.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002b.

_____. Prefácio. In: FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002c.

_____. Algunas observaciones sobre el sobreendeudamiento y la protección del consumidor de crédito. In: _____. *Contratos de servicios a los consumidores*. Buenos Aires: Rubinzal Editores, 2005a. p. 389-411.

_____. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 55, p. 11-52, jul./set. 2005b.

_____. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos bancos: ADIn 2.591*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. (Coord.). *A Nova Crise do Contrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. (Coord.). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

NIEMI-KIESILÄINEN, Johanna; HENRIKSON, Ann-Sofie. Legal Solutions to Debt Problems in Credit Societies - A Report to the Council of Europe. *Studies in Law*, Sweden: Umeå University, n. 13, 2006.

PAISANT, Gilles. De l'obligation de transparence dans les contrats de consommation. In: BRUN, Philippe. (Org.). *Mélanges en l'honneur du doyen Roger Decottignies*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2003. p. 233-252.

_____. A reforma do procedimento de tratamento do superendividamento pela Lei 29.07.98 relativa à luta contra as exclusões. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. (Coord.) *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 105-129.

PARANCE, Béatrice. La responsabilité du banquier dispensateur de crédit après les arrêts du 12 juillet 2005. *Recueil Dalloz*, Paris, n. 44, p. 3.094- 3.103, 15 dez. 2005.

PEREIRA, Wellerson Miranda. Superendividamento e crédito ao consumidor: reflexões sob uma perspectiva de direito comparado. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. (Coord.) *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ROUTIER, Richard. *Obligations et responsabilités du banquier*. Paris: Dalloz, 2005.

STAUDER, Bernd. Le prêt responsable: l'exemple de la nouvelle loi suisse sur le crédit à la consommation. In: CALAIS-AULOY, Jean. *Études de droit de la consommation*. Paris: Dalloz, 2004. p. 1.029-1.047.

RESUMO

Este trabalho pretende analisar o dever de informar os juros ao consumidor de crédito como um instrumento legal de proteção da integridade do seu consentimento na atual sociedade de consumo propensa ao superendividamento. Para tanto, faz-se uma análise comparativa dos instrumentos de proteção do consumidor existentes nas legislações francesa e brasileira, bem como sua aplicação/interpretação pela Corte de Cassação e pelo Superior Tribunal de Justiça. O resultado da comparação fornecerá elementos de convicção sobre a necessidade de garantir o formalismo informativo no Brasil através da exigência das informações prévias do Art. 52 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro com a sanção do Art. 46 para o caso de descumprimento.

Palavras-chave: proteção do consumidor de crédito, dever de informar os juros, prevenção do superendividamento, empréstimo responsável, comparações França-Brasil.

ABSTRACT

This study aims to examine the duty to inform the interest of the consumer credit as a legal instrument to protect the integrity of their consent in today's society of consumption prone to overindebtedness. To that end, it is a comparative analysis of mechanisms for protection of the consumer in the French and Brazilian law and its application and interpretation by the Court of Cassation and the Supreme Court of Justice. The result of comparison gives details of conviction about the need to formally informed in Brazil through the requirement of prior information of Art. 52 of the Code of Consumer Protection Brazilian with the sanction of Art. 46 to the event of noncompliance.

Keywords: protection of consumer credit, duty to inform the interest, prevention of overindebtedness, responsible credit, France-Brazil comparisons.

Clarissa Costa de Lima é Juíza de Direito Estadual (RS), especialista em Direito do Consumo pela Universidade de Coimbra, Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, integrante do Núcleo de Pesquisa sobre Superendividamento da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Coordenadora do Centro de Pesquisa em Direito do Consumidor da Ajuris e Diretora de Eventos do Brasilcon.

FRONTEIRAS COM A PRÁTICA JURÍDICA

O papel do advogado no Direito globalizado *

André-Jean Arnaud

Antes de começar, gostaria de agradecer aqui o amável convite do nosso Presidente da OAB/RJ, Dr. Wadih Damous, com quem nos engajamos na luta pelos Direitos Humanos no âmbito desta casa.

Gostaria também de saudar os Colegas presentes, especialmente o Professor Ricardo Pereira Lira, grande Mestre de todos nós, que nos dá a honra da sua presença, e o Dr. Carlos José Guimarães, que faz parte desta mesa.

É sempre um prazer falar para os profissionais do Direito, sobretudo aos advogados, e poder intercambiar com eles. Com efeito, a vida cotidiana do advogado não lhe deixa tempo suficiente para pesquisar, e a vida cotidiana nos livros e na pesquisa afasta o pesquisador das preocupações do profissional do Direito.

Além disso, temos muitas preocupações em comum. Por exemplo, o enorme crescimento da violência chama a atenção para a questão da implementação dos Direitos Humanos, cada vez mais problemática no mundo globalizado.

* Palestra intitulada “O Papel do Advogado no Direito Globalizado”, ministrada no dia 5 de setembro de 2007, no Plenário Evandro Lins e Silva, na sede da OAB-RJ.

Seria presunção pretender ensinar aos advogados qual é seu papel no quadro da globalização. Sobretudo no Brasil, atingido pela globalização econômica e financeira desde os anos 1990. Há 20 anos que os advogados têm de adaptar-se a essa transformação radical no Direito das relações internacionais, à mudança do Direito dos mercados financeiros, do Direito dos contratos comerciais internacionais e também nacionais, bem como à dos direitos nacionais trabalhistas etc.

Seria presunção também, querer tratar, numa só palestra, do impacto da globalização no Direito. Constituição, direitos nacionais, Direitos Internacionais, Costumes, Jurisprudência, encontram-se hoje desdobrados em muitos tipos de regulamentações que nem sempre sabemos se são fundadas no Direito, ou não. A questão, precisamente, é saber qual é a eficácia, no mundo globalizado, dos instrumentos jurídicos tradicionais.

O problema é crucial na matéria dos Direitos Humanos.

Estou falando aqui como Representante da Cátedra Unesco “Direitos Humanos e Violência: políticas públicas e governança”. Essa Cátedra funciona numa rede internacional de Universidades, de Paris X-Nanterre à PUC-Rio.

Todos os pesquisadores enfrentam realidades ligadas ao problema da violência e da implementação dos Direitos Humanos.

Mas, por que precisamos de tantos estudos em torno de uma questão que parece tão simples: o respeito dos Direitos Humanos e o combate à violência? Por esta razão igualmente simples: os instrumentos jurídicos tradicionais não são suficientes no mundo atual. Estamos à procura de políticas públicas adequadas.

Nesse sentido, e na medida em que é sempre necessária a dialética entre teoria e prática, talvez pudesse, no quadro desta palestra, oferecer-lhes algumas pistas para repensar o papel do advogado no mundo globalizado e ensinar entre nós um intercâmbio a partir dessas reflexões teóricas.

Quanto à globalização, um fato é certo: nos anos 1980, o mundo mudou radicalmente. Uma nova ordem se impôs – uma ordem a princípio desconcertante, na medida em que as nações erigidas em Estados até então soberanos foram se revelando cada vez menos capazes de controlar suas economias, seus mercados financeiros e suas moedas. Quanto a nós – juristas –, percebemos que os nossos direitos nacionais já não protegem os indivíduos como antes; que o Direito já não possui a mesma capacidade de assegurar a função para a qual ele foi erigido, como modo privilegiado de regulação social; que as polí-

ticas públicas têm freqüentemente ocupado o espaço da regulação jurídica; que os códigos privados e de comportamentos se multiplicam; e que, portanto, os sociólogos juristas não estão errados quando voltam seus interesses a outros modos de regulação que não os do Direito em sentido estrito. Devemos abandonar a idéia de que o Direito é a emanção de um poder soberano único, absoluto, inteiro, exclusivo: o Estado. Isso, por si só, seria um tema a ser discutido nos círculos dos profissionais do Direito.

A idéia específica de uma globalização surgiu com a tomada de consciência do fato de que a sociedade contemporânea tornou-se uma sociedade do risco¹, com a tomada de consciência da existência de interesses comuns a tudo o que recobre a superfície da terra e de sua indispensável gestão por caminhos diversos dos das regulações tradicionais, as quais se mostram hoje inapropriadas. Com efeito, o processo de globalização parece questionar a ordem mundial, que mantém o equilíbrio entre Estados soberanos com base no Direito Internacional. *Confrontamo-nos com estruturas que não foram concebidas segundo o modelo clássico de Direito implementado no quadro e sob a autoridade dos Estados ou da comunidade internacional dos Estados.*

A globalização é um processo tão alheio às fronteiras tradicionais² que, para explicar um certo número de acontecimentos impossíveis de serem qualificados segundo as categorias do Direito interno ou as categorias do Direito Internacional, inventou-se recentemente o termo “transnacionalização”. Há casos, hoje em dia, em que certos fluxos comerciais, financeiros ou monetários passam de um país a outro, sem que as trocas se originem propriamente no direito nacional desses países ou no Direito Internacional. A linha de demarcação não é nítida. Há imbricações, inter-relações, interpenetrações que confundem, a ponto de paralisar a aplicação das regras de uma ou de outra ordem jurídica. E é necessário reconhecer que um número razoável de grandes negócios, implicando numerosos países por todo o planeta, passa, na realidade, por cima, por baixo ou ainda através ou à margem dos Estados. Mais ainda, muitas vezes esses negócios não levam em consideração os direitos nacionais e o Direito Internacional.

A globalização ameaça, assim, em muitos aspectos e de maneira bastante radical, a regulação jurídica de tipo clássico.

¹ Cf., por exemplo, Anthony Giddens, *As Consequências da Modernidade*, e Ulrich Beck, *A Sociedade do Risco*.

² Cf. Arnaud (1999, Lição 1 - sobre a especificidade da globalização contemporânea).

Os grandes problemas do momento passam a ser, prioritariamente, a transformação do modo de produção do Direito, a forma de tratamento dos litígios e a proteção dos indivíduos – assegurada até então pelo Estado – contra a opressão de grupos sociais ligados ao processo de transnacionalização econômica, social e política.

Tudo muda diante de nossos olhos, mas algumas interrogações maiores perseguem os juristas.

Que relação está em vias de se instaurar entre o Estado e as instâncias com pretensão planetária, que pretendem impor um tipo de governo supra-estatal? Que regulação *sui generis* supõe o desenvolvimento dos acordos regionais? Em que medida as regulações não-estatais podem vir a usurpar prerrogativas estatais? Que impacto terá no Direito a prática anunciada dos princípios neoliberais de privatização e de retorno a um Estado mínimo?

O Direito, afinal de contas, não viveu no passado seus melhores anos? Não viveu, simplesmente? Que será do Direito neste século? Qual será o papel do advogado nas décadas futuras?

São tantas as questões que convém considerá-las e avaliá-las em novos termos.

Para iniciar um diálogo entre nós sobre esses pontos, apresentarei as teses seguintes:

1) o Direito está realmente e diretamente relacionado ao processo da globalização, *porque a globalização renova os princípios que fundam nossos direitos*, dando um novo sentido a termos como: equidade, mercado, democracia, Direitos Humanos;

2) em consequência, *o Direito está prestes a evoluir de uma ordem “imposta” para uma ordem “negociada”*, o que, se formos ao fundo das coisas, *atingirá as próprias raízes dos nossos direitos ocidentais*; enquanto estas não forem reconsideradas, nosso direito, nossa justiça e seus servidores, os profissionais do Direito, permanecerão em crise.

COM A GLOBALIZAÇÃO CONTEMPORÂNEA, MUDARAM OS FUNDAMENTOS DO DIREITO

Nossos direitos são objeto de um remanejamento profundo, pois *o conteúdo dos princípios gerais muda de tal maneira que as ordens jurídicas terminam por ser superadas*.

Um novo conteúdo para os princípios gerais do Direito

Os direitos de origem romano-canônica foram fundados à luz de uma certa interpretação da filosofia jurídica e política elaborada na idade “moderna” – ou seja, entre a baixa Idade Média e o século das Luzes. As circunstâncias econômicas, políticas e sociais que ambientaram a emergência desse pensamento não tinham evidentemente nada a ver com a globalização, tal como ela se impõe em nosso tempo.

Nossa tradição jurídica é fundada sobre um certo número de princípios: a justiça, a igualdade entre as pessoas, a democracia, os Direitos Humanos. Esses princípios não parecem ser questionados pela globalização. Ao contrário, equidade, democracia e Direitos Humanos são *leitmotivs* na boca dos governantes e até mesmo nos escritos dos pensadores neoliberais, em cujas teorias se fundamenta a globalização.

O que se esquece de dizer é que as palavras têm o sentido que se lhes é dado. Ora, os sentidos desses grandes princípios baseavam-se na filosofia que os engendrou, uma concepção do mundo em que o indivíduo estava no centro do universo. O sujeito era o eixo de toda regulação e, principalmente, do Direito. Hoje, a despeito das grandes declarações sobre a democracia global e o necessário respeito aos Direitos Humanos, o sujeito já não é o eixo da regulação jurídica, o núcleo do Direito. Hoje, é o mercado que vem substituir o indivíduo no centro de toda regulação social. E é com uma verdadeira hegemonia dos conceitos neoliberais que somos confrontados. Em matéria de relações econômicas e, por via de consequência, no domínio político, as palavras-chave se tornaram: mercado privatizado, livre mercado internacional, desregulamentação, descomprometimento do Estado, ajustamentos estruturais.

A Justiça, a Democracia e os Direitos Humanos são submetidos a esses conceitos e interpretados à luz desses verbetes.

Ao mesmo tempo, no entanto, viu-se desenvolver uma tendência generalizada à democratização, à proteção dos Direitos Humanos. O Estado de Direito tornou-se a referência simbólica, se não uma justificativa para o mercado. Existe um laço político forte com aquilo que precede. É que as economias liberais só podem crescer num contexto mundial de Estados não-dirigistas que desenvolvam constituições e ordenamentos jurídicos assegurando a transparência, o direito de todos à livre expressão e ao benefício dos frutos da economia de mercado, bem como a abertura das fronteiras e o fortalecimento do poder dos juízes.

Com efeito, *os verdadeiros guardiões dessa ordem já não são os governantes: são os juízes. Daí, o importante papel do advogado nesta nova ordem.*

O liberalismo prega a evolução, e não a revolução. Contra a inflação legislativa na cultura jurídica romano-canônica, os pensadores liberais exaltam a importância da tradição, concebida como “quadro moral” – como enquadramento moral – de uma sociedade, que integra sobretudo o sentido tradicional da justiça e da equidade que anima essa sociedade, o grau de sentido moral com o qual ela se identifica. Esse quadro moral serve de referência e permite, quando se faz necessário, encontrar um compromisso justo ou de equidade entre interesses opostos.

Daí o crescimento do papel do juiz. *A vida é uma série de problemas cotidianos, que só encontram soluções práticas na referência às tradições e aos costumes existentes, bem como a um sentido da justiça que vem da tradição:* para os neoliberais, cabe ao juiz apreciar a equidade em cada ocasião. Dado que todas as leis são uma emanção de princípios universais, elas demandam interpretação para poderem ser aplicadas; ora, a interpretação requer um certo número de regras que permitam que as ditas leis sejam determinadas mais concretamente. E essas regras, só uma tradição viva pode oferecê-las. Isso é particularmente necessário quando se trata dos princípios universais extremamente abstratos que definem o liberalismo.

Como consequência da mudança do conteúdo dos princípios gerais do Direito, *aparecem novas ordens jurídicas.*

Novas ordens jurídicas

A globalização é um movimento em direção a uma sociedade planetária, “sociedade aberta”, diz Karl Popper, “grande sociedade”, diz Friedrich A. Hayek.

O que acontecerá com o Direito?

Quem diz “Direito” diz soberania estatal, soberania nacional. Segundo as premissas filosóficas, políticas e jurídicas ocidentais “modernas”, uma nação soberana detém toda a soberania sobre seu território e sobre sua população. Em que medida será um Direito globalizado compatível com a definição tradicional do que, para nós, constitui o Direito?

O advogado vive quotidianamente problemas ligados ao confronto entre os direitos nacionais e regulações extranacionais, como, por exemplo, os pro-

blemas dos empresários obrigados a se curvar às regras impostas pelas multinacionais, regras que, freqüentemente, nada têm a ver com as do direito nacional às quais estão submetidos³.

Do ponto de vista do jurista, essas operações, quando requerem regulamentos jurídicos, terminam por se efetuarem em grande parte segundo regras inéditas, inventadas pelas circunstâncias, geralmente baseadas no costume. Vê-se, assim, emergir uma nova *lex mercatoria*, cujas regras são quase sempre voláteis, dificilmente referenciáveis, que requerem muita experiência prática dos negócios, assim como um conhecimento das legislações e das jurisprudências. As culturas jurídicas, as condutas, os modos de comportamento têm aqui um papel privilegiado. Nada a ver com o simples manuseio dos códigos e da jurisprudência nacional ou internacional.

Como se operam as relações entre o global, o regional, o nacional e o local? O advogado se encontra diante de uma tarefa consideravelmente complicada nessas situações.

Na verdade, trata-se portanto de uma nova ordem jurídica que está em vias de se instalar no mundo globalizado. Constatá-la não é novidade. Importante é perceber, para além do conteúdo das regras, para além da questão de saber o que está sendo feito da soberania em relação aos direitos nacionais, o quanto é a *própria natureza do Direito* que se encontra em plena mutação.

COM EFEITO, COM A GLOBALIZAÇÃO, VAMOS AO ENCONTRO DE UM DIREITO NEGOCIADO

A grande novidade da integração do conceito da globalização no campo jurídico é que o Direito passa de uma lógica de ordenamento de conflitos para uma lógica de acordos, de consenso, de negociação⁴.

Que os processos tradicionais de produção do Direito estejam abalados, percebe-se pela multiplicação dos atores. Isso é, no entanto, uma consequência normal da diminuição do papel do Estado. Se o Estado já não assume todas as

³ Realizei uma pesquisa sobre esse tema no programa Globalização Econômica e Direitos no Mercosul (Gedim), que implementei nos anos 2000 no Rio de Janeiro, programa integrado ao Program Management of Social Transformations (Most), da Unesco. O relatório pode ser encontrado no *site* da Unesco.

⁴ Detalhes em Arnaud (2007).

tarefas que lhe incumbiam no passado, é porque outras instâncias o substituem⁵. Vejam a importância assumida pelas chamadas ARI, as Autoridades de Regulação Independentes (Agências Reguladoras).

Mas a grande novidade reside, sobretudo, na importância assumida pelo que se chama comumente, hoje, de “sociedade civil”. Na nossa tradição jurídica e política, o ator único da regulação de uma dada sociedade era aquele que possuía a legitimidade para fazê-lo. Nas nossas democracias, isso é feito segundo os termos da Constituição. O povo ou a nação expressa-se nas urnas, dando a representantes um mandato que lhes permite agir em prol do bem público. São eles, e somente eles, que podem fazer o Direito.

Com a reaparição da “sociedade civil”⁶, tudo isso está prestes a mudar. É interessante notar que, desse ponto de vista, a globalização tem efeitos positivos, com o aparecimento de atores supranacionais e transnacionais promovendo a democracia e a proteção dos Direitos Humanos. Nunca antes as Organizações Não-Governamentais (ONGs) foram tão fortes, inclusive com a participação direta de juristas.

Merece ser salientado o papel tradicional das Ordens dos Advogados, tão ligadas ao respeito das liberdades e dos Direitos Humanos. Em tempos difíceis de guerras, conflitos ou regimes autoritários, quando se desenvolvem práticas opostas ao respeito dos Direitos Humanos, os advogados, por meio de suas Ordens, fazem um trabalho maravilhoso na luta contra a violência.

Dado o crescimento contemporâneo do papel da sociedade civil no quadro da globalização, os advogados, por meio de suas Ordens, estão mais e mais na ponta de lança da defesa dos Direitos Humanos. Ao mesmo tempo, o *Direito*, aquele que nós praticamos, o Direito instaurado e protegido pelo Estado, *passa progressivamente de uma natureza autoritária a uma natureza negociada*, em razão da *vontade participativa da sociedade civil* e do seu *novo papel* na elaboração das decisões políticas, na preparação, na implementação e na avaliação das políticas públicas.

⁵ Sobre o lugar do Estado e de seu Direito em um mundo globalizado, cf. Arnaud (1999, Lição 5).

⁶ “Global Civil Society is best expressed in the global non-governmental movement”, lido no Relatório remetido à ONU, em 1995, pela Commission on Global Governance, intitulado *Our Global Neighborhood*.

Os movimentos da sociedade civil impõem-se como a expressão de uma vontade participativa

Eles aparecem doravante não como simples movimentos reivindicativos, mas como expressão de uma verdadeira vontade de participação dos cidadãos. Mas, esses movimentos da sociedade civil são complexos. E podem-se fazer duas observações a esse respeito.

Primeiramente, se a sociedade civil considera necessário se mobilizar dessa forma, é porque não encontra espaço legítimo e eficaz para se fazer ouvir no processo de produção das normas. É imperioso, então, encontrar este espaço.

Em segundo lugar, a sociedade civil não participa de um só jeito. Essa participação até o presente – mesmo na atuação das Ordens dos Advogados – ainda é geralmente aleatória, pragmática e conjuntural. Ela não se faz sistematicamente, por falta de uma teoria política e jurídica renovada.

Além disso, gerenciar movimentos da sociedade civil apresenta um grande número de problemas: coordenar os atores, os grupos sociais e instituições, a fim de elaborar programas de ação e políticas públicas *concertadas*; objetivar a construção de um consenso; negociar coletivamente os objetivos; saber articular lógicas de ação divergentes.

Coordenação: não somente coordenação entre vários movimentos da sociedade civil, não somente coordenação entre sociedade civil e tomadores de decisões – os governantes –, mas também coordenação no seio de cada organização. Com efeito, não se pode, no âmbito de uma entidade civil, aventurar um caminho que não seria *aceito* coletivamente; não se podem aventurar uma linha da organização ou uma posição sobre um assunto específico que poderiam ser objeto de críticas de parte dessa organização. Isso é válido para os advogados, como para toda organização da sociedade civil.

Não estamos ainda preparados para exercer uma tal governança.

Então, como realizar a participação dos movimentos da sociedade civil?

Como realizar a participação da sociedade civil no processo de criação das normas, uma vez que, repetimos, é o legislador, representando o povo ou a nação através de seu mandato, quem possui a legitimidade para regular a sociedade?

O processo tradicional de tomada de decisão é fundado sobre as premissas da “representatividade” e não permite integrar uma verdadeira “participação”. Nesse quadro, só é eficaz a *reivindicação* (movimentos nas ruas, greves etc.).

A questão é: como levar em conta o desejo da sociedade civil, de *participar*, sem atingir as formas legítimas do consentimento à criação do Direito?

Isso só é possível procedendo-se a uma renovação completa dos fundamentos sobre os quais repousam os procedimentos clássicos.

É necessário introduzir aqui a noção de complexidade, não no sentido de “complicação”, mas com a conotação específica que adotou o termo nas teorias elaboradas para os sistemas de tomada de decisão em administração de empresas.

A decisão é, pois, inerente tanto à teoria da complexidade quanto à teoria jurídica, existindo o Direito somente pela decisão. Os critérios da decisão complexa, no setor do *management*, podem ser aplicados à decisão em Direito.

