

**MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO
MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO**

**REVISTA
DO
MINISTÉRIO PÚBLICO
DO TRABALHO**

EDITADA PELA LTr EDITORA, EM CONVÊNIO
COM A PROCURADORIA GERAL DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO TRABALHO E COM A ASSOCIAÇÃO
NACIONAL DOS PROCURADORES DO TRABALHO

REV. MPT - BRASÍLIA, N. 03 - 1º SEMESTRE - MARÇO 1992

Redação
Procuradoria Geral do Ministério Público do Trabalho

S.A.S. Quadra 4, Bloco L - 8º Andar
CEP 70070 - Brasília - DF

**REVISTA
DO
MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO**

FUNDADA EM 1991

COMISSÃO EDITORIAL

Armando de Brito
Ives Gandra da Silva Martins Filho
Theocrito Borges dos Santos Filho
Jorge Eduardo de Souza Maia

Secretária: Angeísa de Souza Oliveira

**Endereço - S.A.S. Quadra 4, Bloco L - 8º and.
CEP 70070 Telefones: 223-7539 - 224-3157
CEP 70064 Telefones: 225-7711 - 223-7121**

Revista do Ministério Público do Trabalho / Procuradoria Geral da
Justiça do Trabalho - Ano II, n. 3
(Mar. 1992) - Brasília:
Procuradoria Geral da Justiça do Trabalho, 1992 –
Semestral

1. Direito do Trabalho - Brasil. 2. Justiça do
Trabalho - Brasil I. Procuradoria Geral da Justiça do Trabalho

Cód. 341.6865

(Cód. 720.6)

1992

MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Procurador Geral: João Pedro Ferraz dos Passos

Presidente da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho:
Luiz da Silva Flores

PROCURADORIA GERAL

SUBPROCURADORES GERAIS

Afonso Henrique Luderitz de Medeiros	João Batista Brito Pereira
Armando de Brito	João Pedro Ferraz dos Passos
Carlos César de Souza Neto	Jonhson Meira Santos
Carlos Newton de Souza Pinto	Jorge Eduardo de Sousa Maia
César Zacharias Mártires	José Alves Pereira Filho
Eliana Traverso Calegari	Lindalva Maria Fontoura de Carvalho
Flávia Falcão Alvim de Oliveira	Lucia Barroso de Britto Freire
Guiomar Rechia Gomes	Luiz da Silva Flores
Hegler José Horta Barbosa	Otávio Brito Lopes
Heloísa Maria Moraes Rego Pires	Othongaldi Rocha
Ives Gandra da Silva Martins Filho	Vicente Vanderlei Nogueira de Brito
Jeferson Luiz Pereira Coelho	

PROCURADORES DO TRABALHO DE 1ª CATEGORIA

Alice Cavalcante de Souza	Maria Aparecida Gugel
Antônio Carlos Roboredo	Maria de Fátima Lourenço
Antônio Henrique de Carvalho Ellery	Maria Guiomar Sanches de Mendonça Paiva
Dan Carai da Costa e Paes	Moema Faro
Darcy da Silva Câmara	Muryllo de Britto Santos Filho
Diana Ísis Penna da Costa	Ronaldo Tolentino da Silva
Edson Cardoso de Oliveira	Samira Prates de Macedo
Edson Corrêa Khair	Silvia Saboya Lopes
Elizabeth Starling de Moraes	Sue Nogueira de Lima Verde
Flávio Nunes Campos	Terezinha Célia Kineipp Oliveira
Guilherme Mastrichi Basso	Terezinha Matilde Licks Prates
José Carlos Ferreira do Monte	Therezinha Vianna Gonçalves
José Francisco Thompson da Silva Ramos	Wanda Souza Rago
Lélio Bentes Corrêa	

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO

1ª REGIÃO - ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROCURADORES DO TRABALHO

Aída Glanz	Leonardo Palarea Copia
Anabella Almeida Gonçalves (exerc. PRT-17ª Reg.)	Lício José de Oliveira
Carlos Alberto Dantas da Fonseca Costa Couto	Luiz Antônio Camargo de Melo
Carlos Eduardo Barroso	Márcio Octavio Vianna Marques
Carlos Eduardo de Araújo Góes	Márcio Vieira Alves Faria
Danilo Octávio Monteiro da Costa	Maria Beatriz Coelho César da Fonseca
Edson Affonso Guimarães	Maria Eunice Fontenelle Barreira Teixeira
Elza Maria Olivato Fernandes	Maria Thereza de Menezes Tinoco
Enéas Bazo Torres	Maria Vitória Sússekind Rocha
Evandro Ramos Lourenço	Regina Fátima Bello Butrus
Glória Regina Ferreira de Mello	Reginaldo Campos da Motta
Inez Pedrosa de Andrade	Ricardo Kathar (exerc. PRT-17ª Reg.)
Jorge Fernandes Gonçalves da Fonte	Robinson Crusóé Loures de Macedo Moura Jr.
Jorge Luiz Soares Andrade	Ruy Mendes Pimentel Sobrinho
José André Domingues	Sandra Lia Simon
José da Fonseca Martins Júnior	Sérgio Teófilo Campos
Juarez do Nascimento Fernandes Távora	Theocrito Borges dos Santos Filho

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO

2ª REGIÃO - ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORES DO TRABALHO

Aldemar Ginefra Moreira	Maria Cecília Leite Oriente Segurado
Andréa Isa Rípoli	Maria José Sawaya de Castro Pereira Vale
Áurea Satica Karyia	Maria Manzano Maldonado
Carlos de Menezes Faro Filho	Marilena Marzagão
Danton de Almeida Segurado	Marília Romano
Egle Rezek	Marisa Marcondes Monteiro
Elizabeth Escobar Pirro	Mariza Baur Torres de Carvalho
Erick Wellington Lagana Lamarca	Moisés Simão Sznifer
Fabrcio Correia de Souza	Munir Hage
Graciane Ferreira Pinto	Nelson Nazar
José Eduardo Duarte Saad	Neyde Meira
José Waldir Machado	Oksana Maria Dziura Boldo
Laura Martins Maia de Andrade	Olavo Augusto Souza Campos Siqueira Ferreira
Lázaro Phols Filho	Vera Lúcia Lagana Lamarca
Leila Conceição da Silva Boccoli	Vitório Morimoto
Manoel Luiz Romero	Viviane Colucci
Marcelo Freire Gonçalves	Zélia Maria Cardoso Montal
Maria Aparecida Pasqualão	

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO 3ª REGIÃO - ESTADO DE MINAS GERAIS

PROCURADORES DO TRABALHO

Angela Maria Gama e Mello de Magalhães Pinto	Maria Cristina Dutra
Antonio Carlos Penzin Filho	Maria de Lourdes Queiroz
Deoclécia Amorelli de Carvalho	Maria Laura Franco Lima de Faria
Eduardo Maia Botelho	Maria Lúcia Cardoso de Magalhães
Júnia Castelar Savaget	Maria Magdá Maurício Santos
Júnia Soares Náder	Pedro Braga Filho

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO 4ª REGIÃO - ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROCURADORES DO TRABALHO

Carlos Renato Genro Goldschmidt	Kátia Therezinha Monteiro Saldanha
Dionéia Amaral Silveira	Luiz Fernando Mathias Vilar
Eduardo Antunes Parmeggiani	Marília Hofmeister Caldas
Fabiano de Castilhos Bertoluci	Nelson Lopes da Silva
Fernando Quadros da Silva	Paulo Borges da Fonseca Seger
Ivan José Prates Bento Pereira	Paulo Rogério Amoretty de Souza
Jaime Antônio Cimenti	Reinaldo José Peruzzo Júnior
João Alfredo Reverbel Bento Pereira	Sandra Maria Bazan de Freitas
João Ghislene Filho	Thomaz Francisco d'Ávila Flores da Cunha
José Carlos Pizarro Barata Silva	Vera Regina Della Pozza Reis

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO 5ª REGIÃO - ESTADO DA BAHIA

PROCURADORES DO TRABALHO

Antonio Agle	Lélia Guimarães Carvalho Ribeiro
Antonio Messias Matta de Aragão Bulcão	Maria Adna Aguiar do Nascimento
Carlos Alfredo Cruz Guimarães	Paulo Pergentino Filho
Djalma Nunes Fernandes Júnior	Virgílio Antonio de Senna Paim
Esequias Pereira de Oliveira	Virgínia Maria de Senna Strand
Jorgina Ribeiro Tachard	

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO 6ª REGIÃO - ESTADO DE PERNAMBUCO

PROCURADORES DO TRABALHO

Aluizio Aldo da Silva Júnior	José Sebastião de Arcoverde Rabelo
Daisy Lemos Duarte	Manoel Orlando de Melo Goulart
Eliane Souto Carvalho	Márcia Domingues
Everaldo Gaspar Lopes de Andrade	Nelson Soares da Silva Júnior
Helena Sobral de Albuquerque e Mello	Valdir José Silva de Carvalho

Waldir de Andrade Bitu Filho

**PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO
7ª REGIÃO - ESTADO DO CEARÁ**

PROCURADORES DO TRABALHO

Aparecida Maria Oliveira de Arruda Barros
Francisco Adelmir Pereira
Ilná Carvalho de Vasconcelos

Raymundo Valdizar Oliveira Leite
(exerc. cargo vereador)

**PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO
8ª REGIÃO - ESTADO DO PARÁ**

PROCURADORES DO TRABALHO

Anamaria Trindade Barbosa
Célia Rosário Lage Medina
Fernando de Araújo Vianna

Rosita de Nazaré Sidrin Nassar
Sônia Maria Oliveira Prince Rodrigues Franzini

**PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO
9ª REGIÃO - ESTADO DO PARANÁ**

PROCURADORES DO TRABALHO

Andréa Lacerda
Cliceu Luiz Bassetti
Eclair Dias Mendes Martins
Janete Matias
José Cardoso Teixeira Júnior

Lair Carmen Silveira da Rocha
Mara Christina Lanzoni
Maria Guilhermina dos Santos Vieira Camargo
Sueli Aparecida Erban
Wanda Santi Cardoso da Silva

**PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO
10ª REGIÃO - DISTRITO FEDERAL**

PROCURADORES DO TRABALHO

Eliana Araque de Oliveira Mansur
Fausto Lustosa Neto
Gustavo Ernani Cavalcante Dantas
Ivana Auxiliadora Mendonça Santos

João de Deus Gomes de Souza
Lucinéa Alves Ocampos
Marcia Raphanelli de Brito
Paulo Roberto Pereira

**PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO
11ª REGIÃO - ESTADO DO AMAZONAS**

PROCURADORES DO TRABALHO

Adriana Bizarro
Julia Antonietha de Magalhães Coelho

Solange Maria Santiago Morais

**PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO
12ª REGIÃO - ESTADO DE SANTA CATARINA**

PROCURADORES DO TRABALHO

Dilnei Ângelo Biléssimo
Itacir Luchtemberg
Leonardo Baierte
Marcos Vinicio Zancheta

Marilda Rizzatti
Sandra Maria da Costa Ressel
(Prorrogação de Posse)

**PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO
13ª REGIÃO - ESTADO DA PARAÍBA**

PROCURADORES DO TRABALHO

Antonio Xavier da Costa
José Neto da Silva

Regina Pacis Falcão do Nascimento

**PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO
14ª REGIÃO - ESTADO DE RONDÔNIA**

PROCURADORES DO TRABALHO

Márcia de Castro Guimarães
Myrian Magda Leal Godinho

Victor Hugo Laitano

**PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO
15ª REGIÃO - CAMPINAS - SÃO PAULO**

PROCURADORES DO TRABALHO

Aparecido Sérgio Bistafa	Mônica Furegatti
Cândida Alves Leão	Neli Andonini
Cristina Aparecida Ribeiro Brasileiro	Nilza Aparecida Migliorato
Elizabeth Leite Vaccaro	Pedro Penna Firme
Evanna Soares	Raimundo Simão de Melo
Leonardo Abagge Filho	Ricardo Tadeu Marques da Fonseca
Luis Carlos da Silva	Rogério Rodriguez Fernandez Filho
Maria Helena Leão	Rovirso Aparecido Boldo
Marisa Regina Murad Legaspe Barbosa	Ruth Maria Fortes Andalafet
Marisa Tiemann	Sebastião Lemes Borges

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO 16ª REGIÃO - ESTADO DO MARANHÃO

PROCURADORES DO TRABALHO

Adriane Reis de Araújo	Sônia Costa Mota de Toledo Pinto
Humberto Venâncio Cavalcante	

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO 17ª REGIÃO - ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROCURADOR DO TRABALHO

Antônio Luiz Teixeira Mendes	Evany de Oliveira Selva
Cleber José de Freitas (Prorrogação de Posse)	Levi Scatolin

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO 18ª REGIÃO - ESTADO DE GOIÁS

PROCURADOR DO TRABALHO

Adélia Maria Bittencourt Marelin	Edson Braz da Silva
----------------------------------	---------------------

PROCURADORES APOSENTADOS SUBPROCURADORES GERAIS

Carlos Sebastião Portela	Marcelo Angelo Botelho Bastos
Eduardo Antônio de Albuquerque Coelho	Maria de Lourdes Schimidt de Andrade
Fernando Ernesto de Andrade Couro	Modesto Justino de Oliveira Júnior
Hélio Araújo D'Assumpção	Norma Augusto Pinto
Inês Cambraia Figueredo de Lara	Raymundo Emanuel Bastos do Eirado Silva
Jacques do Prado Brandão	Roque Vicente Ferrer
João Pinheiro da Silva Neto	Sebastião Vieira dos Santos
Júlio Roberto Zuany	Valter Otaviano da Costa Ferreira

PROCURADORES DO TRABALHO DE 1ª CATEGORIA

Adelmo Monteiro de Barros	João Antero de Carvalho
Antônio de Almeida Martins Costa Neto	João Carlos de Castro Nunes
Américo Deodato da Silva Júnior	João Carlos Guimarães Falcão
Beijamim Eurico Cruz	Jorge da Silva Mafra Filho
Carlos José Príncipe de Oliveira	José Paulo Vieira
César Macedo Escobar	Marco Aurélio Flores da Cunha
Clóvis Maranhão	Muryllo Estevam Allevato
Damião Fernandes Prado	Natércia Silveira Pinheiro da Rocha
Daniilo Pio Borges	Oswaldo Bráulio G. de Vilhena
Emiliana Martins de Andrade	Pérola Sterman
Evaristo Moraes Filho	Raymundo Percival de Mesquita Pinto Bandeira
Geraldo Augusto de Faria Baptista	Sônia Pitta de Castro
Hellion Verri	

PROCURADORES DO TRABALHO DE 2ª CATEGORIA

PRT - 1ª REGIÃO

Aroldo Faria de Lanes Menezes	Rolando C. de A. Corbistier
Floro de Araújo Melo	

PRT - 2ª REGIÃO

Antônio Seunas Checonovski
Cantídio Salvador Felarti
Carmo Domingos Jatene
Guilherme José Cosernelli

Maria Zélia Abreu Fonseca
Nilza Varella de Oliveira
Plínio Gomes de Melo
Roberto Herbster Gusmão

PRT - 3ª REGIÃO

Carlina Eleonora Nazareth
José Hosken
Luiz de Gonzaga Theófilo

Maria Auxiliadora A. Brochernof
Maria Celeida Lima Ribeiro

PRT - 4ª REGIÃO

José Henrique Gomes Salgado Martins
Josena Gomes Jancelme Macedo

Marco Antônio Prates Macedo

PRT - 8ª REGIÃO

Delmiro dos Santos
Walfir Pinheiro de Oliveira

Walmir Santana Bandeira de Souza

PRT - 10ª REGIÃO

Adilson Flores dos Santos

Maria de Nazareth Zuany

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO - TEMPOS DE CONSTRUIR Armando de Brito	09
O DEPÓSITO "AD RECURSUM" NO PROCESSO DO TRABALHO - AS LEIS 7.701/88 E 8.177/91 - A RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA N. 42/89 E A INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 02 DO TST Jorge Eduardo de Sousa Maia	11
REMUNERAÇÃO, SALÁRIO E INDENIZAÇÃO Ives Gandra da Silva Martins Filho	17
O SINDICATO E A SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL Guilherme Mastrichi Basso	38
O "APELO AO LEGISLADOR" - APPELLENTSCHEIDUNG - NA PRAXIS DA CORTE CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃ Gilmar Ferreira Mendes	43
MINISTÉRIO PÚBLICO, O NOVO PODER DA REPÚBLICA E DA FEDERAÇÃO BRASILEIRA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 Edylcéa Tavares Nogueira de Paula	61
A VIOLÊNCIA E O PAPEL DO JURISTA NO MUNDO ATUAL Antonio Maron Agle	70
A PARCERIA RURAL Lélia Guimarães Carvalho Ribeiro	74
O DIREITO DE GREVE NA SUÍÇA Terezinha Matilde Licks Prates	82
A INAMOVIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FRENTE À CHEFIA RESPECTIVA Esequias Pereira de Oliveira	84
REPORTAGEM JURÍDICA - O MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DA SOCIEDADE - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - AÇÃO CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO Da Redação	88
EVENTOS	
1 - ELEIÇÃO PARA PROCURADOR-GERAL	92
2 - III ENCONTRO NACIONAL DOS PROCURADORES DO TRABALHO	92
3 - O MPT NA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO	92
4 - POSSE DOS NOVOS PROCURADORES DO TRABALHO	93
5 - ARMANDO DE BRITO, MINISTRO DO TST	93
ÍNDICE REMISSIVO - ANO I	95

APRESENTAÇÃO

TEMPOS DE CONSTRUIR

Armando de Brito^(*)

A ``Revista do Ministério Público do Trabalho'', em seu terceiro número, preserva a sua periodicidade e registra nesse primeiro semestre de 1992, realizações e afirmações de relevância para a Instituição.

A Comissão Editorial por ela responsável e por mim eventualmente representada conta agora com um novo membro, o Subprocurador Geral Dr. Jorge Eduardo de Souza Maia.

Colega de rara sensibilidade, dedicado e firme no desempenho de suas atribuições, possui também a virtude de incursionar pela Literatura, com autoria de poemas e sonetos de qualidades raras. Sauda-mo-lo, jubilosos.

Júbilo que prossegue com o registro da decisão do Procurador Geral da República em, pretendendo brindar o Ministério Público do Trabalho com seu titular definitivo, abriu mão de sua competência legal para nomear, deixando que a classe via processo de consulta eleitoral simples embora, indicasse em lista triplíce os candidatos mais votados.

E assim se fez. Eleito o colega João Pedro Ferraz dos Passos, com o de maior votação, nomeado está pelo Procurador Geral da República.

Auspiciosa a conclusão do Concurso para o Ministério Público, com a nomeação e posse dos novos colegas já em exercício, reforçando a atuação quantitativa e qualificada do Ministério Público do Trabalho.

Digno de registro afinal, a constatação que se faz de que na sucessão de Vicente Vanderlei Nogueira de Brito, pelo Dr. Jeferson Luiz Pereira Coelho e afinal pelo Procurador Geral eleito, o Chefe do MPT, se fez em clima de absoluta normalidade, sem a quebra da continuidade da ação político-institucional do Órgão.

A ``Revista'' já em sua fase de consolidação, muito de perto reflete essa perenidade da constância dos ideais maiores e sendo um veículo básico de expressão cultural da classe, só se pode esperar que ela receba com uma cada vez mais freqüência a colaboração escrita dos colegas.

E, assim, também por esse veículo austero de comunicação social, subsidiar o conhecimento público de seus valores intrínsecos e extrínsecos, refletindo a pujança da Instituição e dos homens que a fazem. Que somos todos nós.

Unidos haveremos de superar as tentativas menores de quebra de isonomia constitucional no Ministério Público da União e, para o que é instrumento básico uma Lei Complementar eficiente cujo projeto ainda não tanto próximo do ideal prossegue em tramitação no Congresso Nacional.

Nesses caminhos legislativos estaremos todos atentos e atuantes - temos confiança - para tornar a Lei Básica do Ministério Público em efetivo instrumento da ação dinâmica da Instituição pela sua longa manus na defesa dos Poderes Constituídos e dos superiores interesses da sociedade democrática e justa em que precisa o Brasil se constituir.

Ao Ministério Público do Trabalho e ao Judiciário Trabalhista, nesses tempos de crise econômica-moral-social e política, cabe primordial responsabilidade de, pela sua ação vigilante e indormida, lutar pelo respeito aos direitos individuais e coletivos, pela restauração da dignidade do trabalho, pela valorização da seriedade na vida pública e pela preservação da justiça social, com paz, progresso e liberdade.

(*) Armando de Brito - Subprocurador Geral, é o Coordenador da Comissão Editorial da ``Revista do MPT''.

E esses anseios precisam ficar bem explícitos na Lei Básica do Ministério Público e nas mudanças desejáveis que se fazem sentir também na estrutura do funcionamento da Justiça do Trabalho, através de expressiva alteração que também se impõe na letra da Legislação Processual Trabalhista.

E, finalmente, na mentalidade do cidadão impõe-se cuidem as elites educacionais de todos os níveis e aos veículos de comunicação social em essência, instilar - mutação de cunho cívico-comportamental - para que todos ajam com seriedade e destemor na luta pelo Direito. O seu e o dos outros; pela prevalência dos princípios da moral e da responsabilidade na vida do trabalho, no meio sindical e na vivência político-eleitoral, através de votações seletivas que aprimorem a sua representatividade.

E com uma vida digna para cada um, tenhamos a preocupação maior com o Brasil. Que precisa de todos nós para se erigir como Nação soberana, próspera, igualitária - terra e alma - orgulho de seus filhos.

O DEPÓSITO "AD RECURSUM" NO PROCESSO DO TRABALHO - AS LEIS NS. 7.701/88 E 8.177/91 - A RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA N. 42/89 E A INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 02 DO TST^(*)

Jorge Eduardo de Sousa Maia^()**

A garantia da execução pelo depósito ad recursum, na lide trabalhista, é questão que deve ser analisada à luz do primeiro princípio fundamental do processo trabalhista, preconizado por Couture "como procedimento lógico de corrigir as desigualdades", pois o depósito recursal não é taxa, mas garantia do Juízo recursal, que pressupõe condenação e existência de um trabalhador desempregado com necessidades básicas bastante comprometidas.

O artigo 899 da Consolidação das Leis do Trabalho é o dispositivo legal que regula a satisfação deste pagamento estabelecido como condição obrigatória para a interposição de recurso, inclusive o extraordinário. É hoje alvo das mais variadas interpretações, e objeto de incômodos onerosos, mormente depois do advento das Leis ns. 7.701/88 e 8.177/91. Frise-se que o mesmo só é exigido, quando há condenação em pecúnia, e, ratificando este entendimento, o Tribunal Superior do Trabalho editou o Verbete n. 161. Na hipótese do recurso ser subordinado ao principal e interposto por reclamado vencido e condenado, o depósito deve ser realizado pelo patrão aderente.

Não obstante, eventualmente, ainda despontem dúvidas quanto ao momento de sua comprovação e lugar aonde deve ser realizado, como se observa em alguns processos, que vêm ao Ministério Público, a jurisprudência sumular resultou incólume à edição desses diplomas legais, e sepultou qualquer dúvida. O Enunciado n. 245 do TST exige que a sua realização e comprovação sejam efetuadas no prazo para a interposição do recurso. Quanto ao lugar, o Verbete da Súmula do TST de n. 165 admite seja ele realizado na sede do juízo fora da conta vinculada do operário, ou até mesmo, realizado nesta conta, mas fora da sede do juízo. Este último entendimento sumular, data venia, não me parece correto, por atentar contra a instrumentalidade do processo do trabalho, além do que prejudica o trabalhador desempregado. É sabido que, quando ocorre o trânsito em julgado, o depósito pode ser levantado por simples despacho do juiz (§ 1º in fine do artigo 899 da CLT). Se houver recurso "à execução é definitiva no que diz respeito ao quanto do depósito, e, se restituição houver, será resolvida como incidente do processo trabalhista" in Elementos do D.P.T. pág. 240, conforme Amauri Mascaro Nascimento. Como o procedimento é esse são manifestos os embaraços que o hipossuficiente tem, e os prejuízos de toda a ordem que acaba sofrendo na condição de desempregado.

Na aparência formal desse pagamento, surgem às vezes dúvidas que suscitam a arguição de irregularidade e deserção. A mais comum é aquela superada hoje pela jurisprudência sumular - Verbete n. 216 - e inerente à autenticação mecânica do valor do depósito na relação de empregados e a individualização do processo na guia de recolhimento.

A falta destes elementos não motiva a deserção. Outra, lamentavelmente, ainda constatada é a resultante da comprovação do depósito, na interposição do recurso, feita em papéis anódinos que desatendem ao artigo 830 da CLT. Lembrei, lamentando, pois embora pareça sem importância, se vê no dia-a-dia que os documentos oferecidos como prova, por muitos profissionais do Direito, no processo do Trabalho, conspiram contra esta exigência, restando sem eficácia probante alguma. Finalmente, parece-me oportuno relembrar uma questão, aparentemente tranquilizada, por um verbete sumular, e que data venia, não reflete o melhor entendimento a respeito. É quando os Bancos recorrem e efetuam o depósito no seu próprio estabelecimento. Nesta hipótese quer-me parecer que, além das demais formalidades, o empregador deverá efetuar a prova do credenciamento. O Tribunal Superior do Trabalho, em inúmeros acórdãos, já decidiu que o "depósito ad recursum feito no próprio Banco Recorrente caracteriza deserção, se não comprovada a existência de credenciamento de que trata o artigo 10 parágrafo quarto do Decreto n. cinqüenta e nove mil, oitocentos e vinte de sessenta e seis". Pelo menos três Ministros Togados do TST, de estirpe notável, como Coqueijo Costa, Guimarães Falcão e Orlando Teixeira da Costa manifestam esse mesmo entendimento. O primeiro no RR 2505/82 em decisão publicada no DJ de 30.09.83. Os últimos dois, atual presidente e vice-presidente da Augusta Corte Especializada, também,

(*) O Presente trabalho presta-se a homenagear os formandos da Turma de 91 da Faculdade de Direito AEUDF, aos quais tive a sorte de ter por alunos.

(**) Jorge Eduardo de Sousa Maia, Subprocurador-Geral do Trabalho e professor de Direito Processual do Trabalho da Faculdade de Direito da A.E.U.D.F.

quando integrantes da Egrégia 3ª Turma do TST, proferiram a mesma compreensão nos RR 940/82 e RR 4107/84, em decisões que foram publicadas no DJ do dia 13.05.83 e 28.06.85.

Relativamente à apuração do seu quantum, as dúvidas maiores surgiram com o advento da Lei 7.701/88, e encorpam-se com a Lei 8.177/91.

As medidas lançadas ao longo dos anos para atualizar taxas, impostos, multas, não têm sido suficientes para, conter a fúria da inflação, que procura esmagar toda a luta do País. E a garantia da execução do débito trabalhista pelo depósito ad recursum também foi levada por essa força sem exceção e sem remissão. A cada momento que o executivo e legislativo envidam esforços para amenizar os efeitos devastadores do mal, para o qual os economistas não encontraram antídoto, novos índices, deflagrados como simples passo de mágica, alienam tudo em vão. A prova disso está na edição de uma lei em 22 de dezembro de 1988, estabelecendo valores para o depósito na lide trabalhista e em 01 de março de 1991 um novo diploma legal foi editado como necessidade de traçar novos limites para o depósito, num contexto de regras para a desindexação da economia. Esta lei chegou mesmo a inovar, pois deu competência ao Tribunal Superior do Trabalho para periodicamente alterar os valores nela estabelecidos. Em princípio, esta delegação de competência não me parece legal, pois só a lei poderá atualizar tais valores. O preceito consolidado pertinente ao depósito, antes do advento, das leis, aludia a três hipóteses:

a) quando a condenação for até dez vezes o valor de referência regional, o depósito corresponderá à respectiva importância;

b) quando o valor da condenação ou o arbitrado para fins de custas exceder o limite de dez vezes o valor de referência da região, o depósito será limitado a este valor; e

c) quando se tratar de condenação de valor indeterminado, o depósito corresponderá ao que for arbitrado para efeito de custas até o limite de dez vezes o valor de referência regional. De frente a nós, portanto, com três situações preconizadas pelo artigo 899 da CLT, quando a condenação for em valor determinado e indeterminado.