Em primeiro lugar, considera-se que a complexidade no processo decisório supõe definir estruturalmente alguns níveis distintos, em que cada um tem uma função específica. A decisão complexa não consiste apenas em uma operação de nível superior: a escolha de uma solução ótima. A decisão complexa resulta da conjunção de três operações, em três níveis distintos:

— primeiro nível: o nível da *formulação dos problemas* – essa construção é função da capacidade da sociedade civil em “construir” o problema que a levou a querer uma outra regulação;

— segundo nível: o nível da projeção dessa formulação de problemas sob a forma de planos de ação – o que se chama *nível de construção dos planos de ação*, visando à satisfação da solução dos problemas tais como foram antes formulados;

— terceiro nível: o *nível da seleção de um plano de ação para a tomada da decisão*. A efetividade da decisão será tanto maior, quanto mais ela constituir uma escolha que corresponda ao critério de “satisfação” entre os planos de ação apresentados no segundo nível.

Assim, nos encontramos em presença de três níveis, que formam, por conjunção, o sistema de decisão complexa. A cada um desses níveis corresponde um certo número de atores.

Ao nível da construção dos problemas, nós encontramos precisamente a sociedade civil. É a ela que cabe “construir” o problema acerca de uma matéria determinada sobre a qual se pretende criar a regulação.

Ao nível intermediário, corresponde a tarefa de elaborar planos de ação sobre os fundamentos de um objeto reconstruído pelos próprios interessados. Aqui encontramos os pesquisadores, os peritos, os *experts*, enfim, os profissionais do Direito, todos bem preparados para dar aos desejos da sociedade civil uma forma jurídica. Mas somente quando o problema já está construído na base, e pela base, intervêm esses técnicos do Direito. O mais importante, para nós, é saber que a elaboração de planos de ação não pode ser confiada a pessoas que não detêm uma formação específica para fazê-lo. São precisamente os profissionais do Direito – e em primeiro lugar os advogados – que podem atuar nesse nível. Aqui se encontra um importante papel do advogado no futuro.

Então...

Não são apenas os economistas e os especialistas dos mercados financeiros que se encontram diretamente relacionados ao processo de globalização. Os juristas, os advogados, se encontram na linha de frente nessa luta.

De uma parte, as próprias profissões jurídicas tendem a se transformar profundamente. Os grandes escritórios, sob o modelo americano, já o compreenderam muito bem: eles lidam com tudo o que concerne à vida econômica e evoluem com ela, modelando-se de acordo com as necessidades de consulta e de transação manifestadas pelos seus clientes, a começar pelos próprios agentes econômicos.

Mas, de outra parte, o advogado fica ligado à sociedade em que ele opera. Ele pertence a duas instâncias, a dois níveis da tomada de decisão complexa: o nível em que opera a sociedade civil e o nível em que se preparam os planos de ação.

Assim, quando aparecem, por exemplo, violências contra os Direitos Humanos, o advogado encontra-se na primeira linha, dividido visceralmente: como membro da sociedade civil, ele quer intervir imediatamente; como *expert*, como “*porte parole*”, como mediador, ele deve aguardar o tempo necessário, a fim de pronunciar-se com calma, sem precipitação, com toda a serenidade que se espera de um advogado.

O papel de uma Ordem dos Advogados não pode ser o mesmo que o de uma ONG baseada numa abordagem ideológica – tão pura, tão legítima, tão simpática que seja – das práticas políticas, da democracia, das liberdades, dos Direitos Humanos e da violência. O advogado deve respeitar o Direito. O advogado deve ter sempre uma certa distância em relação aos acontecimentos, devendo atuar segundo as leis que ele é o primeiro a respeitar – uma condição

imprescindível para o respeito geral às liberdades, aos Direitos Humanos e à democracia.

Pode-se conjecturar: o que será da profissão do advogado daqui a 50 anos? Certamente já não será o que ela significa hoje, ao menos nos países de tradição romano-canônica: uma antecâmara do palácio onde se formalizam os negócios, tal como requeridos pelo Direito, e onde são resolvidos os seus interesses contenciosos. Restarão, certamente, divórcios e percalços a resolver, mas serão banalidades em relação à verdadeira função do advogado.

O escritório do advogado se torna, pouco a pouco, um dos lugares aonde os operadores do Direito vêm planejar suas ações antes mesmo de empreendê-las, podendo resolver amigavelmente os problemas, acessíveis cada vez mais à negociação.

Essas transformações radicais estão atingindo até mesmo as organizações da sociedade civil. O vento de democracia participativa que sopra no globo atinge até as entidades civis. Já a OAB mudou muito nos últimos 50 anos. Mas, a introdução da governança nas tomadas de decisões deve respeitar os princípios básicos que a orientam e prioritariamente estimular um consenso interno das entidades civis, antes de estas se pronunciarem.

Vocês, advogados, encontraram aqui uma resposta a suas interrogações?

Pelo menos, se algumas pistas críticas, que tive o privilégio de desenhar sob os seus olhos, puderem permitir-lhes formar uma opinião sobre o papel do advogado num mundo globalizado, ao menos terei respondido à confiança que me depositaram.

Muito obrigado!

REFERÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Governar sem fronteiras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

André-Jean Arnaud é Directeur de Recherche Émérite du CNRS, Centre de Théorie et Analyse du Droit, Université de Paris X Nanterre; Chairholder of the

Unesco/Unitwin Chair “Human Rights, Violence: Public Policies and Governance”
Universidad Externado de Colombia, Bogotá; Directeur du RED&S (Réseau Européen Droit et Société), Fondation Maison des Sciences de l’Homme, Paris.

Advocacia, técnica, lei e Direito

Benedito Calheiros Bomfim

A ADVOCACIA

O advogado não pode fazer de sua banca, do escritório, do Fórum, das causas patrocinadas e da profissão, o seu projeto de vida, o seu universo, a este circunscrevendo sua atividade. Cumpre-lhe demonstrar na teoria e com o exemplo pessoal que a advocacia tem uma função social e múnus público, inseparável do cidadão, integrada à comunidade, na qual vive e dela depende. Em seu ministério privado o profissional do Direito atende a uma exigência da justiça e da sociedade. O advogado que só pensa em seus interesses e só estuda e somente sabe Direito, é um alienado, meio advogado e cidadão pela metade.

O verdadeiro profissional da advocacia não pode deixar de ver o Direito como ciência inseparável da sociologia, da economia, do social e do político, por serem disciplinas indissociáveis, que se interligam, interagem. Ao profissional do Direito cumprir atuar como ser humano, cidadão por inteiro, com consciência da missão social e política da advocacia e da cidadania.

O causídico que, por conservadorismo, apega-se ao passado, mostra-se refratário às inovações, resiste a mudanças legislativas, fecha os olhos à nova

realidade, não tem consciência do papel social da advocacia, não pode ser considerado um autêntico advogado. Seu dever, ao contrário, é conhecer as novas teorias, é manter-se vigilante, atento à evolução da jurisprudência e receptivo às reformas das leis processuais e materiais, a fim de utilizá-las de imediato em favor do cliente, das causas sob seu patrocínio, enfim, acompanhar o evolver do Direito, conservar-se sempre atualizado.

O advogado deve manter sempre a marca do espírito público, do idealismo, a mesma motivação social e política que inspiram os que abraçam tão elevada, árdua, atribulada, quão grandiosa e dignificante profissão: lutar pela justiça, defender as liberdades públicas, concorrer para uma sociedade menos desigual, contribuir para o aprimoramento das instituições e do estado de direito democrático.

A UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA

A tecnicidade – a escravização à técnica – é uma deformação do operador jurídico. Escravos, sim, juízes e advogados, não da técnica e da lei, mas sim do Direito, cujo conceito é sabidamente diverso desta, como se explicitará adiante. A técnica é um instrumento nocivo quando empregado para coonestar causas ilícitas, indefensáveis, anti-sociais, injustas. Só cumpre sua destinação social quando posta a serviço da justiça, das garantias individuais, contra abusos, injustiça, arbítrio. Não pode, pois, servir de manto à impunidade, à ilicitude, ao acobertamento da fraude, do crime.

O cultor, o burilador da técnica, só enxerga a superfície das coisas, não vai à sua raiz. É incapaz de extrair a potencialidade da norma, de ir ao seu âmago.

O tecnicista, aquele que prioriza, supervaloriza a técnica, que a esta se atrela, fazendo dela um fim em si mesmo, é um cultor do formalismo, um fetichista da forma, adstrito e manietado pela letra da norma. Seu perfil é o de um positivista, tradicionalista, aplicador da lei fria, indiferente à realidade social, alheio ao contexto em que ela é aplicada. Daí a judiciosa observação do Prof. Evaristo de Moraes Filho, ao afirmar que “pretender separar a técnica da política, sustentar que a técnica é neutra é puro devaneio”¹.

¹ Moraes Filho apud Bomfim (2009, p. 301).

O tecnicista costuma preocupar-se unicamente em acumular conhecimentos jurídicos, usa estilo erudito, abusa de citações em idiomas estrangeiros, esmera-se no emprego do jargão jurídico, da terminologia forense, em linguagem científica, inacessível aos leigos, estudantes e jovens advogados. Colocando-se a si mesmo num nível intelectual e técnico superior, não lhe interessa transmitir seu saber, seus conhecimentos, como se os tivesse adquirido apenas para si mesmo. Fala e escreve para seus pares e não com vistas aos seus jurisdicionados, aos leigos. Mais do que um conhecedor dos códigos, subjugado à jurisprudência, acha-se um jurisperito, um jurisconsulto. Obsedado pelo formalismo, nega o Direito, ao reduzi-lo à estreiteza da norma escrita, da qual tem uma visão apoucada, isolada e unilateral. Tende ao elitismo intelectual e jurídico, e à prolixidade. Satisfaz-se com o aplicar a lei ao caso, julga sem emoção, com a convicção do dever cumprido, não lhe importando as consequências sociais e pessoais da decisão.

○ INTÉRPRETE E SUA FUNÇÃO

No exercício de sua atividade intelectual, o intérprete, mesmo que disso não se aperceba, vê, sente e pensa o texto, não da forma como está frio e literalmente escrito, mas sob a influência de seu sentimento, educação e formação moral, social, política, cultural ou religiosa, de sua situação de classe e ideologia.

Todo ato ou omissão, em nossa vida, tem no fundo, subjacente, mesmo que não queiramos ou saibamos, conscientemente ou inconscientemente, um significado, uma consequência, um efeito político ainda que não desejado ou percebido.

Que resulta da omissão, senão a aquiescência tácita, pelo silêncio, com a manutenção do *status quo*, a conservação das condições sociais, políticas e econômicas vigentes? Quem cala diante da arbitrariedade, da violência, da injustiça, condescende com a manutenção destas.

LEI, DIREITO E NEUTRALIDADE

Supor que o Direito é neutro é uma ilusão. Ao interpretar e buscar imprimir vida e eficácia à norma, seja advogado ou magistrado, ninguém o faz como um autômato, mero reproduzidor do texto.

É o intérprete, o julgador que plasma, modela o Direito, para ajustá-lo às mutações da vida. É inequívoco que ninguém pode ignorar a lei. Mas esta há de ser tomada apenas como ponto de largada, como base para a compreensão e a aplicação do Direito, direcionada aos fins sociais a que se destina. A lei é indispensável, porém não basta, dada a sua inércia, abstração, generalidade. Nela não se contém toda amplitude e grandeza do Direito, cuja finalidade derradeira é a justiça. Ela é apenas uma parte do Direito, talvez sua menor porção. O Direito há de ser utilizado como instrumento de transformação da sociedade; é mais abrangente que a norma, e, diversamente desta, traz em si o sentido do legítimo e do equânime, a idéia de justiça. Não pode, por essa razão, haver conflito entre esta e o Direito. São conceitos que se completam, se confundem. Não se dissocia o Direito do justo, do ético, da moral. A lei está para o Direito como o embrião para a vida, o tronco para a árvore, o alfabeto para a escrita, a escrita para a literatura, o envoltório para o conteúdo. Outro não é o substrato do pensamento de Von Ihering, quando afirma “que o direito não é uma simples idéia, é uma força viva”². Não por outra razão, ponderou Pontes de Miranda que o “direito, e não a lei, é o que se teme seja ofendido”³.

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Da mesma forma, pode-se dizer que desrespeitar princípios constitucionais constitui ofensa maior do que a desobediência a qualquer disposição literal da própria Constituição, já que rompe o equilíbrio, a estrutura, a unidade de todo o sistema jurídico que lhe servem de alicerce. Não é possível garantir a segurança de uma edificação sem assegurar a estabilidade de suas linhas mestras, de seus pilares fundamentais. Na lição de Celso Bandeira de Mello,

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia

² Von Ihering (1987, p. 15).

³ Miranda (1974, p. 291).

irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçadas.⁴

Infringir princípios equivale a solapar o sistema. E essa percepção, essa subsunção é tanto mais evidente quando se trata do Direito do Trabalho, o Direito mais próximo da realidade, aquele que caminha mais rente à vida, que mais de perto segue o dinamismo da sociedade.

No Brasil, a validade e a legalidade das normas infraconstitucionais passam necessariamente pelo processo compatibilizador e legitimador dos princípios fundamentais da Constituição da República, particularmente os explicitados nos artigos 1º ao 4º, norteadores do intérprete, do julgador, de todos os agentes públicos e cidadãos. Daí afirmar Luiz Roberto Barroso que “antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque se não for, não deverá fazê-la incidir. Esta operação está sempre presente no raciocínio do operador do Direito, ainda que não seja explicitada”⁵. E acrescenta: “Este fenômeno, identificado por alguns autores como ‘filtragem constitucional’, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados.”⁶

Os direitos e garantias elencados na Carta Magna devem ser usados como vias apropriadas, adequadas e legais, meios para luta contra as “desigualdades sociais”, em prol da “erradicação da pobreza”, pela efetivação dos “valores sociais do trabalho” e da dignidade da pessoa humana”, com vistas à “construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista da Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho 2ª Região - São Paulo/SP*, Ano 2, n. 2, p. 11-52, set. 2007.

⁴ Mello (2000, p. 748).

⁵ Barroso (2007, p. 32).

⁶ Ibid., p. 31.

BOMFIM, Benedito Calheiros. *Pensamentos Seleccionados*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Art. 485 do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. tomo VI.

VON IHERING, Rudolf. *A Luta pelo Direito*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1987.

Benedito Calheiros Bomfim é Advogado, Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho e ex-Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros e da Associação Carioca dos Advogados Trabalhistas.

Argüição de descumprimento de preceito fundamental com pedido de medida liminar

Marthius Sávio Cavalcante Lobato

EX.^{MA} SR.^ª MINISTRA PRESIDENTE DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL

A Confederação Nacional dos Metalúrgicos da Central Única dos Trabalhadores (CNMCUT), entidade sindical de grau superior, devidamente registrada junto ao Ministério do Trabalho sob o n° 46.000.007444/2005-90, CNPJ n° 37.159.340/0001-70, neste ato representado por seu Diretor Presidente Carlos Alberto Grana, vem mui respeitosamente à presença de V. Ex.^a, por seu advogado infra-assinado (doc. anexo), com endereço para notificações/intimações na *SHS, Quadra 06, Conjunto A, Bloco “E”, sala 320/323, Complexo Brasil XXI, Asa Sul, Brasília-DF, CEP: 70.322-915*, com fulcro no artigo 102, § 1°, da Constituição da República do Brasil e no artigo 1° e seguintes da Lei n° 9.882, de 03 de dezembro de 1999, propor

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL com pedido de medida liminar

Indicando como preceitos vulnerados constantes no Título I – Dos Princípios Fundamentais - artigo 1º, IV (dignidade da pessoa humana), Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais - Capítulo II – Dos Direitos Sociais - o artigo 9º (Direito de Greve), o artigo 8º (liberdade e autonomia sindical), Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos - artigo 5º, IV (liberdade de manifestação de pensamento), artigo 5º, II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia de vontade), todos da Constituição da República do Brasil, e como ato do Poder Público causador da lesão o conjunto de atos jurisdicionais do Poder Público Federal, representado pelo artigo 932 do CPC.

I. DA LEGITIMAÇÃO ATIVA E PERTINÊNCIA TEMÁTICA

1. Dispõe o artigo 2º, inciso I, da Lei nº 9.882/99 que podem propor Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental “os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade”. Os legitimados estão descritos no artigo 103 da CRB/88, entre os quais figuram em seu inciso IX “a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

A autora é a Confederação Sindical, entidade de grau superior, devidamente registrada junto ao Ministério do Trabalho e Emprego (doc. anexo), com personalidade jurídica de Direito Sindical, de âmbito nacional (Estatuto anexado à presente), representando a categoria profissional dos trabalhadores metalúrgicos que atualmente conta com aproximadamente 1.000.000 (*um milhão*) de trabalhadores metalúrgicos.

1.1. A pertinência temática está presente na medida em que, entre as finalidades da autora, está a representação de seus filiados perante o Poder Judiciário, em qualquer grau de jurisdição, para os interesses individuais e coletivos da categoria profissional dos trabalhadores metalúrgicos.

II. DA HIPÓTESE DA LESÃO AOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS INVOCADOS

Título I – Dos Princípios Fundamentais - artigo 1º, IV (da dignidade da pessoa humana), Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais - Capítulo II – Dos Direitos Sociais - o artigo 9º (Direito de Greve), o artigo 8º (liberdade e autonomia sindical), Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Indivi-

duais e Coletivos - artigo 5º, IV (liberdade de manifestação de pensamento), artigo 5º, II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia de vontade).

2. A violação aos preceitos fundamentais ora invocados decorre da aplicação específica que vem sendo dada pelo Poder Público Federal, através de um conjunto de atos jurisdicionais, a dispositivo do Código de Processo Civil: a concessão de interdito proibitório ao setor patronal quando de manifestação dos trabalhadores em decorrência de movimento paredista, greve, negando aos mesmos o exercício de um direito constitucionalmente garantido.

2.1. Busca-se, através desta ação constitucional, que este C. Supremo Tribunal Federal conceda a interpretação conforme à Constituição para que seja pronunciada a inconstitucionalidade da aplicação do artigo 932 do CPC – interdito proibitório –, quando se tratar de manifestação dos trabalhadores devidamente aprovada e deflagrada para o pleno exercício do direito de greve, como a hipótese apresentada, a fim de reconhecer o direito subjetivo dos trabalhadores ao pleno exercício de greve.

III. DA VIOLAÇÃO A PRECEITO FUNDAMENTAL

3. Há muito se têm debatido tanto na doutrina como na jurisprudência desta Colenda Corte Suprema o sentido e o alcance da locução preceito fundamental.

3.1. Na doutrina, contudo, há consenso no sentido de figurarem como preceito fundamental: os fundamentos e objetivos da República, os constantes no Título I – artigos 1º a 4º - direitos fundamentais; ainda, os direitos individuais, coletivos, políticos e sociais (Art. 5º et seq.). Na mesma esteira, as Cláusulas Pétreas (Art. 60, § 4º) e os princípios constitucionais ditos sensíveis (Art. 34, VII), que por sua relevância podem causar a intervenção Federal¹.

3.2. Tratando-se, pois, de Constituição aberta, como a nossa, deve-se buscar dentro da expressão “preceito fundamental” a sua máxima efetividade para que não se corra o risco de reduzir a Constituição a meramente um texto.

3.3. Sendo a Constituição uma comunidade de princípios, é nesse sentido que deve a mesma ser interpretada, afastando todo e qualquer entendimento

¹ Barroso (2004, p. 217).

no sentido de limitar os efeitos de sua expressão, consignando-a como *numerus clausulus* uma interpretação.

3.4. A importância dessa sistemática de controle de constitucionalidade bem como a *abertura da expressão* “preceito fundamental” estão sedimentadas no voto proferido pelo Eminentíssimo Ministro Gilmar Mendes quando afirma:

Parâmetro de controle – É muito difícil indicar, a priori, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifiquem o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (Art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do Art. 60, § 4º, da Constituição, quais sejam, a forma federativa de Estado, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico. Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados “princípios sensíveis”, cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-Membros (Art. 34, VII). É fácil ver que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a idéia de unidade da Constituição (*Einheit der Verfassung*) acabam por colocar parte significativa da Constituição sob a proteção dessas garantias. [...] O efetivo conteúdo das “garantias de eternidade” somente será obtido mediante esforço hermenêutico. Apenas essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por elas protegidos e estão, por isso, cobertos pela garantia de imutabilidade que delas dimana. Os princípios merecedores de proteção, tal como enunciados normalmente nas chamadas “cláusulas pétreas”, parecem despidos de conteúdo específico. Essa orientação, consagrada por esta Corte para os chamados “princípios sensíveis”, há de se aplicar à concretização das cláusulas pétreas e, também, dos chamados “preceitos fundamentais”. [...] É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições

essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais em um determinado sistema. [...] Destarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de Poderes, da forma federativa do Estado ou dos direitos e garantias individuais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, das suas relações de interdependência. Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio. Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional.²

No mesmo sentido, demonstrando a abertura da expressão preceito fundamental, encontramos o voto do Eminentíssimo Ministro Joaquim Barbosa, que entende:

Examino a admissibilidade da arguição (Art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999). A autoridade argüente invoca norma constitucional que entende ser preceito fundamental relacionado aos princípios que regem a administração pública brasileira, em especial no que diz respeito à observância de normas orçamentárias. Sustenta que a esse preceito se contrapõem diversas decisões da justiça trabalhista no estado-membro. Como se vê, trata-se de alegação de ofensa a preceito fundamental decorrente de um conjunto de atos jurisdicionais do poder público federal. Está demonstrado que houve bloqueio de valores oriundos de repasses pela administração federal para a execução de convênios celebrados entre o estado-membro e entidades federais. Está também demonstrado que, pelo menos desde 2005, a justiça trabalhista sustenta o entendimento ora atacado e que, no início

² ADPF nº 33 – publicado no DJ de 06.08.2004.

deste ano, no mês de fevereiro, com base nessa orientação jurisprudencial, houve 18 ordens de bloqueio (fls. 81) que incidiram sobre esses recursos destinados à construção de barragem no Estado do Piauí (conforme noticiado nas correspondências do Banco do Brasil). [...] Noto que os bloqueios se destinam a pagar condenações por obrigações trabalhistas da COMDEPI. Irrelevante para o caso é a consideração sobre a transferência de recursos para essa sociedade de economia mista estadual. Isto porque parece ser significativa a menção à regra constitucional contida no Art. 167, X, da Constituição Federal, segundo a qual: “Art. 167. São vedados: [...] X - a transferência voluntária de recursos e a concessão de empréstimos, inclusive por antecipação de receita, pelos Governos Federal e Estaduais e suas instituições financeiras, para pagamento de despesas com pessoal ativo, inativo e pensionistas, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.” Não que essa regra, isoladamente considerada, seja por si só um preceito fundamental que mereça amparo pela via da ADPF. Mas sugere, concretamente, um desígnio maior da Constituição Federal, no que exige a concretização de outras garantias. Em exame preliminar, entendo que essa norma constitucional revela num ponto específico a conjunção de outros princípios entre os quais identifico: (i) o princípio constitucional da eficiência da administração pública e o da continuidade dos serviços públicos – Art. 37; (ii) rigorosa repartição tributária entre entes federados – capítulo VI do Título VI da Constituição Federal –, interessando observar que, independentemente do fato de ser a COMDEPI a executora do objeto de alguns dos convênios, na condição de interveniente, o repasse de verbas federais se faz a título de execução em conjunto, de competências materiais atribuídas simultaneamente à União e aos estados-membros; (iii) ainda como decorrência da repartição tributária, vinculação desses recursos repassados à sua “origem” federal, o que legitima, até mesmo, a fiscalização de sua aplicação pelo Tribunal de Contas da União – Art. 71, VI, da Constituição Federal. Vale notar, ainda, que os convênios são a manifestação de decisões do poder público sobre políticas públicas relevantes. Nesse caso, as ordens de bloqueio, fundadas em direitos subjetivos individuais, significam o mero retardo, por via imprópria, da execução dessas políticas públicas.

Essa consideração reforça, por outro lado, a utilidade da via da ADPF para examinar em controle objetivo a contraposição institucional entre direitos individualizados à atuação do poder público, especialmente no que tange à destinação de recursos públicos. Impressiona, por último, em relação ao *periculum in mora*, que os valores bloqueados já passam, em sua soma, a quantia de R\$ 2.000.000,00 (fls. 81), ao passo que o valor do repasse federal para a execução do convênio para a construção da barragem “Estreito” é de R\$ 5.900.000,00 (fls. 21).³

3.5. A demonstração cabal da violação a preceitos fundamentais supramencionados [Título I – Dos Princípios Fundamentais - artigo 1º, IV (dignidade da pessoa humana), Capítulo II – Dos Direitos Sociais - o artigo 9º (Direito de Greve), o artigo 8º (liberdade e autonomia sindical), Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos - artigo 5º, IV (liberdade de manifestação de pensamento), artigo 5º, II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia de vontade)] se confunde com o próprio mérito da presente ação, razão pela qual será devidamente fundamentado em tópico a seguir, de mérito.

IV. DOS ATOS DO PODER PÚBLICO

4. O artigo 1º da Lei nº 9.882/99 entende cabível a ADPF quando o objeto da ação for “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público”. O inciso I do mesmo artigo consigna ainda ser cabível a ADPF “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”. Conforme a atual jurisprudência desta Corte, os atos do poder público podem ser caracterizados pelo conjunto de atos jurisdicionais, decorrentes da interpretação conferida pelo Poder Judiciário a dispositivos legais que, aplicados por juízes e tribunais, violam diretamente preceitos fundamentais.

4.1. Como já mencionado, o que se põe em debate a esta Corte são as *interpretações levadas a cabo por juízes e tribunais* ao disposto no artigo 932 do CPC (*Interdito Proibitório*) aplicando-o quando presente um direito constitucionalmente previsto, como o exercício de greve, configurando-se *atos do Poder Público*.

³ ADPF 114 – MC, decisão monocrática, publicada no DJ de 27.06.2007.

A interpretação inadequada ao referido dispositivo processual civil leva à não efetividade da comunidade de princípios estabelecidos pela Constituição quer em sua dimensão individual quer em sua dimensão coletiva.

Diz o artigo 932 do CPC:

Do Interdito Proibitório

Art. 932 – O possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito.

4.2. A interpretação negativa que vem sendo conferida por juízes e tribunais da justiça comum, federal e, após a Emenda Constitucional nº 45/2004, pela justiça do trabalho, de todos os estados desta Federação, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, traz em seu bojo a negação de um direito constitucionalmente garantido, qual seja, *o direito de greve dos trabalhadores*.

4.3. O que se busca, com a presente ação, é obter desta Corte a interpretação conforme a Constituição aos chamados interditos proibitórios prevista na legislação infraconstitucional, especificamente no artigo 932 do CPC, *para declarar que o referido dispositivo processual não se aplica aos casos de exercício do direito de greve devidamente deflagrada pelos trabalhadores em pleno exercício de um direito constitucional (Art. 9º).*

V. INEXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO EFICAZ DE SANAR A LESIVIDADE – DA PRESENÇA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

5. O artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99 consigna expressamente:

Art. 4º - A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta.
§ 1º - Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

5.1. A aplicação do princípio da subsidiariedade na presente ADPF está configurada. Como demonstrado pela farta documentação anexada aos autos,

a interpretação conferida pelos juízes e tribunais ao interdito proibitório (Art. 932 do CPC) em casos do exercício do direito de greve por parte dos trabalhadores está devidamente comprovada.

5.2. Todas as ações possessórias impetradas pelo poder econômico⁴, diga-se, em todas as categorias profissionais, já foram objeto de recursos e julgados em todas as instâncias judiciais, inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Este, inexplicavelmente, mesmo *após* a Edição da *Emenda Constitucional n° 45/2004*, tem mantido sua competência bem como *mantido seu entendimento pacificado no sentido de ser cabível a ação possessória* – interdito proibitório – *mesmo quando se tratar de exercício do direito de greve*. A aplicação feroz deste dispositivo processual é demonstrada, inclusive por decisões que, a despeito de o movimento de greve ser temporário, concedem o interdito proibitório *ad eternum*, como podemos constatar pela r. sentença que ora se transcreve:

[...] Assim sendo, não há que se falar em perda do objeto da demanda, já que o autor pleiteou não só o impedimento da manifestação designada para o dia 30 de abril de 2004, mas também a condenação em multa diária, caso houvesse qualquer tipo de interdição da rodovia, *seja em qualquer dia previamente delimitado*. [...]

Pelo exposto, Julgo Procedente o pedido inicial para o fim de tornar definitiva a decisão concedida liminarmente fl. 60, para que os réus se abstenham, *seja em quaisquer dias*, da prática de ato capaz de turbar a posse das rodovias do Sistema Anchieta/Imigrantes, administradas pela concessionária autora, tal como bloqueios, totais ou não, de quaisquer trechos das citadas rodovias, aí compreendendo-se acostamentos, praças de pedágio, acessos a refúgios, sob pena de multa diária de R\$ 480.000,00 (quatrocentos e oitenta mil reais), caso transgridam o preceito, o equivalente a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a hora⁵. (Grifo no original)

⁴ Para efeito de prova, anexamos apenas algumas ações possessórias impetradas quando da deflagração de greve. A quantidade de ações vai além do normal, o que inviabilizaria a sua juntada integralmente.

⁵ Sentença do Juiz de Direito Celso Lourenço Morgado proferida em 24 de setembro de 2004, 14:30 horas – documento anexado à presente. Essa sentença ainda continua em vigor em face dos efeitos *ad eternum* a ela conferida.

O Superior Tribunal de Justiça manteve a mesma interpretação, ou melhor, a *não* interpretação no sentido de permitir o interdito proibitório em casos de greve, negando, assim, a efetividade de um direito constitucional. Vejamos:

Conflito De Competência. *Interdito Proibitório*. Livre Acesso De Funcionários E Clientes À Agência Bancária. Realização De Greve. Ação De Natureza Possessória. Questão De Direito Privado E Não De Natureza Trabalhista. Precedentes.

1. A causa de pedir e o pedido do *interdito proibitório* não adentram matéria de cunho trabalhista, fixando-se a competência da Justiça Comum Estadual para processar e julgar aquele feito. Por outro lado, resta evidente a competência da Justiça Laboral para a apreciação da ação civil pública quanto aos demais pedidos nitidamente trabalhistas relativos ao movimento paredista.⁶

Processual E Civil - Greve Deflagrada Por Sindicato – *Interdito Proibitório* – Posse.

I - Cabível a medida contra a perturbação da posse, quando dos fatos e provas a medida se faz necessária para impedir que o movimento grevista injustamente perturbe exercício de atividade que se faz viável, utilizando-se da posse.

II - Não se discute aqui o direito inalienável do exercício de greve previsto constitucionalmente, mas tão-só a salvaguarda da posse do bem que sofrerá consoante o acórdão, ameaça de grave lesão.

III - Matéria de fato (Súmula 07-STJ).

IV - Recurso não conhecido.⁷

Processual Civil. Conflito Negativo De Competência. *Interdito Proibitório* E Reintegração De Posse Contra Sindicato De Trabalhadores. *Interdito Proibitório* Proposto Para O Fim De Defender A Posse Da

⁶ CC 46577 / ES; Conflito de Competência 2004/0138789-0 - Ministro Fernando Gonçalves - Segunda Seção - DJ 04.05.2005, p. 153.

⁷ REsp 186786 / SP; Recurso Especial - 1998/0062952-1 - Relator Ministro Waldemar Zveiter - DJ 16.08.1999, p. 69.

Empresa, Ameaçada Por Greves De Sindicato, Convertida, “A Posteriori”, Em Reintegração De Posse, Dada A Consumação Do Esbulho Possessório. Competência Do Juízo De Direito, Em Razão Da Matéria.⁸

Como se pode notar, o Superior Tribunal de Justiça já pacificou seu entendimento no sentido de que a ação possessória, interdito proibitório, de natureza *infraconstitucional*, se *sobrepõe* a direitos *constitucionalmente* consagrados, como o de direito de greve.

Como já mencionado, em uma *não* interpretação, juízes e tribunais, a partir do entendimento solidificado pelo Superior Tribunal de Justiça, têm conferido uma *forçosa* interpretação aplicando uma *espécie* de “juízo de ponderação” entre normas sequer equiparadas, quais sejam, direito a posse e direito de greve.

5.3. Enfim, estão a aplicar a *não* interpretação.

5.4. Pelas decisões supratranscritas, que seguem em seu inteiro teor anexadas à presente⁹, constata-se que *não há* outro meio *eficaz* a proporcionar eficácia à decisão como a proferida pela presente ADPF. A decisão na ADPF é dotada de caráter vinculante e contra todos. Não há, para o caso concreto, outra medida eficaz, processo judicial de natureza subjetiva, quer individual, quer coletivo, que venha a atingir os mesmos efeitos.

5.5. Outro aspecto a ser salientado é que a disposição *infraconstitucional* questionada, aplicação do artigo 932 do CPC – interdito proibitório – em caso do pleno exercício do direito constitucional de greve, é texto normativo *pré-constitucional*, não sendo possível o exercício do controle de constitucionalidade concentrado, processo objetivo, conforme iterativa jurisprudência desta Corte, consubstanciada na Adin n° 02, da relatoria do Ministro Paulo Brossard¹⁰.

⁸ CC 15804 / SP; Conflito de Competência - 1995/0065867-4 - Relator Ministro Bueno de Souza - Segunda Seção - DJ 23.03.1998, p. 4.

⁹ Cumprindo o requisito disposto no artigo 3°, inciso III, da Lei n° 9.882/99.

¹⁰ Ementa: Constituição. Lei Anterior Que A Contrarie. Revogação. Inconstitucionalidade Superveniente. Impossibilidade. 1. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior

5.6. Carece ainda de fundamentação querer afirmar o incabimento da presente ação constitucional, ADPF, pelo fato de que das decisões, quer dos Tribunais de Justiça de 2ª instância, quer do próprio Superior Tribunal de Justiça, caberia recurso extraordinário¹¹. Isto porque, no caso concreto, a análise a ser efetuada no controle difuso de constitucionalidade para efeito de recurso de natureza extraordinária é a análise, *prima facie*, de norma infra-constitucional, ou seja, se violação fosse discutida *incidenter tantum*, esta seria meramente reflexa, indireta, inviabilizando o processo subjetivo¹².

5.7. Desta feita, demonstrado está *não ser cabível* qualquer modalidade de ação – *subjetivo ou objetivo* – razão pela qual *cabível é a presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*.

NO MÉRITO

VI. DOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS VIOLADOS

6. De início, cumpre-nos ressaltar que o que *está em debate* na presente ADPF *não é a competência* jurisdicional entre a Justiça Comum e a Justiça do Trabalho para processar e julgar as questões possessórias – interditos proibitórios – e as questões decorrentes do direito constitucional de greve. *O que se discute*, em qualquer esfera do Poder Judiciário, como se verá adiante, é a

não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. 2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. 3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Paulo Brossard. ADI 2 / DF - Distrito Federal. Publicação no DJ de 21.11.1997 PP-60585. Ement Vol-01892-01 PP-00001.

¹¹ Esta Corte tem entendimento no sentido de ser cabível recurso extraordinário contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça somente se nele se desenhar, originariamente, a questão de direito constitucional. - STF - 2ª Turma - Processo - RE-AgR 411594 / PR - Paraná - Relator Ministro Celso de Mello. Publicação no DJ de 08.06.2007 PP-00044 - Ement Vol-02279-05 PP-00833.

¹² STF - Súmula nº 636.

*impossibilidade de aplicação de um instituto de natureza infraconstitucional – aplicação do artigo 932 do CPC, interdito proibitório – quando está em prática o exercício constitucional de greve*¹³.

6.1. De fato, as ações possessórias são instrumentos jurídicos utilizados para a preservação da posse, do direito de um indivíduo ao exercício de fato, quando este se vê ameaçado em seu direito. Nesse sentido, não se discute a sua aplicabilidade nos casos concretos como mecanismo para a preservação de direitos. O que *não* se pode *permitir* é o seu *desvirtuamento*, como vem ocorrendo *reiteradamente* em todos os segmentos econômicos, para, sob a óptica *possessória*, *impedir* a realização de movimento de greve.

6.2. Não se trata, como supramencionado, de um “juízo de ponderação”, na medida em que não há que se falar em “juízo de ponderação” para uma decisão, uma vez que os direitos fundamentais não são ponderáveis, ou são efetivados ou não.

6.3. Conforme se demonstra através da farta documentação anexada com a presente inicial, o setor patronal *tem* se utilizado do interdito proibitório para, de fato, *impedir* a realização de greves por parte dos *trabalhadores*. Ao ser comunicado *oficialmente* pelas entidades sindicais, em *cumprimento à Lei de Greve, 7783/89*¹⁴, utiliza-se do judiciário para, sob a alegação de que se estaria na *iminência* de ver turbada ou esbulhada sua posse, por ato das entidades sindicais e de seus diretores, *impetrar* o referido instrumento processual para obter, como de fato *tem obtido*, *liminarmente*, a expedição de mandato proibitório, *para que os trabalhadores se abstenham da prática de qualquer ato que pudesse configurar a turbação ou esbulho*, determinando, em muitos casos,

¹³ Lei nº 7.783/89 - Art. 6º. “São assegurados aos grevistas, dentre outros direitos: § 1º. Em nenhuma hipótese, os meios adotados por empregados e empregadores poderão violar ou constranger os direitos e garantias fundamentais de outrem. § 2º. É vedado às empresas adotar meios para constranger o empregado ao comparecimento ao trabalho, bem como capazes de frustrar a divulgação do movimento.”

¹⁴ Art. 3º. Frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação coletiva do trabalho. § único. A entidade patronal correspondente ou os empregadores diretamente interessados serão notificados, com antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas, da paralisação; Art. 13. Na greve, em serviços ou atividades essenciais, ficam as entidades sindicais ou os trabalhadores, conforme o caso, obrigados a comunicar a decisão aos empregadores e aos usuários com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas da paralisação.

que os trabalhadores fiquem mais de 500 (*quinhentos*) metros da porta da fábrica, impedindo, inclusive, o convencimento pacífico por parte dos trabalhadores ¹⁵.

6.4. Não se discute, quando da realização de greve, como será fundamentado a seguir, o *direito de propriedade* ¹⁶ ou mesmo o esbulho possessório. Não há o mínimo fundamento em considerar a “iminência de esbulho e turbacção da posse” fator para a concessão da ordem liminar. Até porque, também como se verá a seguir, *não* há greve surpresa em nosso ordenamento jurídico e muito menos o *animus* de obter a posse.

6.5. O preceito fundamental violado se encontra exatamente no momento em que é *concedido*, de forma *pacífica* pela *jurisprudência*, o *interdito proibitório* quando os trabalhadores *decidem pela greve* ¹⁷. O exercício do direito de greve *deve* ser preservado em sua *essência*, *sem* os limites impostos pelo interdito proibitório, mas tão-somente pelos limites procedimentais impostos pela própria Constituição da República em seu artigo 9º. Ao conceder um valor maior ao disposto no artigo 932 do CPC, este ato do Poder Público, através de juízes e tribunais, acaba por *violar* um *bloco* de *preceitos fundamentais* que deverão ser resgatados por esta Corte sob pena de, como já dito, reduzir a Constituição a meramente um texto como outro qualquer.

VII. DOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS VIOLADOS

Título I – Dos Princípios Fundamentais – artigo 1º, IV (da dignidade da pessoa humana) - Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais - Capítulo II – Dos Direitos Sociais - o artigo 9º (Direito de Greve), o artigo 8º (liberdade

¹⁵ A Lei nº 7.783/89 garante expressamente aos trabalhadores: “Art. 6º. São assegurados aos grevistas, dentre outros direitos: I - o emprego de meios pacíficos tendentes a persuadir ou aliciar os trabalhadores a aderirem à greve; II - a arrecadação de fundos e a livre divulgação do movimento.” (Grifo nosso)

¹⁶ “Lei nº 7.783/89 - Art. 6º [...] § 3º. As manifestações e atos de persuasão utilizados pelos grevistas não poderão impedir o acesso ao trabalho nem causar ameaça ou dano à propriedade ou pessoa”. Observe-se que, aqui, o que se protege são os *danos materiais da propriedade* e não os *danos possessórios*.

¹⁷ Lei nº 7.783/89 - Art. 1º. “É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. Parágrafo único. O direito de greve será exercido na forma estabelecida nesta Lei.”

e autonomia sindical), Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos - artigo 5º, IV (liberdade de manifestação de pensamento), artigo 5º, II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia de vontade).

7. Há, na realidade, um *bloco de preceitos fundamentais* que vêm sendo *diuturnamente* violados por atos jurisdicionais do Poder Público, os quais serão analisados de forma coletiva e individualmente.

7.1. As violências modernas surgem a partir de uma construção de um direito apegado ao sistema totalitário. O constitucionalismo contemporâneo tem como desafio conciliar o direito com a justiça. O papel da hermenêutica constitucional passa a ser fundamental para a concretude da comunidade de princípios consignados em uma Constituição. A tensão existente entre direito e não direito deve ser interpretada e analisada a partir da leitura do Estado Democrático de Direito, que visa à efetividade dos direitos fundamentais do trabalhador, quer em sua dimensão coletiva quer em sua dimensão individual.

7.2. A partir dessa *tensão*, entre a proteção dos direitos individuais e coletivos de greve e a proteção da ordem por meio das ações possessórias – interditos proibitórios –, cria-se a aporia do direito somente sendo solucionada a partir do princípio da dignidade humana, na medida em que este “impede que o homem seja convertido em objeto de processos estatais”¹⁸.

7.3. Martin Kriele afirma que

todos os direitos não podem fazer nada contra um poder fático, a *potestas desnuda*, como tampouco nada pode fazer a moral face ao cinismo. [...] Esta é a razão profunda por que os direitos humanos somente podem funcionar em um Estado Constitucional. Para a eficácia dos direitos humanos a independência judicial é mais importante do que o catálogo de direitos fundamentais contido na Constituição.¹⁹

¹⁸ Habeas Corpus nº 91.513 - Relator Ministro Gilmar Mendes. Voto disponibilizado na internet.

¹⁹ Citação efetuada pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto no Habeas Corpus nº 91.513.

VIII. A GREVE COMO PRECEITO FUNDAMENTAL CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO

8. Para que a greve fosse elevada ao nível constitucional, como preceito fundamental, na Constituição da República de 1988, necessário foi um grande envolvimento da classe trabalhadora, com atuação firme e determinada, para que lhe fosse reconhecida sua condição humana²⁰.

8.1. De fato, a relação entre labor e trabalho que envolvia a condição humana estava sempre restrita à própria atividade exercida pelo homem, ou seja, laborar significava ser escravizado pela necessidade que era inerente à condição humana. Talvez seja por isso que na era moderna não se conseguiu estabelecer uma distinção clara entre o “labor de nosso corpo e o trabalho de nossas mãos”, mas tão-somente apontar diferenciações entre trabalho produtivo e improdutivo. Posteriormente diferenciou-se entre qualificado e não-qualificado para, finalmente, diferenciar-se entre trabalho manual e trabalho intelectual.²¹

8.2. Na modernidade, mesmo tendo alterado o conceito de escravidão, apenas com o *Estado de direito* é que se impôs ao Estado um agir *não* de forma única e autoritária, mas por meio de uma conduta de observação do cidadão não mais como súdito, mas como pessoa detentora de personalidade e, portanto, de direitos.

Ou seja, o centro do poder político na modernidade é ocupado pelo homem trabalhador, a partir desse processo de evolução estatal²².

Por essa razão é que Agamben afirma que “o ingresso da zoé na esfera da pólis, a politização da vida nua como tal, constitui o evento decisivo da modernidade, que assinala uma transformação radical das categorias político-filosóficas do pensamento clássico”²³. Enfim, é uma *reflexão* entre vida *nua* e *política*, uma vez que a vida como processo biológico começa a ser governada e administrada politicamente²⁴.

²⁰ Sobre uma nova referência da condição humana, ver Arendt (2007).

²¹ Sobre uma distinção entre labor e trabalho, demonstrando claramente uma evolução da máquina de trabalhar produtiva e a preservação da vida, ver *ibid.*, em especial o Capítulo III, p. 90-180.

²² *Ibid.*, p. 94-95.

²³ Agamben (2004a, p. 12).

²⁴ Foucault (2005).

8.3. O Estado de direito, garantidor dos direitos fundamentais dá lugar a um Estado Social, cuja finalidade é trazer, aos cidadãos, efetividade de seus direitos.

8.4. O constitucionalismo social trouxe para o mundo o início de um processo de conquista social. Os direitos humanos passaram de uma expectativa de direito para tornar-se um efetivo direito fundamental do cidadão. Esses direitos, inscritos no texto constitucional na forma de normas principiológicas, devem estar ao alcance de todos.

O Estado constitucional procura não somente organizar o exercício do poder político soberano mas, também, na busca de limitação do poder, definir os direitos fundamentais do cidadão de modo a conformar a atuação dos governantes, seja no respeito aos direitos individuais e coletivos, seja ainda na exigência de promoção dos direitos sociais, econômicos e culturais. As relações sociais do trabalho recebem um tratamento constitucional tendo como expectativa a afirmação dos Direitos do Homem trabalhador por meio de uma regulamentação mais rigorosa, se comparada com a legislação ordinária.

8.5. As Constituições contemporâneas têm dado ênfase à realização dos direitos, como um sistema aberto de regras e princípios; diante de sua força normativa²⁵, há que se entender tais dispositivos normativos da mesma forma.

Não é por outra razão que

[...] marcando uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica, pode e deve falar-se da “morte” das normas constitucionais programáticas. Existem, é certo, normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que “impõem uma atividade” e “dirigem” materialmente a concretização constitucional. O sentido destas normas não é, porém, o assinalado pela doutrina tradicional: “simples programas”, “exortações morais”, “declarações”, “sentenças políticas”, “aforismos políticos”, “promessas” “apelos ao legislador”, “programas futuros”, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às normas “programáticas” é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição.²⁶

²⁵ Canotilho (2002, p. 1.145).

²⁶ Ibid., p. 1.160.