Na primeira hipótese, se a condenação for até dez vezes o valor de referência, o quantum deverá ser apurado pelo valor da condenação, e se o valor da condenação ou o arbitrado para fins de custas exceder o limite de dez vezes o valor de referência o depósito para o recurso será limitado a este valor. Na segunda hipótese, se a condenação for de valor indeterminado, o depósito corresponderá ao valor arbitrado para efeito das custas até o limite de dez. Em verdade, o legislador preconizou para a garantia do juízo valores e formas alternativas compatíveis com o momento em que insignes magistrados, verdadeiros estivadores da Justiça Especializada, como não o deixaram de ser os de nossos dias, tinham tempo para proferir a sentença na própria audiência e aonde se conhecia o valor da condenação pelas sentenças líquidas. Essas peças jurídicas, laboriosamente arquitetadas podem ser ainda encontradas em alguns arquivos, e para seus autores haverá uma folha ilustre da história do direito social, pois os contadores do juízo, embora eficientes e imprescindíveis nos dias atuais não desvanecerão a notabilidade desses magistrados. Hoje isso não ocorre, e, salvo raras exceções, a condenação é, via de regra, em valor indeterminado, sendo a liquidação fase preambular do processo de execução. Mas as custas, no processo do trabalho, são estabelecidas de forma diversa ao do processo civil. É o ônus do Estado pela realização da Justiça Social. O ideal de justiça célere e barata, reconhecido por todos à Justiça Especializada, no entanto, está bem aquém da "idéia de eteroproteção do trabalhador", mormente quando se associa a problemática da garantia da execução do débito trabalhista pelo depósito ad recursum jungido ao valor atribuído às custas. Parece-me mais do que necessário, nos dias atuais e perfeitamente indispensável, a edição de instrumentos legais que visem a sanar a lacuna existente na legislação processual trabalhista para ajudar a atenuar esse ônus de um Estado que parece asfíxiado por tanta subvenção.

A Lei 7.701/88, editada em 21 de dezembro de 1988, objetivando corrigir as distorções provocadas pelas constantes investidas da inflação e atribuir valores mais condizentes com a finalidade do depósito ad recursum, em seu artigo 13, estabeleceu o seguinte: "O depósito recursal de que trata o artigo 899 e seus parágrafos da Consolidação das Leis do Trabalho fica limitado, no recurso ordinário, a 20 (vinte) vezes o valor de referência e, no de revista, a 40 (quarenta) vezes o referido valor de referência. Será considerado valor de referência aquele vigente à data da interposição do recurso, devendo ser complementado o valor total de 40 (quarenta) valores no caso de revista. Grifos nossos. A manifesta imperfeição da lei que procurava atualizar os valores previstos para o depósito no processo do trabalho e as dúvidas surgidas nos Tribunais Regionais do Trabalho, na admissibilidade do recurso extremo trabalhista, levaram o Tribunal Superior do Trabalho a considerar proposta feita pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho e a editar a Resolução n. 42/89 de 22 de maio, publicada no Diário da Justiça de 01.06.89, que tem o seguinte teor:

"Considerando que a Lei n. 7.701/88 trouxe ao mundo jurídico nova disciplina quando ao depósito recursal;

Considerando a dualidade de depósitos, norteados pela espécie de recurso - ordinário e de revista;

Considerando que pesam dúvidas, nos Regionais, sobre a complementação dos 40 (quarenta) valores de referência relativos ao recurso de revista;

Considerando que a matéria deve merecer, no juízo de admissibilidade exercido pelos Tribunais Regionais, tratamento uniforme, resolveu, por unanimidade autorizar o Corregedor-Geral a baixar o presente Provimento Geral, no sentido de os Regionais observarem, quanto ao depósito recursal, o seguinte:

1. O depósito recursal pertinente ao recurso de revista deverá observar o limite de 40 (quarenta) valores de referência, vigente à data da interposição.

2. Na hipótese de o recorrente já contar com depósito feito nos autos, relativo ao recurso ordinário a apuração do número respectivo de valores de referência far-se-á considerado o valor nominal, em pecúnia, já depositado e que conste da guia e aquele que estiver em vigor, na data da interposição da revista, relativo ao de referência complementando o interessado o depósito, de modo a que seja observado o limite de 40 (quarenta) valores".

Em que pese a tentativa da Augusta Corte Especializada de procurar atenuar os efeitos da imperfeição legislativa e "uniformizar" o tratamento a ser dispensado na apreciação do cálculo do depósito pelas divergências nascidas no Juízo de Admissibilidade a quo, as dúvidas persistiram e o item II da Resolução acabou articulando um bis in idem, que me parece ilegal. A atribuição de um valor nominal, em pecúnia, ao valor depositado, na interposição da revista, em verdade, atenta contra o entendimento pacífico de que o depósito à disposição do juiz rende juros e correção monetária. Na conta dos talentos, o mau criado teve sobre ele a condenação "SERVE NEQUAM".

Diga-se a bem da verdade, que se fosse necessário fazer cálculos, por se concluir que os valores de referência depositados não se haviam atualizado numa correspondência real, a perda de tempo seria expressiva, embora não o deixe de ser, em termos consideráveis, nos cálculos exigidos pela Lei e pela Resolução. Lembro que, num sorteio de recursos de revista oriundos de dezoito Tribunais Regionais do Trabalho, com valores de referência diversos e variáveis todos os meses, a perda de tempo já é significativa. Só quem não atenta com cuidado na análise desse pressuposto pode negar tal afirmativa, pois a calculadora e a tabela com os valores de referência são imprescindíveis na análise do preparo. Mas, além disso, há situações que não foram contempladas pela Resolução e que ainda continuam sendo consideradas sem grande importância na argúcia do devedor recorrente. Por exemplo: quando o reclamado é sucumbente somente no Tribunal Regional do Trabalho e não é arbitrado um novo valor à condenação. Para efeito de custas o que ocorre ao manifestar a revista? Efetua o depósito pelo valor atribuído para efeito de custas pela Junta de Conciliação e Julgamento. Evidencia-se aí fuga à lei e a flagrante burla à execução. Outra hipótese que se depara com muita insistência é aquela em que o reclamado foi condenado na Junta e satisfaz ao recorrer ordinariamente o pagamento do depósito no valor de vinte vezes o valor de referência, mas para recorrer de revista complementa o valor do depósito até atingir o valor atribuído para efeito de custas. Nesta situação, renova-se o vício apontado.

Os sucessivos planos econômicos ocorridos no País nos últimos anos, as conversões da moeda e a delonga no julgamento de recursos sem fim nos Tribunais Regionais faz-nos ver, em processos que vêm ao TST, depósitos efetuados no valor total da condenação arbitrada para efeito de custas na importância de um cruzeiro e às vezes até de centavos. Lamentavelmente, este valor não corresponde a absolutamente nada, e com ele alguns recorrentes pretendem fazer crer que estão garantindo a execução. Valores como estes não podem em verdade enquadrar-se na finalidade do depósito, que objetiva repelir o recurso protelatório mas, acima de tudo, garantir a execução. Decisões Turmárias do TST têm decidido em sintonia à decisão proferida pela Seção de Dissídios Individuais no RR 3304/89 Ac. SDI 2194/91.7 2ª Região que diz: "se o depósito recursal foi efetuado no valor total da condenação arbitrada pela sentença quando da interposição do recurso ordinário, e o mesmo não foi alterado pelo acórdão regional, garantido está o Juízo, não havendo que se falar em complementação de depósito para a interposição de recurso de revista. Embargos conhecidos e acolhidos" - decisão publicada no Diário da Justiça do dia 29 de novembro de 1991, Seção I, pág. 17423. Este entendimento data venia não merece os nossos encômios por ser um estímulo à não garantia da execução, pois além de ser válido para a aplicação da Lei 7.701/88 acabará sendo consagrado também para o segundo diploma legal. Como já referi, hoje são raras as condenações em valor determinado e a regra geral, que grande parte dos empregadores passou a obedecer, é aquela que melhor os aproveita. Por certo, nenhum empregador ao recorrer de revista estará obrigado a complementar o depósito. Basta para tanto que não haja acréscimo da condenação em segunda ou última instância e que o depósito efetuado, quando da interposição do recurso ordinário, haja sido feito no montante arbitrado para efeito de custas.

Uma outra hipótese, não contemplada pelo Provimento da Corregedoria Geral e que me parece merecer análise é aquela em que o padrão recorrente efetua o depósito pelo valor atribuído para efeito de custas na manifestação do ordinário, e o Tribunal Regional acresce a condenação, mas não estabelece um novo valor para efeito de custas. Também aqui o recorrente está obrigado a observar o teto legal, quarenta vezes o valor de referência -, tendo em vista a orientação jurisprudencial consagrada no Verbete n. 128 do TST, que resultou incólume também à edição das duas leis.

A gama de situações que se depara na apuração do quantum do depósito ad recursum na hipótese da revista é variada, mas na aplicação da lei o juiz deve estar atento às finalidades sociais a que ela se destina. Dinheiro que poderia garantir a execução, garante a ciranda financeira com lucros e dividendos fáceis e mais, esse quantum, que pode ser levantado por simples despacho do juiz, acaba não tendo expressão em termos de garantia da execução. O credor, sem dúvida alguma, acaba sendo prejudicado e ele é quase sempre um trabalhador desempregado que precisa suprir as necessidades mais prementes da família. Conforme Amauri Mascaro Nascimento ao invocar os princípios do processo trabalhista, arguindo o magistério do Couture, o Direito Processual do Trabalho é elaborado totalmente com o propósito de evitar que o litigante mais poderoso possa desviar e entorpecer os fins da Justiça.

A interpretação teleológica merece prevalecer na análise do referido dispositivo legal, pois o objetivo do legislador na Lei 7.701/88 foi estabelecer esse valor para efeito de alçada. Talvez a falta da boa técnica legislativa o tenha traído! Não obstante todas as dúvidas e interpretações, a lei não deixa margem para outro entendimento. Na interposição do recurso de revista, na vigência da Lei 7.701/88, deve ser complementado o valor total de quarenta valores de referência, quer tenha havido o depósito de vinte valores de referência, quer o mesmo tenha sido efetuado pelo valor atribuído para efeito de custas, pois a parte final do artigo 13 da referida lei assim o determina.

O legislador insistiu na mesma perseverança ao editar a Lei 8.177/91 e acabou sendo mais decisivo na garantia da execução. O artigo 40 do referido diploma legal dispõe: "O depósito de que trata o artigo 899 da Consolidação das Leis do Trabalho fica limitado a Cr\$ 420.000,00 (quatrocentos e vinte mil cruzeiros), nos casos de interposição de recurso ordinário, e a Cr\$ 840.000,00 (oitocentos e quarenta mil cruzeiros) em se tratando de recurso de revista, embargos infringentes e recurso extraordinário, sendo devido a cada novo recurso interposto no decorrer do processo." Os tetos estabelecidos neste dispositivo legal, foram alvo de severas críticas e nelas fundamentalmente o que se alegou foi o direito inarredável do jurisdicionado ao duplo grau de jurisdição e, no entendimento de alguns ilustres causídicos, transpareceu evidente o arranhão a alínea "a", inciso XXXIV, do artigo 5º da atual Constituição da República. Os valores elevadíssimos estabelecidos para o depósito ad recursum, em março do corrente ano, em verdade já foram corroídos pela inflação dos últimos meses e quer-me parecer não ser aceitável a tese, especialmente porque ela é levantada tão-somente em razão dos valores fixados. Nos dias, em que vivemos, não há a noção real do dinheiro e esta dúvida já é bastante para repelir a visão fugaz da inconstitucionalidade, pois esta não se presume, prova-se. Conforme magistério de Carlos Maximiliano "Todas as presunções militam a favor da validade de um ato legislativo ou executivo, portanto, se a incompetência, a falta de jurisdição ou a inconstitucionalidade em geral (não estão acima de toda dúvida razoável) interpreta-se e resolve-se pela manutenção do deliberado por qualquer dos três ramos em que se divide o Poder Público. Entre duas exegeses possíveis prefere-se a que não infirme o ato de autoridade". Por isso, é que a matéria de declaração de inconstitucionalidade, como também ensina Cooley, deve ser apreciada pelos Tribunais com muita precaução, sem hesitação e relutância, mas como um dever imperativo de declarar a violação da Carta Maior". Se os empregados foram beneficiados com o aumento do valor do depósito, maior proveito tirou a economia nacional e conseqüentemente a Nação com os valores depositados. Mas relativamente à interpretação do artigo 899 da CLT pelo advento da Lei 8.177/91, pode-se concluir que a emenda foi pior que o soneto. O artigo 40, ao tratar do depósito no processo do trabalho a exemplo do artigo 13 da Lei 7.701/88, continuou pecando pela falta da boa técnica legislativa para a exacerbação geral. Em função disso, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho considerou a necessidade de fixar sua interpretação a respeito da matéria com o objetivo de evitar dúvidas entre os jurisdicionados e acabou editando a Instrução Normativa n. 2, publicada no Diário da Justiça do dia 16 de maio de 1991, com o seguinte teor:

I - O depósito de que trata o art. 40 da Lei n. 8.177/91 não é taxa para recurso, mas garantia do Juízo recursal, que pressupõe condenação em valor líquido ou arbitrado e só é exigível nas hipóteses de Recurso

Ordinário, de Recurso de Revista e do Recurso de Embargos Infringentes, interpostos de decisão condenatória em pagamento, proferida no processo de conhecimento;

II - Em se tratando da condenação de valor inferior ao referido no art. 40 da Lei 8.177/91, o depósito recursal ficará limitado àquele valor; se o valor da condenação for superior, o depósito ou sua complementação, na hipótese de sucessão de recursos, será de quatrocentos e vinte mil cruzeiros no caso de recurso ordinário e de oitocentos e quarenta mil cruzeiros, em cada novo recurso interposto no andamento do processo, limitada sempre a sua exigibilidade ao valor da condenação. Uma vez depositado o valor total da condenação, nenhum outro poderá ser exigido.

III - A condenação originária ou ao seu valor acrescido, em qualquer grau de jurisdição, se ilíquida, deverá ser arbitrado novo valor na decisão, pelo órgão julgador, para fins de depósito recursal ou de complementação do já feito.

IV - Nos processos em que interposto qualquer dos recursos mencionados no item I, entre a data de vigência da Lei n. 8.177 de 04 de março de 1991 e a vigência desta Instrução Normativa, caso a decisão recorrida não tenha arbitrado o valor da condenação ou do seu acréscimo, a autoridade competente para receber o recurso, o relator designado, ou o órgão julgador, arbitrar previamente aquele

valor e mandará intimar o recorrente para fins de depósito ou complementação do valor já depositado, no prazo de oito dias.

V - Os valores da condenação originária ou acrescida, do depósito já realizado ou a ser complementado, serão considerados, para os efeitos normatizados nesta Instrução, no seu valor nominal e no padrão monetário em cruzeiro, realizada, para os processos em curso, se necessária, a devida conversão.

VI - O Depósito recursal a ser feito em caso de Recurso Extraordinário para o Supremo Tribunal Federal é matéria de interpretação exclusiva da Suprema Corte, não podendo ser normatizado pelo Tribunal Superior do Trabalho.

VII - A presente Instrução Normativa entrará em vigor no dia 27 (vinte e sete) de maio de 1991."

Como se constata a "interpretação" dada pela Egrégia Corte Trabalhista à Lei 8.177/91 infringe a literalidade do artigo 40. É o magistério do saudoso Ministro Coqueijo Costa que, invocando Sérgio Rizzi, diz que "viola-se literalmente a lei quando interpreta erroneamente a lei, ferindo-lhe o sentido literal" in Ação Rescisória, 3ª Edição, LTr Editora. O inciso I da referida Instrução Normativa diz que em recursos é exigível o depósito ad recusum e cita apenas tal pagamento em três recursos: ordinário, recurso de revista e embargos infringentes. O artigo 40 diz expressamente "sendo devido a cada novo recurso interposto no decorrer do processo". Grifos nossos. E se é devido a cada novo recurso, interposto no decorrer do processo, é evidente que sempre que houver recurso o mesmo terá que ser satisfeito. Poder-se-ia hesitar quanto aos embargos declaratórios já que doutrinariamente subsistem dúvidas se esse antídoto é ou não recurso, embora a legislação Processual Civil o elenque entre os recursos. Mas, dúvidas inexistem entretanto quanto ao agravo, pois o Estatuto Obreiro, ao prever os recursos no processo do trabalho de forma textual, o inclui entre os demais recursos. Por outro lado, a Lei 7.701 de 21.12.88, ao tratar da competência das Turmas e da Seção de Dissídios Individuais, prevê agravo regimental e embargos interpostos às decisões divergentes das Turmas. A não inclusão destes recursos no inciso I da Instrução Normativa no rol, dos recursos em que é exigível o depósito, além de atentar contra a literalidade da lei não se justifica. Como já referi, a finalidade do depósito ad recusum é a garantia da execução e o controle do recurso protelatório como medida de proteção ao hipossuficiente. Se dois são os objetivos-fim do depósito que alternativa encontrar para melhor coibir o abuso do remédio protelatório senão os sucessivos depósitos como preconizados na própria lei. Quem são os grandes prejudicados com interposição desses recurso senão o Estado e os Reclamantes. Eles, portanto, é que devem beneficiar-se do depósito. A execução é definitiva no que diz respeito ao depósito na hipótese de recurso e a economia, atingida pelas despesas do aparelho judiciário, acaba beneficiando-se de depósitos que podem deixar de fomentar a ciranda financeira. A sarabanda recursal preconizada pelo Ministro Coqueijo Costa na avaliação do artigo 9º da Lei 5.584/70, se o Juízo de Admissibilidade fosse aplicado no agravo de instrumento, é hoje perfeita e legalmente possível pela Lei 7.701/88, e, em verdade, acaba atingindo a finalidade do depósito e possibilitando tudo o que se pretendeu evitar. A garantia da execução como forma também de proteger o desempregado pode ser obtida, quando se constata e impede a protração da própria execução.

Por outro lado, o item I da Instrução Normativa reporta-se a depósito no processo de conhecimento. É sabido que o recurso de revista intentado em execução, regra geral, dispensa o depósito por estar garantida a execução. Mas, na hipótese de haver irregularidade no depósito da execução é evidente que, como condição da ação, eles não serão conhecidos por desertos. Logo, se houver recurso de revista intentado contra decisão proferida em execução de sentença, como na hipótese aventada, o depósito ad recusum haverá de ser satisfeito, porque a execução não foi garantida nos embargos.

No que junte ao item II da Instrução Normativa do TST tudo o que foi dito para a Lei 7.701/88 acerca da necessidade do depósito na interposição de recursos no processo do trabalho se torna ainda mais revigorado pela intenção do legislador, na edição da Lei 8.177/91, em fixar um valor para o recurso ordinário de quatrocentos e vinte mil cruzeiros e oitocentos e quarenta mil cruzeiros, em se tratando de recurso de revista, embargos infringentes, recurso extraordinário, e, a cada novo recurso interposto no decorrer do processo. Se assim não for entendido não tenho a menor dúvida que, doravante, os padrões irão deixar de cumprir a lei, pois é mais fácil e muito mais econômico, quando da interposição do primeiro recurso em que há condenação, satisfazer este pagamento pelo valor da condenação arbitrado para efeito de custas, e, não ter que pagar mais nada na interposição de qualquer outro recurso, ainda que com prejuízo manifesto para o trabalhador desempregado.

Relativamente ao item IV da mesma Instrução resulta infringido o artigo 43 da Lei 8.177/91. Não é princípio absoluto em nosso direito de que a lei prescreve a entrada em vigor na data da respectiva publicação, e in casu o artigo 43 determina que "esta lei entra em vigor na data de sua publicação". Ora o referido item estabelece que entre a data da vigência da lei e da vigência da Instrução, a autoridade competente para receber o recurso, ou, o relator designado, arbitrar o valor da condenação e mandará intimar o recorrente para fins de depósito ou complementação do valor já depositado. Se a lei entrou em vigor na data de sua publicação, quer parecer-me mais do que lógico que todo o recorrente deve cumpri-la estando obrigado ao depósito nela previsto.

Também a atribuição de um valor nominal no padrão monetário do cruzeiro para o depósito já efetuado, previsto pela Instrução, é a repetição do entendimento perfilhado pela resolução anterior, e atenta contra o princípio defendido pela doutrina de que todo o depósito à disposição do Juízo rende juros e correção monetária.

“O Juízo dos homens é mais temeroso que o Juízo de Deus; porque Deus julga com o entendimento, os homens julgam com a vontade.” Vieira.

REMUNERAÇÃO, SALÁRIO E INDENIZAÇÃO^(*)

Ives Gandra da Silva Martins Filho^(**)

I) INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho, como disciplina normativa da proteção ao trabalhador, tem na questão salarial um de seus tópicos mais destacados. Não é de admirar, tendo em vista que o objetivo desse ramo da Ciência Jurídica é precisamente a realização da Justiça Social: a justa retribuição dos fatores da produção - capital e trabalho.

A Justiça Social constitui o meio de se atingir o bem estar econômico de uma sociedade, considerada como comunidade de trabalho, mediante a distribuição do produto social entre os seus vários membros, atribuindo a cada um o que lhe compete, segundo a participação que teve na realização da produção.¹

Nesse contexto, o salário é a forma clássica de retribuição do trabalho, em contraposição ao lucro, que constitui a recompensa maior do capital investido na produção.

Dentre os fatores de produção, é o trabalho aquele que detém a primazia, por proceder imediatamente da pessoa humana, enquanto que o capital e os bens de produção devem ser considerados como instrumentos, que também exigem uma retribuição adequada.²

Nosso Direito Constitucional Positivo, ao tratar da Ordem Econômica, reconhece que esta se funda sobre 2 colunas: a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa (CF, art. 170, caput). Mas quando trata da Ordem Social, coloca ênfase no fator trabalho como o principal:

“Art. 193 - A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

Tal primado, além de sua razão ontológica, justifica-se como imperativo do princípio da isonomia: tratar desigualmente os desiguais, compensando assim, com uma superioridade jurídica a inferioridade econômica do trabalhador.³

Assim, o caráter protetivo do Direito do Trabalho verifica-se especialmente no campo da retribuição ao esforço produtivo do trabalhador, na medida em que estabelece regramento adequado e minucioso sobre o salário, suas formas e garantias.

O intervencionismo estatal no campo das relações trabalhistas, fixando regras rígidas de pactuação, de forma a garantir os direitos mínimos do trabalhador, faz com que o Direito do Trabalho seja incluído, dentre os ramos da árvore jurídica, no tronco do Direito Público: os direitos trabalhistas estão entre aqueles aos quais se atribui a nota da indisponibilidade por parte de seu titular.

Com base em tais pressupostos principiológicos (realização da Justiça Social, primazia do trabalho sobre o capital e proteção legal ao salário), passamos ao estudo do salário, como forma principal de retribuição ao esforço produtivo do trabalhador.

II) DIFERENCIAÇÃO ENTRE REMUNERAÇÃO, SALÁRIO E INDENIZAÇÃO

(*) Roteiro das palestras ministradas no Curso de Direito e Processo do Trabalho realizado na OAB-DF no mês de novembro/91.

(**) Ives Gandra da Silva Martins Filho é Subprocurador-Geral do Trabalho e Mestre em Direito Público pela UnB.

¹ cfr. JOHANNES MESSNER, “Ética Social”, Quadrante-EDUSP - s/d - São Paulo, pag. 419 (tradução de Alípio Maia de Castro).

² cfr. LUIZ JOSÉ DE MESQUITA, “Direito Disciplinar do Trabalho”, LTr - 1991 - São Paulo, 2ª Edição, pg. V (edição fac-similada da de 1950, com introdução atualizada).

³ cfr. EVARISTO DE MORAES FILHO, “Princípio da Isonomia”, in “Direito Constitucional do Trabalho - Estudos em Homenagem ao Professor Amauri Mascaro Nascimento” (LTr - 1991 - São Paulo, pg. 109).

Tudo aquilo que o trabalhador recebe em decorrência de uma relação de emprego enquadra-se num desses três conceitos: remuneração, salário ou indenização. Por isso, convém distingui-los devidamente, pois os efeitos jurídicos do enquadramento de determinada parcela percebida pelo trabalhador num ou noutro conceito são diversos.

Remuneração é tudo o que o trabalhador recebe por ocasião da prestação de serviço. Engloba não apenas o que o empregador lhe paga diretamente, mas também o que recebe de clientes ou as comissões que se lhe somam ao salário pelos negócios por ele realizados.

Salário é a importância paga pelo empregador como retribuição acordada pelo serviço prestado. Tem uma abrangência mais restrita do que a remuneração, gênero do qual seria espécie. Costuma identificar-se com o salário básico pago ao empregado, ao qual são acrescentadas outras parcelas que retribuam condições especiais da prestação do serviço, formando, assim, a remuneração global do trabalhador.

Indenização é aquilo que o trabalhador recebe como ressarcimento pelos prejuízos que sofre durante a prestação do serviço ou com o rompimento da relação de emprego. Supõe sempre um dano a ser ressarcido economicamente através de parcela paga pelo empregador.

A importância da distinção desses conceitos decorre especialmente do fato da incidência de umas parcelas sobre outras, na forma de base de cálculo: são os conhecidos reflexos das parcelas salariais.

Assim, as parcelas que possuam natureza salarial refletem em outras, compondo a sua base de cálculo. Com efeito, no momento de se calcular férias, repousos semanais, 13º salário, gratificação semestral, verbas rescisórias, etc., é necessário saber qual o ganho mensal habitual do empregado, isto é, salário básico acrescido das demais parcelas remuneratórias, de forma a que o trabalhador perceba, no seu descanso ou como remuneração extra o mesmo que receberia se estivesse trabalhando.

De forma diversa, a natureza indenizatória de uma parcela impede, em princípio, que componha a base de cálculo de outras parcelas, pois não constitui retribuição pelo serviço prestado, mas apenas ressarcimento por prejuízo acaso sofrido pelo trabalhador.

No entanto, o que parece claro na teoria, perde nitidez quando aplicado aos casos concretos. Isto porque, quando a situação fática que provoca prejuízo ao empregado se dilata no tempo, exigindo um ressarcimento habitual pelo dano que sofre, quer em sua saúde, quer em seu bolso, então a tendência é integrar a parcela no salário, para efeito de cálculo de outras verbas.⁴

Assim, o adicional de insalubridade, típica parcela indenizatória pelo prejuízo à saúde que o trabalhador sofre ao prestar serviços exposto a agentes nocivos à saúde, acaba adquirindo natureza salarial, por força da jurisprudência, uma vez que constitui um ganho extra do trabalhador, com o qual já conta também quando não estiver laborando, mas tiver direito ao salário.

III) PROTEÇÃO LEGAL AO SALÁRIO

1) IRREDUTIBILIDADE SALARIAL

A primeira regra protetiva aplicável ao salário é aquela que determina sua irredutibilidade. Está insculpida no inciso VI do art. 7º da Constituição Federal de 1988.

Tal regra, no entanto, comporta exceções, conforme estabelece o próprio dispositivo constitucional: o salário pode sofrer redução, quando isso seja estabelecido em acordo ou convenção coletiva.