8.6. Sendo assim, deve-se também interpretar os direitos sociais dos trabalhadores não como forma meramente de promessas, mas como mecanismo concreto de realização de direitos. São, portanto, dotados de eficácia jurídica que não podem *se tornar vazios*, ou inconseqüentes, na medida em que já estão *prontos* para produzir *efeitos* concretos.

8.7. A Constituição brasileira assim instituiu, como direitos do trabalhador, direitos humanos fundamentais que estão dispostos no artigo 7º e seus trinta e quatro incisos. Quanto ao direito fundamental institucional, ou coletivo – Estrutura Sindical –, está previsto no artigo 8º e seus oito incisos da Constituição da República.

Os direitos constantes nos incisos do artigo 7º tratam dos Direitos do Homem, individuais, ou das pessoas singulares, voltados para a proteção da liberdade pessoal.

8.8. Porém, as Constituições do século XX apresentam a proteção dos direitos de proteção coletiva ou o direito de associação em uma dimensão institucional e coletiva.

Alguns direitos econômicos, sociais e culturais só assim se compreendem; não poucos dos direitos constitucionais dos trabalhadores (como a liberdade sindical ou o direito à greve) pressupõem-na; certas liberdades clássicas estendem-se a instituições; e estas adquirem direitos de participação de vários alcances.²⁷

IX. A GREVE NO DIREITO BRASILEIRO

9. Em uma caminhada conjunta, o direito dos trabalhadores em paralisar suas atividades em prol de uma reivindicação que garanta a ampla efetividade de um direito fundamental, qual seja, a preservação da dignidade humana, evoluiu na mesma intensidade.

9.1. O direito de greve no ordenamento jurídico brasileiro passou de um total silêncio²⁸ para uma permissão através de mecanismos de interpre-

²⁷ Miranda (1993, t. 4, p. 73).

²⁸ As Constituições do Império de 1824 e a primeira Republicana de 1891 silenciaram quanto ao direito de greve. Como não havia leis trabalhistas, o Código Penal de 1890, Decreto nº 847, proibiu o exercício da greve mesmo sendo pacífica.

tação²⁹, posteriormente considerado uma liberdade dos trabalhadores a ser exercida sem leis que a regulamentassem³⁰, obtenção de direito³¹, chegando,

²⁹ O Decreto nº 1.162, de 12.12.1890, passou a punir apenas a violência no exercício da greve, sendo considerado o *primeiro reconhecimento do direito de greve* no ordenamento jurídico brasileiro.

³⁰ Entre 1900 e 1937, mesmo sendo considerada liberdade do trabalhador, alternou-se entre períodos de tolerância e repressão, sendo que, entre os períodos de 1906-1920, predominou o pensamento de resistência ao patronato com influência direta dos anarquistas – Itália, Espanha, Portugal. A Constituição de 1937, ao mesmo tempo que cria a Justiça do Trabalho, em um período eminentemente corporativo, declara a greve e o locaute como recursos anti-sindicais. Para tanto, por meio do Decreto nº 1.237/39 – artigo 722 da CLT –, passa a prever punição ao empregado que abandonar o serviço coletivamente e sem autorização do Tribunal do Trabalho. O Código Penal de 1940, que pune a violência contra coisa ou pessoa em razão de greve, considera infrapenal a paralização do trabalho, como perturbação da ordem pública e contrária ao interesse coletivo. Sem ambiente para a efetivação dos direitos coletivos, entre eles o exercício do direito de greve, uma vez que os mesmos foram expressamente limitados, os direitos individuais dos trabalhadores são ampliados por normas infraconstitucionais. Trata-se, portanto, de uma lei antidemocrática.

³¹ A Constituição de 1946, em seu artigo 158, expressamente consignou que: “É reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará”. Inicia-se o período de reconhecimento da greve como *direito* dos trabalhadores diante da mudança da ordem internacional – Conferência do México, 21/02-08/03/1945, em que é aprovada a recomendação ao reconhecimento do direito de greve, tendo o Brasil aprovado a referida recomendação. O Decreto-Lei nº 9.070, de 1946, Primeira Lei ordinária, define o conceito de greve, facultando-a nas atividades acessórias; limitado o exercício após o ajuizamento de dissídio coletivo, criando as formalidades para a sua proclamação; considerando falta grave o descumprimento dos prazos e procedimento. No mesmo período, o STF declara a constitucionalidade do referido Decreto-Lei - RE 48.207-SP - Rel. Ministro Galloti – mesmo tendo entrado em vigor na vigência da Constituição de 1937 o Art. 158 - “É reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará”. Com o golpe de Estado de 1964, foi editada nova Lei de Greve, considerada Lei antigreve, a Lei nº 4.330/64. Editada no período de autoritarismo e supressão de direitos individuais e coletivos, mantinha em seu bojo uma infinidade de inconstitucionalidades, na medida em que estabelecia condições de greve em atividades essenciais, com estabelecimento de *quorum* – assembléia dos trabalhadores – em número extremamente elevado, com votação por escrutínio secreto. O artigo 22 da lei estabeleceu o conceito de greve ilegal quando não atendidos os prazos e condições para a realização do movimento paredista, bem como

ao fim e ao cabo, como direito constitucionalmente garantido como fundamental, com a Constituição da República de 1988.

O artigo 9º da Constituição da República de 1988 diz:

É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§ 1º - A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

§ 2º - Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis nas penas da Lei.

9.2. A evolução estabelecida pelas Constituições brasileiras, chegando ao atual normativo, demonstra claramente a intenção do legislador constituinte em considerar o direito de greve, direito coletivo, como um direito fundamental institucional. Não se trata apenas de enunciá-lo. Houve a intenção clara e manifestamente demonstrada de que, mais que um simples direito, a greve é uma garantia fundamental para que as relações de trabalho sejam exercidas dentro de um mínimo *Estado Democrático de Direito*.

9.3. O legislador constituinte impôs os limites a serem adotados pelos trabalhadores quando agirem com liberdade e autonomia para a deflagração do movimento de greve. Os limites foram imputados ao legislador ordinário, que não se omitiu³² e, de forma ágil, aprovou a Lei nº 7.783, de 26 de junho de 1989³³, que dispõe “sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade e dá outras providências”, *regulamentando* o direito de greve previsto no artigo 9º da Constituição da República.

entendeu ser ilegal quando as reivindicações fossem julgadas improcedentes. Quando a greve fosse julgada ilegal (100% das vezes), justificaria a punição disciplinar e, ainda, o enquadramento na Lei nº 6.620/78 – Lei de Segurança Nacional.

³² Ao contrário do exercício do direito de greve garantido aos servidores públicos, que até o presente momento não dispõe de lei específica para regular a matéria. Sobre o debate dessa omissão, é mister analisar os votos proferidos nos Mandados de Injunção nº 670 e nº 712.

³³ Publicado no DOU de 29.06.1989.

9.4. Portanto, o exercício do direito constitucionalmente garantido de greve está devidamente regulamentado, ou seja, os *limites* constitucionais foram devidamente impostos pela Lei n° 7.783/89, não havendo qualquer *vazio* normativo quanto aos efeitos decorrentes de um movimento paredista.

9.5. Tais direitos fundamentais:³⁴

[...] reportam-se à pessoa humana, mas há bens jurídicos da pessoa que só podem ser salvaguardados no âmbito ou através de instituições (associações, grupos de qualquer natureza, instituições *stricto sensu*), dotadas de maior ou menor autonomia frente aos indivíduos que, em cada momento, as constituem.³⁵

Portanto, trata-se de proteção e promoção dos direitos individuais, da pessoa, “mas essa realização passa, no nosso tempo, pela atribuição de direitos a determinadas instituições (personificadas ou não)”.

Nesse sentido, é o voto do Ministro Eros Grau no Mandado de Injunção n° 712-8 – Pará, que, ao tratar do direito de greve dos trabalhadores, diz expressamente:

[...] 13. A *Constituição*, tratando dos *trabalhadores* em geral, *não prevê regulamentação do direito de greve*: a eles compete decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dela defender. *Por isso a lei não pode restringi-lo, senão protegê-lo, sendo constitucionalmente admissíveis todos os tipos de greve*: greves reivindicatórias, greves de solidariedade, greves políticas, greves de protesto. Não obstante, os abusos no seu exercício, como, de resto, qualquer abuso de direito ou liberdade, sujeitam os responsáveis às penas da lei [§ 2° do Art. 9°] – *lei que, repito, não pode restringir o uso do direito*. A *Constituição* [§ 1° do Art. 9°] *apenas estabelece que lei*

³⁴ Não é por acaso que Jorge Miranda classifica os direitos fundamentais como “direitos das pessoas individual ou institucionalmente consideradas – quer dizer, direitos das pessoas como seres individuais e direitos das pessoas inseridas ou projectadas em instituições ou das instituições ao serviço das pessoas” (Miranda, 1993, t. 4, p. 74).

³⁵ *Ibid.*

*definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.*³⁶ (Grifo meu)

X. A GREVE COMO PRECEITO FUNDAMENTAL NO DIREITO COMPARADO

10. Nesse mesmo diapasão, ou seja, considerando a greve um direito fundamental garantido aos trabalhadores, tem-se a decisão da Corte Constitucional de Portugal. Para aquela Corte Constitucional, o direito à greve é um

direito fundamental garantido aos trabalhadores pela Constituição. Integra o conjunto de direitos, liberdades e garantias enunciados no título II e apresenta uma dimensão essencial de defesa ou liberdade negativa: a liberdade de recusar a prestação de trabalho contratualmente devida, postulando a ausência de interferências, estaduais ou privadas, que sejam susceptíveis de a pôr em causa.

Essa caracterização constitucional do direito à greve como posição subjectiva fundamental de natureza defensiva não ilude, porém, a sua ligação aos fundamentos do Estado Social de direito: a greve é um instrumento de reivindicação que concorre para a promoção de condições de igualdade real entre indivíduos e grupos sociais.

Apresentando-se como um direito individual de exercício colectivo, orientado à tutela comum de um interesse colectivo, o direito à greve revela, pela própria natureza, a “imbricação das concepções liberal e social” (Gomes Canotilho e Vital Moreira, Fundamentos da Constituição, Coimbra, 1991, PP. 105-106), que na ordem constitucional democrática, em regra, vai ligada ao entendimento dos direitos fundamentais. O elemento colectivo participa do próprio conteúdo do direito sem que lhe apague a fisionomia de direito individual de cada trabalhador (A. Monteiro Fernandes, “Relações sobre a Natureza do Direito à Greve”, Estudos sobre a Constituição, 2º Vol., p. 333).

A fundamentalidade material do direito à greve liga-se, pois, aos princípios constitucionais da liberdade e da democracia social. A sua especial inserção no elemento dos direitos, liberdades e garan-

³⁶ Voto do Ministro Eros Grau, p. 10-11, disponível no sítio do STF.

tias confere-lhe uma proteção constitucional acrescida que se traduz no “reforço de mais-valia-normativa” (Gomes Canotilho) do preceito que o consagra relativamente a outras normas da Constituição. O que significa:

1. Aplicabilidade directa, sendo o conteúdo fundamental do direito afirmado já ao nível da Constituição e não dependendo o seu exercício da existência da lei mediadora;
2. Vinculação das entidades públicas e privadas, implicando a neutralidade do Estado (proibição e proibidor) e a obrigação de a entidade patronal manter os contratos de trabalho, constituindo o direito de greve um momento paradigmático da eficácia geral das estruturas subjectivas fundamentais;
3. Limitação das restrições aos casos em que é necessário assegurar a concordância prática como outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos – sendo certo que a intervenção de lei restritiva está expressamente vedada quanto à definição do âmbito de interesses a defender através da greve (Constituição da República Portuguesa, artigo 57, n° 2).³⁷

XI. DA LIBERDADE E AUTONOMIA SINDICAL COMO PRECEITO FUNDAMENTAL

O ARTIGO 8° DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

11. O artigo 8° da Constituição da República consigna expressamente que: “É livre a associação profissional ou sindical [...]”. Estabeleceu, assim, o legislador constituinte, na estrutura sindical, o princípio da autonomia sindical quanto à sua criação, organização e funcionamento.

11.1. Temos assim que o princípio da liberdade sindical como núcleo do sistema garante a eficácia da autonomia, que é o direito ou a faculdade de se reger por leis próprias.³⁸ Indica a faculdade que possui determinada pessoa física ou jurídica de traçar as normas internas e diretrizes sem qualquer imposição restritiva de terceiros.³⁹ Indica, por sua vez, uma situação de total

³⁷ Acórdão n° 289/92 (Miranda, 1996, t. 4, p. 813).

³⁸ Ferreira (1986, p. 203).

³⁹ Silva, P. (1963, p. 198).

independência. Em suma, os entes autônomos estão capacitados para exercer o poder de autogovernar-se, detendo o autocontrole, ditando as suas próprias regras, por auto-imposição.

11.2. Luis Roberto Barroso diz que, quanto ao conceito de autonomia, classicamente, são identificados à tríplice identidade que lhes dá substância:

[...] auto-organização, autogoverno e auto-administração. Auto-organização traduz o poder de editar os próprios atos constitutivos, instituindo os órgãos supremos de direção; autogoverno significa o poder de escolha dos próprios dirigentes e a possibilidade de editar as normas de conduta da entidade e de seus membros; auto-administração representa a capacidade de dar execução própria às normas vigentes e de buscar a realização dos objetivos da entidade.⁴⁰

11.3. Autonomia não é um conceito absoluto, admite-se a sua relatividade. Por autonomia absoluta se entende autonomia soberana, sem qualquer restrição que possa limitar a ação de quem a tem.⁴¹ Já a relativa está subordinada às limitações decorrentes da vontade de quem detém a autonomia absoluta. Podemos dizer, assim, que a liberdade e a autonomia sindicais conferidas pelo artigo 8º da Constituição da República estão subordinadas aos limites impostos pelo ente que detém a autonomia absoluta, que, no caso do exercício do direito de greve, é o legislador constituinte.⁴²

11.4. O Ministro Celso de Mello, ao relatar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1063-8, que trata do princípio constitucional da *Autonomia* partidária constante no artigo 17⁴³ da Constituição da República, que se diga a mesma autonomia concedida às entidades sindicais, assim se pronunciou:

⁴⁰ Barroso (1996, p. 398).

⁴¹ Silva, P. (1963, p. 198).

⁴² “[...] a autonomia, como poder próprio dentro de um círculo traçado por outro, pressupõe ao mesmo tempo uma zona de autodeterminação, que é o propriamente autônomo, e um conjunto de limitações e determinantes jurídicas extrínsecas, que é o heterônomo. A zona de determinação e o conjunto de limitações são impostos pela Constituição Federal” (Silva, J., 1989, p. 513).

⁴³ “Artigo 17 - É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: [...]”

Ementa: Autonomia Partidária. A Constituição Federal, ao proclamar os postulados básicos que informam o regime democrático, consagrou, em seu texto, o estatuto jurídico dos partidos políticos.

O princípio constitucional da autonomia partidária – além de repelir qualquer possibilidade de controle ideológico do Estado sobre os partidos políticos – cria, em favor desses corpos intermediários, sempre que se tratar da definição de sua estrutura, de sua organização ou de seu interno funcionamento, uma área de reserva estatutária absolutamente indevassável pela ação normativa do Poder Público, vedando, nesse domínio jurídico, qualquer ensaio de ingerência legislativa do aparelho estatal.

Ofende o princípio consagrado pelo Art. 17, parágrafo 1º, da Constituição Federal a regra legal que, interferindo na esfera de autonomia partidária, estabelece, mediante específica designação, o órgão do Partido Político competente para recusar as candidaturas parlamentares natas. [...]

A Constituição Federal, ao delinear os mecanismos de atuação do regime democrático e ao proclamar os postulados básicos concernentes às instituições partidárias, consagrou, em seu texto, o próprio estatuto jurídico dos partidos políticos, definindo princípios que, revestidos de estatutura jurídica incontestável, fixam diretrizes normativas e instituem vetores condicionantes da organização e funcionamento das agremiações partidárias.

A normação constitucional dos partidos políticos tem por objetivo, desse modo, regular e disciplinar, em seus aspectos gerais, não só o processo de institucionalização desses corpos intermediários, como também assegurar o acesso dos cidadãos ao exercício do poder estatal, na medida em que pertence às agremiações partidárias – e somente a estas – o monopólio das candidaturas aos cargos eletivos.

As agremiações partidárias, como corpos intermediários que são, atuam como canais institucionalizados de expressão dos anseios políticos e das reivindicações sociais dos diversos estratos e correntes de pensamento que se manifestam no seio da comunhão nacional.

A ação dos partidos políticos – que se dirige, na concepção weberiana, à conquista do poder estatal – é informada por um substrato doutrinário de que deriva o perfil ideológico que ostentam.

Os partidos políticos constituem, pois, instrumentos de ação democrática, destinados a assegurar a autenticidade do sistema representativo. Formam-se em decorrência do exercício concreto da liberdade de associação consagrada no texto constitucional.

A importância jurídico-política das agremiações partidárias revela-se tão intensa que o ordenamento positivo nacional, ao consagrar o princípio do monopólio partidário das candidaturas, estabeleceu que a disputa de cargos eletivos dar-se-á, apenas, através de partidos políticos. Desse modo, somente candidatos registrados por partidos podem concorrer às eleições.

É extremamente significativa a participação dos partidos políticos no processo de poder. As agremiações partidárias, cuja institucionalização jurídica é historicamente recente, atuam como *corpos intermediários*, posicionando-se, nessa particular condição, entre sociedade civil e a sociedade política. Os partidos políticos não são órgãos do Estado e nem se acham incorporados ao aparelho estatal. Constituem, no entanto, entidades revestidas de caráter institucional, absolutamente indispensáveis à dinâmica do processo governamental, na medida em que, consoante registra a experiência constitucional comparada, “concorrem para a formação da vontade política do povo”. (v. Art. 21, n° 1, da Lei Fundamental de Bonn)

A essencialidade dos partidos políticos, no Estado de direito, tanto mais se acentua quando se tem em consideração que representam eles um instrumento decisivo na concretização do princípio democrático e exprimem, na perspectiva do contexto histórico que conduziu à sua formação e institucionalização, um dos meios fundamentais no processo de legitimação do poder estatal, na exata medida em que o Povo – fonte de que emana a soberania nacional – tem, nessas agremiações, o veículo necessário ao desempenho das funções de regência política do Estado.

O legislador constituinte brasileiro, por isso mesmo – e pretendendo assegurar a participação efetiva dos partidos políticos no processo de poder –, conferiu-lhes um grau de autonomia que lhes propiciou especial prerrogativa jurídica, consistente no prevalecimento de sua própria vontade em tema de definição de sua estrutura organizacional e de seu interno funcionamento.

O postulado constitucional da autonomia partidária – além de repelir qualquer possibilidade de controle ideológico do Estado sobre os partidos políticos – cria, em favor desses corpos intermediários, sempre que se tratar de definição de sua estrutura, de sua organização ou de seu interno funcionamento, uma área de reserva estatutária absolutamente indevassável, pela ação normativa do Poder Público, a este plenamente oponível toda vez que se esboçar, nesse domínio, qualquer ensaio de ingerência legislativa do aparelho estatal. ⁴⁴ (Grifo meu)

Ao examinar o princípio da *Autonomia*, consignou o C. STF que, uma vez que constitui um direito fundamental institucional, não pode o legislador ordinário adotar regra legal que venha a restringir o âmbito de atuação da organização e funcionamento interno, já que se trata de reserva estatutária indevassável ⁴⁵.

11.5. Em suma, a legitimidade da autonomia sindical ocorre por meio de um processo negocial em que todos possam se sentir autores das normas, cuja legitimidade se mede pela “resgatabilidade discursiva” de pretensões de validade normativas ⁴⁶.

Reforça-se, aqui, a autonomia do processo de decisão coletiva com as palavras de Jürgen Habermas:

O projeto de realização do direito, que se refere às condições de funcionamento de nossa sociedade, portanto de uma sociedade que surgiu em determinadas circunstâncias históricas, não pode ser meramente formal. Todavia, divergindo do paradigma liberal e do Estado Social, este paradigma do direito não antecipa mais um determinado ideal de sociedade, nem uma determinada visão de vida boa ou de uma determinada opção política. Pois ele é formal no sentido de que apenas formula as condições necessárias segundo as quais os sujeitos do direito podem, enquanto cidadãos, entender-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los. Evidentemente, o paradigma procedimental do direito nutre a

⁴⁴ Adin - 1063-DF, p. 92-95 do acórdão.

⁴⁵ Adin 1063-8-DF, p. 125 do acórdão.

⁴⁶ Habermas (2003, v. 1, p. 137).

expectativa de poder influenciar não somente a autocompreensão das elites que operam o direito na qualidade de especialistas mas também a de todos os atingidos. E tal expectativa da teoria do discurso, ao contrário do que se afirma muitas vezes, não visa à doutrinação, nem é totalitária. Pois o novo paradigma submete-se às condições da discussão contínua, cuja formulação é a seguinte: na medida em que ele conseguisse cunhar o horizonte da pré-compreensão de todos os que participam de algum modo e à sua maneira, da interpretação da constituição, toda a transformação histórica do contexto social poderia ser entendida como um desafio para um reexame da compreensão paradigmática do direito. Esta compreensão, como, aliás, o próprio Estado de direito, conserva um núcleo dogmático, ou seja, a idéia da autonomia, segundo a qual os homens agem como sujeitos livres na medida em que obedecem a leis que eles mesmos estabeleceram, servindo-se de noções adquiridas num processo intersubjetivo. Contudo, esta idéia é “dogmática” num sentido *sui generis*. Pois nela se expressa uma tensão entre facticidade e validade, a qual é “dada” através da estrutura lingüística das formas de vida sócio-culturais, as quais nós, que formamos nossa identidade em seu seio, não podemos eludir.⁴⁷

11.6. A autonomia sindical conferida pelo legislador constituinte garantiu aos trabalhadores um direito fundamental institucional, na medida em que entendeu que as organizações sindicais, assim como os partidos políticos representam um instrumento para o exercício de um direito constitucional positivo, como medida eficaz para a concretização do Estado Democrático de Direito.

11.7. A liberdade sindical indica a possibilidade de atuação não dos indivíduos considerados singularmente mas do grupo por eles organizado.⁴⁸ O princípio maior, da liberdade, que atinge o grupo livremente organizado, está garantido, e toda e qualquer intervenção ou interferência do Poder Público, quer por intermédio de legislação infraconstitucional quer por meio de inter-

⁴⁷ Ibid., v. 2, p. 190.

⁴⁸ Lobato (2006. p. 59).

pretações do texto constitucional que venham a restringir ou mesmo suprimir este princípio, é muito mais grave que violar uma norma.⁴⁹

XII. DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS COMO PRECEITO FUNDAMENTAL

O ARTIGO 5º, IV (liberdade de manifestação de pensamento), E II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia de vontade)

12. A liberdade de manifestação de pensamento está consagrada como direito de personalidade. Este não pode ser solapado por *interpretações restritivas* ou mesmo sofrer juízo de ponderação. Trata-se de direitos fundamentais do cidadão, que, ao exercer o seu direito de reivindicação, está protegido pelo preceito constitucional de ter a liberdade de manifestação e pensamento em qualquer esfera, ou seja, tanto a esfera pública quanto a esfera privada.

12.1. Os direitos fundamentais dos trabalhadores, entre eles a liberdade de manifestação de pensamento, não obrigam tão-somente os poderes públicos. Atingem as relações privadas e, portanto, devem ser respeitados pelo empregador privado agindo como poder público, garantindo assim a máxima efetividade dos direitos fundamentais do trabalhador.⁵⁰

XIII. DA GREVE COMO DIREITO AO NÃO DIREITO

13. O exercício do direito de greve fora constitucionalmente consagrado como mecanismo de se obter a maior aproximação ao princípio da *igualdade e liberdade*. O verdadeiro significado do estabelecimento do direito de greve enquanto preceito fundamental foi, na realidade, obter a melhor e mais exata compreensão da *liberdade e igualdade*.

13.1. O princípio da igualdade ínsito no caput do artigo 5º da CRB/88 tem como finalidade a ampliação da tensão entre igualdade e liberdade. Este

⁴⁹ Conforme C. A. Bandeira de Mello: “É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais” (Bandeira de Mello, 2001, p. 773).

⁵⁰ Sobre a eficácia do horizonte dos direitos humanos fundamentais dos trabalhadores nas relações privadas, ver Lobato (2006).

paradoxo – igualdade e liberdade – é que traz ao fim e ao cabo a efetividade constitucional. Isso porque só seremos iguais se formos livres. Se formos livres, não seremos iguais. São opostos que se complementam para trazer a integridade da constituição. É a igualdade que se aplica através da diferença.

13.2. Nas relações de trabalho, o desequilíbrio em todo e qualquer procedimento entre empregado e empregador é desigual, levando vantagem aquele que detém o poder econômico. Esta desigualdade é inerente às relações de trabalho e somente será mitigada quando aplicar aos diferentes, no caso a parte mais fraca da relação, o princípio da igualdade e liberdade, concedendo-lhes a oportunidade de agirem de forma desigual para obter a própria igualdade.

13.3. O exercício do direito de greve apenas será pleno quando se efetivar, como conferido está pela Constituição da República, a liberdade de os trabalhadores escolherem quando e por quais motivos efetuarão a paralisação do trabalho. Ao garantir a liberdade de escolha, a Constituição efetiva o princípio da igualdade pela diferença, ou seja, ao garantir aos trabalhadores o direito de suspender o trabalho, parando a produção, logo, causando prejuízo ao empregador, estabelece, através da exceção, a eficácia do princípio da igualdade.

13.4. Esta exceção, o direito ao não direito, somente fora aberta para minimizar o poder do soberano sobre o direito do trabalhador, sobre sua vida.

13.5. Michel Foucault situa essa relação de poder do soberano – no nosso caso, empregador, patrão – em um momento que denomina de *biopoder*. Nesse aspecto, houve uma transição do poder do soberano, que de “fazer morrer e deixar viver [soberania]” passa para “fazer viver e deixar morrer [biopoder/biopolítica]”⁵¹, enfim, a transição da centralidade de poder saiu da esfera do absoluto recaindo para uma obrigação de não fazer, ou seja, uma biopolítica da vida.

13.6. A biopolítica da vida enunciada por Foucault *retira* do trabalhador o *Estado de não direito* garantindo-lhe um tratamento digno diferentemente da condição de *homo sacer* que lhe era atribuído. A partir desses conceitos, é o entendimento de Agamben, como já mencionado, ao afirmar que “o ingresso da zoé na esfera da pólis, a politização da vida nua como tal, constitui o evento decisivo da modernidade, que assinala uma transformação radical das cate-

⁵¹ Foucault (2005, p. 287).

gorias político-filosóficas do pensamento clássico.”⁵² Ou seja, *não* se pode mais *permitir* a existência de um *poder* do *soberano*, no nosso caso, o poder de *império* do empregador. Esse poder, quebrado ante a esfera da biopolítica, impõe limites ao empregador de seus direitos em todas as esferas das relações contratuais e extracontratuais, desde que as últimas atinjam as relações de trabalho.

13.7. O que se está a discutir de fato é a *violência* que ocorre *dentro* do local de trabalho, que, diante da *irresponsabilidade* do empregador⁵³, *impõe* aos trabalhadores o *dever* de buscar, através da greve, mecanismos mínimos de garantia para a sua dignidade humana.

13.8. A questão apresentada somente encontrará uma resposta que efetive o direito quando se impedir a existência de uma “violência absolutamente “fora” e “além” do direito e que, como tal, poderia quebrar a dialética entre violência que funda o direito e violência que o conserva”.⁵⁴

13.9. O instituto do interdito proibitório, aplicado em situações de exercício do direito de greve, permite a existência de uma violência “fora” e “além” do direito, na medida em que libera o empregador da responsabilização de um ato violento cometido sob sua estrita e inteira responsabilidade. A essa conduta de não aplicação do direito, o próprio direito

não pode tolerar de modo algum, o que se sente como uma ameaça contra a qual é impossível transigir é a exigência de uma violência fora do direito; não porque os fins de tal violência sejam incompatíveis com o direito, mas pelo simples fato de sua existência fora do direito.⁵⁵

13.10. A garantia de não permitir que a violência (aplicação do interdito proibitório) fique “fora” e “além” do direito é buscar a excepcionalidade da aplicação de normas que, caso se efetive, pode vir a aumentar a violência com

⁵² Agamben (2004a, p. 12).

⁵³ Aqui estou considerando as situações de recusa ou mesmo de uma tentativa de confronto por parte de empregadores para com as representações sindicais dos trabalhadores, que, ao fim e ao cabo, têm como único mecanismo de estabelecer um procedimento mínimo ético o exercício do direito de greve, para causar prejuízos ao empregador.

⁵⁴ Agamben (2004b, p. 84).

⁵⁵ Ibid., p. 85.

a perda do direito do trabalhador. Por isso, os direitos fundamentais dos trabalhadores, em sua dimensão coletiva e em sua dimensão individual, devem ser vistos como um direito a ser aplicado de forma contínua, sem solução de continuidade, ou seja, *não pode haver a aplicação do interdito proibitório*.

13.11. No sentido do direito ao não direito, da aplicação da exceção como forma de concretizar a Constituição, encontramos o voto do Ministro Eros Grau assim fundamentado:

[...] 5. Daí porque, até para ser coerente com o que tenho reiteradamente afirmado no Plenário, eu haveria de votar no sentido de dar provimento ao agravo. Ocorre, no entanto, que a situação de fato de que nestes autos se cuida consubstancia uma exceção. Com efeito, estamos diante de uma situação singular, exceção, e, como observa Carl Schmitt, as normas só valem para as situações normais. A normalidade da situação que pressupõem é um elemento básico do seu “valer”. A propósito, Maurice Hauriou menciona “[...] cette idée très juste que les lois ne sont faites que pour certain état normal de la société, et que, si cet état normal est modifié, il est naturel que les lois et leurs garanties soient suspendues”. E prossegue: “C’est très joli, les lois; mais il faut avoir le temps de les faire, et il s’agit de ne pas être mort avant qu’elles ne soient faites”.

6. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade, uma zona de indiferença capturada pela norma. De sorte que não é a exceção que se subtrai à norma, mas ela que, suspendendo-se, dá lugar à exceção – apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção (Agamben, Giorgio. *Homo Sacer*: o poder soberano e a vida nua). A esta Corte, sempre que necessário, incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Ao fazê-lo, não se afasta do ordenamento, eis que aplica a norma à exceção desapplicando-a, isto é, retirando-a da exceção (ibid.).

7. Permito-me, ademais, insistir em que ao interpretarmos/aplicarmos o direito – porque aí não há dois momentos distintos, mas uma só operação –, ao praticarmos essa única operação, isto é, ao interpretarmos/aplicarmos o direito não nos exercitamos no mundo das abstrações, porém trabalhamos com a materialidade mais substan-

cial da realidade. Decidimos não sobre teses, teorias ou doutrinas, mas situações do mundo da vida. Não estamos aqui para prestar contas a Montesquieu ou a Kelsen, porém para vivificarmos o ordenamento, todo ele. Por isso o tomamos na sua totalidade. Não somos meros leitores de seus textos – para o que nos bastaria a alfabetização – mas magistrados que produzem normas, tecendo e recompondo o próprio ordenamento.

Sendo assim, no quadro de exceção considerado, nego provimento ao agravo regimental e julgo improcedente a reclamação.⁵⁶

13.12. A exceção aqui estabelecida visa exatamente não permitir que, no caso concreto, ocorra a anomia nas sociedades modernas, com a inversão dos valores de proteção da dignidade humana, ou seja, transformar os princípios da dignidade humana em um fator regular e específico de suicídio.⁵⁷ Para evitar este suicídio normativo, há que obter, do próprio *direito o não direito*, a *não aplicação do interdito proibitório quando ocorrer a deflagração e o exercício do direito de greve*.

XIV. DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE E A PROTEÇÃO DOS PRINCÍPIOS E REGRAS DE VALOR CONSTITUCIONAL

14. A expressão Bloco de Constitucionalidade, de origem francesa⁵⁸, surgiu para designar um conjunto de normas que compõem o bloco legal ou constitucional, não se limitando às leis positivas, que deveria ser devidamente considerado para efeitos de parâmetros de controle legais ante o princípio da legalidade⁵⁹.

Alçado a âmbito constitucional, o Bloco de Constitucionalidade refere-se “a um conjunto de princípios e regras de valor constitucional para designar o conjunto de normas situadas ao nível constitucional, cujo respeito se impõe à lei”.⁶⁰

⁵⁶ Voto de vista Ministro Eros Grau na Ag.Reg.Na Reclamação N. 3.034-2 – Paraíba – Relator Ministro Sepúlveda Pertence.

⁵⁷ Agamben (2004b, p. 103).

⁵⁸ Sobre a origem do Bloco de Constitucionalidade, ver Lobato (2006, p. 216).

⁵⁹ Ibid., p. 220.

⁶⁰ Ibid., p. 221.

14.1. Para Louis Favoreu e Francisco Rubio Llorente, as definições conferidas ao Bloco de Constitucionalidade variam de acordo com o tempo, não sendo, portanto, imutáveis. Em um primeiro momento, tinha um conceito vago e indefinido, mas hoje compreende noções precisas na medida em que o Conselho Constitucional impõe ao legislador ordinário um conjunto de normas de referência⁶¹.

14.2. O valor a ser conferido ao texto constitucional é que se torna fundamental para o alicerce do Bloco de Constitucionalidade; se se entender que por “Constituição” está-se a tratar do texto propriamente dito, ou seja, dos valores expressamente consignados no seu texto, ou se o valor a ser conferido ao texto constitucional vai além do texto propriamente dito. Neste caso, estariam compreendidos por “Constituição” não somente o texto mas também todos os outros valores normativos que lhe são remetidos.

Para Bernardo Leôncio Moura Coelho,

O bloco de constitucionalidade, por ter sua origem na teoria de Odebrecht, ou superdireito, como traduzido para o português, mas trazida para o âmbito do direito público, em suas análises não só sobre regras de colisão, mas fundamentalmente sobre suas regras de interpretação. O superdireito consiste em regras sobre a aplicação das leis e baseia-se no fato de que as normas delimitadoras dos sistemas jurídicos coexistentes ou sucessivos no tempo constituem direito sobre o direito, leis sobre leis, e têm por objeto outro direito, e esse “outro direito” sobre o qual versa pode ser substancial ou, também, superdireito. Também constitui superdireito o método das fontes e interpretação das leis, porque determina a formação de regras e o seu alcance lógico-conceitual e proposicional, bem como aquele conjunto de regras que dizem qual o momento em que entram em vigor, não se devendo confundi-las com aquelas que marcam o momento de incidência, que pertencem ao direito intertemporal propriamente dito. Miranda pronunciava este entendimento, ao dizer que teríamos de colocar o superdireito no direito público, ainda que fosse privado o direito que constitui o objeto de seu regramento. O

⁶¹ Favoreu e Llorente (1991. p. 19-22).

bloco de constitucionalidade insere-se, dentro da estrutura constitucional, no estudo da hierarquia das normas jurídicas e, também, no estudo do controle de constitucionalidade.⁶²

14.3. De fato, o Supremo Tribunal Federal ainda não se posicionou sobre a aplicação do Bloco de Constitucionalidade⁶³.

14.4. No presente feito, há a necessidade de interpretar as normas tidas por inconstitucionais de forma a garantir a sua efetividade.

14.5. Para uma interpretação constitucional que traga a efetivação de direitos, dentro do bloco de constitucionalidade, há a necessidade de analisar todos os princípios e regras de valor constitucional que protegem os direitos sociais do trabalho, como direitos de 1ª geração⁶⁴ e de 2ª geração⁶⁵.

14.6. Os direitos fundamentais institucionais dos trabalhadores, ou direitos coletivos, devem ser interpretados de forma conjugada com os direitos individuais voltados para a proteção da liberdade pessoal.

14.7. Nossa constituição previu, dentre as liberdades individuais,

o direito fundamental institucional de associação. Estes direitos são previstos no artigo 5º, inciso XVII, e, ademais, o direito da associação sindical está previsto no artigo 8º. Trata-se, portanto, de proteção de promoção dos direitos individuais, da pessoa, “mas essa realização passa, no nosso tempo, pela atribuição de direitos a determinadas instituições (personificadas ou não)”.⁶⁶

⁶² Coelho apud Lobato (2006, p. 221).

⁶³ Na Adin nº 2.010, o Relator Ministro Celso de Mello, apesar de reconhecer a importância da matéria, não a enfrentou no mérito, tendo em vista a extinção do processo sem o julgamento do mérito.

⁶⁴ “A primeira geração de direitos situa-se na primeira metade do século XIX e corresponde aos direitos e liberdades individuais, ou seja, as liberdades públicas” (Lobato, 2006, p. 39).

⁶⁵ “A segunda geração de direitos fundamentais apareceu na segunda metade do século XIX e corresponde ao reconhecimento dos direitos de caráter coletivo (direito de reunião, de associação, de greve), ou, ainda, os direitos relativos à participação política do cidadão; ou seja, os direitos sociais” (ibid.).

⁶⁶ Ibid., p. 65.

XV. DO PEDIDO CAUTELAR - DA CONCESSÃO DE LIMINAR

15. Em atendimento ao princípio da efetividade e celeridade processual, cujos fundamentos são extraídos dos incisos XXXV e LXXVIII do artigo 5º da CRB/88, os quais consagram o amplo acesso ao Poder Judiciário no caso de lesão ou ameaça a direito, bem como a garantia de que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, mostra-se não apenas necessária mas, sobretudo, imprescindível a concessão de liminar.

15.1. É sabido, porém, que a concessão da liminar, ora postulada, está condicionada à observância de dois pressupostos, quais sejam: a fumaça do bom direito e o perigo da demora.

15.2. O *fumus boni iuris* está plenamente caracterizado pela verossimilhança das alegações com a violação dos preceitos fundamentais supracitados, caso seja mantida a aplicação do artigo 932 do CPC (interdito proibitório) nas situações do exercício do direito de greve.

15.3. Logo, não há o óbice da irreversibilidade ou irreparabilidade.

15.4. O *periculum in mora* encontra-se caracterizado. Conforme amplamente provado através dos documentos que acompanham a presente inicial, tramitam perante os Tribunais de todo o País diversas ações de interdito proibitório, com sentenças, inclusive, *ad eternum* impedindo o pleno exercício de um direito constitucional que é o direito de greve.

15.5. Por outro lado, a categoria profissional dos trabalhadores metalúrgicos detém data-base em setembro. Nesse momento, é apresentada Pauta de Reivindicações, e, havendo intransigência patronal, os trabalhadores estarão impedidos de exercer o direito de greve, uma vez que os assombram não só as decisões *ad eternum* como as que são preventivamente concedidas.

Portanto, presente o *periculum in mora*.

15.6. Dessa forma, atendidos os pressupostos legais do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, requer a Confederação autora, com fulcro no artigo 5º, caput e § 3º, da Lei nº 9.882/99, a concessão de medida liminar com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante para:

A. Suspender o andamento de todos os processos ou os efeitos de decisões judiciais que aplicam o disposto no artigo 932 do CPC – interdito proibitório – em desfavor das entidades sindicais e dirigentes sindicais, da categoria profissional dos trabalhadores metalúrgicos, nas situações que decorram do

pleno exercício do direito de greve, devidamente comprovado nos autos, até a decisão final da presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental;

B. Seja determinado que as autoridades judiciais, juízes, de todas as instâncias, da esfera comum, federal e da justiça do trabalho, se abstenham de conceder a ordem liminar do interdito proibitório, com fulcro no artigo 932 do CPC, em desfavor das entidades sindicais e dirigentes sindicais, da categoria profissional dos trabalhadores metalúrgicos nas situações que decorram do pleno exercício do direito de greve, devidamente comprovado nos autos, até a decisão final da presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

XVI. DOS REQUERIMENTOS FINAIS

XVI.1. Do pedido principal

DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

16. Esta Corte tem admitido a aplicação da interpretação conforme à Constituição como técnica de garantia da norma legal⁶⁷, com o que se exclui a interpretação que possa gerar a contrariedade à Constituição, conferindo ao texto a interpretação compatível com a Lei Maior⁶⁸.

16.1. Como antes salientado, tem-se aplicado, por meio de um conjunto de atos jurisdicionais do Poder Público, o disposto no artigo 932 do CPC, que confere o interdito proibitório sob o fundamento de que a greve deliberada e exercida nos estritos termos do artigo 9º da Constituição da República, regulamentado pela Lei nº 7.783/89, pode gerar ao empregador o esbulho ou ameaça em sua posse.

16.2. Como exaustivamente demonstrado, não há qualquer possibilidade de que em um movimento grevista haja alguma ameaça à posse da empresa. A própria Lei de Greve, segundo o seu artigo 2º, define a greve como “suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador”.

⁶⁷ Miranda (1993, t. 2, p. 232); Mendes (1990, p. 284).

⁶⁸ STF-Rep. Nº 1.417-7, Rel. Ministro Moreira Alves.

16.3. Diante da definição estabelecida pela Lei nº 7.783/89, norma infraconstitucional destina-se a regular os direitos e deveres dos trabalhadores, nos estritos termos do artigo 9º da Constituição da República, no sentido de que a greve se refere a um movimento coletivo, provisório de atividades laborativas. Como entender que um movimento paredista poderá atingir a posse do empregador?

16.4. Encontramos o conceito de posse pela definição que dá ao possuidor o artigo 1.196 do Código Civil ⁶⁹, sendo

o exercício, pleno ou não, de fato dos poderes constitutivos do domínio ou somente de algum deles, como no caso dos direitos reais sobre coisas alheias, hipótese em que recebe a denominação de “quase-posse”, que vem desde os romanos. Logo, tradicionalmente, a posse propriamente dita só se refere à propriedade, sendo a “quase-posse” o exercício de outros direitos reais, desmembramentos do domínio, que deste se destacam e param em outras mãos, como as servidões, usufruto, etc. ⁷⁰

16.5. Em suma, para Maria Helena Diniz,

Perante o direito brasileiro, para que haja posse, além dos elementos constitutivos apontados por Ihering, deve conter, como ato jurídico que é: a) sujeito capaz (pessoa natural ou jurídica); b) objeto (coisa: corpórea ou incorpórea); c) uma relação de denominação entre o sujeito e o objeto, um ter da coisa por parte do sujeito. Faltando qualquer dessas notas, não se poderá falar em relação possessória. ⁷¹

A definição da autora deixa evidente que o exercício do direito de greve não chega nem perto de uma relação possessória, na medida em que não há qualquer presença dos elementos constitutivos por ela apontados. Isso porque os trabalhadores, quando no pleno exercício do direito de greve, não

⁶⁹ “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”.

⁷⁰ Diniz (2007, p. 38).

⁷¹ Ibid., p. 42.

objetivam a posse da empresa, qualquer que seja ela, até porque a própria Lei de Greve 7783/89 proíbe, considerando como abuso, passível de punição nos termos do artigo 9º da Constituição da República.

16.6. Por outro lado, uma vez que a posse “não requer nem a intenção de dono nem o poder físico sobre o bem, apresentando-se como uma relação entre a pessoa e a coisa, tendo em vista a função socioeconômica desta”⁷², sequer pode-se cogitar em violação constitucional do direito de propriedade. Isso porque o direito de propriedade previsto no artigo 5º, XXII, da Constituição da República tem seus limites estabelecidos pelo próprio inciso XXIII, do artigo 5º, ao conferir a ela, propriedade, a função social. Conseqüentemente, uma vez que a noção de posse, por sua definição, nos termos dos artigos 1.196 e 1.228 do Código Civil, decorre da noção de propriedade – posse é o exercício de fato, pleno ou não, de algum dos direitos inerentes à propriedade (direitos subjetivos ou faculdades de uso, gozo e de disposição do bem; direito objetivo de reaver a coisa) –, para a obtenção da posse, também deverá respeitar a sua função social, sob pena de não ser caracterizada a própria posse.

16.7. Para Luiz Edson Fachin, a função social da propriedade, em sentido lato, corresponde às limitações impostas ao conteúdo do direito de propriedade. Para ele,

A função social da posse situa-se em plano distinto, pois, preliminarmente, a função social é mais evidente na posse e muito menos evidente na propriedade que, mesmo sem uso, pode se manter como tal. [...] O fundamento da função social da posse revela o imprescindível, uma expressão natural da necessidade”.⁷³

16.8. Dito isso, percebe-se que o exercício do direito de greve por parte dos trabalhadores jamais chegará à intenção de obtenção da posse. E, mesmo se o tivesse, aqui utilizando essa intenção por extremo amor à argumentação, jamais seria obedecida a sua função social; conseqüentemente, o empregador *jamais* irá perder a sua posse.

16.9. Não se pode, diante do conceito de posse, sequer falar em aplicação do artigo 932 do CPC – dos interditos proibitórios – por *analogia*, como

⁷² Ibid., p. 38.

⁷³ Fachin (1988, p. 13).

tem sido fundamentado para a concessão de liminares em interditos proibitórios quando da realização de movimento paredista. Para afastar a analogia, importante citar o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, nos autos do Mandado de Injunção nº 712-8 – Pará, para o qual:

[...] Com efeito, a analogia foi definida por Norberto Bobbio como o “procedimento pelo qual se atribui a um caso não-regulamentado a mesma disciplina que a um caso regulamentado semelhante”. O referido autor considerou-a o mais típico e importante dos procedimentos hermenêuticos, por meio do qual se verifica “a tendência de cada ordenamento jurídico a expandir-se além dos casos expressamente regulamentados”. Assenta ele, contudo, que esse método, para que seja validamente empregado, pressupõe que haja, entre as duas hipóteses, uma *semelhança relevante*.

Concessa venia, não vejo, no caso presente, semelhança relevante entre a greve na esfera pública e a greve no âmbito privado que autorize o recurso à analogia. Embora ambas as situações refiram-se ao fenômeno social “greve”, consistente na paralisação das atividades de determinado setor laboral, em face de reivindicações não atendidas, as distinções que as separam são maiores do que os pontos comuns que as aproximam, a começar do regime jurídico diferenciado ao qual estão submetidos os seus protagonistas.