A exceção diz respeito à adoção, por nosso ordenamento constitucional, da idéia de flexibilização das condições de trabalho, necessária nos períodos de crise econômica, em que as empresas não conseguem arcar com todos os encargos sociais. Assim, uma redução salarial temporária pode ser acordada entre as partes, visando à garantia maior do emprego e à continuidade do empreendimento. Evitam-se, dessa forma, despedidas em massa ou a falência da empresa.

Procuramos, em estudo anterior, conceituar o que seja flexibilização, definindo-a como a "atenuação da rigidez protetiva do Direito do Trabalho, com a adoção de condições de trabalho menos favoráveis do que as previstas em lei, mediante negociação coletiva, em que poderá ser compensada a perda de vantagens econômicas, pela instituição de outros benefícios, de cunho social, que não onerarão excessivamente a empresa, nos períodos de crise econômica ou de transformação na realidade produtiva".⁵

⁴ cfr. ARNALDO SÜSSEKIND, "Instituições de Direito do Trabalho" (Freitas Bastos - 1984 - Rio, Volume I, pg. 424).

⁵ "Heterodoxia: Flexibilização e Direito Alternativo", in "Jornal do VI Congresso Brasileiro de Direito Coletivo do Trabalho e V Seminário Sobre Direito Constitucional do Trabalho" (LTr - 1991 - São Paulo, pg. 53).

A possibilidade de redução salarial já se encontrava na CLT, no art. 503, quando, por força maior ou prejuízos devidamente comprovados, a empresa não tivesse condições de fazer frente à sua folha de pagamento de salários, podendo reduzi-los em até 25%.

De qualquer forma, diante do preceito constitucional, a redução geral de salários de uma empresa apenas será possível mediante acordo ou convenção coletiva, pois somente com a participação do sindicato obreiro nas negociações é que haverá possibilidade de real defesa dos interesses dos trabalhadores. Nesse caso, constatando o sindicato a situação deficitária da empresa e o risco para o emprego, como também a crise econômica por que passa o setor produtivo em questão, poderá sopesar a conveniência de admitir uma redução temporária dos salários. Em geral, num contexto altamente inflacionário, essa redução se concretizará na adoção de percentuais de reajuste inferiores aos registrados pela inflação.

O conceito de redução salarial, como se pode notar, é mais amplo do que a simples diminuição nominal do salário, não se confundindo com ela.

Com efeito, por ocasião da edição do Plano Cruzado (Decreto-Lei 2284/86), a fórmula adotada pelo mesmo para a conversão dos salários de cruzeiros para cruzados (art. 19 e anexo) importou, em relação às categorias com data base em fevereiro, numa diminuição nominal do salário. Discutiu-se, então, se teria havido, in casu, redução salarial.⁶ Entendemos que não, tendo em vista, especialmente, o fato de que no mês de março/86 o que se verificou, como fruto do plano de estabilização do governo, foi o fenômeno da deflação (-0,11%).

Assim, o problema da redução salarial não se limita à possibilidade do patrão diminuir o salário do empregado. Refere-se também ao poder aquisitivo do salário. Com isso, tivemos, no início do Plano Cruzado, o aumento do poder aquisitivo da moeda, com o fenômeno deflacionário, pelo que, uma redução nominal do salário (na verdade, conversão de uma moeda noutra) não constitui malferimento da regra da irredutibilidade salarial.

O mesmo não se pode dizer em relação à concessão de reajustes salariais em índices inferiores aos da inflação registrada pelos órgãos oficiais. Nesses casos, a realidade da existência de perdas salariais pode ser enquadrada como desrespeito à garantia constitucional da irredutibilidade salarial.⁷

O problema se coloca no contexto dos dissídios coletivos, quando o reajustamento salarial da categoria é feito através do Poder Normativo da Justiça do Trabalho.

No ordenamento jurídico-trabalhista brasileiro, em que à lei se agregam, como fontes do Direito, os contratos, os acordos coletivos, as convenções coletivas e as sentenças normativas, temos que a política salarial governamental, no concernente aos reajustes, pode estabelecer a periodicidade e a forma pela qual os salários serão reajustados, determinando, inclusive, aplicação de índices deflatores (exemplos das Leis 6.708/79 e 7.238/84, com reajuste de 0.8 da variação semestral do INPC para os que ganhavam acima de 3 salários mínimos).

Diante do novo diploma constitucional, tais leis apenas poderiam ser editadas se fosse assegurada, por ocasião da data base da categoria, a aplicação do fator 1.0 da variação do IPC (ou índice oficial equivalente), caso a negociação coletiva desembocasse em ajuizamento de dissídio coletivo, pois nessas hipóteses, a possível inconstitucionalidade da lei seria sanada pela sentença normativa.

Dessa forma, no sistema jurídico como um todo (considerada a lei e a sentença normativa como elementos complementares), teríamos respeitado o princípio da irredutibilidade salarial real, pois apenas a periodicidade seria mais ampla (1 ano), mas o reajuste de acordo com as perdas decorrentes da inflação seria efetuado na data base da categoria (ou não, se assim se dispusesse em acordo ou convenção coletiva).

Com isso, seria possível a implementação de possíveis políticas governamentais de controle da inflação, sem a imposição definitiva de perdas salariais aos trabalhadores, pois o período de um ano seria suficiente para se verificar do sucesso, ou não, de determinado plano, o que, em termos de impacto psicológico, influenciaria no sentido de possibilitar negociação coletiva em bases mais realistas quanto aos percentuais de reajuste e às expectativas de manutenção do poder aquisitivo do salário.

⁶ cfr. CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS, "Aspectos Jurídicos do Plano de Estabilização da Economia" (Ed. Iasp-Cejup, 1987, Belém).

⁷ No 1º Painele do IV Seminário sobre Direito Constitucional do Trabalho (realizado em São Paulo em novembro de 1990), concluíram em sentido contrário os eminentes mestres Min. ARNALDO SÜSSEKIND ("Irredutibilidade do Salário", Revista LTr 55-02/137-138) e Min. JOSÉ AJURICABA DA COSTA E SILVA ("Proteção Constitucional do Salário", Revista LTr 55-02/139141), por entenderem que a irredutibilidade salarial prevista na Constituição de 1988 não visa a proibir a perda real dos salários, mas apenas a redução nominal do salário do empregado.

O quadro aqui esboçado suporia, portanto, uma jurisprudência dos Tribunais Trabalhistas, em matéria de dissídio coletivo, de concessão da variação integral do índice inflacionário oficial por ocasião da data-base.

Isso seria o mínimo para se garantir o respeito ao princípio constitucional da irredutibilidade salarial. Sabe-se, no entanto, que os índices oficiais, calculados pelo IBGE ou pela FGV (conforme a legislação), são, geralmente, inferiores aos do DIEESE, esgrimidos habitualmente pelos sindicatos obreiros como indicadores reais da inflação ocorrida.

Concluimos, pois, que, sendo a redução salarial apenas veiculável através de convenção ou acordo coletivo (CF, art. 7º, VI), sua imposição através de sentença normativa, mediante adoção de reajuste salarial, na data-base da categoria, em índices inferiores aos da inflação, configura forma real de redução salarial não permitida pela Constituição e argüível em recurso contra a decisão prolatada por TRT ou pelo TST em dissídio coletivo.

2) INALTERABILIDADE DO SALÁRIO

Antes mesmo da Constituição de 1988, já podia o empregado defender-se contra possíveis reduções salariais, invocando o art. 468 da CLT. Tal dispositivo consolidado alberga o princípio básico do Direito do Trabalho da incorporação definitiva ao patrimônio jurídico do empregado, das vantagens trabalhistas acaso conferidas pelo empregador.

Veda o art. 468 da Consolidação qualquer alteração contratual que:

- a) seja feita por ato unilateral do empregador, ou
- b) acarrete prejuízo ao empregado.

Não basta, pois, que a alteração seja convencionada pelas partes. É preciso que não importe qualquer prejuízo (mormente econômico) ao trabalhador, do contrário, poderá este pleitear na Justiça a nulidade da alteração, pois a possível concordância poderia ter sido fruto de pressões patronais, sem real ciência de seus efeitos financeiros.

A inalterabilidade do salário, defensável com supedâneo no art. 468 da CLT, não se limita ao seu montante, impedindo a configuração de redução salarial. O prejuízo ao empregado pode resultar também da alteração quanto à forma de pagamento ou prestação do serviço. Assim temos:

a) alteração quando à forma de pagamento:

* pagamento mensal, quando antes se pagava por dia ou por semana, pode, em contexto inflacionário, ser prejudicial ao empregado, por já receber o salário desvalorizado no final do mês; e

* pagamento por comissão (peça ou tarefa), quando se recebia anteriormente salário fixo (ou vice-versa) resultará em prejuízo conforme a situação do mercado em relação ao ramo produtivo em questão.

b) alteração quanto ao serviço prestado:

* a determinação de reversão ao cargo efetivo, com perda da gratificação de função, não é considerada como alteração contratual ilícita (CLT, art. 468, parágrafo único); o TST chegou a editar Súmula (n. 209), no sentido de que o exercício do cargo de confiança por mais de 10 anos impediria a reversão ao cargo efetivo por imposição patronal, mas o verbete foi posteriormente cancelado pelo próprio Tribunal;⁸

* a transferência para a jornada diurna autoriza a supressão do adicional noturno, com redução da remuneração global do empregado (Súmula n. 265 do TST), mas supõe autorização do empregado, sob pena de infringência do art. 468 consolidado;

* no tocante às horas extras, a jurisprudência do TST militava no sentido de que a supressão unilateral das horas extras habitualmente laboradas por mais de 2 anos implicava sua integração ao salário (Súmula n. 76); no entanto, orientação posterior fixou o direito a uma indenização para essa hipótese (Súmula n. 291): o problema que se coloca, então, é o da criação de indenização por súmula, sem precedente anterior e que impede, ao mesmo tempo, a conclusão óbvia de que supressão de horas extras, constituindo alteração contratual que pode ser lesiva ao empregado, é passível de anulação, com o restabelecimento da parcela (e da correspondente contraprestação de serviço).

⁸ JÚLIO BERNARDO DO CARMO sustenta a tese de que o jus variandi do empregador, no sentido de poder descomissionar o empregado a qualquer tempo, impede a estabilidade funcional do empregado, mas não sua estabilidade econômica, pelo que, ocupando cargo de confiança por mais de 10 anos, poderá deixar a função por determinação patronal, mas terá assegurado o mesmo padrão remuneratório de quando exercia efetivamente a função (cfr. "Da Reversão do Empregado ao Cargo Efetivo", Revista LTr 54-9/1081-1084).

Também pode ocorrer a alteração indireta no contrato de trabalho, com repercussão nos ganhos do empregado, quando o trabalhador recebe com base em comissões sobre vendas e a empresa, por adaptação ao mercado, reduz o preço de seus serviços. Nesse caso, o empregado pode sofrer perda salarial, se o nível dos negócios realizados não se elevar sensivelmente, com o estímulo dos preços baixos. E como os riscos da atividade econômica pertencem exclusivamente ao empresário (CLT, art. 2º), a manutenção do mesmo nível de negócios, apesar da redução dos preços das mercadorias comercializadas pela empresa, poderá o empregado comissionista requerer a complementação de seu salário, até o montante que percebia anteriormente, uma vez que se configurou alteração contratual indireta das condições previstas em seu contrato de trabalho.

Outra forma de alteração contratual referente ao salário é o congelamento de determinada parcela: deixar de reajustar gratificação concedida anteriormente ao trabalhador. Aí também incide o art. 468 da CLT, impedindo que os percentuais legais ou convencionais de reajuste salarial não alcancem todas as parcelas que compõem a remuneração do empregado.

3) NÃO PODE SOFRER DESCONTOS

O art. 462 da CLT veda o desconto no salário do empregado, salvo os previstos legalmente ou em norma coletiva e os decorrentes de adiantamentos.

Não basta, pois, que o empregado autorize o desconto, para que ele seja considerado legal. A autorização deve ter por base um acordo anterior, em que o sindicato obreiro ou a própria Justiça do Trabalho tenha verificado que o objeto do desconto não decorre de imposição patronal, além de constituir um benefício real ao trabalhador.

Assim, por exemplo, desconto para seguro em grupo, quando não previsto em acordo coletivo, convenção coletiva ou sentença normativa, torna-se ilegal, nos termos da norma consolidada, ainda que autorizado pelo empregado, pois nesse caso, como inexistiu participação do sindicato na estipulação da cláusula de seguro de vida em grupo, não há garantia de que o empregado não tenha sofrido coação para permitir o desconto, como condição de sua contratação. É que, para o banco que possui seguradora, o conjunto de seus empregados acaba constituindo uma clientela de fácil acesso, pois no momento da contratação o empregado é convidado a aderir ao seguro, não gozando da liberdade de rejeitá-lo, pelo temor de não ser contratado.

Nesse sentido, reconhecida a ilegalidade do desconto, sua devolução pode ser pleiteada na Justiça, geralmente ao término do contrato de trabalho. A jurisprudência do TST, no âmbito das Turmas, tem oscilado, ora entendendo ser, em princípio, ilegal o desconto, ora considerando que tendo o empregado gozado da proteção do seguro, não pode receber de volta os valores descontados a esse título.⁹

a) contrária ao desconto:

``SALÁRIOS - DESCONTOS A TÍTULO DE SEGURO DE VIDA - DEVOLUÇÃO

No concernente a devolução dos descontos a título de seguro de vida, é nosso entendimento que ao associar-se o empregado não significa exatamente uma livre manifestação de vontade, mas uma imposição como ato admissional. E do seu salário são descontadas parcelas para que possam obter possíveis benefícios, uma vez despedido, perde automaticamente a condição de associado e de possível beneficiário. Assim, não há que se falar em manifestação de vontade do obreiro. Em consequência os descontos não se amoldam ao elenco do art. 462 da CLT, o que impõe restituição à recorrente, dos valores descontados" (TST-1ª Turma, RR 2532/90.0, Rel. Min. CNÉA MOREIRA, publicado na Revista LTr 55-10/1245).

b) favorável ao desconto:

``SEGURO EM GRUPO - DESCONTO SALARIAL

A finalidade do benefício - seguro em grupo - impede seja o desconto conceituado como redução ilícita do salário. Inexiste ofensa ao art. 462 da CLT" (TST-2ª Turma, RR 7617/90.0, Rel. Min. NEY DOYLE, publicado na Revista LTr 55-10/1256).

Descontos legalmente previstos são aqueles concernentes à contribuição previdenciária, ao imposto de renda, à contribuição sindical, às pensões alimentícias, etc. Problema que tem surgido, relativamente aos descontos previdenciários e fiscais, é o da possibilidade de serem efetuados pela Justiça, sobre parcelas salariais discutidas judicialmente.

Nesses casos, as verbas salariais pagas com base em decisão judicial, que teriam sofrido os descontos legais caso seu pagamento tivesse sido efetuado na época própria, não estão, por essa circunstância, imunes ao desconto. Há a obrigação do recolhimento dos tributos sobre elas incidíveis. Assim, duas possibilidades se apresentam:

⁹ Exemplos de decisões das Turmas do TST são:

a) recolhimento da contribuição previdenciária diretamente pelo empregado e menção, na sua declaração de rendas, daquilo que recebeu em decorrência de decisão judicial; ou

b) desconto automático, na execução da sentença judicial, dos valores devidos a título de contribuição previdenciária e imposto de renda.

A segunda opção tem a vantagem de evitar a evasão fiscal, pelo que tem sido a adotada pelo TST, através da Resolução Administrativa n. 1/90 e do Provimento n. 3/84 da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho, sendo jurisprudência pacífica da SDI a competência da Justiça do Trabalho para determinar os descontos legais.¹⁰

Além dos descontos legais, convencionais (coletivos) e decorrentes de adiantamentos, são permitidos também aqueles decorrentes de dano causado pelo empregado, mas desde que a possibilidade conste do contrato. Já na hipótese do dano decorrer de ato doloso, o desconto não sofre condicionamento (CLT, art. 462, § 1º).

Já o § 2º do art. 462 da CLT admite a compensação de débitos contraídos pelo empregado em relação ao empregador, quando a empresa na qual trabalha produz bens que lhe interesse adquirir. Assim, a empresa pode descontar em folha as mercadorias ou serviços demandados pelo empregado. Mas o dispositivo consolidado em tela alerta para a possibilidade de coação à aquisição de tais bens, pelo que, constatada a coação, poderá ser determinada a devolução do desconto efetuado.

4) IMPENHORABILIDADE DO SALÁRIO

O inciso IV do art. 649 do CPC enumera o salário entre os bens impenhoráveis. E a razão é clara: a natureza alimentar do salário, como meio de subsistência do indivíduo, não permite que seja utilizado para fim de assegurar dívidas acaso contraídas, pois se estas superarem de muito o ganho do trabalhador, este ficará privado do mínimo necessário à sua sobrevivência.

Nesse sentido, a lei proíbe, por princípio, a utilização do salário como penhor de dívidas, bem como que débitos judiciais sejam assegurados mediante penhora do salário do trabalhador. Se, por um lado, é com o salário que o trabalhador irá pagar as dívidas contraídas, por outro, não poderá fazê-lo constritivamente, através do procedimento da penhora. Outros deverão ser os meios coativos para se obter o pagamento das dívidas:

a) corte de crédito na praça para o devedor insolvente;

b) penhora e arrematação de futuros bens que venha a adquirir com o salário, que não sejam os estritamente necessários para sua sobrevivência.

Se o patrimônio do devedor não for suficiente para cobrir todas as dívidas por ele contraídas, então não restará aos credores senão sofrer o prejuízo ou dilatar o prazo de recebimento das dívidas, quando o devedor é trabalhador que recebe salário, amortizando-as periodicamente.

De qualquer modo, o que não se pode é penhorar diretamente o salário do empregado, como forma constritiva de pagamento dos débitos judicialmente reconhecidos. E nem condenar à prisão o devedor inadimplente, pois a Constituição Federal, em seu art. 5º, elenca, entre os direitos e garantias individuais, a de não ser preso por dívida, "salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel" (inciso LXVII).

Com efeito, a prisão civil, admitida nos casos do inadimplente de pensão alimentícia e do depositário infiel, colocadas como exceção, não têm caráter penal, mas apenas coercitivo, no sentido de forçar o devedor a cumprir com a obrigação, de modo que, uma vez devolvida a coisa retida ou paga a pensão alimentícia, o devedor é imediatamente posto em liberdade.¹¹

¹⁰ São exemplos dessa jurisprudência:

``COMPETÊNCIA - DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS - A Justiça do Trabalho é competente para determinar o recolhimento das contribuições previdenciárias sobre verbas deferidas em sentença, frente à Resolução Administrativa n. 01/90 do TST e ao Provimento n. 03/84 da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho" (TST-E-RR 2947/89.6, Rel. Min. CNÉA MOREIRA, DJU 08/11/91, pg. 16035); e

``CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS INCIDENTES SOBRE PARCELAS REMUNERATÓRIAS DEFERIDAS EM SENTENÇA - Decisão da Turma sufragando a tese de que não cabe a esta Justiça Especializada determinar a realização de descontos e recolhimento das contribuições destinadas à Previdência Social. Embargos de que se conhece por divergência jurisprudencial e a que se dá provimento, para ser reconhecida a competência desta Justiça, vez que se trata de incidência legal imperativa sobre o fato gerador ocorrido no âmbito de sua atuação, de eficácia irrecusável, e determinada a realização dos descontos incidentes e seu devido recolhimento pelo empregador demandado" (TST-E-RR 0853/89.1, Rel. Min. ERMES PEDRO PEDRASSANI, DJU 25/10/91, pg. 15114).

¹¹ cfr. CELSO RIBEIRO BASTOS, "Comentários à Constituição do Brasil" (Saraiva - 1989 - São Paulo, Volume 2, pg. 306).

Assim, sábia se mostra a norma constitucional e a ordinária ao impedirem quer a prisão do devedor inadimplente, quer a penhora de seu salário, pois se o devedor tem emprego, poderá através dele obter ganhos que sirvam para, paulatinamente, ir cobrindo suas dívidas, como também para sustentá-lo. Caso contrário, ou ficaria privado de seu meio de subsistência (salário) ou perderia a oportunidade de saldar, com o tempo, as dívidas acaso contraídas além de seu patrimônio.

5) VEDAÇÃO AO SALÁRIO COMPLESSIVO

Para que se torne possível a verificação do cumprimento das normas legais relativas ao salário, é princípio básico a discriminação especificada, no recibo de pagamento da remuneração do trabalhador, das várias parcelas que a compõem.

Assim, se o trabalhador labora em regime habitual de sobrejornada, prestando serviço também à noite e submetido a condições nocivas à saúde, terá direito aos adicionais de horas extras, noturno e de insalubridade. Apenas se tais parcelas estiverem devidamente discriminadas no contra-cheque é que será possível constatar se o empregador remunerou o empregado de acordo com suas obrigações legais.

O pagamento de salário global fixo para atender a várias condições distintas da prestação de serviços configura o denominado salário complessivo, vedado pela Súmula n. 91 do TST, que dispõe:

``Súmula n. 91 - Nula é a cláusula contratual que fixa determinada importância ou percentagem para atender englobadamente vários direitos legais ou contratuais do trabalhador".

Concretização desse princípio tivemos na edição da Súmula n. 199 do TST, vedativa da pré-contratação de horas extras dos bancários. Sendo a jornada normal dos bancários a de 6 horas diárias (CLT, art. 224), estabeleceu-se como excepcional sua prorrogação por mais 2 horas (CLT, art. 225). Assim, o verbete sumulado visou coibir a transformação de algo excepcional em habitual. No entanto, a redação do enunciado em tela deixa entrever realidade fática diversa:

``Súmula n. 199 - A contratação do serviço suplementar, quando da admissão do trabalhador bancário é nula. Os valores assim ajustados apenas remuneram a jornada normal, sendo devidas as horas extras com o adicional de 25%".

Ora, se a finalidade da súmula fosse apenas impedir a pré-contratação do serviço suplementar, ficaria somente na anulação da jornada dilatada, fazendo com que se restabelecesse a jornada normal de 6 horas diárias. A penalização com a repetição do pagamento das horas extras deve ter outro fundamento que não a simples adoção da jornada extraordinária habitual, pois do contrário estaria sendo aplicada pena sem lei anterior que a previsse.

Com efeito, o art. 225 da CLT não prevê penalidade pelo seu descumprimento. E o art. 351 consolidado, que trata das penalidades aplicáveis aos infratores dos dispositivos pertinentes ao capítulo, estabelece apenas multa administrativa, no valor de 3 a 300 valores-de-referência.

Assim, o Poder Judiciário não pode estabelecer pena, mas apenas desfazer o ato ilegalmente realizado. Então resta a questão: qual o fundamento da determinação de se pagar novamente as horas extras pré-contratadas? E a resposta só pode ser uma: o fato delas não terem sido corretamente pagas, dada a configuração do salário complessivo.

Nesse sentido, se os Bancos, no momento da pré-contratação do serviço suplementar, estabeleceram uma remuneração global (ainda que mais elevada) para a jornada total de 8 horas, não discriminando quanto estava sendo pago pelo serviço extraordinário e com que percentual, então a determinação de que paguem as horas extras decorre de um direito do trabalhador, que o empregador não demonstrou tê-lo cumprido devidamente.

Se, pelo contrário, não obstante a pré-contratação do serviço suplementar, o Banco discriminava corretamente o que correspondia às horas extras, fazendo constar tal rubrica do contra-cheque, então entendemos inaplicável à hipótese a Súmula n. 199 do TST, por não ter restado configurado o salário complessivo. Poderá, a Justiça do Trabalho, apenas anular o regime dilatado habitualmente, caso o empregado continue prestando serviços ao banco.

6) CARÁTER PRIVILEGIADO DO CRÉDITO TRABALHISTA NA EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

O salário, quando retido ou não pago devidamente ao servidor público, poderá ser pleiteado judicialmente contra o órgão da administração direta ou indireta no qual labore o servidor. Questão que surge então é o da forma de execução da sentença que lhe reconheça o direito às verbas salariais pleiteadas.

No Processo do Trabalho, a execução pode ser feita de ofício (CLT, art. 878), sendo que o mandado de citação ao executado traz consigo a possibilidade de penhora, caso o débito judicial não seja satisfeito no prazo de 48 horas (CLT, art. 880).

A impenhorabilidade dos bens públicos (CC, art. 67) e a necessidade de que as despesas da administração pública sejam previstas na lei orçamentária (CF, art. 167, II), levou à impossibilidade de pagamento imediato dos débitos judiciais trabalhistas pela Fazenda Pública. A necessidade de submissão ao procedimento do precatório judicial se impõe.¹²

Nesse sentido, o art. 100 da Constituição Federal, esgrimido por muitos como excludente dos créditos trabalhistas do procedimento do precatório, não privilegiou até esse ponto tais créditos de natureza alimentícia. Limitou-se a estabelecer que não estão sujeitos à ordem cronológica de apresentação, para efeito de pagamento. Tal conclusão se tira da própria redação do dispositivo constitucional, que trata dessa ordem, mas que excetua o crédito de caráter alimentar:

“Art. 100 - À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual e Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos (...).”

Assim, não obstante estarem submetidas ao procedimento do precatório, as verbas salariais reconhecidas judicialmente como devidas ao servidor público serão os primeiros créditos a serem pagos pelo erário público, constituindo tal exceção à ordem cronológica privilégio constitucional atribuído aos créditos judiciais trabalhistas.

Com isso, os créditos apresentados até 1º de julho de um ano poderão ser pagos logo no início do ano seguinte, sob pena de seqüestro da quantia necessária à satisfação do crédito, caso seja efetuado qualquer pagamento de precatório que não tenha natureza alimentícia antes daqueles oriundos de sentenças trabalhistas contra a Fazenda Pública (CF, art. 100, § 2º).

IV) MODALIDADES SALARIAIS

1) SALÁRIO MÍNIMO

O salário mínimo constitui a menor contraprestação admitida como devida a qualquer trabalhador, sem distinção do serviço que preste, fixada pelo Estado como garantia laboral de índole constitucional.

Dependendo da política econômica do governo, seu montante é estabelecido e reajustado mensal, trimestral, semestral ou anualmente, de acordo com o crescimento da inflação.

A idéia de salário mínimo como garantia do trabalhador é, no entanto, de certa forma, ilusória. A obrigação imposta às empresas de não poderem contratar serviços, remunerando-os em nível inferior ao salário mínimo, leva à não contratação, quando ao trabalhador falta qualificação e o salário mínimo está fixado pelo governo em montante considerável. Nesse caso, o empresário prefere pagar um pouco mais a um empregado e exigir-lhe mais serviços, do que contratar dois, dispendendo mais.

Nesse sentido, o salário mínimo acaba configurando proteção exclusiva ao trabalhador já empregado, pois, na medida em que seu montante é fixado em níveis mais elevados, constitui óbice prático à contratação, resultando em elemento desfavorável ao trabalhador desempregado. Isso porque, numa economia de mercado, o salário variará de acordo com a oferta e procura de mão-de-obra, sendo o sistema refratário à imposição de tetos ou patamares.

Com efeito, a maior especialização do empregado, tendo exigido uma aprendizagem mais dilatada, implica uma oferta menor de mão-de-obra. Com isso, os salários pagos para as profissões ou ofícios que exigiram do trabalhador maior tempo de estudos e treinamento são naturalmente mais elevados do que os pagos ao trabalhador sem qualquer qualificação especial que não a mera força de trabalho. É que nesse caso a oferta de mão-de-obra será enorme, para uma demanda limitada.¹³

No Brasil, no entanto, os níveis notoriamente reduzidos em que o salário mínimo é fixado não chega a comprometer a contratação de novos empregados, constituindo, efetivamente, garantia mínima do trabalhador que não possua especial qualificação. Pela Constituição de 88 (inciso IV do art. 7º), passou ele a abranger não somente as necessidades de alimentação, habitação, vestuário, saúde e transporte do trabalhador e sua família, mas também as de educação e lazer.