As particularidades que distinguem os dois movimentos paredistas não deixaram de ser consideradas pelo constituinte originário, que lhes conferiu tratamento diverso do texto magno, com destaque para a ampla discricionariedade que, desde logo, emprestou aos trabalhadores do setor privado para decidirem *sobre a oportunidade de exercer o direito de greve e os interesses que devam por meio dele defender* (Art. 9º, caput, da CF)”⁷⁴. (Grifo no original)

16.10. Pegando emprestados os fundamentos do Eminentíssimo Ministro Ricardo Lewandowski, supracitado, constata-se claramente a inexistência de qualquer *semelhança relevante* entre o pleno *exercício do direito de greve* e o *esbulho possessório* autorizador da aplicação do artigo 932 do CPC – interdito proibitório.

⁷⁴ Voto do Ministro Ricardo Lewandowski.

Os fundamentos de cada relação jurídica são evidentemente contrários, não havendo que se falar em *identidade* jurídica entre os dois *fenômenos* – greve e perda da posse – que pudesse autorizar a aplicação do disposto no artigo 932 do CPC.

16.11. Pelo contrário, a aplicação, por analogia, do instituto do interdito proibitório nos casos de exercício do direito de greve tem como consequência o surgimento de uma *aporia*, que, nas palavras de Jacques Derrida,

é um não caminho. [...] Mas acredito que não há justiça sem essa experiência da aporia, por impossível que seja. A justiça é uma experiência do impossível. Uma vontade, um desejo, uma exigência de justiça cuja estrutura, não fosse uma experiência da aporia, não teria nenhuma chance de ser o que ela é, a saber, apenas um apelo à Justiça.⁷⁵

16.12. Isso quer dizer que o problema do direito não está na aplicação ou não de uma regra para a realização da justiça, ou seja, a realização ou não da justiça não está na realização do direito, posto que o

direito não é justiça. O direito é o elemento do cálculo, é justo que haja um direito, mas a justiça é incalculável, ela exige que se calcule o incalculável; e as experiências aporéticas são experiências tão improváveis quanto necessárias da justiça, isto é, momentos em que a decisão entre o justo e o injusto nunca é garantida por uma regra.⁷⁶

16.13. A aporia apresentada nos demonstra claramente que na realidade as leis não solucionam conflitos, elas aumentam a tensão da sociedade potencializando os conflitos. A aplicação pura e simplesmente do artigo 932 do CPC traz em seu conteúdo a violência que potencializa os conflitos trabalhistas.

16.14. Ao imporem a posse sobre o direito de greve, na realidade juízes e tribunais estão invertendo a posição de *potestas* para *auctoritas*, ou seja, instituem, através de sua decisão, um verdadeiro *iustitium*⁷⁷, produzindo uma

⁷⁵ Derrida (2007, p. 30).

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ O *iustitium* produz uma verdadeira suspensão da ordem jurídica. Principalmente, os cônsules são reduzidos à condição de simples particulares (*in privatio abdit*), enquanto cada particular age como se estivesse revestido de *imperium* (Agamben, 2004b, p. 121).

verdadeira suspensão da ordem jurídica, qual seja, o não exercício do direito de greve. Ao mesmo tempo, confere ao empregador um superpoder, trazendo um aumento da desigualdade entre empregado e empregador.

16.15. Como já mencionado, a sociedade moderna traz em seu bojo a adequação dos meios e fins. Com isso, busca-se não eliminar os riscos mas, sim, lidar com os mesmos, diminuindo, conseqüentemente, as suas complexidades.

16.16. O objetivo do Estado Constitucional, portanto, é dotar a Constituição material da necessária efetividade normativa. O estabelecimento de conceitos dotados de concretudes traz em seu bojo a necessidade de reinterpretar a Constituição, rompendo-se com o conceito clássico kelseniano para impor a sua aplicação de forma horizontal. A concepção de um Estado Social subverte totalmente a materialidade da Constituição, uma vez que as prestações sociais passam a ser valoradas com mais eficiência normativa. Essa eficiência normativa se dá pela concretização da vontade popular, haja vista que esta é que deve imperar na conformação constitucional.⁷⁸

16.17. Por essa razão, temos que ir além do discurso jurídico tradicional. Por isso não somos meros leitores de textos. Toda norma jurídica necessita de interpretação para que o próprio direito seja aplicado.

16.18. A Constituição é aberta, como devem ser todas as Constituições democráticas. A interpretação é que tem o dever de fechá-la. É nessa abertura e fechamento por meio da interpretação que o direito se realiza e se concretiza, porque é por ela (interpretação) que as transformações da sociedade são adequadas dentro do campo do saber teórico e pelo campo da ciência jurídica.

16.19. É a exceção que deve ser vista como uma forma de desconstruir o direito de império do empregador para construir o direito do trabalhador. É exatamente em razão da existência desse caos que a estabilidade é necessária. Para Derrida, esse é o Paradoxo entre justiça e direito, ou seja, “é a estrutura desconstrutível do direito ou, se vocês preferirem, da justiça como direito, que assegura a possibilidade da desconstrução. A Justiça em si mesma, se é que isso existe, fora ou além do direito, não pode ser desconstruída.”⁷⁹

16.20. No presente caso, o caos é a violência imputada à dignidade humana do trabalhador, ao impedir o exercício de seu direito de greve. A descons-

⁷⁸ Lobato (2007, p. 159).

⁷⁹ Derrida (2007, p. 25).

trução do direito de império do empregador (interdito proibitório) garantirá a construção da Justiça ao trabalhador para obter, em momento em que considerar mais adequado, a reparação da violência que lhe foi imposta.

16.21. Portanto, o direito fundamental dos trabalhadores, quer em sua dimensão individual, quer em sua dimensão coletiva, deve preservar principalmente o direito à igualdade. O direito de igualdade não é conferir ao trabalhador condições especiais, é garantir o direito à diferença. É o direito que o trabalhador tem de ser diferente e, conseqüentemente, de ter garantias de proteção a essa diferença para preservar e efetivar a sua dignidade humana.⁸⁰

16.22. A aplicação dos princípios constitucionais constantes no preâmbulo da CRB/88, como o artigo 1º, III e IV, o artigo 3º, inciso IV, o artigo 4º, inciso VIII, e ainda os direitos de primeira geração, o artigo 5º, caput e incisos II e IV, bem como dos preceitos fundamentais constantes nos artigos 8º e 9º, cuja aplicação é imediata, ou seja, protegem a dignidade humana enquanto norma geral, bem como das normas constitucionais expressamente consignadas dos direitos sociais, bem como dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, demonstra claramente que o Poder Judiciário deve adotar explicitamente a tese da proteção dos direitos humanos fundamentais através de um Bloco de Constitucionalidade que inclui, além do preâmbulo da Constituição, a eficácia horizontal dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas⁸¹.

16.23. Necessário, portanto, ser conferida a interpretação conforme à Constituição, sem redução de texto, para que seja pronunciada a inconstitucionalidade da aplicação do artigo 932 do CPC – interdito proibitório –, quando se tratar de manifestação dos trabalhadores devidamente aprovada e deflagrada para o pleno exercício do direito de greve, para reconhecer e garantir a eficácia do direito subjetivo dos trabalhadores ao pleno exercício de manifestação e greve.

⁸⁰ Para Ronald Dworkin, “o verdadeiro significado das cláusulas de processo legal justo e de igual proteção irá depender da melhor e mais exata compreensão da liberdade e da igualdade” (Dworkin, 2003, p. 166).

⁸¹ Para uma análise sobre o Bloco de Constitucionalidade e a aplicação horizontal dos direitos humanos fundamentais nas relações de trabalho, ver Lobato (2006).

XVII. DO PEDIDO

17. Ante todo o exposto:

A. Requer seja julgado procedente o presente pedido a fim de que esta C. Corte Constitucional confira a interpretação conforme à Constituição, sem redução de texto ao artigo 932 do CPC (interdito proibitório), para declarar inconstitucional, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a aplicação do artigo 932 do CPC – interdito proibitório –, quando se tratar de manifestação dos trabalhadores devidamente aprovada e deflagrada para o pleno exercício do direito de greve, para reconhecer e garantir a eficácia do direito subjetivo dos trabalhadores ao pleno exercício de manifestação e greve.

B. Nos termos do artigo 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, a Confederação Nacional dos Metalúrgicos da CUT se coloca à disposição de V. Ex.^a, a fim de que, caso necessário, sejam apresentadas outras provas, inclusive de outras categorias profissionais, para a demonstração cabal da violação ao direito subjetivo dos trabalhadores em exercício do legítimo e constitucional direito de greve, quando aplicado o disposto no artigo 932 do CPC.

Dá-se à causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: UFMG, 2004a.

_____. *Estado de Exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004b.

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10. ed. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Portugal: Livraria Almedina, 2002.

DERRIDA, Jacques. *Força de Lei: o fundamento místico da autoridade*. Trad. Leyla Perrone-Moysés. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Tradução de: *Force de loi*.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito das Coisas*. 22. ed. revista e atualizada de acordo com a Reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Justiça e Direito).

FACHIN, Luiz Edson. *Da função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva do usucapião imobiliário rural)*. 2. tiragem. Porto Alegre: Fabris, 1988.

FAVOREU, Louis; LLORENTE, Franciso Rubio. *El Bloque de Constitucionalidad*. Madrid: Editorial Civitas, 1991.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986.

FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LOBATO, Marthius Sávio Cavalcante. *O Valor Constitucional para a Efetividade dos Direitos Sociais nas Relações de Trabalho*. São Paulo: Ltr, 2006.

_____. O Dano à Saúde e à Dignidade do Trabalhador e vida nua: A Prescrição Imprescritível. In: CASTILHO, José Luciano (Coord.). *A Prescrição nas Relações de Trabalho*. São Paulo: LTr. 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. revista e actualizada. Coimbra: Coimbra editora, 1993.

_____. *Jurisprudência Constitucional Escolhida*. Lisboa: Universidade Católica Editora. 1996. v. 1.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1989.

SILVA, Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

Marthius Sávio Cavalcante Lobato é Advogado, Professor da Universidade de Brasília, Doutorando em Direito na Universidade de Brasília, membro da Comissão de Direitos Sociais do Conselho Federal da OAB e Vice-Presidente da Ajutra.

A OAB e os pedidos de aumento de vagas nos cursos de Direito

Rodolfo Hans Geller
Miguel Borghezan

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Visível o esforço e as tentativas de contribuição da OAB visando à melhoria do ensino jurídico no Brasil, durante os últimos anos. A criação da Comissão Nacional de Ensino Jurídico da Ordem (Ceju), com incisiva atuação e articulação com os poderes públicos (MEC, SESu), é um dos indicadores nessa direção. Pode-se argumentar que esse proceder chegou tarde, contudo, não se pode negar a preocupação importante das últimas gestões da OAB com o ensino do Direito.

Em fins de novembro de 2007, a Ceju realizou o X Seminário de Ensino Jurídico, em Brasília, com o tema central *A docência jurídica no contexto do ensino superior na contemporaneidade*. Participamos do 7º Painel, que abordou as *Reflexões sobre a Docência Jurídica na Perspectiva de Criação da Universidade Nova*. A idéia guia e objetivo de fundo foi *refletir sobre a posição dos cursos de Direito frente às propostas de criação da Universidade Nova, tendo em vista o redirecionamento do Ensino Superior brasileiro*. Embora prevista, não tivemos a participação do Professor Naomar Monteiro de Almeida Filho, Reitor da UFBA, com obra específica sobre a matéria.

Pensamos que a forma de agir da Ceju diante dos pedidos de abertura de novos cursos de Direito no País revela a preocupação com os parâmetros e padrões do ensino jurídico, possibilitando a renovação do modelo vigente. Falar em crise sem nada propor é muito fácil e sugere uma fuga, sem o cuidado de enfrentar os problemas. No instante em que a Ceju voltou-se contra a abertura de cursos, aumentaram os pedidos de novas vagas nos existentes. Neste artigo, teceremos algumas observações sobre essa possibilidade de aumentar vagas com a abertura de novas turmas na sede, em *campus* na mesma cidade (região metropolitana) e em outros locais fora da sede.

O SIGNIFICADO DO PARECER DA OAB NA ABERTURA DE CURSOS DE DIREITO

Do ponto de vista dos órgãos públicos que administram o ensino jurídico, o parecer da OAB tem importância institucional e sugere condutas, embora ainda não vinculativas. O MEC precisa ajustar mais os procedimentos para autorização de novos cursos de Direito, tornando vinculantes os pareceres da Ceju. Mesmo não sendo a advocacia destinatária exclusiva dos bacharéis em Direito, a OAB é a instituição que mais tem atentado para o nível, a qualidade e a melhoria dos cursos jurídicos no país, recebendo apoio da sociedade, de outras instituições e de órgãos públicos da área. Destinados à formação dos integrantes do Poder Judiciário como um todo, os cursos jurídicos precisam ter compromisso com a promoção da dignidade humana, a ética, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (o ensino não é comércio), os princípios informadores da administração pública e a axiologia dos objetivos fundamentais da República (Art. 3º, CF).

Para a OAB, é importante existirem critérios claros e objetivos que possam ser compreendidos e cumpridos por todos os cursos de Direito das Instituições de Ensino Superior (IES). Da grandiosidade dos 1.088 cursos de Direito existentes em 02/2008, resulta proporcional decréscimo na qualidade. Não cremos possível ter ao mesmo tempo quantidade e qualidade, em especial quando o aumento é vertiginoso, destacadamente no ensino privado. Vejamos alguns números: em 1991, os cursos jurídicos no Brasil eram 165; em 2001, seu número chegou a 505; em fevereiro de 2008, atingiu 1.088 (ver Tabela 1).

Nesses 17 anos, o aumento médio anual foi de 54,3 cursos de Direito (OAB ensino jurídico, 2006, p. 187). Para cotejo, indicamos o aumento desses

cursos nos EUA: em 1991, havia 176 escolas de Direito; em 2004, seu número chegou a 189 (ibid., p. 182). Nesse contexto, não há condições de manter ou melhorar padrões de qualidade, ante a avalanche de novos cursos. Agora temos outra demanda: o aumento do número de vagas por curso reconhecido nas IES autônomas. Essa questão exige pronta atuação da Ceju, da OAB e do MEC, a fim de impedir que se constitua em alternativa oblíqua à necessária restrição e moratória na abertura de cursos jurídicos. Todos precisamos trabalhar com ênfase na qualidade.

Tabela 1: Distribuição dos cursos jurídicos por estado em fevereiro de 2008

<i>Estado</i>	<i>Curso de Direito</i>
Acre	3
Alagoas	13
Amazonas	11
Amapá	6
Bahia	55
Ceará	17
Distrito Federal	22
Espírito Santo	35
Goiás	38
Maranhão	16
Minas Gerais	133
Mato Grosso do Sul	21
Mato Grosso	30
Pará	15
Paraíba	16
Pernambuco	28
Piauí	25
Paraná	84
Rio de Janeiro	101
Rio Grande do Norte	14
Rondônia	10
Roraima	03
Rio Grande do Sul	76
Santa Catarina	60
Sergipe	11
São Paulo	234
Tocantins	11
Total	1.088

A OAB E OS PEDIDOS DE AUMENTO DE VAGAS NOS CURSOS DE DIREITO

Tal qual sucede com os pedidos de autorização para abertura de novos cursos, a Ceju é ouvida pelo MEC nas solicitações de aumento de vagas. Nas últimas reuniões da Ceju, ocorreram seguidas negativas a pedidos de autorização de novos cursos jurídicos. A idéia acolhida pela imensa maioria dos que se preocupam com o ensino do Direito é restringir cada vez mais as autorizações. Temos cursos de Direito em excesso, em termos comparativos com a situação de outras profissões em geral. O sinal vermelho se acendeu impondo a todos uma parada obrigatória em busca de qualidade. Trata-se de respeito mínimo aos destinatários dos serviços jurídicos, que esperam (e merecem) uma resposta de qualidade, ética e juridicamente.

O que se vê diante da restrição necessária à abertura de novos cursos é a tentativa do aumento de vagas nos cursos já autorizados pelas IES autônomas. Será expediente para continuar a velha prática? Em termos gerais, ampliamos os cursos de Direito quando autorizamos novos e também quando aumentamos as vagas dos existentes. Objetivamente, precisamos controlar o número de estudantes, que cresce semestral ou anualmente em um e outro caso. Invoca-se quase sempre a situação de demanda social, contudo, não nos parece suficiente o argumento. Por conta dessa lógica é que chegamos onde estamos. Temos de exigir o atendimento de outros critérios por parte de todos os envolvidos no processo, agindo com responsabilidade social e rigor técnico.

Para esse efeito, defendemos que os pedidos de aumento de vagas precisam atender a exigências semelhantes aos pedidos de novos cursos: que os bacharéis dos cursos existentes se assemelhem, objetivamente nos resultados, aos novos bacharéis em Direito amanhã, vencida a etapa do ensino. Não se trata de intromissão na autonomia das Universidades, que merece ser respeitada, mas de defesa dos destinatários dos serviços jurídicos ante a realidade vigente. Isto também não significa que as IES autônomas são causadoras do gargalo de dificuldades a que chegamos. Não obstante, atravessamos momento anormal, extraordinário, que exige ponderação, compreensão e contribuição de todos os envolvidos no processo de ensino do Direito, sob pena de sobrevir possibilidade de colapso do sistema, com prejuízos de toda ordem. As IES autônomas podem contribuir para melhorar esse quadro pelo exemplo,

pela grandeza do gesto nobre, contagiando, assim se espera, os Centros, as Faculdades e os Institutos que mantêm cursos de Direito. Caso não se obtenha êxito, impõe-se mão firme da Ceju e do MEC para inverter a lógica e a cultura dominantes no ensino privado, de que o curso de Direito é apenas *um bom negócio*.

Nesse sentido, anotamos exigências concretas insertas na proposta de consolidação de normas da Ceju, para adaptar-se aos termos da Portaria Normativa do MEC nº 40/2007 (considerando o Dec. nº 5.773/2006 e a Portaria nº 1.874/2005). No item *critérios para aumento de vagas*, a proposta de Instrução Normativa da Ceju assim estabelece:

Art. 10. Nos pedidos de aumento de vagas para os cursos de graduação em direito encaminhados à CNEJU, além dos indicadores do Relatório Final do Grupo de Trabalho MEC-OAB, da Resolução nº 09/2004 CES/CNE, Decreto nº 5.773/2006 e Portaria Normativa MEC nº 40/2007, serão considerados:

- I – o número de Instituições de Ensino Superior que ministram o curso de direito no Município, bem como o número de vagas ofertadas;
- II – a população do Município, indicada pelo IBGE, e a comprovação da necessidade social para o aumento pretendido, em face da proporção fixada no inciso I do Art. 7º deste normativo;
- III – a comprovação do quantitativo de candidatos por vaga nos processos seletivos ou vestibulares;
- IV – a relação de alunos matriculados no curso e o número de evasão existente quando for o caso;
- V – a comprovação do quantitativo do acervo bibliográfico;
- VI – o corpo docente integrado de, pelo menos, 50% de Mestres e Doutores, com regime de contratação diferenciado do modelo horista;
- VII – o curso reconhecido pelo Ministério da Educação ou Conselho Estadual de Educação.

Acreditamos que essa preocupação da Ceju e da OAB demonstra coerência ética e técnica no âmbito de suas atuações, reclamando apoio e igual proceder do MEC e de outros organismos envolvidos no processo.

O QUE VISLUMBRAMOS NESSES PEDIDOS DE AUMENTO DE VAGAS

Dentro dessa realidade preocupante para o cenário do ensino jurídico no Brasil nos próximos anos, precisamos de coragem, organização estrutural, apoio oficial e energia para reagir. Não é suficiente a boa vontade da Escola Nacional de Advocacia, que pouco pode fazer para mudar a realidade dos cursos de Direito. Devemos continuar as avaliações sinalizadoras de um mínimo de qualidade por meio do OAB Recomenda¹. Os processos avaliativos não são perfeitos, todos sabemos, mas a boa-fé, a competência técnica e ética são bons conselheiros e companheiros inseparáveis da boa avaliação. Nesse ponto a OAB também precisa unir esforços com o MEC, a fim de que tenhamos respostas cada vez mais consistentes e respeitáveis. Critérios objetivos, rigor técnico e necessidade social são fundamentais, especialmente nessa hora superlativa, de excessos e riscos. Esperamos que a autorização de novos cursos e o aumento de vagas não sejam usados como moedas de troca política nas barganhas intestinas da administração pública, pondo por terra o esforço, a luta e a dedicação de todos os envolvidos no processo.

O que de fato tememos nos pedidos de aumento de vagas por parte das IES autônomas é o descontrole da qualidade mínima. Observamos que certas IES optaram por criar *campus* dentro de regiões metropolitanas, que em tudo se assemelham a outros cursos, quase outras IES (só falta a administração superior). Outras vezes, os *campi* estão em cidades mais distantes. A segunda alternativa, desde que atendidos os requisitos e critérios normativos em todos os itens, que haja compatibilidade com a necessidade social e que sejam admitidos (por concurso) novos professores qualificados, parece defensável e até mesmo desejável. Quanto à primeira, se os professores forem os mesmos para atender a um volume imenso e intenso de trabalho nos diversos *campi*, sendo substituídos com frequência por auxiliares sem igual qualificação, a resposta não será sustentável. Esse modelo deve ser investigado e bem analisado pela OAB e órgãos fiscalizadores oficiais, a fim de que sejam logo notificados perante as autoridades os casos de risco, para saneamento. Precisamos ter a grandeza de aplaudir e reconhecer o que está no rumo certo e também ter a coragem de denunciar os modelos inadequados.

¹ Trata-se de selo de qualidade emitido pela instituição aos cursos jurídicos que vêm apresentando melhor índice de qualidade nos últimos anos.

O crescimento acentuado do ensino jurídico privado é um dos fatores que merece mais atenção e estudo. Em 1995, tínhamos um total de 215.177 matrículas nos cursos de Direito do País, das quais 44.043 eram em IES públicas e 170.534 em IES privadas. Essa disparidade piorou sensivelmente nos últimos 12 anos. Em 2003, o total de matrículas nos cursos de Direito era de 508.424, das quais 60.000 em IES públicas e 448.424 em IES privadas. De 20,468% do total de alunos de Direito em 1995, as IES públicas passaram a ter 11,80% em 2003 (OAB ensino jurídico, 2006, p. 188). Com certeza, isso sinaliza e sugere que o maior campo de atuação e de preocupação da OAB e do MEC devem ser os pedidos de autorização de cursos e de aumento de vagas por IES particulares. Sugerimos não permitir que os pedidos de aumento de vagas possam converter-se em formas oblíquas de burlar a maior rigidez de análise com desejáveis restrições nos processos de autorização de novos cursos de Direito no País. São imprescindíveis parcimônia e critérios que favoreçam, sob todos os ângulos, a promoção de maior qualidade no ensino jurídico, mesmo tendo em conta o momento de travessia e transição vivenciado. Podem ser considerados inclusive, entre os critérios de análise, os resultados alcançados nos últimos Exames da OAB; a produção de pesquisas e os projetos de extensão comunitários existentes, e o tempo de duração deles; a inserção da IES e do curso de Direito em projetos oficiais que promovam a melhoria das condições de vida, visando erradicar a pobreza, a marginalização e as desigualdades sociais. Os problemas são muitos e nos desafiam. Precisamos responder com redobrado esforço e atuação, agindo com critério, pragmatismo e coragem, a tempo e modo.