Por isso, quando da promulgação da nova Constituição, argüiu-se de inconstitucional o decreto fixador do salário mínimo então vigente, uma vez que não elevava o montante do mesmo, pois foram acrescentados dois novos itens a serem supridos pelo salário. Na prática, a dicção constitucional restou sem comprovação por parte dos atos normativos inferiores.

¹² cfr. IVES GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO, “Precatório Judicial no Processo do Trabalho”, in *Jornal do II Congresso Brasileiro de Direito Processual do Trabalho* (LTr - 1990 - São Paulo, pgs. 40-41) e “Execução contra a Fazenda Pública”, in *Jornal do III Congresso Brasileiro de Direito Processual do Trabalho* (LTr - 1991 - São Paulo, pgs. 40-41).

¹³ cfr. K. W. ROTHSCHILD, “Teoria dos Salários” (EDUSP-Quadrante, 1971, São Paulo, pgs. 39-52).

Atualmente, o valor do salário mínimo é unificado em todo país. Passou-se do sistema de salários regionais para o salário nacional, ainda que persista a realidade fática da diferença marcante do custo de vida nas distintas praças do país.

2) SALÁRIO PROFISSIONAL

Enquanto o salário mínimo corresponde à menor prestação por trabalho realizado devida a qualquer trabalhador, o salário profissional corresponde ao mínimo a ser pago para os profissionais de uma determinada área.

Assim, determinadas categorias profissionais têm um salário mínimo mais elevado, denominado "salário profissional" ou piso salarial da categoria. É o caso, por exemplo, dos médicos (3 salários mínimos - Lei 3.999/61), engenheiros (6 salários mínimos - Lei 4.950-A/66), radiologistas (2 salários mínimos - Lei 7.394/85), etc.

O veículo normativo estatuidor do salário profissional era, sob o pálio da Constituição anterior, exclusivamente a lei. O STF entendia que, dada a dicção da Constituição de 67/69, no sentido de outorgar ao trabalhador apenas o salário mínimo geral, não podiam os Tribunais Trabalhistas, nos dissídios coletivos, estabelecer cláusulas concedendo piso salarial às distintas categorias. Tais cláusulas eram tidas por inconstitucionais pela Suprema Corte.¹⁴

Com a Constituição de 1988, o piso salarial diferenciado conforme a categoria profissional tornou-se um direito constitucionalmente assegurado (CF, art. 7º, V), cujos parâmetros de fixação são a extensão e complexidade do trabalho desenvolvido pela categoria.

Abriu-se, destarte, o leque de instrumentos normativos para estabelecimento do salário profissional das diferentes categorias: a lei, a sentença normativa, as convenções coletivas e os acordos coletivos.

3) SALÁRIO NORMATIVO

Tendo em vista a inconstitucionalidade da fixação de piso salarial em dissídio coletivo durante a vigência da Constituição de 67/69, o TST adaptava a cláusula em que era pleiteado, transformando-o em salário normativo, modalidade instituída pelo TST, cuja finalidade era tão-somente assegurar aos empregados admitidos após a data-base da categoria o benefício dos reajustes alcançados.

O salário normativo, previsto na Instrução Normativa n. 1 do TST, item IX, n. 1, nada mais é do que o salário mínimo acrescido de tantas frações de 1/12 do reajuste salarial concedido e de 1/12 da produtividade deferida, quantos são os meses que medeiam entre a data da vigência do salário mínimo e a data-base da categoria.

Assim, através do salário normativo se atualizava o valor do salário mínimo, reajustando-o na data-base da categoria, e para essa categoria. Isso se justificava no contexto de uma política governamental de reajuste apenas anual, semestral ou trimestral do salário mínimo.

Podemos, pois, estabelecer a seguinte fórmula matemática para o salário normativo:

$$SN = SM + \left[\frac{R + P}{12} \right] \times (MD - MS)$$

Onde: SM - salário mínimo

SN - salário normativo

R - percentual do reajuste da categoria

P - produtividade deferida à categoria

MD - mês da data-base da categoria

MS - mês da última fixação do salário mínimo

Nesse caso, a título de exemplo, poderíamos ter o salário mínimo fixado em março (mês 03), no valor de Cr\$ 100.000,00, sem qualquer alteração até a data-base de uma determinada categoria em maio (mês 05). Então, por sentença normativa, o TST reajustaria, para essa categoria, o salário mínimo geral, aplicando sobre ele o reajuste salarial deferido à categoria (acrescido da produtividade), segundo a fórmula da Instrução Normativa n. 1/76 que daria, se o percentual de reajuste da categoria fosse de 100% e a produtividade de 6%:

$$SN = 100.000 + 100.000 \left[\left(\frac{100 + 6}{12} \right) \times (5 - 3) \right]$$

$$SN = \text{Cr\$ } 117.666,00$$

Assim, o salário mínimo geral, ainda que não reajustado pelo governo, estaria recomposto pelo TST, de acordo com o percentual de reajuste concedido à categoria, e que, de acordo com a

¹⁴ cfr., inter alia, RE 109.894-RJ, Rel. Min. CARLOS MADEIRA, publicado Revista LTr 53-2/203.

jurisprudência reiterada do TST, seria da variação integral do IPC (ou índice equivalente de medição da inflação) desde a data-base anterior.

Justifica-se, ainda, sua concessão pelo TST, em dissídios coletivos, quando optar por não deferir um piso salarial para a categoria e não houver reajuste legal mensal do salário mínimo.

4) SALÁRIO-FAMÍLIA

Numa visão mais abrangente, o salário, como retribuição pelo serviço prestado por qualquer trabalhador, deve ser suficiente para atender tanto suas necessidades básicas como às de sua família. Se, por um lado, a fixação do salário para determinado trabalho depende do valor de mercado desse serviço, fazendo com que os salários mais elevados correspondam àquelas profissões cujo tempo de aprendizagem é mais longo, diminuindo, assim, a oferta de mão-de-obra, por outro, há serviços que, mesmo sendo pouco valorizados pela sociedade, esta tem necessidade imperiosa, com o que, os salários pagos pelos mesmos, ao serem baixos, devem ser complementados, para tornar possível a sobrevivência do trabalhador e de sua família.

Temos, pois, uma dupla perspectiva segundo a qual encarar a questão salarial: a objetiva, corresponde ao salário justo, que decorre do valor do serviço prestado, e a subjetiva, correspondente ao salário social, imposta pela dignidade do ser humano.¹⁵

É precisamente nesse contexto do salário social que se integra o denominado salário-família. Como se trata de um benefício previdenciário, é a sociedade como um todo que arca com esse ônus, e não unicamente a empresa, possibilitando a complementação salarial do trabalhador, de forma a atender às necessidades de sua família, especialmente quando o salário recebido não o permite devidamente.

No entanto, o que se observa na prática, é o desvirtuamento do salário-família, transformado que é pelo Estado em instrumento de sua política demográfica. Assim, temos, no Brasil, o salário-família pago em valores ínfimos: antes da Lei 8.213/91, correspondia a apenas 5% do salário mínimo por filho até 14 anos de idade; com o advento dessa lei, passou a ser fixado em valor nominal variável, que, para o mês de novembro/91, restou estabelecido em Cr\$ 3.360,02 para os que ganhavam até 3 salários mínimos (Cr\$ 126.000,00), e Cr\$ 420,00 para os que recebiam acima deste limite. Nesse último caso, não dava sequer para pagar uma passagem de ônibus urbano!

Com efeito, o intuito governamental de desestimular a natalidade, ao diminuir ainda mais o benefício do salário-família, é visível, como também a injustiça que com isso pratica, privando o trabalhador de parcela salarial da qual depende para o sustento de sua família. Não compete ao Estado realizar política demográfica às custas do ganho do trabalhador. Ainda mais: a decisão a respeito do número de filhos pertence exclusivamente ao casal, em cuja intimidade o Estado não pode adentrar, quer para proibir que tenha mais de um filho, como ocorre na China, quer para estimular a natalidade, como ocorre na Alemanha ou na França. É que o ser humano não pode ser considerado apenas como um elemento a mais no problema econômico, que se pode multiplicar ou suprimir, conforme a vontade onipotente do Estado.

É fácil manipular o fator humano, promovendo a esterilização em massa quando a população cresce demais, ou pretendendo fazê-la crescer quando se acentua o envelhecimento e queda da natalidade. Mas isso implica tratar o ser humano não na sua individualidade, mas como um mero elemento de um rebanho. Tal visão decorre, em grande parte, da síndrome da explosão demográfica, de que sofrem alguns, devido aos argumentos falaciosos e sofismáticos daqueles que defendem um controle rígido da população.

A realidade tem mostrado o equívoco da teoria malthusiana do esgotamento dos recursos alimentícios pelo aumento descontrolado da população, pois o que existe, na verdade, não é a carência de recursos, mas uma má distribuição dos mesmos e também das rendas. No caso do Brasil, há uma riqueza incomensurável de recursos naturais. Nosso problema é unicamente o da má distribuição de rendas: a concentração da riqueza na mão de poucos e a extensão da miséria. Não há, pois, motivo para uma política demográfica castrativa. Se o salário-família fosse razoável, não haveria que se falar em criar filhos para a miséria, além do que haveria uma maior massa de trabalhadores a possibilitar um maior desenvolvimento da produção.

Parece, no entanto, que tal perspectiva somente pode desagradar aos países desenvolvidos, que promovem nos países em desenvolvimento o controle da natalidade como meio de torpedear seu desenvolvimento e competitividade, e aos detentores do poder político e econômico, quando não desejam uma melhor distribuição de rendas no país.

De qualquer forma, avanço que se deu nesse campo foi a extensão do benefício ao trabalhador rural. Como havia distinção entre a Previdência Urbana e a Previdência Rural, esta última não tinha fonte de custeio para o benefício, nem o previa entre as vantagens a serem ofertadas ao rurícola. Assim,

¹⁵ cfr. IVES GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO, "Salário Social e Salário Justo" (Revista LTr 54-9/1069-1073).

mesmo sob a égide da Constituição de 1988, o TST mantinha seu entendimento sumulado Súmula n. 227), no sentido de que o trabalhador rural não tinha direito ao salário-família.

Agora, com a unificação do Plano de Custeio e Benefícios da Previdência Social (Leis ns. 8.212 e 8.213/91), abrangendo urbanos e rurais, temos que também o rurícola pode pleitear o salário-família, comprovando o nascimento de seus filhos.

5) SALÁRIO-EDUCAÇÃO

No campo educacional, constitui princípio de lei natural que os primeiros e principais educadores da criança sejam os pais. O surgimento da instituição escolar, como continuadora da tarefa de formação do indivíduo, transmitindo-lhe os conhecimentos que a Humanidade foi acumulando ao longo dos séculos, decorre da impossibilidade dos pais de ministrarem aos filhos todo esse cabedal de conhecimentos, pois para tanto se exige uma preparação especial.

Ora, se a educação é um direito de todo ser humano, para que possa desenvolver-se como pessoa, fazendo render todas as suas potencialidades e qualidades naturais, com a ajuda da experiência técnica e cultural das gerações anteriores, constitui obrigação do Estado assegurar esse direito, proporcionando as condições necessárias para que todos possam receber essa formação, conforme suas potencialidades.

O fato da educação ser uma obrigação do Estado não significa que toda a educação deva ser estatal e pública. Se, sob a égide da Constituição de 1967/1969 se entendia que a educação era monopólio estatal, sendo, no entanto, permitido o ensino privado, como delegação, temos que hoje, com a Constituição de 1988, restou assegurada a livre iniciativa no campo do ensino (CF, art. 209), sem qualquer caráter de delegação, além do incentivo ao pluralismo de idéias e concepções pedagógicas como fruto da liberdade de ensino (CF, art. 206, III).¹⁶

Com a admissão do ensino privado pela legislação positiva, têm os pais a possibilidade de escolher entre as escolas públicas e privadas, optando por aquelas que melhor atendam aos seus interesses. Se o ensino público é fraco ou ideologicamente engajado em correntes de que os pais não comungam, poderão recorrer às escolas particulares, ou mesmo criá-las, pois é direito dos pais poderem escolher a espécie de educação que desejam para seus filhos; nunca uma educação imposta pelo Estado como a única admissível.

Verifica-se, por outro lado, que o ensino público padece do mal próprio de toda a estrutura coletivista: a ineficiência da tecnocracia estatal, pela falta do estímulo que o regime concorrencial traz, impondo o aperfeiçoamento como forma de sobrevivência. A experiência prática da constante deficiência do ensino público em relação aos estabelecimentos particulares, tendo em vista o desestímulo que os professores-funcionários têm num regime de falta de concorrência e de baixa remuneração, faz com que, descontadas raras exceções, os alunos das escolas públicas acabem pior preparados do que aqueles que freqüentam escolas particulares. O problema não está no orçamento deficitário das escolas públicas (mesmo que possuíssem verbas mais avultadas, continuariam com o desperdício próprio do regime estatal de despersonalização da propriedade), mas na ausência do estímulo da concorrência.

Justamente tendo em vista tal circunstância é que Milton Friedman propunha, para o sistema educacional dos Estados Unidos, a utilização da parte da verba orçamentária estatal destinada à educação na forma da concessão de cupons fornecidos pelo Estado como subsídio à educação dos filhos das famílias mais necessitadas e que poderiam ser usados em qualquer estabelecimento de ensino, quer público, quer privado. Assim, havendo liberdade de escolha para as famílias, haveria a competitividade entre as escolas para atrair alunos, fornecendo um melhor padrão de ensino e evitando a ineficiência do atual sistema de escolas públicas.¹⁷

No Brasil, em vez de se complementar o ganho do trabalhador, com um plus salarial por cada filho menor em idade escolar, para ajudar a enfrentar os gastos com matrículas e material escolar, optou-se por impor, a título de salário-educação, uma contribuição sobre as empresas que não mantenham diretamente, ou às suas expensas, estabelecimentos de ensino de 1º grau ou bolsas para os filhos de

¹⁶ No entender de JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA, a Constituição de 88 ``estabeleceu que as instituições públicas e privadas de ensino têm coexistência paralela, hão de coexistir, extinguiu, na sua natureza, o caráter de delegação. Vale dizer, a administração pública não detém mais o monopólio do ensino, há de agir, coexistir, com as instituições particulares, que, assim, não têm a existência assegurada por favor da administração, mas em texto constitucional, e amparada pela liberdade de iniciativa. Disto se conclui, com facilidade, que a escola particular, ao exercer a sua atividade, não o faz mais em nome do Estado, o faz ao seu lado, coexistindo com a escola pública, inclusive como garantia e corolário do pluralismo de idéias e concepções preconizado pelo próprio texto constitucional" ("A Constituição de 1988 e a Liberdade de Ensino", in Suplemento ``Direito & Justiça" do CORREIO BRAZILIENSE, Brasília - 21/10/91 - pg. 6).

¹⁷ cfr. ``Liberdade de Escolher" (Record - 1980 - Rio, pg. 161, tradução de Ruy Jungmann).

seus empregados, que deve ser recolhida aos cofres públicos, para desenvolver os programas educacionais do governo (Decreto-lei 1.422/75).

Assim, o salário educação não tem caráter remuneratório, mas apenas de contribuição empresarial ao sistema estatal de ensino de 1º grau, conforme o número de empregados que possua, com o que fica desnaturado o caráter de salário social que a parcela poderia ter, complementando efetivamente o salário do empregado.

Seria, pois, de se rever a fórmula pátria do salário-educação, para conformá-la aos novos parâmetros traçados pela Carta Magna para o ensino, de modo a fazer do salário-educação uma parcela salarial paga pelo empregador ao empregado (e não ao Estado) ou um benefício previdenciário, do qual o trabalhador poderia se socorrer para fazer frente aos seus encargos educativos, mas com liberdade de escolher entre a escola privada e a pública para educar seus filhos.

6) SALÁRIO-MATERNIDADE

Quando foi instituído (1943), o salário-maternidade constituía direito trabalhista pago diretamente pelo empregador, consistente na licença remunerada da empregada gestante durante 4 semanas antes e 8 semanas depois do parto (CLT, art. 392).

Passou depois a ser benefício previdenciário (CLPS de 76), com a possibilidade do empregador descontar das contribuições que deverá recolher à Previdência Social os valores pagos à empregada, durante sua licença remunerada. Para tanto, foi necessário o acréscimo de nova contribuição, como fonte de custeio do benefício, correspondente a 0,3% do salário-de-contribuição do empregado.

Ora, se o salário-maternidade correspondia ao período de afastamento de 84 dias da gestante, que eram compensados pelo empregador, em relação aos seus débitos para com a Previdência (CLPS de 84, art. 44), o fato da Constituição de 88 ter ampliado o período da licença-gestante para 120 dias (CF, art. 7º, XVIII) fez com que, até a edição da norma regulamentadora do mesmo, no concernente à fonte de custeio da ampliação do benefício, fossem os 36 dias adicionais considerados como direito trabalhista a ser arcado pelo empregador.

Somente a partir das Leis 8.212 e 8.213/91, que criaram os novos Planos de Custeio e Benefícios da Seguridade Social, unificando todas as contribuições (básica e adicionais, para atender novos benefícios que iam sendo criados) é que todo o período passou a ser coberto pela Previdência Social: 28 dias antes e 92 dias após o parto (PBPS, art. 71).

Durante esse período, a empregada receberá, como salário-maternidade, o mesmo salário que recebia quando estava trabalhando, pois a dicção do art. 393 da CLT é a de que a empregada deverá receber, durante seu afastamento, o que receberia se se encontrasse em atividade.

No caso da empregada doméstica, dada a inviabilidade prática do sistema de pagamento do salário-maternidade diretamente pelo empregador, com possibilidade de compensação com os valores devidos à Previdência, optou-se pela sistemática do recebimento do benefício diretamente da Previdência Social, em valor correspondente ao último salário-de-contribuição da empregada (Lei 8.213/91, art. 73).

7) SALÁRIO-PATERNIDADE

A paternidade também foi contemplada pelo Constituinte de 88 com uma licença remunerada (CF, art. 7º, XIX), dependente de regulamentação por lei ordinária, mas que, desde sua instituição já foi fixada num mínimo de 5 dias.

Segue o mesmo princípio da licença-maternidade quanto ao seu caráter salarial: corresponde aos salários a que o empregado pai teria direito caso continuasse trabalhando.

Enquanto não for regulamentado o dispositivo constitucional, será parcela salarial arcada exclusivamente pelo empregador. No entanto, recomenda-se que, à semelhança do salário-maternidade, passe à órbita da Previdência Social¹⁸.

8) SALÁRIO-UTILIDADE

O salário utilidade, ou salário "in natura", corresponde a toda vantagem econômica que o empregador oferece ao empregado em espécie, ou seja, em benefícios materiais como alimentação, habitação, transporte, etc.¹⁹

¹⁸ cfr. MARLY CARDONE, "Proteção à Maternidade. Licença-Paternidade", in "Curso de Direito Constitucional do Trabalho - Estudos em Homenagem a Amauri Mascaro Nascimento", LTr - 1991 - Volume 1, pgs. 274-287 (a autora sustenta que os 5 dias devem ser acrescidos àquele já concedido pelo art. 473, III, da CLT).

¹⁹ JÚLIO BERNARDO DO CARMO, em minucioso artigo intitulado "Do Salário In natura" (Revista do TRT da 15ª Região - LTr - 1991, n/ 1, pgs. 112/124), traz farta jurisprudência exemplificativa de hipóteses de salário utilidade: vales-almoço, instrução dos filhos, cigarros, energia elétrica, cesta de natal, lavagem de roupa, auxílio-moradia, etc.

É o pagamento do salário diretamente em bens que o trabalhador iria adquirir com esse salário. Nessa hipótese é garantido ao empregado um mínimo de 30% do salário em dinheiro (CLT, arts. 82, parágrafo único, e 458).

Tem sido comum a distinção entre utilidade fornecida para ou pelo trabalho. No primeiro caso, a utilidade seria instrumento de trabalho, enquanto no segundo benefício auferido pela prestação do serviço. Assim, o uniforme fornecido pela empresa ao empregado, sendo indumentária de uso obrigatório, não tem caráter salarial, mas de instrumento de trabalho, o mesmo acontecendo com veículo que o empregado utiliza exclusivamente em serviço.

No entanto, nem sempre é possível estabelecer-se essa distinção. É o que ocorre, por exemplo, no caso da utilidade-habitação. A determinação da natureza da utilidade, se é fornecida para ou pelo trabalho, comporta dificuldades práticas.

Tende-se a considerar que, se a moradia é fornecida como condição para a prestação dos serviços, por importar a contratação em deslocamento do empregado para trabalhar em local distinto, não pode ser considerada salário-utilidade, de vez que fornecida para o trabalho, como condição para que o empregado possa ser contratado.

Já na hipótese de não ser a habitação condição da prestação do serviço, mas benefício indireto que o empregador oferece, para tornar mais atrativo o emprego, verifica-se que se trataria de modalidade salarial - salário "in natura" -, dado que a utilidade seria ofertada pelo trabalho prestado.

Ora, parece-nos que essa distinção é por demais sutil e carece de rigor técnico, pois, na prática, torna-se impossível estabelecer claramente os parâmetros que caracterizam e diferenciam a utilidade-habitação fornecida para ou pelo trabalho.

Com efeito, qualquer que seja o título pelo qual se conceda uma habitação ao empregado, a título gratuito (ou mediante contraprestação de valor irrisório), tal benefício constitui vantagem de caráter econômico para o trabalhador, que, desse modo, não necessitará dispender parte de seu salário com moradia.

Ora, se a decomposição do salário mínimo devido ao trabalhador tem por base o atendimento de suas necessidades vitais, entre as quais se coloca a habitação (CLT, art. 81), decorre daí que a moradia fornecida pelo empregador, por ocasião do contrato, constitui inegavelmente vantagem econômica de caráter salarial, dado que poupa ao empregado o dispêndio com esse item de suas necessidades básicas.

O fato da habitação ser fornecida como condição para a prestação do trabalho (v.g., quando o empregado deve mudar de local de trabalho e residir nas adjacências do local de prestação dos serviços) não retira a natureza de vantagem salarial para o empregado, pois não precisará dispender sua renda com aluguel ou prestação de casa própria. Nesse sentido, fornece-se diretamente em espécie aquilo que seria adquirido através do salário. Daí a fixação da habitação como salário in natura (CLT, art. 458).

Apenas aquilo que efetivamente é fornecido pelo empregador como condição para o trabalho e só sob tal prisma é utilizado pelo empregado, como é o caso dos uniformes (quando de uso obrigatório) e demais acessórios e equipamentos de trabalho, é que não se incluem no conceito de salário in natura (CLT, art. 458, § 2º), pois nesses casos, tais complementos não aparecem no rol das necessidades básicas a serem atendidas pelo salário.

A importância da caracterização da utilidade como salário in natura decorre dos reflexos que a parcela terá, nessa condição. Sendo parcela salarial, deverá compor, após avaliação, a base de cálculo das verbas indenizatórias do trabalhador, tais como aviso prévio indenizado, férias vencidas, 13º proporcional, etc.

9) ADICIONAIS

a) DE INSALUBRIDADE

Tendo em vista o maior desgaste do trabalhador, quando exposto a agentes nocivos à sua saúde acima dos limites de tolerância, o empregado faz jus ao adicional de insalubridade (CLT, art. 189), nos percentuais de 10, 20, ou 40%, conforme a insalubridade seja detectada em grau mínimo, médio e máximo.

O adicional de insalubridade torna-se devido sempre que o trabalho seja feito em condições insalubres, sem que haja equipamento de proteção individual que elimine ou minimize consideravelmente os agentes nocivos à saúde do trabalhador. A orientação jurisprudencial do TST (Súmula n. 289), além disso, segue no sentido de que o simples fornecimento de EPI não elide o direito ao adicional de insalubridade, quando seu uso não é tornado obrigatório pela empresa, fiscalizando ademais o cumprimento desse dever funcional.

Parece-nos excessivo o rigor do verbete sumulado, pois no caso de fornecimento do equipamento pela empresa e relaxamento em seu uso pelo empregado, estaria este último louvando-se na própria omissão para obter a vantagem salarial, e nemo auditur propriam turpitudinem alegans.

Quanto à base de cálculo do adicional de insalubridade, o Enunciado n. 17 do TST militava no sentido de que seria o salário profissional da categoria. Mas foi superado pela Súmula n. 228, que assenta ser o salário mínimo a base de cálculo da parcela.

Discussão que se travou (e se trava atualmente, em face do art. 7º, IV, da Constituição Federal, que veda a utilização do salário mínimo como indexador) é a da utilização do salário mínimo como parâmetro do adicional.

O salário mínimo, além de fixar a retribuição mínima devida ao trabalhador, servia também como parâmetro para estipulação de obrigações contratuais e legais, tendo em vista seu reajuste periódico pelo governo, prestando-se, assim, à finalidade de índice para o reajuste de outras obrigações.

O Decreto-Lei 2.351/87, com o intuito de fortalecer o salário mínimo, aumentando o poder aquisitivo das classes trabalhadoras menos favorecidas, desvinculou o patamar salarial de sua função indexadora. Assim, denominando o salário mínimo de piso nacional de salários, propiciou sua elevação em níveis mais condizentes com as necessidades do trabalhador, sem no entanto comprometer o combate à inflação, uma vez que atenuou o impacto inflacionário que o salário mínimo possuía quando utilizado como indexador de obrigações legais ou contratuais, pois o salário mínimo para esse efeito passou a denominar-se salário mínimo de referência, sendo reajustado pelo governo em índices bem inferiores aos do piso nacional de salários, o que explica a defasagem notável existente entre ambos os indicadores.

No que tange ao adicional de insalubridade, a Súmula n. 228 do TST estabeleceu que o mesmo tem por base de cálculo o salário mínimo. Surgiu, então, o problema de se saber qual dos dois parâmetros estatuidos pelo Decreto-Lei 2.351/87 é que devia ser utilizado para a sua fixação. A questão se resolve pela simples observação da função que o salário mínimo desempenha no verbete sumulado em tela.

Sendo o adicional de insalubridade uma parcela salarial, sua percepção varia conforme o grau de nocividade dos agentes aos quais o empregado fica exposto durante o trabalho, podendo variar de 10 a 40% do salário mínimo. Ora, aqui o salário mínimo não é utilizado como indexador de obrigações contratuais, mas como retribuição ao trabalhador, que deve tê-la majorado em função do trabalho em condições prejudiciais à saúde. Assim, o valor a servir de base para o cálculo do adicional de insalubridade devia ser o piso nacional de salários, uma vez que apenas este expressava, na terminologia inovadora do Decreto-Lei 2.351/87, o caráter retributivo mínimo devido a todo trabalhador.

A contrario sensu, se se admitisse a utilização do salário mínimo de referência como base de cálculo do adicional de insalubridade, teríamos tal parcela salarial reduzida a expressão ínfima, desnaturando totalmente seu caráter compensatório do maior desgaste físico do trabalhador. Seria a summa iniuria para com o obreiro, pois além de não ter o referido adicional calculado sobre a remuneração contratual, como seria legítimo, ou ao menos sobre o salário mínimo profissional, que seria plausível, ficaria reduzido à percepção mensal, no caso de insalubridade mínima, de parcela incapaz de pagar sequer uma passagem de ônibus urbano!

Atualmente, com a vedação constitucional à utilização do salário mínimo como indexador de obrigações, urge modificar o art. 192 da CLT, no sentido de estabelecer que a base de cálculo do adicional seja o salário básico do trabalhador, como forma de resgatar a parcela, para que cumpra a finalidade para a qual foi instituída.

Outra questão relacionada ao adicional de insalubridade é a relativa à possibilidade de sua supressão. O princípio da inalterabilidade do contrato de trabalho, quando prejudicial para o obreiro (CLT, art. 468), comporta matizes: a alteração pode ser benéfica em termos de condições de trabalho, implicando, no entanto, redução salarial quanto a parcelas de caráter indenizatório, que visavam a compensar as condições mais desgastantes na prestação do serviço.

Nesse sentido, o art. 194 da CLT dá azo à supressão do adicional de insalubridade quando não mais existentes os agentes nocivos à saúde do obreiro, quer por terem sido adotadas as medidas de proteção cabíveis, quer por transferência de local de trabalho.

b) DE PERICULOSIDADE

O adicional de periculosidade é devido ao empregado que labora em contato permanente com inflamáveis e explosivos (CLT, art. 193). Seu percentual é de 30% e, caso haja prestação de serviços também com exposição de agentes insalubres, deve o empregado optar entre um adicional ou outro, pois não podem ser acumulados.

Convém distinguir, para efeito de fixação do que se entende por contato permanente como elemento configurador do direito à parcela, quando se trata de adicional de periculosidade e de

insalubridade. Na maioria dos agentes insalubres, a prejudicialidade à saúde advém da exposição prolongada ao agente nocivo. Assim, a luminosidade deficiente, o excessivo ruído, a respiração de ar carregado de elementos com potencial tóxico, quando se prolongam no tempo, vão causando dano à saúde do trabalhador. Se a exposição fosse por pouco tempo, inexistiria a nocividade à saúde.

Já no caso de periculosidade, o risco existe pela simples presença dos elementos inflamáveis ou explosivos, independentemente do maior tempo de exposição aos mesmos. Assim, o contato por período mais prolongado com os explosivos e inflamáveis apenas aumenta, proporcionalmente, a probabilidade de ocorrência do sinistro. Porém, se o risco, ainda que por curto período de tempo, é diário, tem-se que o trabalhador labora permanentemente em condições perigosas, pois o risco não é apenas eventual, mas diuturno.

Nesse sentido, o conceito de "permanente" não significa durante toda a jornada de trabalho, bastando que todos os dias o empregado esteja exposto ao agente de risco.

Assim sendo, tanto no caso do contato com explosivos e inflamáveis, como na insalubridade decorrente do trabalho em hospital de moléstias infecciosas, havendo risco diário de contágio ou de sinistro, ainda que por pouco tempo, o adicional deve ser pago de forma integral, e não proporcional ao tempo de exposição, sob pena de reduzir substancialmente a parcela, além de desnaturá-la.

O adicional de periculosidade tornou-se devido também aos trabalhadores que laborem com risco de energização (Lei 7.369/85). A lei aplica-se não apenas aos eletricitários, mas a todos os empregados de outras categorias que trabalhem junto a centrais elétricas ou com sistemas de potência.

c) DE ATIVIDADES PENOSAS

O art. 7º, XXIII, da Constituição acrescentou, aos adicionais de insalubridade e de periculosidade, o adicional de atividades penosas. Porém, por falta de regulamentação através de lei ordinária, a parcela ainda não é exigível.

Pode-se conceituar trabalho penoso como "aquele que impõe ao obreiro desgaste físico, quer pelo emprego de força física intensa, quer pelas condições peculiares em que são realizados os serviços, como, por exemplo, nos subterrâneos, nas minerações, no subsolo, nas pedreiras, nas obras de construção".²⁰

A proteção ao trabalhador, no que diz respeito à limitação do esforço a que será submetido, encontra regulamentação, com estabelecimento dos limites referentes a peso que poderá carregar em serviços de carga e descarga individual, a tempo contínuo de trabalho em atividades de datilografia, taquigrafia, mecanografia e digitação, etc.²¹ o que faltavam no entanto, era a instituição de um adicional próprio, que indenizasse o empregado pelo seu maior esforço. Porém, ainda queda o vazio legislativo referente à regulamentação da vantagem constitucional.

d) DE HORAS EXTRAS

A prestação de jornada suplementar (aquela que supera a jornada normal do empregado, quer seja a geral de 8 horas, quer seja a especial da categoria, de 4, 6 ou mais horas) dá ao trabalhador o direito de receber, pelas horas excedentes, um adicional que era de 20% (CLT, art. 59, § 1º), mas que passou a 50% com a Constituição de 88 (art. 7º, XVI), sobre a hora normal.

Não têm direito ao adicional de horas extras aqueles empregados que laborem em serviço externo não sujeito a controle de horário e os gerentes (CLT, art. 62). No caso dos bancários, que possuem jornada especial de 6 horas diárias, o simples desempenho de cargo de confiança (chefia ou assemelhado), retira o direito à 7ª e 8ª horas como extras (CLT, art. 224, § 2º). Porém, mesmo que seja gerente, o bancário terá direito às horas extras, se não tiver especiais poderes de mando e gestão (Súmula n. 287 do TST).

Também fica excluído o adicional, quando o excesso de jornada num dia é compensado pela diminuição em outro, desde que não ultrapassado o limite diário de 10 horas e semanal de 44 horas (CLT, art. 59, § 2º).

A compensação de horário de trabalho feita sem o cumprimento das exigências legais, torna inválido o regime compensatório existente.

Ora, o efeito do regime compensatório é afastar a incidência do adicional de horas extras. A adoção irregular do regime, em desobservância dos requisitos formais estabelecidos por lei, torna nulo o

²⁰ GUILHERME MASTRICH BASSO, "O Significado da Proteção ao Mercado de Trabalho da Mulher e as Medidas Antidiscriminatórias; A Designação da Proteção Devida ao Menor e ao Jovem; O Sentido do Trabalho Penoso; Conclusões; Recomendações" (in Revista do Ministério Público do Trabalho, Ano I, n. 2, LTr - setembro de 1991 - São Paulo, pg. 94).

²¹ cfr. ALICE CAVALCANTE DE SOUZA, "Ergonomia" (in Revista do Ministério Público do Trabalho, Ano I, n. 1, LTr - março de 1991 - São Paulo, pgs. 69-73).

acordo compensatório, o que faz cessar os efeitos do referido regime, isto é, a desobrigação ao pagamento do adicional de horas extras. Assim, nos termos da Súmula n. 85, do TST, devido é apenas o adicional de sobrejornada, uma vez que as horas laboradas no regime compensatório irregular já foram pagas de forma simples.

Em dissídios coletivos, o TST tem aumentado para 100% o adicional de horas extras, como forma de desestimular sua prestação e incentivar a contratação de novos empregados.

Para as horas extras excepcionais, a CLT estabelecia um adicional de 25% (art. 61). O novo patamar geral fixado pela Constituição (50%) estaria a demandar adaptação do texto consolidado, de forma a que essas horas suplementares extraordinárias (serviços inadiáveis e força maior) fossem remuneradas com pelo menos um adicional de 60%, de acordo com a sistemática consolidada.

e) NOTURNO

O trabalho em jornada noturna (que vai das 22 horas de um dia às 5 horas do dia seguinte) dá direito ao trabalhador a um adicional de 20% acima da hora normal diurna (CLT, art. 73).

Tal adicional integra o salário para efeito de reflexo em outras parcelas, tais como férias, 13º salário, indenização, etc. (Súmula n. 60 do TST). Só que essa integração não se faz de forma definitiva, pois a vantagem é exclusivamente percebível durante o tempo em que o trabalhador laborar em jornada noturna (caráter indenizatório pelo maior desgaste nesse período - Súmula n. 265 do TST). Desse modo, a transferência para a jornada diurna faz com que o empregado perca o direito ao adicional noturno.

O adicional noturno é acumulável com outros adicionais, tais como de insalubridade, periculosidade ou de horas extras, tendo em vista os diferentes fatores que os percentuais visam a remunerar ou indenizar.

f) DE TRANSFERÊNCIA

Na sistemática consolidada, temos que a transferência do empregado de local de trabalho pode gerar duas espécies de retribuição pelos ônus econômicos decorrentes da mudança, que variam conforme o caráter da transferência:

a) transferência definitiva - ajuda de custo, que não tem natureza salarial mas indenizatória (CLT, art. 457, § 2º); e

b) transferência provisória - adicional de transferência, no percentual mínimo de 25%, enquanto esta perdurar (CLT, art. 469, § 3º).

O § 1º do art. 469 da CLT exclui os ocupantes de cargo de confiança apenas quanto ao direito de concordância com a transferência, uma vez que o adicional é sempre devido, conforme o § 3º do referido artigo, desde que provisória a transferência.

Assim, enquanto o § 1º diz respeito à licitude da transferência, o 3º concerne à sua retribuição, razão pela qual entendemos que o fato do empregado exercer cargo de confiança dispensa apenas sua anuência para a transferência (pois, caso contrário, esta somente poderia ocorrer se demonstrada a real necessidade do serviço), mas não o pagamento do adicional devido.

10) 13º SALÁRIO

As empresas, em caráter de liberalidade, costumavam contemplar seus empregados, por ocasião das festas de fim de ano, com uma gratificação a mais, para que pudessem fazer frente aos gastos extraordinários que a ocasião impunha. Era a gratificação natalina. A reiteração no pagamento da vantagem acabou por torná-la obrigatória, sendo que a Lei 4.090/62 estabeleceu seu caráter legal, como um 13º salário, pago no mês de dezembro ao trabalhador.

O 13º salário é um salário a mais que o empregado recebe no final do ano (mas que pode ser diferido em duas parcelas, paga uma em junho e outra em dezembro), correspondente à remuneração que recebe normalmente, isto é, composta de todas as parcelas de caráter salarial.

Se o empregado é despedido sem justa causa ou pede demissão, é devido proporcionalmente aos meses laborados antes da saída da empresa.

11) COMISSÕES

As comissões são forma de salário em que o empregado recebe um percentual do produto de seu trabalho. Assim, a comissão sobre vendas por ele realizadas torna-se um estímulo para que o empregado faça crescer o negócio em que trabalhado, constituindo verdadeira participação nos lucros da empresa.

O comissionista tem direito, no entanto, a um salário fixo (básico), sendo que o cálculo de suas férias, 13º salário, aviso prévio, etc., deve levar em conta tal salário fixo acrescido da média das comissões recebidas nos últimos 12 meses de trabalho (ou período menor, no caso de contexto altamente inflacionário; mas tal deve ser fixado mediante acordo ou convenção coletiva).

A Lei 3.207/57 rege o trabalho do comissionista, estabelecendo as regras básicas pelas quais será remunerado. Cabe destacar, em relação ao texto consolidado, que o momento de aquisição do direito à comissão é o da aceitação da venda pela empresa (CLT, art. 466), havendo, assim, a possibilidade de estorno posterior, caso o pagamento não se verifique.

12) GORJETAS

As gorjetas são um adicional pago ao empregado que presta algum serviço a cliente da empresa, como forma de reconhecimento pelo obséquio com que atendeu o freguês.

O habitual é que seja facultativa, dada de forma espontânea pelo cliente ao empregado. No entanto, a praxe acabou desnaturando a parcela, que, em muitos casos, passou a ser cobrada pela empresa, como adicional nas contas. É a denominada gorjeta obrigatória que o cliente deve pagar, ao saldar sua conta.

Ambas constituem remuneração do empregado, para todos os efeitos legais (Súmula n. 290 do TST), devendo ser calculada sua média anual (semestral ou trimestral, conforme acordo), para efeito de pagamento de 13º salário, férias, etc.

13) GRATIFICAÇÕES

As gratificações ajustadas são parcelas adicionais pagas ao empregado, tendo em vista alguma circunstância especial que leva o empresário a recompensar o trabalhador, quer pelo seu maior zelo e responsabilidade na prestação do serviço, quer pelo sucesso do negócio, para o qual o empregado também contribuiu.

Assim, temos como gratificações típicas aquelas relativas à:

a) função exercida pelo empregado (cargo de confiança, que exige um adicional, pela maior responsabilidade que supõe); e

b) lucratividade da empresa (gratificação semestral ou de balanço, com supedâneo nos lucros auferidos no ano ou no semestre).²²

Sendo parcela salarial que não decorre da lei, mas de acordo ou liberalidade da empresa, temos que, sendo paga de forma habitual, geral, invariável e periódica, deixa de ser liberalidade do empregador e passa a ser obrigatória (CLT, art. 457, § 1º).

14) ABONO

Quando se fala em abono, a idéia que se tem, pela contínua utilização desse recurso pelo governo, como forma indireta de majoração salarial, quando não deseja reajustar adequadamente o salário mínimo (incorporando-o, posteriormente, quando desvalorizado), é a de que constitui um adicional salarial conferido aos trabalhadores de baixa renda. A tanto se chegou a desvirtuação do instituto.

Na realidade, abono nada mais é do que uma antecipação salarial por situação de emergência ou certas necessidades, concedido ao empregado a seu pedido ou de acordo com norma convencional que estabeleça adiantamento de parte do salário no meio do mês, a ser compensado com o devido no final do mês de trabalho. Assim, o abono, por sua própria natureza, pode ser descontado no mês seguinte.

15) PRÊMIOS

Os prêmios constituem remuneração adicional vinculada a fatores de ordem pessoal do trabalhador. Assim, encontramos adicionais de: produtividade, assiduidade, economia, antiguidade (anuênios, triênios, quinquênios), etc.

Sendo parcela remuneratória própria do empregado que possui as qualidades exigidas para as suas várias modalidades, exclui a possibilidade de equiparação salarial pelo simples fato de se exercer função idêntica (CLT, art. 461).

V) FORMAS DE INDENIZAÇÃO

1) AJUDA DE CUSTO

A ajuda de custo é a importância paga ao empregado para cobrir os gastos relativos à transferência de local da prestação de serviço, no caso dessa transferência se dar em caráter permanente.

²² Tramita atualmente na Câmara dos Deputados projeto de lei que regulamenta o dispositivo constitucional que estabelece o direito à participação nos lucros (CF, art. 7º, XI - Projeto n. 4.580/90), num percentual mínimo de 5% (cfr. EDÉSIO PASSOS, "Participação nos Lucros", in Revista LTr 55-11/1288-1290).

Em geral, é paga de uma vez só ou em parcelas, durante os primeiros meses da mudança e adaptação à nova cidade. Assim sendo, não tem natureza salarial (CLT, art. 457, § 2º), mas apenas indenizatória, pois guarda relação direta com os gastos de mudança.

Nesse sentido, não poderá compor a base de cálculo das parcelas de natureza salarial, nem ser percebida concomitantemente com o adicional de transferência, pois as duas verbas são mutuamente excludentes.

2) DIÁRIAS DE VIAGEM

As diárias de viagem, previstas no § 2º do art. 457, da CLT, correspondem às despesas de viagem reembolsadas pelo empregador, que dessa forma indeniza o empregado pela antecipação dos gastos que seriam da própria empresa, dado que feitos pelo trabalhador a seu serviço. Podem ser pagas antes ou depois de efetivada a viagem (o normal é que haja pagamento adiantado). Somente são consideradas salário quando excedam 50% do ganho do empregado. Abaixo desse percentual são consideradas indenização.

3) AVISO PRÉVIO INDENIZADO

Nos contratos por prazo indeterminado, a parte que, sem motivo justo, quiser rescindi-lo deverá avisar à outra de sua intenção, com antecedência mínima de 30 dias. A Constituição de 88 garante aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, mas falta regulamentação (art. 7º, XXI). Há a possibilidade da conversão do tempo em dinheiro, com desligamento imediato do empregado (CLT, art. 487, § 1º), a que se dá o nome de aviso prévio indenizado.

Nesse caso, temos que a data da saída a ser anotada na CTPS é a do último dia do trabalho, ainda que seja computado o prazo para os demais frutos legais (Súmulas ns. 5 e 182 do TST). Isto porque, sendo o aviso prévio instituto tipicamente de natureza indenizatória, mormente quando dado exclusivamente em dinheiro, pode ocorrer o caso do trabalhador obter novo emprego imediatamente após a saída do anterior, o que implicaria dupla incidência laboral sobre o mesmo período, o que não se coaduna com o sistema e é excluído pela Súmula n. 276 do TST. Também a natureza indenizatória da parcela exclui a incidência dos depósitos do FGTS.

4) INDENIZAÇÃO ADICIONAL

O intuito da instituição da indenização adicional foi o de ressarcir o empregado pelo prejuízo sofrido com uma dispensa às vésperas de seu reajuste salarial, que elevaria o montante das verbas rescisórias (Leis 6.708/79 e 7.238/84, art. 9º).

Assim, havendo dispensa sem justa causa no período de 30 dias que antecedem a data do reajuste salarial do empregado, tem ele direito a um salário de indenização.

O aviso prévio, mesmo indenizado, conta como tempo de serviço para efeito de dilatar a rescisão para o término do aviso, conforme jurisprudência sumulada do TST (Enunciado n. 182).

Ora, se as verbas rescisórias já são pagas com o valor do salário reajustado, inexistente a necessidade de compensar a possível perda que teria sofrido pela dispensa nos 30 dias que antecedem a data-base da categoria, em termos de valor global da indenização recebida por ocasião da dispensa.

Entendemos, pois, que os dois institutos - indenização adicional e reajuste salarial aplicado às verbas rescisórias - são mutuamente excludentes, não podendo o empregador ser compelido a pagar, por ocasião da dispensa às vésperas da data-base da categoria, as duas parcelas indenizatórias.

A controvérsia sobre a revogação da indenização adicional ainda persiste nos tribunais. No entanto, parece-nos que a vantagem continua vigente. •

Com efeito, a revogação de uma norma por lei posterior pode se dar de 3 formas:

- a) revogação expressa da lei anterior pela lei nova;
- b) dispor a lei nova de forma distinta sobre a mesma matéria; e
- c) regular por completo a matéria de que tratava a lei anterior (LICC, art. 2º, § 1º).

No caso dos novos diplomas legais que versaram, entre outros temas, matéria salarial (Plano Cruzado, Plano Bresser, Plano Verão, Plano Collor I e II), nenhum deles revogou expressamente a Lei 7.238/84. Por outro lado, o que incompatível entre os mesmos restringe-se à forma de reajuste dos salários:

- a) Lei 7.238/84 - reajuste semestral pelo INPC;
- b) Decreto-Lei 2.284/86 - gatilho salarial a cada 20% de crescimento da inflação;
- c) Decreto-Lei 2.335/87 - reajuste mensal pela URP;

d) Lei 7.730/89 - congelamento de preços e salários (complementada pela Lei 7.788/89, que estabeleceu o reajuste mensal pelo IPC, para os empregados que ganhem até 3 salários mínimos, o reajuste trimestral até 20 salários mínimos, e a livre negociação para os salários superiores a esse teto);

e) Lei 8.024/90 - congelamento de preços e salários;²³

f) Medida Provisória n. 221/90 - reajuste na data-base da categoria, com fundamento no FRS (fator de recomposição salarial);

g) Lei n. 8.178/91 - concessão exclusiva de abonos por 6 meses;

h) Lei n. 8.222/91 - reajuste bimestral até 3 salários mínimos, em percentual não inferior a 50% da variação do INPC; para os que ganham acima disso, livre negociação).

Nesses termos, os pressupostos de percepção da indenização adicional do art. 9º da Lei n. 7.238/84 não foram descaracterizados com a posterior legislação salarial, pois:

a) a correção salarial real continua a ser feita na data-base da categoria, de vez que os mecanismos posteriores de reajuste sempre deixaram um resíduo de reajuste a ser feito; e

b) a despedida no período que antecede a data-base, quando o empregado receberá esse resíduo, continua a ser-lhe prejudicial, razão pela qual a indenização adicional continua a ser o meio de cobrir o prejuízo que sofreria.

Assim sendo, entendemos que a legislação posterior que versou matéria salarial, nos planos de estabilização econômica e na legislação referente a política salarial não extinguiram o instituto da indenização adicional.

5) FGTS

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço foi criado pela Lei 5.107/66, para substituir a estabilidade do empregado (que podia optar entre os dois regimes). A Constituição de 1988, ao rejeitar a estabilidade como direito do trabalhador tornou o FGTS o regime único para a garantia do tempo de serviço (não há mais opção, pois todos os trabalhadores passam a estar sujeitos ao regime do Fundo).

A Lei 7.839/89 alterou o sistema do FGTS, adaptando-o ao novo texto constitucional, mas foi logo substituída pela Lei 8.036/90, que é o diploma legal que agora rege o Fundo de Garantia.

Consolidando todas as normas regulamentares que disciplinavam o FGTS, o Decreto 99.684/90 aprovou o "Regulamento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço", na esteira da Lei 8.036/90, sendo essas as normas legais que ora regulam o sistema.

As finalidades do FGTS transcendem a mera garantia do tempo de serviço do trabalhador, como forma de indenização a que faz jus. Presta-se, assim, a:

a) garantir uma reserva monetária para o empregado despedido imotivadamente, proporcional ao tempo de serviço, de forma a minimizar os efeitos financeiros do desemprego para o trabalhador (também constitui uma vantagem para a empresa, que pode dispensar o empregado sem ter de sofrer o impacto do pagamento de indenizações elevadas de uma só vez, pois o Fundo assemelha-se a um seguro pago todos os meses pela empresa, no sentido de garantir seu direito potestativo de dispensa); e

b) conseguir recursos para desenvolver os programas de habitação popular, saneamento básico e infra-estrutura urbana.

Abrange tanto os trabalhadores urbanos e rurais, como os avulsos, independentemente de opção (não se aplica aos empregados domésticos, trabalhadores eventuais ou autônomos, nem os servidores públicos civis e militares).

Os diretores não-empregados das empresas públicas também são beneficiários do Fundo (e os das empresas privadas poderão sê-lo, mediante opção).

Para aqueles que já fossem estáveis antes da promulgação da Constituição, ficou assegurado seu direito adquirido à estabilidade.

Os depósitos para o FGTS são efetuados mensalmente pela empresa, no valor de 8% da remuneração paga ao empregado (incluídas comissões, gratificações, gorjetas, prestações in natura e o 13º salário), na conta bancária vinculada deste.

²³ Na obra conjunta "Plano Collor - Avaliações e Perspectivas" (organizada por CLÓVIS DE FARO, Ed. Livros Técnicos e Científicos - 1990-Rio), dá-se uma visão panorâmica dos aspectos econômicos e jurídicos do plano de estabilização governamental, também em relação ao impacto sobre os salários, em confronto com políticas salariais de governos anteriores.

As hipóteses de levantamento dos depósitos são:

- a) * despedida sem justa causa
* rescisão indireta do contrato
* rescisão antecipada do contrato a prazo, sem justa causa
=
Valor dos Depósitos + Multa de 40% + juros e correção monetária
- b) * culpa recíproca
* força maior
* rescisão antecipada do contrato a prazo, por culpa recíproca
=
Valor dos Depósitos + 20% de Multa + juros e correção monetária
- c) * extinção da empresa (de parte dela ou falecimento do empregador)
* aposentadoria
* falecimento do trabalhador (pago a seus dependentes)
* aquisição de casa própria (ou pagamento saldo devedor do sistema financeiro da habitação)
* permanecer + de 3 anos sem depósitos
* suspensão do trabalho avulso por + de 3 meses
* extinção normal do contrato a termo
=
Valor dos Depósitos

Para o saque basta que o empregado apresente o recibo de quitação das verbas rescisórias (no caso de aposentadoria, o documento do INSS que demonstre a inatividade, e, no caso de pagamento do saldo devedor do SFH, o requerimento compensatório).

Nas rescisões contratuais, somente podem ser sacados os valores referentes ao último contrato de trabalho.

A ação para cobrança judicial das contribuições para o FGTS tem prazo prescricional variável conforme estejam em discussão na mesma ação as parcelas salariais sobre as quais incidiriam os depósitos:

a) Prescrição trintenária (Súmula 95 do TST) - quando apenas se pleiteiam os depósitos do Fundo, sobre o salário efetivamente pago pela empresa (isto porque o art. 20 da Lei 5.107/66 atribuía aos órgãos da Previdência Social a cobrança judicial dos depósitos do Fundo, e o art. 221 da CLPS estabelece em 30 anos o prazo para o INPS cobrar judicialmente as importâncias que lhe são devidas). Esse privilégio ficou assegurado pelo art. 23, § 5º, da Lei 8.036/90.

b) Prescrição quinquenal (Súmula 206 do TST) - quando, além do pedido de contribuições para o fundo, se pleiteia na ação o pagamento dos salários que constituiriam a base de cálculo do FGTS (pelo princípio de que o acessório segue o principal, a prescrição quinquenal aplicada sobre as parcelas salariais repercutiria na prescrição também das contribuições para o FGTS).

6) INDENIZAÇÃO NO CONTRATO A PRAZO

No contrato a prazo, a dispensa antecipada do empregado, sem justa causa, outorga-lhe o direito a uma indenização no valor correspondente à metade dos salários a que teria direito pelo restante da duração do contrato (CLT, art. 479).

7) INDENIZAÇÃO NA DISPENSA DO ESTABILITÁRIO PROVISÓRIO

Se, por um lado, a estabilidade definitiva, após 10 anos de trabalho, ficou excluída do texto constitucional, afastando as vultosas indenizações a que dava azo, por outro persistem as chamadas estabilidades provisórias, quer sejam previstas legalmente, quer convencionalmente. Assim, temos:

- a) dirigente sindical e cipeiro (CLT, art. 543; CF, art. 10, II, "a" das Disposições Transitórias e art. 8º, VIII, do texto principal);
- b) gestante (CF, art. 10, II, "b", das Disposições Transitórias); e
- c) representantes dos trabalhadores no Conselho Curador do FGTS (Lei 8.036/90, art. 3º, § 9º).
- d) acidentado, empregado durante a vigência do acordo ou dissídio coletivo, etc. (estabelecidas convencional ou impositivamente na sentença normativa).

No caso do cipeiro e do dirigente sindical, o simples registro de candidatura do empregado para concorrer ao cargo de dirigente sindical torna-o beneficiário da garantia da estabilidade provisória estatuída no art. 8º, VIII, da Constituição Federal, mesmo que feita após a dação do aviso prévio, tendo em vista que a relação de emprego apenas poderá ser considerada como terminada após o transcurso desse período.

Nesse sentido, não constitui manobra tendente a fraudar a lei o registro do empregado já dispensado, mediante aviso prévio indenizado, em chapa que concorrerá em eleições sindicais, pois o exercício de um direito assegurado por lei não pode ser visto como fraudulento, sendo justo até que o empregado se aproveite de uma possibilidade que a lei lhe brinda para assegurar sua permanência no emprego.

Havendo, pois, a dispensa imotivada durante o período estável, tem o empregado direito à reintegração, ou, ao menos, a uma indenização correspondente ao período abrangido pela estabilidade provisória.

8) INDENIZAÇÃO PELA SUPRESSÃO DE HORAS EXTRAS HABITUAIS

De acordo com a jurisprudência sumulada do TST, a supressão de horas extras habitualmente prestadas por mais de 2 anos dava direito ao empregado à integração da parcela no salário (Súmula n. 76). O verbete decorria da interpretação do art. 468 da CLT: Considerava-se a supressão unilateral das horas extras habituais como alteração contratual ilícita, pelo que, como efeito da *lex perfecta*, a anulação do ato era a consequência natural, restituindo as partes à situação anterior, com o retorno à prestação e remuneração do trabalho extraordinário.

Por pressão patronal, o TST acabou revendo sua própria jurisprudência, editando a Súmula n. 291 do TST, que substituiu a integração por uma indenização equivalente a um salário por ano de prestação de jornada extraordinária habitual.