A TÍTULO DE CONCLUSÃO

Qualquer abordagem sobre os problemas que afetam o ensino jurídico no País hoje não será conclusiva, tendo em vista os múltiplos fatores que nele interferem. Nesta manifestação, buscamos lançar algumas luzes para melhor analisar a questão do maior número de pedidos de aumento de vagas nos cursos de Direito das IES autônomas, apresentados à Ceju, após seguidos pareceres contrários à abertura de novos cursos. No ano de 2005, foram apreciados pela Ceju dois pedidos de aumento de vagas; em 2006, também dois pedidos; e em 2007, outros dois. Após a edição da Portaria MEC nº 40, de 12/12/2007, foram enviados para análise da Comissão 14 pedidos de aumento

de vagas. Trata-se de novidade, contemporânea à redução sensível de processos de autorização para novos cursos. A motivação ainda é desconhecida, mas estimula especulações.

Não pretendemos fazer prejulgamentos nem juízos de valor precipitados. Somos de opinião que os pedidos de aumento de vagas devem ser analisados com prudência e critérios técnicos, na linha suscitada no Art. 10 da proposta de consolidação de instruções normativas da Ceju, para evitar a possibilidade de, por via oblíqua, serem superadas restrições à abertura de novos cursos.

O que se espera e deseja são a compreensão e o apoio das IES autônomas nesse processo, sem interesse da Ceju de imiscuir-se no âmbito da autonomia das Universidades. Acreditamos que a luta por maior qualidade no ensino jurídico transcende essa questão, na medida em que objetiva melhorar os cursos jurídicos para atender adequadamente às demandas da sociedade, favorecendo a promoção e a distribuição da justiça.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, Naomar de. *Universidade nova: textos críticos e esperançosos*. Brasília: Editora UnB; Salvador: Edufba, 2007.

OAB ENSINO JURÍDICO: o futuro da Universidade e os Cursos de Direito: novos caminhos para a formação profissional. Brasília, DF: OAB, Conselho Federal, 2006.

OAB RECOMENDA 2003: em defesa do ensino jurídico. Brasília, DF: OAB, Conselho Federal, 2004.

POLÍTICA DE EDUCAÇÃO CONTINUADA PARA A ADVOCACIA. Brasília, DF: OAB, Conselho Federal, Escola Nacional de Advocacia, 2003.

Rodolfo Hans Geller é Advogado, Professor licenciado do Ceuls/Ulbra de Santarém e Membro da Comissão Nacional de Ensino Jurídico da OAB.

Miguel Borghezan é Advogado, Professor do Ceuls/Ulbra de Santarém, Mestre em Direitos Fundamentais e Relações Sociais.

MEMÓRIA DA ADVOCACIA

Entrevista com o Advogado Dr. Hermann Assis Baeta*

OABRJ: Inicialmente, gostaríamos de dizer que é uma honra entrevistá-lo para a Revista da Ordem dos Advogados aqui do Rio de Janeiro. O senhor iniciou seus estudos de Direito em Alagoas e depois veio para a Faculdade Nacional de Direito, graduando-se em 1962. Além disso, fez também Administração. O senhor poderia falar um pouco sobre essa sua trajetória, sobre essa sua escolha pelo Direito, os anos da faculdade?

Dr. Baeta: Antes quero agradecer à seção da OAB-RJ por me entrevistar e pelo interesse pela minha vida, que me disponho a relatar a vocês, dentro do possível. Nasci no estado de Alagoas, numa cidadezinha do sudeste chamada Coruripe, que fica a cerca de uma hora de automóvel da capital.

Quando nasci, em 1º de dezembro de 1932, ela era praticamente um povoado, imagino, uma cidade muito atrasada. Minha origem é de classe média. Não posso dizer que a minha família era pobre. Era de classe média,

* Entrevista realizada em 11 de agosto de 2009, na sede da OABRJ, com a participação da Dra. Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva, da Dra. Daniele Gabrich Gueiros e da jornalista Débora Fortunata Bastos Rodrigues.

mas vivia com muita dificuldade, tendo em vista as circunstâncias da época e a situação econômica e financeira do município. Mas meu pai era tabelião público. Ele era também alfaiate, mas aprendeu as primeiras letras, cursou o primário e se destacou pela inteligência. Naquele tempo os tabeliães eram escolhidos, faziam teste com os juízes e eram nomeados. Assim, ele foi nomeado para exercer o cargo de tabelião de 2º Ofício, e lhe entregaram um cartório. Durante algum tempo, ele acumulou as funções de alfaiate e de tabelião. Ele organizou o cartório e quando o cartório sobrepujou a alfaiataria, ele encerrou a atividade de alfaiate. Nessa época, eu já era um garoto, um rapazinho, como se dizia. Ele era uma pessoa rígida e criou a família de 11 filhos com o rigor da época, rigor familiar. Eu era o caçula, e ele queria que eu fosse alfaiate também. Estudei primeiramente em uma escola custeada pela prefeitura local, com uma irmã minha chamada Hildete. Como vêem, a gente tinha um certo *status* no município. Depois estudei no Colégio Professor Manuel Cecilio de Jesus, o único que existia. Entrei no 1º ano, me desenvolvi também rapidamente e cheguei ao 4º ano, já a ponto de cursar o que se chamava, na época, de ginásio. Mas aí vem a questão fundamental: meu pai não tinha recursos. Apesar de ser de classe média, não tinha recursos para me mandar estudar num ginásio escolar na capital. E eu fiquei nesse dilema fazendo o curso já bem desenvolvido.

O professor me convidou para dar aulas para os meninos mais atrasados que ingressavam, e, com o dinheiro que recebia, eu custeava os meus estudos. Quando cheguei ao final do 4º ano primário, ele disse que eu já estava preparado para o curso ginásial e que teria de fazer o exame de admissão, que cheguei a prestar. Mas não me matriculei no ginásial, porque meu pai, apesar de ser tabelião, não tinha recursos para custear meus estudos na capital. O tempo passou e eu fiquei meio deslocado na cidadezinha, pois via meus colegas estudarem na capital e eu não. Esse sentimento se acentuava no período de férias escolares, quando a garotada vinha de ônibus da capital passar as férias na cidade e eu continuava ali, não tinha saído, o que era um choque muito grande. Foi um período difícil na minha vida e eu mesmo tinha de encontrar uma solução, porque meu pai era absorvido pelo trabalho do cartório, pela família grande, apesar de alguns filhos já estarem morando no Rio de Janeiro. Éramos oito mulheres e três homens, sendo eu o décimo primeiro.

Meus irmãos já moravam no Rio de Janeiro, e só ficamos eu e seis irmãs, uma vez que duas já haviam se casado. Tive que fazer um esforço gigantesco para saber o que faria da vida. Se ficava com o cartório, que seria uma boa

opção, pois aprendia as tarefas rapidamente. Tinha então por volta de 18 anos. Mas o meu pai invocava a regra da maioridade, que era de 21 anos na época, e eu só podia decidir por mim mesmo quando completasse essa idade.

Eu pensava em sair e não podia. Visava continuar os estudos, sentindo que o cartório seria pouco para mim. Eu não tinha a predisposição de ser tabelião o resto da vida e queria continuar os estudos oficialmente.

Algumas pessoas me incentivaram muito. Me lembro bem de um motorista de táxi, que naquela época se chamava carro de passeio. Uma vez virou-se para mim e disse: “Olha, você tá perdendo seu tempo aqui, vá para Maceió continuar a estudar, você pode ser um advogado, um promotor, um juiz. Você vai mudar completamente de vida, abandone isso aqui, aqui é uma terra de cangaceiro”. E era mesmo. A minha cidade era muito violenta, matavam de brincadeira, como ainda hoje, mas agora há um controle policial e judicial muito mais efetivo. E continuou: “Aqui você termina matando ou morrendo e para um rapaz inteligente como você não é vantagem nenhuma isso”.

Outra pessoa que me estimulou foi uma namorada. Mais velha que eu três anos, ela ensinava no grupo escolar e, certamente, me achou um rapaz interessante. Namoramos e me apaixonei por ela. Mas minha família se opunha por razões desconhecidas, ciúmes de mãe. Eu queria casar, mas eles não permitiam. Ela era bem mais desembaraçada que eu, bem mais competente. Começou a me alertar para uma porção de coisas. “Ah! Você passou em primeiro lugar no exame de admissão. Pode fazer o ginásio em menos tempo, porque existe um dispositivo na lei, conhecido por Art. 91, que possibilita fazer o curso ginásial sem perder muito tempo. Você estuda, é inteligente, acho que passa. Aí você entra no curso científico e recupera o tempo perdido”. Aquilo me despertou. Faça essa referência em homenagem a ela. Fiquei impressionado com o que ela disse. Ela também tinha interesse em me tirar de lá porque também não havia nenhuma vantagem para ela, minha família tinha até certo rancor a ela, sem justificativa alguma. Mas eu não queria romper com a família, então ficava naquela indecisão, e o tempo ia passando.

Um dos alfaiates que trabalhavam com meu pai estudava datilografia. Havia uma máquina Remington no cartório, e ele, nas horas vagas, ficava treinando. Eu era curioso e uma vez fiquei olhando ele datilografar. Ele virou para mim e disse: “Quer aprender? Eu não sei muito não, mas o pouco que sei passo para você”. Ele me ensinou e em pouco tempo aprendi. Menino, você sabe como é, quando se interessa por alguma coisa, é como andar de bicicleta,

num instante aprende. Uma vez meu pai passou e eu estava treinando. Ele perguntou quem tinha me ensinado. Disse-lhe que tinha sido o José, o auxiliar de alfaiate, e acrescentei que se ele precisasse bater alguma procuração, escritura, eu poderia ajudar.

Meu pai vivia sobrecarregado, porque batia apenas com dois dedos. Já eu batia com os dez. Um dia ele me pediu que batesse uma procuração. Quando lhe entreguei, ele gostou e passou a me dar trabalho do cartório. Pude então me afastar da alfaiataria, de que não gostava e onde me sentia deslocado. Comecei a trabalhar no cartório e, como havia muito serviço, passei a ser seu auxiliar. O tempo foi passando e ele adoeceu, sofreu um derrame. Eu lhe disse para não se incomodar que eu faria o serviço e ele assinaria. Mas mesmo para assinar ele tinha dificuldade.

Bem, aí o juiz José Pantaleão Neto resolveu: “Vou nomeá-lo escrevente juramentado com um ato e, com outro, tabelião interino. Seu pai, então, se afasta, pois ele não pode mais trabalhar”. Meu pai foi repousar em nossa casa de praia. Ainda hoje mantenho essa casa, ela ficou muito ligada a mim, passou para a família e eu a comprei aos poucos. Hoje ela pertence a mim e ao meu sobrinho e todo ano vou lá. Essa praia é linda! Fica na Barra do Jequiá, no litoral sul. O litoral mais famoso é o norte, mas o sul, a meu ver, é mais bonito. Agora o turismo o descobriu.

Meu pai se afastou por uns seis a oito meses, e fiquei no cartório como tabelião aos 17 anos, muito jovem. Fiquei muito consciente dessa responsabilidade e exerci minhas funções como adulto. Sabia fazer o serviço porque vivia ali no meio de juízes e advogados.

Na cidade mesmo não havia advogados, só rábulas – alguém que o juiz encaminhava para defender ou para fazer serviços municipais. Quando meu pai voltou, já recuperado do derrame, continuei trabalhando com ele, mas já com poder reduzido, pois não era mais o titular. Isso criou um certo conflito em virtude da redução de minha competência. Mas ainda fiquei lá.

Um cliente do meu pai, João Crisóstomos de Medeiros, proprietário de um sítio, contribuiu muito para a minha evolução. Uma vez levei um livro do cartório para ele assinar, uma escritura de um sítio que ele tinha comprado. Ele me perguntou o que eu pretendia fazer na vida. Disse-lhe que ia continuar trabalhando no cartório com o meu pai porque, apesar de querer estudar, meu pai não podia custear os meus estudos. Ele então falou que tinha um escritório em Maceió, de exportação de sal do Rio Grande Norte, no Ceará,

Mossoró e Natal e exportação de coco para o sul, para Santos, Porto Alegre, São Paulo e Curitiba.

O escritório tinha vários empregados, e ele disse que poderia me empregar quando houvesse uma vaga de escriturário. Naquele momento havia uma. Agradei muito pela gentileza, mas expliquei que não podia aceitar porque não estava preparado, precisava discutir com meu pai, minha família, para não entrar em choque com eles e, assim, poder sair da cidade. Mas aceitei o convite para o futuro. Ele disse que abriria uma vaga para mim quando eu quisesse, pois eu era um menino inteligente e ele gostaria que eu trabalhasse para ele. Como ele tinha muitos negócios, eu procurava ajudá-lo, trabalhando em regime de rapidez e cuidado. E sempre estávamos em contato.

No local onde ele tinha um sítio, havia uma festa anual no dia 25 de janeiro em homenagem a São Sebastião à qual eu gostava de ir para paquerar. Aos 18 anos, reencontrei-o na festa e disse-lhe que tinha chegado a hora de ser contratado por ele. Ele perguntou se eu já tinha falado com minha família e, caso ela concordasse, eu poderia começar a trabalhar no dia 2 de fevereiro, que era uma segunda-feira.

Eu já havia, mais ou menos, preparado o espírito da minha mãe e das minhas irmãs, que se opuseram no início. Disse-lhes que meu pai já podia se aposentar e que eu queria arrumar a minha vida, não queria o cartório, queria continuar os meus estudos. Argumentei que já cursara o admissão e que poderia custear meus estudos trabalhando de dia e estudando à noite. Aí me liberaram. Escrevi então uma carta para o Dr. Medeiros documentando tudo. Nós nos encontramos e ele me disse que a vaga já estava aberta e que ele me esperaria no dia 12. Fiquei muito alegre com isso. Cheguei em casa, comuniquéi a todos, arrumei as poucas roupas que tinha e me mudei para uma pensão em Maceió, já paga com o dinheiro que ganhava no escritório.

Matriculei-me no colégio onde fiz o exame de admissão. O diretor, padre Teófilo de Barros, era um homem muito culto, muito interessado na educação das crianças e dos rapazes. Fiquei trabalhando e estudando à noite. Essa foi uma etapa importantíssima da minha vida.

Depois de algum tempo, menos de um ano, eu morava numa pensão onde havia um rapaz inglês que trabalhava no banco. Ele me perguntou por que, ao contrário dos outros rapazes, eu estudava tanto. Eu trabalhava de dia em dois turnos (de 8:00 às 12:00 e de 14:00 às 18:00), tinha aulas no colégio e estudava à noite para fazer o Art. 91. Ele achou que eu tinha muita coragem

e prometeu me arranjar um emprego assim que aparecesse algum no banco. Eram só seis horas de trabalho, de 12:00 às 18:00. Assim eu ficaria com a manhã livre para estudar. Passados uns dois meses, ele tornou a entrar em contato comigo e disse que haveria uma espécie de concurso, uma seleção para trabalhar no banco. Havia duas vagas, fui aprovado em 1º lugar. Falei com o Sr. Medeiros, do meu antigo emprego, e fui nomeado para o novo imediatamente.

Fiquei estudando à noite no colégio e dobrava nos sábados e domingos. Em vez de descansar, estudava para o Art. 91. Finalmente, fiz os exames e passei. Então, matriculei-me no curso de contabilidade, que correspondia ao científico. Quando terminei, fiz vestibular, passei e comecei a estudar na Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

OABRJ: Na Universidade que hoje é a Universidade Federal de Alagoas. Mas o senhor não concluiu o curso lá, veio concluí-lo aqui, na Faculdade Nacional de Direito.

Dr.Baeta: É verdade. Pela seguinte razão: eu tinha me tornado, querendo ou não, um líder estudantil já em Alagoas. A gente vai observando a vida e vê que, sem luta, não se consegue nada.

OABRJ: O senhor foi eleito para a UNE lá em Alagoas ainda?

Dr.Baeta: Sim, em Alagoas.

OABRJ: E foi por força da militância estudantil na UNE que o senhor transferiu seu curso aqui para a Nacional?

Dr.Baeta: Não, eu vim antes de atuar na UNE. Pelo seguinte: eu tinha sido eleito lá em Alagoas presidente do Centro Acadêmico no primeiro ano de Direito. Eu ia aos Congressos. Nesses Congressos da UNE falavam, em nome dos estudantes, os representantes dos estados – era escolhido um representante por estado. Quis me candidatar, mas não acharam que eu seria o ideal, para eles era um outro. Eu sabia que não era esse outro, sabia que eu era o melhor, mas tudo bem, quis ver no que ia dar aquilo. O que tinha sido escolhido era muito bom, mas não era bom orador, eu achava que eu era melhor. Ele teve medo de ir e não foi. A liderança geral disse então que seria eu o orador. Respondi que, como não tinham me aceitado, eu não iria. A turma interveio dizendo que eu tinha de ir para lhes mostrar que era bom. A vaidade subiu

um pouco e terminei aceitando. No dia da apresentação, fiz muito bem o discurso na bancada. Eles me subestimaram, quando eu fui chamado. “Agora vai falar o representante de Alagoas”, quem presidia a reunião era o Pedro Calmon. Vocês devem tê-lo conhecido.

OABRJ: Ele foi reitor da UFRJ.

Dr.Baeta: É... Começava do Amazonas e descia, Pará, Maranhão. Quando chegou em Pernambuco, tremi; em Alagoas, me levantei. Um estudante gaúcho disse: “lá vai um pau-de-arara, cuidado que a peixeira pode cair”. Ao ouvir aquilo, a vaidade me subiu à cabeça. Cheguei na tribuna e, depois de ter feito as saudações, me lembro que disse que Alagoas não tinha só peixeira. Alagoas tinha coisas importantes que talvez algumas pessoas presentes desconhecem. Alagoas é rica, tem praias magníficas, tem cidades bonitas, tem produção canavieira, produção de açúcar, coco, cereais. Tem escritores importantes como Graciliano Ramos e Tavares Bastos. Tem um dos juristas mais importantes do Brasil, que é o Pontes de Miranda. Então, saí debaixo de palmas, tornei-me conhecido, e o pessoal da UNE ficou de olho em mim. Foi assim que surgiu minha ligação com a UNE.

OABRJ: E por que o senhor veio para o Rio de Janeiro?

Dr.Baeta: Por causa disso, eu vinha aos congressos com o presidente do diretório da UNE, que tinha cadeira privativa.

Houve então um congresso da UNE logo depois disso. Naquele ano haviam reservado a secretaria geral para Alagoas e queriam lançar minha candidatura, mas, para isso, eu teria de me transferir para a Faculdade Federal do Rio.

Nesse congresso da UNE, fiz o discurso. Depois, reunimo-nos no Hospital Julia Kubitschek, em Belo Horizonte, onde fui eleito. Lembro-me que na hora do resultado da eleição eu estava dormindo, pois estava muito cansado. Quando percebi, estava no ombro de dois colegas.

Cuidei, então, da transferência. Dirigi-me ao diretor da faculdade, Jayme de Altavila, de quem tenho até hoje o livro *História da Civilização das Alagoas*, que guardo como lembrança. Expliquei-lhe que fora eleito, mas precisava morar no Rio de Janeiro ou perderia toda a legitimação. Ele disse que não tinha problema e mandou preparar a minha transferência. Dizem que ele queria se ver livre de mim, porque eu dava trabalho, participava das greves.

OABRJ: O senhor era um problema...

Dr.Baeta: Eu era um problema, o meu diretório fazia campanha contra a Assembléia Legislativa e criava problema.

OABRJ: Então o senhor já tinha uma militância política, além de estudantil, em Alagoas?

Dr.Baeta: Já. Como estudante, não como político. Mas eu criava problema, especialmente para o diretor. Fiz passeata contra a Assembléia Legislativa, contra a Câmara dos Vereadores, contra o Governo, e isso refletia na faculdade. Mas ele não podia se livrar de mim, porque eu estudava e passava nas provas. Quando eu disse que precisava da transferência, ele chamou a secretária e disse “prepara a transferência dele imediatamente”.

OABRJ: Rápido (risos).

Dr.Baeta: Foi tudo muito rápido. A minha transferência para cá foi fácil, graças ao prestígio da UNE: o presidente tinha acesso fácil ao ministro aqui no Rio de Janeiro. Lembro que o Ministério da Educação, nesse prédio aqui perto, era um prédio bonito, que existe até hoje.

OABRJ: E o senhor, lá na Nacional, foi para o centro acadêmico ou já foi direto para UNE, pois já era diretor?

Dr.Baeta: Eu já era diretor da UNE, atuava nas assembleias do Caco já com peso de secretário.

OABRJ: Nessa época de faculdade o senhor também chegou a ir ao Encontro da Juventude em Moscou ou foi depois da sua formatura?

Dr.Baeta: Sim, fui pela UNE... Na faculdade eu era muito conhecido e ainda era comunista, porque até hoje quem quer mudar o mundo é considerado comunista. Qualquer coisa de diferente, se uma pessoa se destacasse, era comunista.

Então, eu atuava nas assembleias do Caco, mas nunca fui do Caco, nunca quis, pois queria me dedicar aos estudos. Fui secretário geral da UNE durante um ano e aí encerrei o mandato.

Havia as viagens internacionais e nacionais. Nas internacionais, eram 10 diretores, dava uma para cada, e eu disse só aceito viagem internacional quando eu terminar o mandato, aí apareceu essa para o Fórum Mundial da Juventude, em Moscou.

Aceitei e lá foi muito bom. Passei 23 dias em Moscou e uns três na Geórgia, terra do Stalin. Tanto ele quanto Lênin já estavam mortos. Visitei os corpos embalsamados, era um movimento enorme de pessoas que vinham diariamente de todas as partes.

Depois, perguntaram-me se eu queria ir à China ou à África. Os estudantes da África, das colônias portuguesas, fundariam uma entidade chamada União Geral da África (UGA), que trataria do domínio colonial português. Convidaram-me para ajudá-los, porque não tinham muita experiência. Eu viajava com representantes dos secundaristas da União Brasileira de Estudantes Secundaristas (Ubes).

Em vez de ir à China, preferi ir à África. A China tinha um movimento estudantil mais organizado que a África, por isso preferi ajudar os estudantes desse continente. Eles não tinham muita noção de solidariedade, eram de países atrasados, bem mais atrasados que o Brasil, não tinham idéia do que fosse o movimento, e os estudantes americanos, alemães e ingleses queriam dominar. Eles toparam, fomos lá e criamos a entidade, tanto que tínhamos direito a voto, porque éramos ex-colônia de Portugal. Assim, conquistamos direito de votar nas assembléias. Além da identidade da língua, havia os costumes, tradições, hábitos...

Criamos a entidade, foi um sucesso. Passei 70 dias morando lá.

OABRJ: E nessa época o senhor tinha uma militância partidária?

Dr.Baeta: Na realidade eu não tinha, mas os estudantes que eram comunistas, do partido comunista, chamavam a gente para a reunião e eu ia.

OABRJ: O senhor então era simpatizante, mas não chegou a ser filiado.

Dr.Baeta: Eles achavam que eu era, por causa da afinidade. As teses deles eram as teses que nós, nacionalistas, abraçávamos. Quem lê os documentos da época percebe a identidade de idéias. Naquele momento, no momento que eu fui estudante, eles faziam aliança com nacionalistas e confundiam. Aqui no Brasil, por exemplo, havia nacionalistas – deputados e senadores –, poucos, mas havia, que abraçavam as causas comunistas. Ainda me lembro de Neiva Moreira, Fernando Santana, Almino Afonso, que eram nacionalistas no Congresso Nacional e faziam aliança com os comunistas e confundiram tudo. Mas, depois, verificou-se que o comunismo não era esse bicho-papão.

OABRJ: O senhor se lembra ou cita algumas bandeiras da época que ficaram mais marcadas, assim, na luta de que o senhor participou?

Dr.Baeta: A luta pela universidade. Nós fizemos pelos menos dois congressos pela Universidade Brasileira.

OABRJ: Houve um período em que se quis cobrar mensalidade nas universidades públicas, acabar com a gratuidade, não é?

Dr.Baeta: Nesse período, conseguimos a federalização de umas 12 universidades dos estados pobres, como Paraíba, Alagoas, Sergipe, Rio Grande do Norte, Santa Catarina, Espírito Santo.

OABRJ: A Faculdade Nacional de Direito contribuiu efetivamente para a sua formação profissional?

Dr.Baeta: A influência que recebi de fato na advocacia veio do cartório do meu pai, da convivência com advogados, juízes, promotores e com ele mesmo. Meu pai pode não ter estudado, mas era um jurista, autodidata, e, além disso, modéstia à parte, um homem sério.

Tem um livro que vou publicar, *Os Fantasmas da Cidade*. Nele há uma parte em que, salvo engano, falo do meu pai com outro nome, falo de juiz, de promotor, do bêbado da cidade, do tabelião, de uma prostituta de lá, do sacristão, do padre e de outras pessoas. São treze pessoas, treze fantasmas que se reúnem na porta do cemitério e resolvem conversar numa noite de lua de quarto minguante. Cada um fala sobre a sua vida. Numa delas, meu primo Demóstenes dizia que todo tabelião era ladrão, na época dizia-se que todo tabelião era ladrão. Segundo ele, meu pai era um rato e eu, um gabiru, um rato grande. Na década de 1950, quando ingressei no cartório, meu pai ainda cobrava pelo regimento de custas de 1934! Conto essa história como piada.

Depois, veio a luta política estudantil, em que lutei como estudante e, em seguida, como advogado. Nessa condição é que faço política. Não na condição de um cidadão comum, mas agregando a minha a condição de cidadania à advocacia.

OABRJ: Quando veio o golpe de 1964, o senhor já estava formado, já exercia a advocacia?

Dr.Baeta: Já. E me reunia com os advogados. Um grupo foi muito forte no período estudantil do meu tempo.

OABRJ: Já no âmbito da OAB?

Dr.Baeta: Correto. Criamos um grupo de advogados progressistas. Vocês sabem, o progresso e o atraso estão em todas as áreas, se venho com idéias novas para a advocacia, naturalmente quero que elas prevaleçam. Nosso grupo chamou-se Reforma e reunia comunistas, não-comunistas, nacionalistas, simpatizantes.

OABRJ: O senhor se lembra de quem fazia parte desse grupo?

Dr.Baeta: Lembro-me de alguns. Muitos desses foram advogados criminalistas de presos políticos, entre outros, o Modesto da Silveira, o Humberto Jansen Machado, o Marcelo Cerqueira, entre outros.

OABRJ: O movimento de Reforma se inicia na OAB na década de 1970 e segue durante toda a década. Esse movimento da Reforma da OAB de que o senhor participou ocorreu durante os anos 1970. O senhor foi para OAB Federal, primeiro para OAB da seccional do Rio...

Dr.Baeta: Entrei na OAB Federal em 1975, mas atuava também no estado.

OABRJ: O senhor participou dos debates da Assembléia Nacional Constituinte...

Dr.Baeta: Na Constituinte, eu era presidente do Conselho Federal. E foi na minha gestão como presidente do OAB Federal que transferimos a sede do Conselho Federal do Rio de Janeiro para Brasília. Foi um ato importante, mas que criou alguns problemas aqui. Muitos advogados não queriam, por várias razões, entre elas porque representavam estados pobres, que não poderiam pagar passagem aérea e hospedagem em Brasília. Foi uma luta terrível que travei. Transferi a ferro e fogo. Nessa luta pela transferência, tanto nós como a categoria crescemos muito, conseguimos uma passagem por mês para a reunião do Conselho Federal.

Desses estados, havia três representantes, mas só uma passagem. Fui aparando as arestas, o pessoal do Rio de Janeiro não gostou de início, mas depois foi se acostumando e hoje já não há mais problema, tanto que agora, quando recebi a medalha Raymundo Faoro, eles compareceram ao salão da Ordem do Conselho Seccional, onde ocorreu o evento. Não há mais nenhuma divergência; os presidentes e os conselheiros interagem muito bem, o Wadîh Damous, o César Britto.

OABRJ: O senhor também ficou conhecido como o presidente que mudou a OAB e que conseguiu a doação do terreno para a construção da sede em Brasília. Na sua trajetória de militância na OAB se destaca, ao menos na entrevista que o senhor concedeu para a História da OAB, o fato de que o senhor, como presidente da Ordem na época da convocação da Assembléia Nacional Constituinte, foi um dos articuladores, junto com outras pessoas e entidades, de uma postura independente contrária à idéia de uma comissão de notáveis para redigir a Constituinte. E o senhor, na época, afirmou que a Constituinte tinha tudo pra ser um jogo de cartas marcadas, mas que a presença dessas instituições foi fundamental para que ela não fosse. O senhor, em uma dessas entrevistas, relata que na presidência da OAB coordenou uma campanha com quatro pré-condições para o desenvolvimento de uma Constituinte não-congressual, mas livre. O senhor poderia falar um pouco da importância da atuação da OAB pela democratização no processo constituinte.

Dr.Baeta: Essa Constituinte, tudo isso que você está dizendo é verdade. Estudamos o processo constituinte brasileiro e verificamos que, na realidade, as constituições brasileiras, em tese, não decorreram de assembléias legítimas, quer dizer, de assembléias nacionais constituintes legítimas.

O Congresso Nacional recebe poder constituinte derivado e isso é uma questão técnica. O poder constituinte originário cria a norma constitucional e o poder constituinte derivado é exercido pelo Congresso já criado pela Constituição. O Congresso Nacional é composto atualmente pela Câmara e pelo Senado e não pode elaborar a Constituição. Pode elaborar emendas, leis, decretos-leis, mas não tem legitimidade para criar uma nova Constituição, só a Assembléia Nacional Constituinte Soberana é eleita para esse fim. Depois que ela cria a Constituição, ela se auto-extingue. Aí foi uma briga terrível, briga com supostos medalhões, como Afonso Arinos. Ataquei-o duramente, ele se irritou comigo e me atacou também.

OABRJ: Foi nessa época que o senhor teve a idéia de criar os Congressos Pró-Constituinte organizados pela Ordem?

Dr.Baeta: Essa idéia foi minha. O primeiro foi criado na gestão anterior à minha, do Mário Sérgio Duarte Garcia, e eu ajudei a organizá-lo. Isso foi em São Paulo. O segundo, já na minha gestão, ocorreu em Brasília, foi o Congresso Nacional Pró-Constituinte. Tivemos um grupo de advogados muito capazes e sérios. Vou citar três, dois dos quais infelizmente já morreram, José Lamartine

Correia de Oliveira, da Universidade do Paraná, e Leônidas Rangel, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, e Marcello Lavenère Machado, um alagoano que foi presidente da Ordem depois do Conselho Federal, que mora em Brasília.

OABRJ: O senhor lutou durante praticamente 10 anos pela nova Constituição, pela Constituinte, pela Convocação. Como avalia hoje essa Constituição de cuja construção o senhor participou 20 anos depois? As promessas dessa Constituição foram realizadas? Como o senhor vê essa Constituição hoje?

Dr. Baeta: Ela é muito boa. É considerada uma das melhores do mundo e, pelo que conheço, é mesmo. Ela incluía nas suas normas coisas que as outras não incluem. Mas é desrespeitada porque em toda legislação, por melhor que seja, há quem encontre brecha para isso. Temos, porém, um poder judiciário também criado por ela, que é bom e que a corrige.

OABRJ: Na época da Constituição, o senhor foi um dos grandes defensores, ainda na OAB, da criação do controle externo do Poder Judiciário. O senhor escreveu um livro, não é? O senhor organizou um livro sobre o controle externo. Como vê a necessidade do controle externo do Judiciário? O senhor acha que, hoje, esse Conselho Nacional de Justiça faz as vezes do Conselho externo que os senhores idealizaram?

Dr. Baeta: Olha, ele não é propriamente a nossa proposta, mas vem se comportando razoavelmente bem. Tem se desviado do objetivo original, mas, de qualquer forma, é um Conselho que completa uma estrutura judicial brasileira e que vem contribuindo para a melhoria do funcionamento dos órgãos judiciários.

OABRJ: O senhor atuou, na OAB, num dos períodos mais difíceis da história do Brasil, por conta do autoritarismo dos governos militares. Mas, na entrevista que fizemos para o número anterior da Revista (com o Dr. Bomfim), observamos que uma das peculiaridades desse autoritarismo brasileiro foi manter o funcionamento de certas instituições, como o Judiciário, que funcionava, embora com práticas autoritárias. Gostaríamos de saber como era advogar, atuar perante a justiça federal, área em que o senhor teve forte atuação, na época do direito administrativo. O que era advogar, efetivamente, no Judiciário, nessa época?

Dr.Baeta: Era muito difícil. Tanto que advogados que não atuavam no ponto de vista da oposição aos militares terminaram mudando o comportamento. Chegaram à conclusão de que não era possível exercer a advocacia no sistema de opressão. A liberdade está ligada à advocacia. Se o advogado não é livre, se não é independente, não pode ser um bom advogado, mesmo porque, quando o opressor tem poder, ele tem que se revelar. Muitos advogados foram perseguidos, torturados, mortos pelos governos militares. Há casos no histórico da Ordem dos Advogados do Brasil, sétimo volume. Contamos detalhes, temos fotografias com datas, histórias de advogados que nesse período foram torturados, foram acusados. Há o caso de três advogados ilustres, Augusto Sussekind de Moraes Rego, Heleno Fragoso e George Tavares, que foram defensores de presos políticos. Foram seqüestrados, encapuzados, passaram vários dias – nada foi noticiado na televisão. Até hoje não se sabe quem foram os autores. Sabe-se que foram os militares, mas não se sabe qual militar, qual preposto do militar. Como no conhecido e triste caso da Dona Lyda, secretária da Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho Federal. O presidente era o Eduardo Seabra Fagundes, que, cioso de suas funções, dava apoio e amparo a todos os que procuravam a OAB para pedir providências sobre perseguições, capturas, prisões ilegais. Ele abriu as portas da Ordem e, por isso, foi perseguido a ponto de colocarem uma carta bomba para matá-lo – sabe-se que o destinatário era ele e não a secretária. A bomba explodiu no colo dela, que ficou toda despedaçada. Lembro-me de que no dia seguinte fui à Ordem, vi a situação, havia pedaços de corpo grudados na parede. Uma cena terrível, triste. Ela não morreu em vão, mas até hoje não se conhecem os responsáveis. Sabe-se apenas que foram grupos radicais.

OABRJ: Percebemos na sua trajetória uma preocupação muito grande com a memória da advocacia, com a pesquisa inclusive. O senhor foi umas das pessoas que estimularam a criação dos centros de documentação nas Ordens dos Advogados. Qual a importância que vê hoje no papel da pesquisa, da documentação e da memória mesma da Ordem dos Advogados?

Dr.Baeta: Acho que a pesquisa sobre a história da Ordem, a documentação, o escrito histórico, são importantes porque podem prevenir, contribuir para impedir que se repitam coisas desagradáveis. Foram muitos os membros da Ordem dos Advogados que não se dobraram. É raro o advogado que se dobra. A própria profissão dá uma forma muito incomensurável aqui, ninguém se

dobrou, ninguém, todos reagiram a essa situação de autoritarismo, de tortura, durante a ditadura militar.

OABRJ: Gostaríamos de saber como vê hoje o papel do advogado e o papel da OAB no século XXI? Que conselho o senhor pode dar para a nossa geração, dos advogados mais novos da OAB?

Dr. Baeta: Acho que o advogado é um cidadão que tem uma responsabilidade dupla: como cidadão e como advogado. Se abraça a profissão de advogado, tem que estar certo do que vai enfrentar numa sociedade desigual, numa sociedade para a qual ele vai ter de contribuir para transformá-la numa sociedade justa, solidária e progressista.

A Ordem dos Advogados deve exigir respeito e condições de atuação na sociedade, de forma a contribuir nessa linha de progresso.. O Estado brasileiro ainda está em processo de consolidação da democracia, e aí a Constituição nova tem um mérito importante. O advogado é indispensável à administração da justiça, no mesmo patamar que os juízes e os membros do Ministério Público.

OABRJ: Agradecemos muito ao senhor pela entrevista. Ficamos muito felizes de partilhar a sua história. Temos certeza de que ela será de muito proveito para todos nós. Uma tarde de muitas lições. Muito obrigado. Parabéns pela sua vida, pela sua presença aqui.

Dr. Baeta: Olhar o mundo fora de si. A Advocacia não é uma profissão estritamente pessoal. A Advocacia é um sacerdócio.

Hermann Assis Baeta é Advogado e ex-Presidente do Conselho Federal da OAB.

DIREITO EM REVISTA

Notícias do Centro de Documentação e Pesquisa

Faperj apóia cientistas

A Faperj (Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro) publica os resumos dos projetos de pesquisas dos 432 pesquisadores Cientistas e 233 Jovens Cientistas do Nosso Estado contemplados nos editais de 2009. A publicação permite identificar a pesquisa e a inovação em todas as áreas do conhecimento, incentivando de forma concreta a formação de futuros pesquisadores.

As recentes investigações que recebem tal distinção da Faperj, além do reconhecimento obtido, articulam uma competente rede de instituições nacionais e estrangeiras em que se explicita a qualificada produção científica nacional realizada pelos cientistas no Estado do Rio de Janeiro.

Prêmio Innovare

O projeto desenvolvido pela Comissão de Mediação de Conflitos (CMC) da OAB/RJ, que treina advogados para a resolução de conflitos, sem a necessi-

dade de sua presença nos tribunais, foi o vencedor da categoria *Advocacia* do Prêmio Inovare, entregue no mês de dezembro de 2009. O objetivo do Inovare é identificar, coroar e disseminar práticas inovadoras realizadas por profissionais do Direito que estejam aumentando a qualidade da prestação jurisdicional e contribuindo com a modernização da justiça.

Segundo a coordenadora do grupo que desenvolveu o projeto, Gabriela Asmar, a idéia era ajudar os profissionais a encontrar formas alternativas para solucionar cada caso: “o objetivo foi ampliar o escopo de trabalho dos advogados, dando acesso a métodos como a arbitragem, a negociação e a mediação, para que possam atender seus clientes da melhor forma possível”.

Para Fernanda Pantoja, coordenadora da Comissão responsável pelas pesquisas sobre o Projeto de Lei nº 4.827 – que dispõe sobre a mediação no Processo Civil e tramita no Congresso Nacional há 12 anos –, o prêmio é a coroação do trabalho realizado pela equipe ao longo de 2009.

Nos próximos meses, o foco da Comissão será a implantação das atividades de mediação no Escritório Modelo da OAB/RJ e em outros postos de atendimento da Ordem no estado. Para isso, falta apenas concluir a capacitação dos alunos do curso de mediação ministrado na Seccional pela própria Comissão. Além disso, a CMC pretende ampliar a integração com os demais órgãos que já praticam mediação no país.

Eleições

Traduzida em números, a eleição 2009 da OAB/RJ pode ser assim compreendida: com 72% dos votos válidos, Wadih Damous, da chapa *Nova OAB*, foi reeleito para a presidência da OAB/RJ no pleito que aconteceu no dia 16 de novembro de 2009. O candidato Lauro Schuch, da chapa *Mais OAB*, ficou em segundo lugar, com 22%; e Luciano Viveiros, da chapa *OAB de portas abertas*, terminou na terceira posição, com 6%. Os votos em branco somaram 2,88%, e os nulos, 4,80%. Votaram 118.739 advogados, que escolheram as diretorias da seccional fluminense da Ordem e das 57 subseções na capital e no interior do estado. A votação foi realizada eletronicamente, em urnas cedidas pelo Tribunal Regional Eleitoral.

O Presidente reafirmou em seu discurso o compromisso político da instituição com a consolidação da democracia:

Poderia desfiar as promessas futuras, enumerando os feitos do amanhã e convocando todos ao trabalho árduo que teremos pela frente. Seria assunto nosso, imediato, de nossa intimidade... Mas tal proceder não estaria à altura das aflições de que o Brasil hoje padece. E a OAB, para além de suas preocupações cotidianas, tem seus olhos e coração voltados para a Nação, sempre buscando o que vai torná-la melhor, mais democrática, mais acessível ao seu povo, ciente de seu passado para se orgulhar de seu futuro. E nesse momento, quando vemos com imensa tristeza que, no lapso de mais de 30 anos de história, os órfãos do talvez e do quem sabe, as viúvas do quem sabe e do talvez ainda se debatem nessas mesmas incertezas, a OAB, ousando desdizer o poeta Drummond, vem bradar que a injustiça há de se resolver. A Nação há de se reencontrar com o seu passado, superando de vez o trauma que a impede de se conhecer plenamente, notadamente naqueles aspectos mais sombrios de sua alma.

Lançamento da Revista OABRJ

A primeira edição da *Revista OABRJ* foi lançada durante o seminário *Democracia, segurança e cidadania na América Latina*, que ocorreu entre os dias 15 e 17 abril de 2009, na sede da Seccional.

Durante a cerimônia, a diretoria da Ordem prestou tributo a Benedito Calheiros Bomfim, um dos mais importantes estudiosos do Direito do Trabalho no País, a quem a primeira edição da obra é dedicada.

O lançamento da *Revista OABRJ* foi acompanhado da cerimônia de posse do Ministro da Justiça, Tarso Fernando Herz Genro, na Academia Nacional de Direito do Trabalho, à qual compareceram, dentre outros, os presidentes da OAB/RJ, Wadih Damous; o presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros, Henrique Maués; o Desembargador Alexandre Agra Belmonte e o Ministro Arnaldo Sussekind.

Colaborador da *Revista OABRJ*, o jurista Tarso Genro foi advogado militante durante muitos anos e tem sólida trajetória de produção intelectual na área do Direito Público e do Trabalho.

Com artigos, análises de jurisprudência, doutrina científica e entrevistas, a publicação é semestral e tem como objetivo principal enriquecer o diálogo entre os intérpretes do Direito.

Na primeira parte da publicação, chamada *Marcos conceituais do campo jurídico*, há artigos, entre outros, do Ministro da Justiça, Tarso Genro; do Jurista Fábio Comparato; do Presidente da Escola Superior de Advocacia da OAB/RJ, Ricardo Pereira Lira; do Professor da Uerj e Diretor da Revista de Direito do Estado, Luis Roberto Barroso; do Professor de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV) e Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Joaquim Falcão; e do Professor Gustavo Tepedino.

A segunda parte da edição é dedicada aos *Diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*, com o trabalho “Processos repetitivos dos contratos bancários e o efeito útil no STJ da decisão da aplicação do CDC aos contratos com consumidores pessoas físicas da ADIN 2.591 (STF)”, da Professora Claudia Lima Marques, da Universidade do Rio Grande do Sul (UFRS), que é também Coordenadora do Committee on consumer protection, International Law Association, de Londres. A *Revista OABRJ* traz ainda a resenha do livro *Os grandes sistemas jurídicos*, de Mário G. Losano, por Elza Antonia Pereira Cunha Boiteaux, Professora da Universidade de São Paulo (USP) nas áreas de Filosofia do Direito, Direitos Humanos e Direito Ambiental.

Normas de publicação

1. Os trabalhos enviados para publicação devem ser inéditos ou ter tido circulação restrita, com exceção de pareceres, petições e outros ensaios que, a critério do Conselho, possam ser republicados. Se a publicação estiver pendente em outro local, solicita-se avisar à Coordenação de Publicação assim que receber a aceitação. Não serão aceitos artigos que circulem na internet.
2. As contribuições enviadas sob a forma de artigo devem ser apresentadas em no máximo 25 (vinte e cinco) laudas, incluindo figuras, notas de rodapé, referências e anexos. As figuras deverão ser em P&B, ter extensão JPG ou TIF e 300 dpi.
3. Qualquer destaque que se queira dar ao texto, sempre com parcimônia, deve ser feito com o uso do itálico. Não deve ser usado o negrito ou o sublinhado.
4. O texto deve ser digitado com fonte *Times New Roman* corpo 12 e espaçamento de 1,5. As citações de mais de três linhas devem ser destacadas do texto – margem de 4 cm do lado esquerdo com fonte corpo 10 e espaçamento simples. As notas de rodapé, paginação e legendas de ilustrações e tabelas devem ser digitadas com fonte corpo 10 e espaçamento simples.
5. Para as resenhas críticas de publicações, recomenda-se o máximo de 4 páginas.
6. As referências devem ser redigidas de acordo com a NBR 6023/2002 da ABNT:
 - a) Livro
LIRA, Ricardo-César Pereira. *Elementos de Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 400 p.
MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
 - b) Artigo
HABERMAS, Jürgen. O falso no mais próximo: sobre a correspondência Benjamin/Adorno. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 69, p. 35-40, jul. 2004.
 - c) Capítulo de livro
PEREIRA, Antônio Celso Alves. Apontamentos sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GUERRA, Sidney Cesar da Silva. (Org.). *Temas Emergentes de Direitos Humanos*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2006. p. 29-42.
 - d) Dissertações e Teses
MARQUES, Ana Flávia. *Novos parâmetros na regionalização dos territórios: estudo do zoneamento ecológico-econômico (ZEE) na Amazônia legal e das bacias hidrográficas do Rio Grande do Sul*. Santa Cruz do Sul, 2006. 189f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Regional) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2006.
 - e) Artigo e/ou matéria de revista em meio eletrônico
WACQUANT, Loïc. Elias no gueto. *Rev. de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 10, jun. 1998. Disponível em: <<http://www.humanas.ufpr.br/publica/revsocpol>>.
7. Devem ser enviados um resumo em português e inglês e uma relação de no máximo 5 (cinco) palavras-chave (em português e inglês) para efeito de indexação.
8. O autor deve enviar informações relativas à sua trajetória profissional e vínculos institucionais (no máximo 5 linhas).
9. O Conselho Editorial da Revista reserva-se o direito de propor modificações ou devolver os trabalhos que não seguirem essas normas. Os autores poderão reenviá-las, desde que efetuadas as modificações necessárias.
10. Os artigos devem ser enviados à Comissão Editorial da Revista OABRJ através do endereço eletrônico pesquisa@oabRJ.org.br.
11. Em caso de aprovação, o autor deverá enviar pelo correio a autorização por escrito para disponibilização em texto completo nas bases de dados às quais a Revista OABRJ esteja indexada e na *homepage* da Revista OABRJ.