Ora, como é da natureza de qualquer enunciado de jurisprudência dominante, deveria o verbete sumulado em tela ser interpretação de dispositivo legal existente.

No entanto, isso não ocorre, pois o referido verbete criou "ex nihilo" uma indenização não prevista em lei. Tanto é assim que o enunciado sequer possui precedentes que o fundamentem, no sentido de que a jurisprudência majoritária da Corte tendia à adoção da postura nele consignada. Nota-se, pois, que constituiu verdadeiro ato legislativo, mas não no exercício do Poder Normativo da Justiça do Trabalho, cuja sede própria são os dissídios coletivos, e sim no julgamento de dissídios individuais, onde a competência exclusiva do TST é no sentido de interpretar a lei existente, não criá-la (fora dos casos previstos no art. 127 do CPC, em que é dado ao juiz suprir as lacunas legislativas com o recurso à analogia e aos princípios gerais de direito).

Ademais, na prática dos julgamentos ocorridos, tornava-se impossível a concessão da indenização, quando a postulação era exclusivamente de integração, pois restaria configurado o julgamento *extra petitum* (CPC, arts. 128 e 460).

Assim, a Súmula n. 291 do TST atenta contra o princípio da reserva legal (CF, art. 5º, II), pois não pode o TST impor, através da Súmula, o pagamento de indenização não prevista em lei. Deve, pois, ser revisto o referido enunciado.²⁴

²⁴ Defendendo a postura da Corte, tendo em vista os fatos ensejadores da revisão do Enunciado n. 76, temos o Ministro BARATA SILVA, em artigo intitulado "O Enunciado 291 e as Horas Extras Habituais" (in Revista LTr 55-10/1154).

O SINDICATO E A SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL

Guilherme Mastrichi Basso^(*)

SUMÁRIO: I- Justificativa; II- Problemática; III- Introdução; IV- Leis esparsas e sua eficácia no tempo; V- Substituição: delimitação dos "substituíveis" e natureza do direito a ser defendido; VI- Conclusões.

I - JUSTIFICATIVA:

Sentindo as divergências que vêm ocorrendo no seio da Colenda 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho a respeito da matéria e verificando o posicionamento das demais Turmas da Excelsa Corte Trabalhista, ora ampliando, ora restringindo os casos de substituição processual, vejo no tema uma fonte quase que inesgotável de assunto para debate, pretendendo este trabalho, feito inicialmente para um caso concreto, trazer alguma colaboração aos estudiosos do assunto, a nível de pesquisa.

II - PROBLEMÁTICA:

A questão que tem sido colocada divide-se em três partes: 1. O Inciso III, do art. 8º, da Constituição Federal de 1988, teria ampliado a substituição processual? Em caso positivo, ele é auto-aplicável? 2. A par da discussão em torno do art. 8º da CF/88, excetuados os casos expressamente previstos na CLT, existem outros, regulados por lei extravagantes, autorizando a substituição processual? 3. Quais as matérias suscetíveis de discussão a nível coletivo, em dissídio individual, através da substituição processual?

Como dito, pretendemos levantar as principais questões que têm sido postas, não com o fito de esgotar o assunto, mas de trazê-las à baila, para discussão.

III - INTRODUÇÃO:

A regra geral é a da legitimação ordinária do titular do direito material, para postular em seu próprio nome, a reparação do dano ou lesão de direito sofrida (LICC, art. 6º).

Contudo, há exceções.

No campo do Direito Civil, encontramos legitimação extraordinária prevista no artigo 289, III, do CCB, do marido, na defesa dos direitos referentes aos bens dotais da mulher; do denunciado à lide que, comparecendo em juízo à instância do denunciante, "possa agir na defesa do direito deste" (CPC, arts. 70, I e 74); do capitão do navio que, em nome do proprietário, requer o arresto de mercadorias da carga, visando assegurar o pagamento do frete (Cod. Comercial, art. 227); do gestor dos negócios, em defesa dos direitos do gerido (CC, art. 1331); do Ministério Público, atuando em nome próprio, na defesa dos interesses de ausentes e de revéis, citados por edital ou por hora certa; ainda quando atua na defesa dos direitos difusos; a do art. 3º, da Lei do Mandado de Segurança, que autoriza o titular do direito líquido e certo decorrente de direito em condições idênticas de terceiro, impetrar M.S. a favor de direito originário, se o seu titular, em prazo razoável, apesar de para tal notificado judicialmente, não o fizer.

No campo do Direito do Trabalho, encontramos no Direito Comparado grande fonte de inspiração ao instituto da substituição processual.

Em trabalho apresentado no II Congresso Latino-Americano de Direito do Trabalho, realizado em Campinas, 1980, o eminente Evaristo de Moraes Filho, apud Ophir Cavalcante Júnior, in "A Substituição Processual no Direito do Trabalho", Revista LTr 53-10/1178, in fine, destaca estudo feito em relação a 4 países: França, Argentina, Itália e Alemanha, do qual permitimo-nos transcrever pequenos trechos, in verbis:

"Na França, país de tradição individualista, desde a lei das associações de 1920, adotou-se a chamada ação sindical, que não se confunde com o dissídio coletivo jurídico, segundo a qual os sindicatos podem estar em juízo, a favor do indivíduo, independente dele ou contra ele, sempre que houver um interesse direto ou indireto da profissão. (...)

Sem necessidade de mandato, em exemplos típicos de substituição processual, podem os sindicatos operários demandar na justiça nos casos de violação de convenção coletiva ou cumprimento de salário mínimo dos trabalhadores em domicílio. (...)

(*) Guilherme Mastrichi Basso, Procurador do Trabalho de 1ª Categoria e Mestrando em Direito do Trabalho pela USP.

Informam Carmelynck e Lyon-Caen que a tendência da jurisprudência se manifesta no sentido de impedir a ação sindical quando se trata de uma ação estritamente individual, no interesse do indivíduo, mas permite-se ao sindicato pelo respeito da legislação do trabalho. (...)

Na Argentina, autoriza o art. 16, inciso 2, da Lei n. 14.455, que o Sindicato pode intervir em Juízo por direito próprio ou como terceiro interessado, quando pela natureza da questão debatida a resolução possa afetar interesses sindicais na atividade ou categoria profissional de que se trata. Intervenção essa que vinha sendo defendida pela doutrina e admitida pela jurisprudência."

E prossegue o Mestre:

"Na Itália, pelo Estatuto dos Trabalhadores, de n. 300, de maio de 1970, pressupõe cada um de seus dispositivos o acréscimo de poderes ao sindicato no local de trabalho. (...) Em ação sumária (art. 28), pode o Sindicato demandar contra o empregador por conduta anti-sindical."

Concluindo a análise da amplitude da substituição processual na Itália, o Prof. Evaristo de Moraes Filho, invocando a lição do Prof. Fábio Mazzotti, sintetiza:

"Em uma palavra, prevaleceu a tese de que a conduta antisocial existe na violação do interesse quanto à legalidade nos locais de trabalho, e mais geralmente daquela legalidade consistente em normas de tutela do trabalho."

Pelo visto, cabe ação sindical sumária praticamente na aplicação e observância de toda legislação do trabalho..."

Finaliza seu estudo com a Alemanha:

"Na Alemanha, ensinam Kaskel e Dersch que, como é muito difícil para o Sindicato obter procuração de todos os seus membros para agir em Juízo, isto pode também ser feito de antemão ao ingressar (o associado) na associação por força de cláusula constante dos estatutos. Assim autoriza-se os membros da comissão diretora a fazer valer tais direitos, em nome próprio, como cessionários.

Isto perante os tribunais comuns, em matérias que têm por objetivo controvérsias internas (pagamento de contribuições, medidas disciplinares, etc.). No que diz respeito aos assuntos estritamente trabalhistas (arbeitssachen), perante os tribunais de trabalho, por força do § 10, da Lei desses Tribunais especializados, os sindicatos possuem plena capacidade processual (volle Parteifähigkeit), podendo demandar e ser demandado em juízo. São igualmente interessados no processo de resolução da questão."

Na Espanha também houve avanço nessa área.

A Lei Orgânica 11/1985, de 2.8.85, publicada no BOE de 8.8.85, que dispõe sobre a liberdade sindical, parece ter sido apenas o início de um movimento tendente a ampliar cada vez mais a substituição processual, como instrumento de fiscalização e participação na vida das empresas em geral, pelo Sindicato.

No Brasil, no campo do Direito do Trabalho, há dois casos típicos de substituição processual, incrustados na CLT.. São eles, a ação de cumprimento de sentença normativa, prevista no parágrafo único do artigo 872 e a ação visando o reconhecimento da insalubridade e/ou periculosidade contemplado no § 2º, do artigo 195, aceitos pacificamente pela nossa doutrina e jurisprudência.

IV- LEIS ESPARSAS E SUA EFICÁCIA NO TEMPO:

Antes mesmo da CF/88, outras leis foram editadas, autorizando expressamente o Sindicato a funcionar como substituto processual.

Assim, a Lei 6.708/79, em seu art. 3º, § 2º, dispunha, verbis:

"§ 2º- Será facultado aos Sindicatos independente da outorga de poderes dos integrantes da respectiva categoria profissional, apresentar reclamação na qualidade de substituto processual de seus associados, com o objetivo de assegurar a percepção dos valores salariais corrigidos na forma do artigo anterior."

Posteriormente, a Lei 7.238/84, que substituiu a Lei 6.708/79, reproduziu "ipsis litteris" o dispositivo retro destacado, inclusive mantendo a mesma numeração de parágrafo e artigo.

Esta lei é que tem dado margem a acirradas discussões acerca da sua sobrevivência ou não, à avalanche de leis, decretos-leis e medidas provisórias que se lhe seguiram, versando sobre matéria econômica e política salarial.

Interessa-nos, então, perquirir acerca da subsistência ou não, do § 2º, do art. 3º, da Lei 7.238/84, que tem embasado, via de regra, os pedidos formulados pelos Sindicatos, na qualidade de substituto processual, vindicando reajustes ou antecipações salariais, decorrentes de lei e sua abrangência, no tempo.

``Prima facie'', convém - abrindo um parênteses - lembrar os conceitos de derrogação, revogação e ab-rogação.

Para De Plácido e Silva, ``in'' ``Vocabulário Jurídico'', Rio, Forense, 1990, 2ª ed., Vol. II, pág. 44, derrogação é o vocábulo especialmente indicado para designar a revogação parcial de uma lei ou de um regulamento. Já a ab-rogação é a revogação ou anulação de seu todo. (Abrogatur legi cum prosus detrahitur).

E conclui, afirmando que a revogação é o sentido genérico: tanto se entende derrogação (revogação parcial), como ab-rogação (revogação total).

A revogação de uma lei se dá quando outra a modifique ou revogue (art. 2º, ``caput'', da LICC).

O § 1º, do art. 2º, da LICC disciplina a ab-rogação, enquanto que o § 2º, do mesmo artigo, a derrogação.

Fechando o parênteses, o primeiro impacto significativo sofrido pela Lei 7.238/84, parece-nos ter sido dado pelo DL 2283, de 27.2.86, conhecido como Plano Cruzado, de efêmera duração.

Houve derrogação, a nosso ver, do art. 1º, da Lei 7.238/84, que garantia o reajuste semestral dos salários, pelo art. 22, do DL 2.283/86, que estabeleceu a anualidade dos reajustes, tendo sido mantida a data-base. Não houve revogação expressa da Lei 7.238/84, consoante art. 44 do Decreto-Lei.

Em seguida, veio o DL 2284, de 10 de março do mesmo ano, não tendo também revogado expressamente a mencionada lei (art. 44).

Em 5 de outubro de 1988, com a promulgação da nova Constituição Federal, houve dúvida sobre a regulação mais ampliativa, ou não, do instituto da substituição processual, pelo seu art. 8º, inciso III.

As dúvidas parecem resistir ao tempo, apesar de já decorridos mais de 3 anos desde então.

Hoje, depois de um início que pareceu-nos favorável à substituição mais ampla, com base no inciso III, do art. 8º, da CF/88, na nossa doutrina, facilmente verificável pelos inúmeros artigos que se fizeram publicar, respaldada pela jurisprudência emergente, parece-nos que assistimos a uma reviravolta nos posicionamentos, tanto doutrinários quanto jurisprudenciais, inclusive no seio de algumas Turmas da mais alta Corte Trabalhista do país.

A principal objeção que se levanta é de que o inciso III, do art. 8º, da CF/88 não seja auto-aplicável, dependendo de regulação ordinária tipificando os casos em que a substituição seja cabível. Há, ainda, os que sustentam que nem se trata de substituição, mas de simples representação. Numa coisa, porém, parece haver consenso: seja substituição ou representação, é extensiva a todos os membros da categoria e não apenas aos associados do ente sindical.

A prevalecer a opinião da maioria, no sentido da não-auto-aplicabilidade do mencionado dispositivo constitucional, parece-nos que o § 2º, do art. 3º, da Lei 7.238/84, foi recepcionado pela Magna Carta vigente, dentro da teoria da recepção.

Rompido o filtro do novo ordenamento maior, o instituto da substituição processual trabalhista teve sua vigência revigorada.

Somente com o advento da Lei 7.788, de 3 de julho de 1989 perdeu eficácia o dispositivo legal em questão, pela regulação expressa da matéria, pelo art. 8º, da nova lei, ``in verbis'':

``Art. 8º- Nos termos do inciso III do art. 8º da Constituição Federal, as entidades sindicais poderão atuar como substitutos processuais da categoria, não tendo eficácia a desistência, a renúncia e transação individuais."''

Esta última, por sua vez, teve seus artigos 1º a 7º expressamente revogados pela MP 154, de 15.3.90, DOU de 16.3.90, subsistindo o art. 8º, incólume (MP 154, art. 10).

Com o advento da Lei 8.030, de 12 de abril de 1990, DOU de 17.4.90, foi a Lei 7.788/89 expressamente revogada, pelo art. 14 daquela, entrando o instituto num ``vácuo legislativo'', se desconsiderado o inciso III, do art. 8º, da CF/88.

Editada a MP 190, de 31.5.90, DOU de 1.6.90, que tratava do efeito suspensivo na sentença normativa, foi alterada a redação da alínea a, do art. 513 da CLT (art. 2º, da MP 190/90), verbis:

``Art. 513...

a) representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias os interesses gerais da respectiva categoria ou profissão liberal ou os interesses individuais dos associados, relativos à atividade ou profissão exercida, bem como atuar em juízo como substitutos processuais dos integrantes da categoria" (grifamos).

Assim, no período de vigência dessa MP (1 a 26.6.90) havia legitimação extraordinária contida na alínea ``a'', do art. 513 da CLT.

Com a edição da MP 193, de 25.6.90, DOU de 26.6.90, foi a MP 190 expressamente revogada pelo art. 12 daquela, restabelecendo o "vácuo" anteriormente verificado.

Todavia, a Lei 8.073, de 30.7.90, DOU de 31.7.90, reinstalou, através de dispositivo específico, a substituição processual no nosso ordenamento jurídico trabalhista, "verbis":

"Lei 8.073, de 30 de julho de 1990

Estabelece a Política Nacional de Salários e dá Outras Providências. Substituição Processual.

O Presidente da República,

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º- (Vetado)

Art. 2º- (Vetado)

Art. 3º- As entidades sindicais poderão atuar como substitutos processuais dos integrantes da categoria.

Parágrafo único: (Vetado)

Art. 4º- Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5º- Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, em 30 de julho de 1990; 169º da Independência e 102º da República.

Fernando Collor - Zélia M. Cardoso de Mello - Antonio Magri."

Como visto, este novo diploma legal, da forma como sancionado, permanece em plena vigência, já que perdeu o caráter de apêndice de lei de política salarial, passando a substituição processual a existir por norma própria, autônoma.

Desse modo, parece-nos estar evidenciado que desde a edição da Lei 6.708/79, estava o Sindicato legitimado, pela lei ordinária, a atuar em juízo, como substituto processual de seus representados, exceção feita aos dois curtos períodos de "vácuo" já registrados, restando, então, a delimitação da abrangência dos substituíveis e a amplitude dos temas suscetíveis de substituição.

V - SUBSTITUIÇÃO: DELIMITAÇÃO DOS "SUBSTITUÍVEIS" E NATUREZA DO DIREITO A SER DEFENDIDO:

Quanto ao primeiro tópico - abrangência dos substituíveis - parece-nos, como já dito, predominar a corrente - à qual me filio - segundo a qual, o inciso III, do art. 8º, da CF/88, ampliou o rol anteriormente circunscrito aos associados para alcançar todos os membros da categoria.

Quanto à natureza do direito a ser defendido por intermédio da substituição processual, a questão ainda suscita certa polêmica.

Parece-nos que deve haver um liame entre os interesses de cada indivíduo substituído, de sorte a que se possa dar tratamento coletivo, aos direitos individuais homogêneos, postulados em ação plúrima.

Nesse sentido, aliás, a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor, deu significativa mostra de evolução.

Em seu art. 81, assim disciplina a matéria, verbis:

"Art. 81- A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas, poderá ser exercido em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único: A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

(omissis)

III- interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os de origem comum."

No art. 82, declina as pessoas legitimadas à defesa desses direitos, em claro exemplo de substituição processual, ressaltando que se trata de legitimação concorrente. Essa certeza, aliás, é ratificada pelo art. 91.

Desse modo, entendemos que, sempre que houver descumprimento por parte de uma determinada empresa, de lei que beneficie seus empregados, tem o sindicato que representa os prejudicados, legitimidade ativa para, em nome próprio, ajuizar a competente ação em favor de seus representados, ex vi do art. 3º, da Lei 8.073/90.

Nesse sentido, concluiu o Professor Wagner Giglio, seu artigo intitulado "A Substituição Processual Trabalhista e a Lei 8.073", in Suplemento Trabalhista LTr - Ano XXVII, n. 7/91, verbis:

``(...)

Já se disse que uma frase do legislador pode derrubar toda uma estante de livros doutrinários, e na verdade não faz sentido invocar a lição dos juristas para contrariar a disposição legal. Se as considerações dos doutos destoam das posições legais, torna-se necessário refazer a doutrina, e não mudar as leis.

E se a Lei n. 8.073 autorizou os sindicatos a substituir processualmente os integrantes da categoria, sem limitações, a lei deve ser cumprida, sem reservas, formulando-se uma nova doutrina."

Esse nos parece ser, data venia, o caso típico das ações visando o recebimento dos gatilhos salariais, resíduos e URPs, impagos pelo empregador, a despeito de lei que os assegurasse, nas respectivas épocas próprias.

VI- CONCLUSÕES:

* A substituição processual não se restringe mais aos associados do ente sindical, mas a todos os membros da categoria que representa.

* A par da discussão em torno da auto-aplicabilidade ou não do Inciso III, do art. 8º, da CF/88, há no nosso ordenamento positivo, lei ordinária que legitima o Sindicato a atuar em juízo como substituto processual.

* Toda vez que o empregador descumprir a legislação em vigor, em desfavor dos seus representados, pode o ente sindical ingressar em juízo na qualidade de substituto destes.

Brasília, dezembro de 1991.

O APELO AO LEGISLADOR – APPELLENTSCHEIDUNG

- NA PRÁXIS DA CORTE CONSTITUCIONAL

FEDERAL ALEMÃ

Gilmar Ferreira Mendes^(*)

I - INTRODUÇÃO

Há muito não se limita o Bundesverfassungsgericht a declarar, simplesmente, a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei. A par dessas técnicas clássicas de decisão e do especial significado emprestado à interpretação conforme à Constituição (verfassungskonforme Auslegung)¹, a Corte Constitucional alemã desenvolveu determinadas variantes de decisões que conferem maior relevo à eterna discussão sobre o binômio direito e política. Não raro reconhece a Corte que a lei ou a situação jurídica não se tornou ainda inconstitucional e exorta o legislador a que proceda - às vezes dentro de determinado prazo - à correção ou à adequação dessa "situação ainda constitucional"² (Appellentscheidung). Em outros casos, cinge-se o Tribunal a constatar a inconstitucionalidade da lei sem declarar a sua nulidade (Unvereinbarkeitserklärung)³.

(*) Gilmar Ferreira Mendes, Procurador da República. Adjunto do Subsecretário-Geral da Presidência da República. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília, Doutor em Direito pela Universidade de Münster - RFA.

ABREVIATURAS:

AÖR - Archiv des öffentlichen Rechts
Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen - (Decisões do Tribunal Constitucional Alemão) - o primeiro número refere-se ao volume; o segundo às páginas
AÖR - Archiv des öffentlichen Rechts
BayVBL - Bayerische Verwaltungsblatt
DÖV - Die öffentliche Verwaltung
DVBL - Deutsches Verwaltungsblatt
EUGrZ - Europäische Grundrechtszeitschrift
NJW - Neue Juristische Wochenschrift
JZ - Juristenzeitung
VVDSrL - Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
RGZ - Reichsgerichtszeitschrift

¹ Em virtude de sua flexibilidade, a "interpretação conforme à Constituição" assume particular relevância na prática do Bundesverfassungsgericht. A sua utilização é justificada com fundamento na unidade de ordenamento jurídico (Einheit der Rechtsordnung) e no princípio da conservação da norma, que recomenda o respeito à vontade do legislador. A sua qualificação dogmática não é pacífica. Significativa parcela da doutrina defende a sua caracterização como simples caso de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, uma vez que, normalmente, acarreta exclusão de algumas das possíveis interpretações da norma, reduzindo o seu âmbito de aplicação (Cf. Skouris, Teilnichtigkeit von Gesetzen, Berlim, 1973, p. 108; Moench, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, Baden-Baden, 1977, p. 19).

² BVerfGE 7, 282; 16, 130; 21 12 (42); 25, 167; Cf. dentre outros, Ipsen, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, Baden-Baden, 1980, p. 132; Zeidler, Wolfgang, Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen, EuGRZ, 1988, p. 207 (210 s.); Pestalozza, Christian, "Noch verfassungsmässige" and "bloss verfassungswidrige" Rechtslagen, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen, 1976, v. 1, p. 520 (540); Schulte, Martin, Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, DVBl. 1988, p. 1200 s.

³ Cf. dentre outros, BVerfGE 6, 246; 6, 282, 7, 320; 13, 248; 18, 257; 26, 79; 26, 100; 26, 163; 28, 227; 28, 324; 29, 58; 29, 71; 30, 227; 30, 292; 31, 1; 31, 229; 31, 275; 32, 173; 32, 199; 32, 365; 33, 90; 33, 106; 33, 303; 34, 9; 34, 71; 35, 79; 36, 146; 37, 154; 37, 217; 37, 342; 38, 2; 38, 41; 38, 61; 38, 213; 39, 316; 40, 196; 40, 298; 42, 176; 43, 58; 43, 242; 45, 104; 45, 376; 46, 97; 48, 64; 48, 227; 48, 327; V. também. Ipsen, Jörn, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980, p. 107 s.; Zeidler, Dir Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen, EuGRZ, 1988, p. 207

2. Essas diferentes formas de decisões revelam uma peculiaridade da jurisdição constitucional alemã. Em nenhum outro sistema de controle jurisdicional de normas, seja ele "difuso" ou "concentrado", logra-se constatar a utilização de tão ampla gama de técnicas de decisão⁴.

3. Tal diversidade expressa o papel singular exercido pelo Bundesverfassungsgericht no sistema constitucional alemão. A ampla competência que lhe foi outorgada pela Lei Fundamental (arts. 93, 18, 21, parágrafo 2º, 41 parágrafo 2º, 61 parágrafos 1º e 2º, 84 parágrafo 4º, 115 "h", parágrafo 1º, a "força de lei" (Gesetzeskraft) das decisões proferidas nos processos de controle de normas (Lei do Bundesverfassungsgericht, § 31 (2), o "efeito vinculante" (Bindungswirkung) das decisões para os órgãos constitucionais e autoridades administrativas (Lei do Bundesverfassungsgericht, § 31 (1)⁵, e a inequívoca

(213). Originariamente, a Lei do Bundesverfassungsgericht contemplava apenas duas formas de decisão nos processos de controle de normas: o Tribunal deveria declarar a constitucionalidade ou a nulidade da lei (§ 78). Somente em 1970, a "declaração de inconstitucionalidade" sem a consequência da nulidade (Unvereinbarkeitserklärung) foi incorporada ao § 31, (2), 2º e 3º períodos e ao § 79, (1), da referida Lei.

⁴ A Corte Constitucional austríaca detém ampla margem de "discrição" para dispor sobre as consequências jurídicas de suas decisões. Ela tanto pode estabelecer que a lei não é mais aplicável a outros processos ainda não cobertos pela coisa julgada (Constituição da Áustria, art. 140, parágrafo 7º, 2º período), ou fixar prazo de até um ano, dentro do qual se mostra legítima a aplicação da lei (art. 140, parágrafos 5º e 7º). Essa possibilidade de dispor sobre as consequências jurídicas da decisão tornou dispensável a adoção de outras técnicas de decisão no direito austríaco (Cf. Korinek, Karl, Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL, Publicação da Associação Alemã dos Professores de Direito Público n. 39, p. 38/39; Oberndorfer, Peter, Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen, Europäische Grundrechtszeitschrift, EUGrZ, 1988, p. 193, 203). O modelo americano - restrito ao caso concreto -, não se afigura compatível, em princípio, com essas novas técnicas de decisão. Todavia, em tempos mais recentes, pode-se identificar, nos Estados Unidos, a tendência da jurisprudência dos tribunais inferiores no sentido de não se limitar a proferir a cassação das providências editadas pelo Executivo ou pelo Legislativo, mas também de impor-lhes obrigações positivas. Caso as autoridades legislativas ou administrativas não cumpram o estabelecido no julgado, os tribunais podem assumir a responsabilidade pela execução do julgado. Essa jurisprudência, considerada como um dos mais interessantes desenvolvimentos no Direito Constitucional dos Estados Unidos dos últimos tempos, começou com o esforço para superar a segregação racial nas escolas a partir da decisão proferida pela Suprema Corte em "Brown vs. Board of Education" (347 US 483, 1954, e 439 US 294, 1955) e teve continuidade em outras decisões que exigiam ou determinavam a concretização de reformas em presídios e instituições psiquiátricas (v. Bounds et al. vs. Smith et al., 430 US 817; reproduzindo, parcialmente, in: Europäischen Grundrechtszeitschrift, 1977, p. 509 s.) (Cf. a propósito, Seibert, Helga, Der Supreme Court und sein Verhältnis zu den anderen Staatsgewalten, Bericht über Vortrags- und Diskussionsabend der Deutsch-amerikanischen Juristenvereinigung, Europäische Grundrechtszeitschrift, 1978, p. 384/386).

⁵ A constitucionalidade de uma norma pode ser examinada pelo Bundesverfassungsgericht: (a) no processo de controle abstrato de normas (Lei Fundamental, art. 93, I, n. 2), a requerimento do Governo Federal, de um Governo Estadual, ou de um terço dos membros do Parlamento Federal; (b) no processo de controle concreto de normas, mediante provocação de juiz ou tribunal que reputa inconstitucional a lei a ser aplicada a um caso concreto (Art. 100 parágrafo 1º, da Lei Fundamental) ou através de (c) "recurso constitucional" (Verfassungsbeschwerde), interposto contra "decisão judicial", eventualmente lesiva dos direitos fundamentais ou ato normativo dotado de eficácia imediata, (art. 93 I, 4ª da Lei Fundamental). A decisão do Tribunal possui, no controle de normas, eficácia erga omnes ou, tal como formulado na Lei do Bundesverfassungsgericht, "força de lei". Essa "eficácia geral", prevista inicialmente na Lei Fundamental (art. 94, parágrafo 2º), já havia sido contemplada no art. 3º (3), da Lei de 8.4.1920, que disciplinou o processo de controle abstrato de leis estaduais, consagrado pela Constituição de Weimar (art. 13, parágrafo 2º). Segundo o entendimento então dominante além de retirar a lei do ordenamento jurídico com eficácia erga omnes, a decisão proferida nesse processo de controle abstrato continha uma interpretação autêntica do direito federal (Cf. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 1930 p. 107, Jellinek, Walter, Der Schutz des öffentlichen Rechts, VVDStRL 2, 1925, p. 43). Em outros termos, deixava-se assente que o direito federal não poderia tolerar disposição idêntica ou semelhante constante do direito de outro "Land" ou do direito do Estado-membro cuja disposição tivera a sua inconstitucionalidade reconhecida (Jellinek, op. cit., p. 43). Esse "efeito vinculante" amplo não era aceito por Triepel. A "força de lei" abrangia, na sua opinião, somente a parte dispositiva, publicada no Diário Oficial. Disposições idênticas constantes do direito de outros Estados-membros, bem como a norma nova editada pelo Estado que teve o seu preceito censurado não estariam por ele abrangidas. (Triepel, Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, (reimpressão), 1965, p. 112-113). Essa polêmica exerceu influência sobre a nova ordem instituída pela Lei Fundamental de 1949. Como assinalado, a Lei Fundamental autorizou o legislador a estabelecer os casos nos quais as decisões do Bundesverfassungsgericht poderiam, ser dotadas de "força de lei" (Gesetzeskraft), art. 94, parágrafo 2º). Segundo o disposto no § 31 (2), da Lei do Bundesverfassungsgericht, são dotadas de força de lei: (1) as decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto de normas; (2) nos processos de

autoridade de que goza o Tribunal emprestam ao Bundesverfassungsgericht considerável influência na conformação da própria realidade político-social da República Federal da Alemanha⁶.

4. Essa influência não se limita às questões submetidas diretamente à apreciação do Tribunal. Ao contrário, nota-se uma forte tendência das forças políticas de adaptarem-se ao entendimento já manifestado pelo Tribunal. Essa tendência atribui invulgar "eficácia prévia" (Vorwirkung) às suas decisões⁷. Essa "eficácia prévia" revela-se sobretudo na tendência demonstrada pelo Parlamento de positivar as decisões, ou até mesmo as recomendações oriundas da Corte Constitucional⁸. Muitas iniciativas do legislador são determinadas por decisões proferidas pelo Bundesverfassungsgericht, como se pode constatar nas próprias exposições de motivos de alguns projetos de lei⁹. Nas discussões parlamentares, evidencia-se, não raras vezes, a preocupação de realizar as pretendidas reformas legislativas em consonância com a efetiva ou suposta orientação do Tribunal, como demonstram as tentativas de identificar, antecipadamente, a eventual decisão do Tribunal através da solicitação de pareceres de especialistas e da realização das "audiências públicas"¹⁰.

5. A preeminente posição assumida pelo Bundesverfassungsgericht no sistema político-constitucional da República Federal da Alemanha traduz séria mudança na sistemática tradicional de divisão de poderes¹¹. Não se trata de um desenvolvimento casual ou aleatório, mas da conseqüente aplicação de um sistema de controle jurídico do poder político¹².

qualificação de normas, destinados a aferir a compatibilidade de norma pré-constitucional com direito federal (art. 126 LF); (3) nos processos de verificação de normas destinados a aferir se determinada norma de Direito Internacional Público integra o direito federal (art. 25 c/c art. 100 (2) LF). A parte dispositiva das decisões proferidas nesses processos deve ser publicada no Diário Oficial da União (Bundesverfassungsgericht) (Lei do Bundesverfassungsgericht, § 31 (2), 2ª parte). O legislador federal previu, ademais, no § 31 (1), da Lei do Bundesverfassungsgericht, que as decisões da Corte Constitucional têm "efeito vinculante" para todos os órgãos constitucionais da União e dos Estados, bem como para todos os Tribunais e órgãos administrativos. Segundo a jurisprudência do Tribunal, o "efeito vinculante" abrange não só a parte dispositiva, mas também os "motivos determinantes" da decisão (tragende Gründe) (BVerfGE 1, 14 (37); 19 377 (392); 20, 56 (87); 40, 88 (93). Esse entendimento amplia a eficácia da decisão do Tribunal, impondo aos diferentes órgãos estatais o dever de observar a interpretação da Constituição fixada pelo Tribunal. No caso de declaração de inconstitucionalidade de uma norma, o efeito vinculante dos "motivos determinantes" proíbe não só a edição de norma de teor idêntico ou semelhante pelo ente político que teve a lei declarada inconstitucional, mas veda também a promulgação por outros entes políticos de "normas paralelas" (Cf. Pestalozza, Christian, verfassungsprozessrecht, Munique, 1982, p. 171).

⁶ EBSEN, INGWER, Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung, Berlin, 1985, p. 11-12; Starck, Christian, Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozess der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen, 1976, p. 22.

⁷ STARCK, CHRISTIAN, Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozess der Bundesrepublik, p. 16; Landfried, Christine, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber, 1983, p. 51 s.

⁸ Cf., a propósito, Starck, Christian, Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozess der Bundesrepublik, p. 16; Landfried, Christine, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber, Baden-Baden, 1983, p. 51 s.

⁹ Cf., v.g. Projeto de reforma da lei de proteção de informações (Datenschutzgesetz), que, na sua justificação, enfatiza a necessidade das alterações por força da decisão proferida pelo Bundesverfassungsgericht sobre a Lei do Censo, de 1981 (VBerfGE 65,1 (3 s.).

¹⁰ A título de exemplo, considere-se a discussão travada por ocasião da apresentação do projeto de Lei de "co-gestão paritária" (partitatische Mitbestimmung), aprovado em março de 1976, pela coalizão social-liberal (Governo do Chanceler Schmidt). Da audiência pública realizada em dezembro de 1974, participaram os seguintes professores de direito: Thomas Raiser, Rupeert Scholz, Konrad Duden, Ernest-Joachim Mestmäcker, Peter Raish, Hans Heinrich Rupp, Franz Jürgen Sacker, Spiros Simitis, Ekkehart Stein, Klaus Steerns e Hans Zacker. Seis desses especialistas consideraram constitucional o projeto, enquanto outros cinco sustentaram a sua inconstitucionalidade. Essa situação levou o Professor Raiser a afirmar que todas as opiniões possíveis faziam-se representar naquela audiência, o que dava "uma imagem adequada da forma como se pode praticar a Ciência Jurídica" (Cf. Landfried, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber, p. 52 s., 55). A questão constitucional acabou sendo submetida, posteriormente, ao Bundesverfassungsgericht, que reconheceu a constitucionalidade das disposições impugnadas (BVerfGE 50, 290, 322).

¹¹ Cf. sobre o assunto Kimminich, Otto, "A jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes", Revista de Informação Legislativa n. 105, (1990), p. 283 (292s.).

¹² Confira, a propósito, Marcic, René, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, Viena, 1957, p. 342.

6. A influência dos grupos de pressão sobre o legislador, o déficit de racionalidade identificado no processo legislativo e a possibilidade de que as decisões majoritárias do corpo legislativo venham a lesar direitos de minorias constituem elementos denotadores de uma mudança do papel desempenhado pela "lei" nos modernos sistemas constitucionais¹³.

A existência de órgão judicial especial, incumbido de exercer o controle constitucional, impõe aos órgãos submetidos a esse sistema de controle um "dever de racionalidade" (Zwang der Rationalität) na concretização da Constituição. Como acentua Starck, se se entender a democracia como representação funcionalmente legitimada e controlada, a jurisdição constitucional, longe de configurar um corpo estranho, expressaria essa idéia fundamental de controle¹⁴.

7. Pode-se afirmar, portanto, que, ao compensar eventuais debilidades identificadas no processo legislativo, a jurisdição constitucional não está usurpando funções tradicionais da representação popular, mas apenas exercendo as atribuições que lhe foram confiadas dentro desse novo modelo constitucional¹⁵.

8. Nesse contexto, o desenvolvimento pelo Bundesverfassungsgericht de novas formas de decisão expressa o propósito de cumprir, efetivamente, o complexo mister de órgão central de controle jurídico. Não se pode olvidar que a função de Guardião da Constituição (Hüter der Verfassung) exige que contemple, nas suas decisões, a necessidade de preservação da ordem constitucional que deve ser protegida¹⁶. É que, enquanto órgão constitucional que participa na formação da vontade do Estado, a Corte Constitucional está obrigada a considerar as conseqüências jurídicas de suas decisões para a sociedade estatal, evitando orientar-se, simplesmente, e pelo lema fiat justitia pereat mundus¹⁷.

9. Acentue-se que a preocupação com as conseqüências jurídicas das decisões proferidas no juízo de constitucionalidade já se mostrava presente na literatura jurídica da época de Weimar. Assim sustentava Triepel, no conhecido Referat sobre "a natureza e desenvolvimento da jurisdição constitucional", que, quanto mais políticas fossem as questões submetidas à jurisdição constitucional, tanto mais adequada pareceria a adoção de um processo judicial totalmente diferenciado dos processos ordinários¹⁸. "Quanto menos se cogitar, nesse processo, de ação (...) de condenação, de cassação de atos estatais - dizia Triepel - mais facilmente poderão ser resolvidas, sob a forma judicial, as questões políticas, que são, igualmente, questões jurídicas"¹⁹.

10. Quase simultaneamente esforçava-se Walter Jellinek para reduzir o conteúdo normativo do art. 13, parágrafo 2º, da Constituição de Weimar²⁰, afirmando que o Reichsgericht somente poderia

¹³ STARCK, CHRISTIAN, Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozess der Bundesrepublik, 1976, p. 22-23; Cf. também Marcic, Reené, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, Viena, 1957, p. 336 s.

¹⁴ STARCK, CHRISTIAN, Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozess der Bundesrepublik, 1976, p. 11.

¹⁵ Cf. sobre o assunto Kimminich, Otto, "A jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes", Revista de Informação Legislativa n. 105, (1990), p. 283 s.

¹⁶ Cf. Rupp v. Brünneck, Wiltraut, Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?, in: Festschrift für Gebhard Müller, 1970, p. 355 (365).

¹⁷ RUPP V. BRÜNECK, Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren? in: Festschrift für Gebhard Müller, 1970, p. 365-366 segs.

¹⁸ TRIEPEL, HEINRICH, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL, Vol. 5 (1929), p. 26.

¹⁹ TRIEPEL, HEINRICH, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL, Vol. 5 (1929) p. 26.

²⁰ Art. 13, parágrafo 2º, da Constituição de Weimar: "As autoridades federais ou estaduais competentes poderão, na forma da lei federal, provocar a decisão de um Tribunal do Reich, em caso de dúvida ou controvérsia sobre a compatibilidade de disposição do direito estadual com o direito federal" (Bestehen Zweifel oder Meinungsverschiedenheiten darüber, ob eine landesrechtliche Vorschrift mit dem Reichsrecht vereinbar ist, so kann die zuständige Reichs- oder Landeszentralbehörde nach näherer Vorschrift eines reichsgesetzes die Entscheidung eines Gerichtshofes des Reichs anrufen). As Leis federais de 30.3.1920 e de 8.4.1920 outorgaram competência para conhecer dessas ações, respectivamente, ao Tribunal de Finanças (finanzhof), no caso de aferição sobre compatibilidade entre o direito estadual e o direito federal em matéria tributário-financeira, e, nos demais casos, ao reichsgericht. As decisões dessas Cortes eram dotadas de "força de lei" (§ 3 nº 3 da Lei de 8.4.1920 (Cf. a propósito, Triepel, Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern (reimpressão), 1965, p. 44, 67 e 112). Deve-se acentuar que esse instituto da Constituição de Weimar (1919), embora limitado ao controle do direito estadual, constitui a verdadeira matriz do controle abstrato de normas nos tempos modernos. Modelo semelhante veio a ser adotado pela Constituição austríaca de 1.10.1920 (Art. 140, 1).

conhecer de uma argüição de inconstitucionalidade, no processo de controle abstrato de normas estaduais, se a declaração de nulidade da lei estadual se mostrasse apta a resolver a controvérsia²¹.

Esse seria o caso se, v.g., a norma declarada inconstitucional pudesse ser substituída por outra norma de clareza inquestionável. Ao contrário, não deveria ser declarada a inconstitucionalidade se pudesse advir uma lacuna a ser colmatada pelo legislador estadual. Assim, o Reichsgericht estaria impedido de declarar, na sua opinião, a inconstitucionalidade de uma lei estadual disciplinadora do processo eleitoral que se afigurasse incompatível com o princípio da proporcionalidade fixado no art. 17 da Constituição, pois "teria como conseqüência o caos, o Estado não disporia de uma lei eleitoral"²².

11. Como já enunciado, essas reflexões ganharam novo desenvolvimento sob o império da Constituição de Bonn (Lei Fundamental = Grundgesetz). Ao lado do "apelo ao legislador e da interpretação conforme à Constituição", vale-se a Corte Constitucional também da "declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade" (Unvereinbarkeitserklärung). Essa última variante, desenvolvida pela jurisprudência da Corte Constitucional, - "declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade" (Unvereinbarkeitserklärung) - foi incorporada à Lei do Bundesverfassungsgericht em 1970 (§§ 31, (2), 2º e 3º períodos e 79, (1)). A pronúncia de inconstitucionalidade perde, nesse caso, o caráter cassatório, assumindo um "conteúdo condenatório" (verpflichtend ou obligatorisch) ou, se quisermos utilizar a terminologia dominante no Brasil, um "caráter mandamental". O legislador está obrigado a empreender as medidas necessárias à supressão do estado de inconstitucionalidade, ficando suspensa a aplicação da lei censurada ("suspensão de aplicação" ou Anwendungssperre).

12. A praxis do Bundesverfassungsgericht revela, ainda, a ampla utilização de obiter dicta²³ com recomendações dirigidas ao legislador. A utilização de obiter dicta dá-se não só nas decisões confirmatórias da constitucionalidade da lei (sentença de rejeição da inconstitucionalidade)²⁴, mas também na "interpretação conforme à Constituição"²⁵, na "declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade" (Unvereinbarkeitserklärung), e até mesmo nas decisões de índole cassatória (declaração de nulidade)²⁶.

13. Feitas essas considerações, imprescindíveis à compreensão do papel desempenhado pelo Bundesverfassungsgericht no sistema constitucional alemão, passaremos a analisar o significado das chamadas Appellentscheidungen na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão.

II - O "APELO AO LEGISLADOR" NA PRÁXIS DO BUNDESVERFASSUNGSGERICHT"

a) CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

14. Tanto quanto é possível precisar, a decisão proferida em 4 de maio de 1954 sobre o Estatuto do Sarre (Saarstatut)²⁷ constitui o ponto de partida para o desenvolvimento das Appellentscheidungen na jurisprudência do Bundesverfassungsgericht. Ficou assente, no referido julgado, que as providências legislativas empreendidas com vistas a superar o "estatuto de ocupação" - ainda que se mostrassem imperfeitas ou incompletas - contribuíam para uma gradual compatibilização da situação jurídica com a Lei Fundamental e deveriam, por isso, ser consideradas "ainda constitucionais" (noch verfassungsgemäss)²⁸.

²¹ JELLINEK, WALTER, *Verfassung und Verwaltung des Reichs und der Länder*, Leipzig e Berlim, 3. ed., 1927, p. 27; Cf. também Flad, Wolfgang, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Bundesrechtsexekution*, Heidelberg, 1929, p. 38.

²² JELLINEK, WALTER, *Verfassung und Verwaltung des Reichs und der Länder*, 1927, p. 27.

²³ Cf. a propósito, Bryde, *Verfassungsentwicklung*, Munique, 1982, p. 397 s.; Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden, 1980, p. 125. Sobre a diferenciação entre ratio decidendi e obiter dictum ("coisa dita de passagem", (acessoriamente) v. Rónai, Paulo "Não perca o seu latim", Rio de Janeiro, 1984), isto é, entre os fundamentos essenciais à prolação do julgado e aquelas considerações que integram os fundamentos da decisão, mas que são perfeitamente dispensáveis, v. Schlüter, Wilfried, *Das Obiter Dictum*, Munique, 73, p. 77 s.

²⁴ BVerfGE 40, 296 (329).

²⁵ BVerfGE 36, 1.

²⁶ BVerfGE 39, 1 (44 s.).

²⁷ Nessa decisão, formulou o Bundesverfassungsgericht a chamada "Teoria da Aproximação" (Annäherungslehre), que recomenda ao Tribunal abster-se de pronunciar a inconstitucionalidade nos casos em que se reconhece estar o legislador empreendendo esforços para superar, gradualmente, o estado de inconstitucionalidade.

²⁸ BVerfGE 4, 157 (177-178); Cf., também Schlaich, Klaus, *Das Bundesverfassungsgericht*, 1985, p. 181; Pestalozza, "Roch verfassungsmässige" und "bloss verfassungswidrige" Rechtslagen, 1976, 547 s.

15. A expressão Appellentscheidung foi utilizada, porém, pela primeira vez, no conhecido escrito de Rupp v. Brünneck, de 1970, no qual a antiga juíza da Corte Constitucional defendeu a pronúncia, em determinados casos, "da sentença de rejeição de inconstitucionalidade" vinculada a uma conclamação ao legislador para que empreendesse as medidas corretivas necessárias²⁹.

b) A APPELLENTSCHEIDUNG E A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM A PRONÚNCIA DA NULIDADE (UNVEREINBARKEITSERKLÄRUNG)

16. A própria designação Appellentscheidung (decisão de apelo; apelo ao legislador) não expressa conceito unívoco da doutrina. Designa-se Appellentscheidung a decisão na qual o Tribunal reconhece a situação como "ainda constitucional", anunciando a eventual conversão desse estado de "constitucionalidade imperfeita" numa situação de "completa inconstitucionalidade"³⁰. Alguns autores utilizam a denominação Appellentscheidung também para designar as decisões do Bundesverfassungsgericht que declaram a inconstitucionalidade da norma sem, no entanto, pronunciar a sua nulidade³¹.

17. Nem sempre afigura-se possível diferenciar, com precisão, a Appellentscheidung da "declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade" (Unvereinbarkeitserklärung)³². A simples determinação para que o legislador regule determinada matéria dentro de certo prazo não expressa característica exclusiva da Appellentscheidung, uma vez que também da "declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade" constam, não raras vezes, recomendações ou exortações expressas para que o legislador promulgue uma nova lei³³. Também a possibilidade de eventual aplicação da lei censurada não se afigura suficiente para fixar uma decisiva distinção entre a "Appellentscheidung" e a "declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade", pois, consoante a jurisprudência do Bundesverfassungsgericht, "em casos excepcionais, podem ser aplicados, parcial ou totalmente, os dispositivos inconstitucionais (...)"³⁴.

18. Pode-se assentar, porém, que, embora subsistam dúvidas na doutrina sobre os efeitos jurídicos da "declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia" da nulidade (Unvereinbarkeitserklärung)³⁵, é certo que ela contém um juízo de desvalor em relação à norma

Crítico, a propósito, Lerche, Peter, Das Bundesverfassungsgericht und die vorstellung der "Annäherung" an der Verfassungsgewollten Zustand, DöV 1971, p. 721 s.

²⁹ RUPP V. BRÜNECK, Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren? in: Festschrift für Gerbhard Müller, 1970, p. 355 s.; Cf. também, Schefold-Leske, Hochschulvorschaltgesetz: verfassungswidrig aber nicht nichtig, NJW 1973, p. 1297 (1299); Söhn, Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?, 1974, p. 363; Pestalozza, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Vol. I, p. 519 (540); Moench, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, Baden-Baden, 1977, des Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, Baden-Baden, 1980, p. 70.

³⁰ IPSEEN, JÖRN, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980, p. 132; Pestalozza, "Noch verfassungsmässige" und "bloss verfassungswidrige Rechtslagen", 1976, p. 540; Schulte, Martin, Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgericht, DVBl. 1988, 1200 (1201).

³¹ SCHEFOLD/LESKE, Hochschulvorschaltgesetz: verfassungswidrig - aber nicht nichtig, NJW, 1973, p. 1297 (1299); Söhn, Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?, 1974, p. 37.

³² Cf., a propósito Sachs, Michael, Tenorierung bei Normenkontrolle des Bundesverfassungsgericht, DöV, 1982, p. 23 (27 und 30). Diferentemente do apelo ao legislador, a declaração de inconstitucionalidade tem eficácia erga omnes (Gesetzeskraft) e a força vinculante (Bindungswirkung) para todos os órgãos da União e dos Estados, assim como para todos os Tribunais e autoridades administrativas (§ 31, parágrafo 1º, da Lei do Bundesverfassungsgericht (Cf. a propósito Maunz, Theodor, Das Verfassungsrechtsprechung Gesetz, BayVBl., 1980, p. 513 (518), também infra IV.

³³ ZEIDLER, WOLFGANG, Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen, EuGRZ, 1988, p. 207 (214).

³⁴ BVerfGE 61, 319 (356); Cf. também Maurer, Hartmut, Zur Verfassungswidrigkeit von Gesetzen, in: Festschrift für Werner Weber, 1974, p. 347.

³⁵ A discussão doutrinária sobre o significado da "declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade" assenta-se, principalmente, nas "teorias da nulidade" e da "anulabilidade da lei" inconstitucional. Enquanto significativa corrente doutrinária sustenta que a "declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade" traz ínsita uma "proibição de aplicação" da lei questionada (Anwendungssperre) (Cf. Ipsen, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980, p. 218-219; Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 1985, p. 172-173; Heussner, Hermann, Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung, NJW 1982, p. 257,

questionada, o que obriga o legislador a empreender as medidas necessárias à supressão do estado de inconstitucionalidade³⁶, nos termos dos artigos 1º, parágrafo 3º (vinculação dos órgãos estatais aos direitos fundamentais) e 20, parágrafo 3º (garantia do Estado de Direito e vinculação dos órgãos estatais aos princípios estabelecidos na Constituição), da Lei Fundamental.

19. Deve-se ressaltar, portanto, que, enquanto a "declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade" (unvereinbarkeitserklärung) contém uma declaração de inconstitucionalidade, o apelo ao legislador configura peculiar "sentença de rejeição de inconstitucionalidade"³⁷. Vê-se pois, que o apelo ao legislador tem conteúdo preventivo, operando no "campo preliminar da patologia constitucional"³⁸. A "declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade", ao revés, tem "caráter mandamental", obrigando o legislador a suprimir, com a possível presteza, o estado de inconstitucionalidade³⁹.

c) TIPOS DE APPELLENTSCHEIDUNGEN

20. As Appellentscheidungen formam uma constelação fortemente diferenciada na jurisprudência do Bundesverfassungsgericht, o que dificulta a sistematização mais precisa dessa categoria. Esses diferentes tipos podem ser identificados também sob uma forma mista. Não obstante, afigura-se possível designar, com alguma segurança, pelo menos três grupos típicos dessa categoria:

- (1) "Apelo ao Legislador" em virtude de mudança nas relações fáticas ou jurídicas;
 - (2) "Apelo ao Legislador" em virtude de descumprimento de dever constitucional de legislar;
 - (3) "Apelo ao Legislador" em virtude de falta de "evidência" de inconstitucionalidade.
- (aa) O "Apelo ao Legislador" em Virtude de Mudanças nas Relações Jurídicas ou Fáticas

258), Hein, Peter, Die Unvereinbarkeitserklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht, 1988, p. 181), alguns autores, influenciados pela "teoria da anulabilidade" (Vernichtbarkeitslehre), sustentam a plena aplicabilidade da norma declarada inconstitucional até a sua revogação pelo Poder Legislativo (Söhn, Hartmut, Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?, Frankfurt am Main, 1974, p. 171; Moench, Christoph, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, Baden-Baden, 1977, p. 172). Na prática, embora o Bundesverfassungsgericht reconheça que essa decisão deva acarretar a "proibição de aplicação" da lei inconstitucional, admite-se, em casos especiais, a aplicação temporária da lei inconstitucional para evitar as situações de vácuo legislativo ou de eventual "caos jurídico" (BVerfGE 55, 100, 110).

³⁶ Segundo o entendimento praticamente unânime da doutrina constitucional alemã, a "declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade" tem "caráter mandamental" (verpflichtend), obrigando o legislador a editar, com a urgência devida e se for necessário e possível, com caráter retroativo, as medidas legislativas reclamadas. Esse entendimento mostra que, diferentemente da declaração de nulidade, a simples pronúncia de inconstitucionalidade não retira a lei do ordenamento jurídico. Daí ter a jurisprudência do Tribunal Constitucional consagrado orientação segundo a qual a pronúncia de inconstitucionalidade importa na suspensão de "aplicação" da lei questionada (Anwendungssperre) (Cf. acima, nota 35). Em estreita vinculação com a "suspensão de aplicação", identifica-se uma outra consequência jurídica desse tipo de declaração de inconstitucionalidade: ela deve ensejar a suspensão dos processos judiciais ou administrativos até a edição do ato legislativo requerido, permitindo, sobretudo nos casos de ofensa ao princípio da isonomia, que os eventuais prejudicados sejam contemplados na nova regulamentação (Maurer, Hartmut, Zur Verfassungswidrigkeit von Gesetzen, in: Festschrift für Werner Weber, 1974, p. 345 (361 s.); Ipsen, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980, p. 212; Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 1985, p. 172 s.; Hein, Peter, Die Unvereinbarkeitserklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht, Baden-Baden, 1988, p. 168 s.). Em casos excepcionais, o Tribunal tem determinado a aplicação da lei declarada inconstitucional (Cf. também a nota n. 35).

³⁷ SCHULTE, MARTIN, Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgericht, DVB1, 1988, 1200 (1201). O Bundesverfassungsgericht tem reconhecido, nos últimos tempos, que, nos casos de "declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade" - particularmente na hipótese de afronta ao princípio da igualdade -, deverá o legislador, em muitos casos, emprestar eficácia retroativa às novas disposições (VberfGE 55, 100).

³⁸ IPSEN, JÖRN, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980, p. 268.

³⁹ IPSEN, JÖRN, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, Baden-Baden, 1980, p. 268-269.

21. O "apelo ao legislador" em virtude de uma mudança das relações fáticas ou jurídicas forma a mais importante categoria dessa modalidade de decisão na jurisprudência do Bundesverfassungsgericht⁴⁰. Alguns exemplos colhidos na jurisprudência do Tribunal hão de contribuir para esclarecer esse tipo de Appellentscheidung.

(aaa) Divisão dos Distritos Eleitorais

22. A decisão do Bundesverfassungsgericht de 22 de maio de 1963 revela exemplo clássico do "processo de inconstitucionalização" (Verfassungswidrigwerden) em virtude de uma mudança nas relações fáticas. Ressaltou-se, nesse acórdão, que, em virtude da significativa alteração na estrutura demográfica das diferentes unidades federadas, a divisão dos distritos eleitorais, realizada em 1949 e preservada nas sucessivas leis eleitorais, não mais atendia às exigências demandadas do princípio de igualdade eleitoral⁴¹. (Lei Fundamental, art. 38). O Tribunal absteve-se, porém, de pronunciar a inconstitucionalidade sob a alegação de que tal situação não podia ser constatada na data da promulgação da lei (setembro de 1961)⁴². O Bundesverfassungsgericht logrou infirmar, assim, a ofensa ao art. 38 da Lei Fundamental. Conclamou-se, porém, o legislador "a empreender as medidas necessárias à modificação dos distritos eleitorais, com a redução da discrepância existente para patamares toleráveis".

23. Essa exortação do Tribunal foi atendida com promulgação da Lei de 14 de fevereiro de 1964 (Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes de 14 de fevereiro de 1964).

24. Assinale-se que esse caso estava marcado por peculiar dilema. Caso o Bundesverfassungsgericht tivesse declarado a inconstitucionalidade da lei que disciplinava a divisão dos distritos eleitorais, ter-se-ia de reconhecer a invalidade das últimas eleições parlamentares e, por conseguinte, a ilegitimidade do Parlamento e do próprio Governo. Nessa hipótese, inexistiria órgão com legitimidade para promulgar uma nova lei eleitoral, uma vez que a legislatura anterior já se havia encerrado (Lei Fundamental, art. 39, parágrafo 1º, 2º período) e a disposição sobre o "estado de necessidade legislativa" (Gesetzgebungsnotstand) não se mostrava aplicável à situação em apreço (Lei Fundamental, art. 81)⁴³.

(bbb) Pensão previdenciária em virtude da morte do cônjuge do sexo feminino

25. Cobra relevo ressaltar, todavia, que nem sempre o "processo de inconstitucionalização" baseia-se, de forma evidente, na mudança das relações fáticas⁴⁴. Logra-se identificar, muitas vezes, notória "confusão" entre elementos "fáticos" e "jurídicos"⁴⁵.

26. As decisões do Bundesverfassungsgericht sobre a pensão previdenciária por morte do cônjuge do sexo feminino configuram clássico exemplo do "processo de inconstitucionalização" em virtude de mudança das relações fáticas e jurídicas (Witwerrenten-Entscheidungen)⁴⁶. Consoante o § 43, (1), da Lei da Seguridade, e do § 1266 (1) do Regulamento da Previdência Social, o cônjuge do sexo masculino somente faria jus à pensão previdenciária se os ganhos da segurada fossem fundamentais para o sustento da família. Ao contrário, assegurava-se a pensão à viúva, independentemente de qualquer consideração sobre os ganhos auferidos pelo "segurado" para o sustento da família. Na primeira decisão (erstes Witwerrenten-Urteil), proferida em 24.07.63, reconheceu o Tribunal a constitucionalidade dessas disposições, com o fundamento de que apenas no caso da viúva poder-se-ia

⁴⁰ O Bundesverfassungsgericht e a doutrina constitucional moderna admitem que, de alguma forma, o conteúdo normativo pode sofrer mudanças, fazendo com que, apesar da subsistência do texto original, a norma nele contida adquira outro significado (Cf. a propósito, Hesse, Konrad, Grenze der Verfassungswandlung, in: Ausgewählte Schriften, Heidelberg, 1984, p. 29, 31).

⁴¹ BVerfGE 16, 130 s.

⁴² BVerfGE 16, 130 (141/142).

⁴³ RUPP V. BRÜNECK, Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?, 1970, p. 372; Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 1985, p. 182; Gusy, Christoph, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, Berlim, 1985, p. 211.

⁴⁴ BRYDE (Verfassungsentwicklung, p. 283) ressalta que, no processo de concretização e desenvolvimento da Constituição, as mudanças do "âmbito normativo" (Regelungsbereich) e as mudanças nas concepções valorativas estão indissociavelmente vinculadas, de forma que uma "mudança nas relações fáticas" influencia a valoração normativa e uma alteração das concepções valorativas não se opera sem que haja um motivo de ordem fática (Cf., também, Canotilho, Direito Constitucional, Coimbra, 1986, p. 154 s.).

⁴⁵ IPSEN Rchtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980, p. 134.

⁴⁶ Decisões de 24.7.63 e de 12.3.74, (BVerfGE 17, 1 e BVerfGE 39, 169).

identificar uma perda de rendimentos suscetível de ser compensada economicamente⁴⁷. O reduzido número de mulheres casadas entre a população econômica ativa (1950, cerca de 7,5%) estava a indicar que o legislador não ultrapassara os limites de uma tipificação admissível⁴⁸.

27. Na segunda decisão, de 17 de dezembro de 1974, considerou o Bundesverfassungsgericht que as normas constantes do § 43, (1), da Lei de Seguridade, e do § 1266, (1), do Regulamento de Previdência Social, "ainda não eram inconstitucionais". No entanto, o legislador estava obrigado a promulgar uma nova lei, porque as disposições em apreço estavam submetidas a notório "processo de inconstitucionalização". É que, argumentava-se, no período 1950-1973, o número de mulheres casadas economicamente ativas havia quadruplicado⁴⁹. Era possível constatar, ademais, uma significativa mudança da divisão de tarefas no âmbito da relação conjugal, suficiente, por si só, para reabrir a questão sobre a constitucionalidade dos preceitos impugnados⁵⁰.

28. A configuração de ofensa ao princípio da igualdade deveria ser infirmada (Lei Fundamental, art. 3º, parágrafo 2º), porque a mudança referida havia-se operado em grupos que ainda não tinham alcançado a idade para aposentadoria.

(ccc) Tributação do Transporte de Carga de Longa Distância

29. Nesse contexto, há de ser considerado o grupo de casos no qual o Bundesverfassungsgericht, embora reconhecesse que a regulamentação ainda se mostrava compatível com a Constituição, recomendava, expressamente, a adoção de medidas corretivas. É que se afigurava possível a configuração de afronta ao princípio da isonomia⁵¹ em virtude de mudanças na situação econômica ou social.

30. Os "recursos constitucionais" impugnavam o § 11, parágrafo 1º n. 2 b, da Lei de 30 de junho de 1958. O referido diploma fazia recair carga tributária mais pesada sobre o transporte de longo percurso do que aquela incidente sobre os demais ramos dessa atividade econômica⁵². Essa decisão do legislador tinha por escopo não o aumento da receita tributária, mas o estabelecimento de condições equilibradas de concorrência com a Companhia Federal de Transportes Ferroviários (Bundesbahn)⁵³.

31. O Bundesverfassungsgericht teve de aferir a compatibilidade da legislação em apreço em face do art. 12 ("liberdade de exercício profissional" - mormente em relação ao "princípio da proporcionalidade"), bem como do art. 14, parágrafo 1º (propriedade) e do art. 3º, parágrafo 1º, da Lei Fundamental (igualdade). Cumpria verificar se as mudanças operadas nesse ramo de atividade eram tão significativas a ponto de tornar inconstitucional a lei referida.

32. O Tribunal acentuou que, como se tratava de lei nova, não se afigurava possível proceder a uma rigorosa avaliação dos objetivos alcançados pelo legislador⁵⁴. De resto, o próprio legislador, mostrava-se consciente da provisoriedade da medida⁵⁵. Reconheceu-se, pois, a constitucionalidade da lei, no seguintes termos:

⁴⁷ BVerfGE 17, 1 (19).

⁴⁸ BVerfGE 17, 1 (23).

⁴⁹ BVerfGE 39, 169 (184).

⁵⁰ BVerfGE 39, 169 (189).

⁵¹ Vgl. Zeidler, Wolfgang, Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der Staatlichen Funktionen, EuGrz 1988, p. 207 (211).

⁵² Cf., a propósito, Krause-Palfner, Thilo, Das Verfassungswidrigwerden von Gesetzen, Diss., 1973, p. 35.

⁵³ Na justificação do Ministério dos Transportes, de 9.7.1954, ficou assente: "constitui principal objetivo da política de transportes do Governo Federal a limitação do transporte de cargas de longa distância". Também o Parecer da Comissão de Tributação e Finanças, de 12.03.1953, continha a seguinte conclusão: "concordou-se que as mudanças destinavam-se a reordenar o setor, não devendo ter conteúdo político-financeiro. A obtenção de receita não estava, portanto, em primeiro plano. Essas disposições deveriam assegurar idênticas condições básicas ao transporte ferroviário e rodoviário. Buscava-se, principalmente, restringir o transporte rodoviário de longo percurso (Werkfernverkehr)". Citação, de acordo com BVerfGE, 16, 147 (161 e 171).

⁵⁴ BVerfGE 16, 147 (161 s.).

⁵⁵ BVerfGE 16, 147 (174 s, 182, 187).

“A tributação especial do transporte de carga de longo percurso com base na Lei de Transporte de 1955 não é, pelo menos neste momento, inconstitucional”⁵⁶.

33. Segundo a orientação adotada pelo Tribunal, a rigorosa tributação a que estava submetido o transporte de carga de longo percurso “situava-se no limite do tolerável”⁵⁷.

(ddd) A Práxis da Execução Penal: Mutações Constitucionais

34. Finalmente, cumpre mencionar os casos de mudança na concepção jurídica que podem produzir uma “mutação normativa” ou a “evolução na interpretação, permitindo que venha a ser reconhecida a inconstitucionalidade de situações anteriormente consideradas legítimas. A orientação doutrinária dominante, marcada por uma alternativa rigorosa entre “atos legítimos” ou “ilegítimos” (“entweder” als “rechtmässig oder” als “rechtswidrig”), encontra dificuldade para identificar a consolidação de um “processo de inconstitucionalização” (Prozess des Verfassungswidrigwerdens)⁵⁸. Prefere-se admitir que, embora não tivesse sido identificada, a ilegitimidade sempre existirá⁵⁹.

35. O Bundesverfassungsgericht colocou em dúvida esse entendimento na decisão proferida sobre problemática da execução penal, como se logra depreender da seguinte passagem do acórdão:

“O constituinte contemplou, por ocasião da promulgação da Lei Fundamental, a situação tradicional da execução da pena, tal como resulta dos artigos 2, parágrafo 2º, 2º período, e 104, parágrafos 1º e 2º da Lei Fundamental, não existindo qualquer sinal de que ele partira da premissa de que o legislador haveria de editar uma lei imediatamente após a entrada em vigor da Lei Fundamental. Na apreciação da questão sobre o decurso de prazo razoável para o legislador disciplinar a matéria e, por conseguinte, sobre a configuração de ofensa à Constituição, deve-se considerar também que, até recentemente, admitia-se, com fundamento das relações peculiares de poder (besondere Gewaltverhältnisse), que os direitos fundamentais do preso estavam submetidos a uma restrição geral decorrente das condições de execução da pena. Cuidar-se-ia de limitação implícita, que não precisava estar prevista expressamente em lei. Assinale-se, todavia, que, segundo a orientação que se contrapõe à corrente tradicional, a Lei Fundamental, enquanto ordenação objetiva de valores com ampla proteção dos direitos fundamentais, não pode admitir uma restrição ipso jure da proteção dos direitos fundamentais para determinados grupos de pessoas. Essa corrente somente impôs-se após lento e gradual processo”⁶⁰.

36. Vê-se, pois, que, segundo a concepção tradicional, o estabelecimento de restrições aos direitos fundamentais dos presidiários mediante atos normativos secundários era considerado, inicialmente, compatível com a Lei Fundamental. A evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial - uma autêntica “mutação constitucional” - passava a exigir, no entanto, que qualquer restrição a esses direitos devesse ser estabelecida mediante expressa autorização legal⁶¹.

37. A especificidade da situação impunha, todavia, que se tolerassem, provisoriamente, as restrições aos direitos fundamentais dos presidiários, ainda que sem fundamento legal expresso. O legislador deveria emprestar nova disciplina à matéria em consonância com a orientação agora dominante sobre os direitos fundamentais⁶².

(bb) Inadimplemento de Dever Constitucional de Legislar

38. O inadimplemento de “dever constitucional de legislar” dá ensejo, não raras vezes, à pronúncia da Appellentscheidung. O Bundesverfassungsgericht reconhece, freqüentemente, que a omissão legislativa revela-se “ainda constitucional” (noch verfassungsgemäss), enfatizando o dever do legislador de promulgar as providências reclamadas.

⁵⁶ BVerfGE 16, 147, Ementa (Leitsatz) n. 4: “Die Sonderbesteuerung des Werkfernverkehrs aufgrund des Verkehrsgesetzes 1955 ist - jedenfalls zur Zeit - nicht verfassungswidrig”.

⁵⁷ BVerfGE 16, 147 (187).

⁵⁸ IPSEN, JÖRN, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980, p. 137.

⁵⁹ IPSEN, JÖRN, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980, p. 137.

⁶⁰ BVerfGE 33, 1 (12).

⁶¹ Crítico, a propósito, Starck, Anmerkung zum Strafvollzugsurteil, JZ, 1972, 360 (361).

⁶² BVerfGE 33, 1 (13).

39. O dever de legislar pode decorrer de expressa "exigência constitucional" (Verfassungsauftrag; "norma-tarefa", na tradução proposta por Canotilho)⁶³, ou pode derivar do chamado "dever de proteção" (Schutzpflicht), que obriga o Estado a atuar na defesa e proteção de certos valores, como a vida, a integridade física, a honra, sobretudo em face de agressões praticadas por terceiros⁶⁴. O Tribunal tem identificado, ultimamente, como fundamento do dever constitucional de legislar, o "dever geral de adequação" (allgemeiner Nachbesserungsvorbehalt), que impõe ao legislador a obrigação de corrigir as conseqüências danosas ou perversas para os direitos fundamentais resultantes da aplicação da legislação existente.

40. A referência a alguns precedentes jurisprudenciais poderá ilustrar melhor o apelo ao legislador em virtude do inadimplemento de dever constitucional de legislar.

(aaa) Revogação do Estatuto de Ocupação

41. Tal como acentuado, os casos relativos à aplicação do "estatuto de ocupação" constituíram o ponto de partida para o desenvolvimento das Appellentscheidungen na jurisprudência do Tribunal Constitucional. Na decisão de 4 de abril de 1955, relativa à constitucionalidade da lei federal de 23 de outubro de 1954, que aprovava o Tratado sobre Sarre (Saarstaatut), formulou o Bundesverfassungsgericht sua famosa "Teoria da Aproximação" (Annäherungstheorie)⁶⁵.

Afigura-se digna de registro a síntese dessa orientação, tal como formulada no acórdão, verbis:

"Afasta-se a declaração de inconstitucionalidade, porque a situação criada pelo Tratado está mais próxima do estabelecido na Lei Fundamental do que aquela anteriormente em vigor. Se se pretendesse uma disciplina plenamente compatível com a Lei Fundamental, ter-se-ia a consagração de um rigorismo constitucional que se deixa resumir pela seguinte fórmula: a situação ruim deve subsistir se o melhor não puder ser alcançado. Essa orientação não corresponde à vontade da Lei Fundamental"⁶⁶.

42. Esse entendimento foi confirmado e concretizado em outras decisões proferidas sobre a legitimidade das leis que restringiam a atividade econômica (Zwangswirtschaft). Enfatizou-se então que cassar ou simplesmente revogar esse complexo normativo daria ensejo a uma situação de caos e que o legislador não disporia de condições para uma imediata substituição do estatuto vigente⁶⁷.

43. É fácil de ver que os casos pertinentes ao "estatuto de ocupação" e à legitimidade do direito pré-constitucional não se deixavam tipificar, simplesmente, como "situações ainda constitucionais", tratava-se, em verdade, de situações incompatíveis com a Lei Fundamental. A decretação de sua nulidade - conseqüência inevitável do reconhecimento da inconstitucionalidade, segundo a concepção então vigente - poderia trazer, porém, conseqüências danosas ou indesejáveis⁶⁸.

(bbb) Igualdade dos Filhos Havidos Fora do Casamento

44. O art. 6º, parágrafo 5º, da Lei Fundamental⁶⁹, estabelece que o legislador deve assegurar aos filhos havidos fora do casamento condições idênticas de desenvolvimento físico, espiritual e social àquelas vigentes para os filhos legítimos. Ao apreciar "recurso constitucional" (Verfassungsbeschwerde)

⁶³ CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, Direito Constitucional, Coimbra, 1986, p. 135.

⁶⁴ A jurisprudência do Bundesverfassungsgericht tem reconhecido que os direitos fundamentais asseguram ao indivíduo não apenas "direito de defesa" contra intervenção do Estado (Abwehrrecht) e eventual direito a prestações positivas (Leistungsrecht), mas também um "direito de proteção" contra lesões ou ameaças a valores ou bens (vida, saúde, liberdade, propriedade, etc.) provenientes da ação de terceiros. A ameaça de morte por seqüestradores, a utilização de instalações perigosas, ou o tratamento conferido a cidadão alemão ou estrangeiro, ao arrepio do Direito Internacional Público, são exemplos de situações que exigem uma conduta ativa do Estado - no plano legislativo judicial ou administrativo - para garantir ou proteger direitos fundamentais (Cf., Klein, Eckart, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW, 1989, p. 1633 s.)

⁶⁵ Cf., a propósito, Lerche, Peter, Das Bundesverfassungsgericht und die Vorstellung der "Annäherung" an den verfassungsgewollten Zustand, DÖV 1971, p. 721.

⁶⁶ BVerfGE 4, 157.

⁶⁷ BVerfGE 9, 63 (72); 12, 281 (292); 15, 337 (342, 346, 351 s.); Cf. também Moench, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrollee, 1977, p. 72; Schneider, Bernd-Jürgen, Die Funktion der Normenkontrolle und des richterlichen Prüfungsrechts im Rahmen der Rechtsfolgenbestimmung verfassungswidriger Gesetze, 1988, p. 214 s.

⁶⁸ Esses casos compõem, hodiernamente, um dos tipos da chamada "declaração de inconstitucionalidade sem a conseqüência da nulidade" (Unvereinbarkeitserklärung). Cf. supra, II, "b".

⁶⁹ Lei Fundamental, art. 6, parágrafo 5º: "a lei deve assegurar ao filho ilegítimo condições de desenvolvimento físico, espiritual e social idênticas àquelas outorgadas aos filhos legítimos".

interposto contra decisão do Tribunal Estadual de Kiel, considerou a Corte Constitucional que ainda não havia decorrido o "prazo razoável" assegurado ao Parlamento para o cumprimento do dever constitucional de legislar⁷⁰. Este expirar-se-ia com o término daquela legislatura⁷¹. Não obstante, como se tratava de norma constitucional bastante precisa, enfatizou o Bundesverfassungsgericht que, configurada a mora do legislador, poderiam os Juízes e Tribunais aplicá-la diretamente.

45. Anteriormente, o Tribunal adotara orientação semelhante. Tratava-se de disposição constitucional que admitia a subsistência do direito ordinário contrário ao postulado da igualdade até a sua devida adequação a esse princípio. Esta deveria realizar-se, porém, até 31 de março de 1953 (Lei Fundamental, art. 117, parágrafo 1º). Após o decurso desse prazo, passaram alguns Tribunais a aplicar diretamente o princípio da igualdade, até que fosse promulgada a legislação requerida. O Bundesverfassungsgericht considerou correta essa orientação⁷².

(ccc) Dever de proteção (Schutzpflicht) e dever de adequação do legislador (Nachbesserungsvorbehalt)

46. No âmbito do "dever de proteção do legislador" (Schutzpflicht), vem assumindo relevância peculiar constelação, concernente às matérias complexas, que requerem uma constante aferição para eventual correção ou adequação das providências legislativas⁷³.

47. Na decisão proferida em 8 de agosto de 1978, relativa ao reator nuclear de Kalkar (Kalkar-Beschluss), reconheceu o Bundesverfassungsgericht que, em virtude de novos desenvolvimentos científicos, o legislador estava constitucionalmente obrigado a reexaminar a sua decisão em favor do uso pacífico da energia atômica⁷⁴.

Apreciando diferentes "recursos constitucionais", interpostos por moradores da região próxima às instalações nucleares, deixou assente o Tribunal, de forma lapidar:

"Caso se constatem indícios de perigo proveniente de reatores nucleares do tipo Schneller Brüter (...), está o legislador obrigado a promulgar as novas medidas requeridas"⁷⁵.

48. Pronunciamento de teor semelhante contém a decisão de 14 de janeiro de 1981, sobre a poluição sonora causada por aviões⁷⁶.

49. Em outros casos, tem-se enfatizado que, na hipótese de regulamentação nova, concernente a matérias complexas, a intervenção da jurisdição constitucional somente há de ocorrer se o legislador, a despeito das experiências colhidas, deixar de empreender as melhorias e adaptações necessárias⁷⁷.

50. Ainda no âmbito do chamado "dever de proteção" do legislador deve ser mencionada decisão de 15 de dezembro de 1983⁷⁸ sobre a constitucionalidade da lei de recenseamento. Aqui houve por bem o Bundesverfassungsgericht reconhecer a existência de um "dever de adequação" imediato, independentemente de qualquer outra consideração:

"§§ da Lei do Censo 1982 são compatíveis com a Lei Fundamental. Não obstante, deve o legislador, em consonância com os fundamentos da decisão, tomar as medidas necessárias à edição de normas complementares pertinentes à organização e ao procedimento do censo"⁷⁹.

51. Vê-se, pois, que o Tribunal declarou a constitucionalidade da lei, desde que colmatadas as lacunas atinentes à organização e ao processo⁸⁰.

⁷⁰ BVerfGE 25, 167 (187).

⁷¹ BVerfGE 25, 167 (187).

⁷² BVerfGE 3, 225.

⁷³ BVerfGE 53, 257 (312).

⁷⁴ BVerfGE 49, 89 (129).

⁷⁵ BVerfGE 49, 89 (132).

⁷⁶ BVerfGE 56, 54 (70).

⁷⁷ BVerfGE 53, 257 (312 s.).

⁷⁸ Trata-se de pronunciamento que consagrou, de forma definitiva, um novo direito fundamental no âmbito da Lei Fundamental, "o direito de autodeterminação sobre informação" (informationelles Selbstbestimmungsrecht), isto é, o direito de decidir autonomamente sobre quando e em que condições deverão ser divulgados fatos relacionados com a vida pessoal, (Cf. sobre o assunto, Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard, Grundrechte, Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 96).

⁷⁹ BVerfGE 65, 1 (3), Cf., também, BVerfGE 53, 257 (288).

A validade da lei ficava condicionada, portanto, à edição das normas complementares sobre organização e procedimento⁸¹.

52. Como observado por Sachs, essa categoria assemelha-se a uma "declaração de inconstitucionalidade submetida a uma condição suspensiva"⁸², uma vez que a omissão do legislador em suprir a lacuna identificada poderia comprometer a legitimidade de todo o complexo normativo⁸³.

c) "Apelo ao Legislador" por "Falta de Evidência" da Ofensa Constitucional

53. Em algumas Appellentscheidungen identifica-se o esforço do Bundesverfassungsgericht para infirmar a configuração de inconstitucionalidade, sustentando-se a inexistência de elementos corroboradores da evidência da colisão normativa no momento da elaboração da lei. Não se poderia, assim, afirmar, com segurança, se o legislador estaria em condições de identificar o estado de inconstitucionalidade⁸⁴.

54. A decisão sobre a divisão dos distritos eleitorais fornece nítido exemplo dessa categoria de Appellentscheidung⁸⁵. Esforçou-se o Tribunal, nesse caso, para evitar as conseqüências da declaração de inconstitucionalidade, procedendo a uma sutil diferenciação entre os conceitos de "inconstitucionalidade" (Verfassungswidrigkeit) e "invalidade" (Ungültigkeit):

"Em 17.09.1961, a inconstitucionalidade da divisão dos distritos eleitorais não era, ainda, claramente identificável de modo que se pudesse reconhecer a sua invalidade naquele momento"⁸⁶.

55. Segundo a concepção então adotada, a "inconstitucionalidade" somente deveria acarretar a "invalidade", se manifesta. Do contrário, não seria possível identificar uma conduta "censurável" do legislador. Esse entendimento revelava uma tendência de subjetivação da ofensa constitucional⁸⁷. O Bundesverfassungsgericht houve por bem ressaltar, ainda, que, nesse caso específico, não se mostrava possível precisar o momento em que se implementaria a conversão do "estado de inconstitucionalidade" em uma "situação de invalidade". É o que se lê na seguinte passagem do acórdão:

"A dificuldade de precisar o momento exato em que a divisão dos distritos eleitorais, anteriormente legítima, tornou-se incompatível com a Constituição assenta-se, principalmente, no fato de que esse desenvolvimento caracteriza-se por uma instável fase de transição, o que acabou por dificultar que esse desenvolvimento pudesse ser previsto, em sua integridade, com a necessária segurança. Essas circunstâncias (...) estão a demonstrar que, antes das últimas eleições parlamentares, faltava à ofensa contra o princípio da igualdade eleitoral (Wahlrechtsgleichheit) a evidência indispensável para afetar, já àquela época, a validade da divisão dos distritos"⁸⁸.

56. Assim a caracterização objetiva de uma "inconstitucionalidade" somente poderia acarretar a "invalidade" se ela (inconstitucionalidade) se afigurasse evidente. Do contrário, não se poderia identificar uma "conduta censurável" do legislador.

57. Tem-se aqui, como assinalado, uma tentativa de "subjetivar" o ato inconstitucional⁸⁹. Consoante essa orientação, enquanto o legislador não estivesse consciente da inconstitucionalidade, o defeito não produziria conseqüências jurídicas. A decisão do Tribunal tornaria a mácula "evidente", não podendo mais o legislador alegar desconhecimento ou ignorância do estado patológico identificado⁹⁰.

⁸⁰ Cf. também BVerfGE 53, 257 (300).

⁸¹ SACHS, MICHAEL, Tenorierung bei Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgericht, DöV 1982, p. 23 (29).

⁸² SACHS, MICHAEL, Tenorierung bei Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgericht, DöV 1982, p. 23 (29).

⁸³ SCHLAICH, das Bundesverfassungsgericht, 1985, p. 183.

⁸⁴ BVerfGE 16, 130 (142); Cf. ainda, a propósito Ipsen, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980, p. 138 s.; Moench, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, 1977, p. 84 s.; Pestalozza, "Noch verfassungsmässige" und "bloss verfassungswidrige" Rechtslagen, 1976, p. 536 s.

⁸⁵ Cf. supra II, "c", "2".

⁸⁶ BVerfGE 16, 130 (142).

⁸⁷ Cf. a propósito Ipsen, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, p. 138-139.

⁸⁸ BVerfGE 16, 130 (142/143).

⁸⁹ IPSEN, JÖRN, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Normen und Einzelakt, 1980, p. 222.

⁹⁰ IPSEN, JÖRN, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Normen und Einzelakt, 1980, p. 140.

III - O APELO AO LEGISLADOR NA ORDEM CONSTITUCIONAL ALEMÃ

58. A utilização do apelo ao legislador não colhe aplausos unânimes na doutrina. Afirma-se que o Tribunal não dispõe de base legal para proferir esse tipo de decisão⁹¹. Sustenta-se, ademais, que "o apelo ao legislador" expressa tentativa de compensar, mediante decisão judicial, o déficit identificado no processo de decisão parlamentar (Kompensation parlamentarischer Entscheidungsdefizite). A Appellentscheidung demitiria o legislador da responsabilidade de concretizar a ordem fundamental⁹². Observa-se, ainda, que o Bundesverfassungsgericht não dispõe de competência para estabelecer prognósticos, sendo limitada a sua capacidade de fazer previsões⁹³. Não pode ele estabelecer, portanto, com segurança, o exato momento da conversão de uma "situação ainda constitucional" em um "estado de inconstitucionalidade"⁹⁴.

59. A objeção concernente à eventual falta de fundamento legal para pronúncia da Appellentscheidung não se afigura irretorquível, sobretudo se considerada esta decisão como peculiar "sentença de rejeição da inconstitucionalidade"⁹⁵. Se admitido que uma situação considerada constitucional pode tornar-se inconstitucional, não se deve excluir a possibilidade de que, no momento da decisão, não se tenha operado ainda essa "conversão". Assim, de uma perspectiva formal, o "apelo ao legislador" nada mais expressaria do que a constatação desse incompleto "processo de inconstitucionalização"⁹⁶. A Appellentscheidung poderia ser vista, assim, tal como proposto por Ebsen, como técnica específica para atuar sobre essas "situações imperfeitas", sem que se tenha de pronunciar a inconstitucionalidade ou a nulidade da lei⁹⁷.

60. Se se analisarem, porém, os grupos singulares de Appellentscheidungen, pode-se duvidar da correção dessa tipificação processual. Em verdade, abstém-se o Tribunal, muitas vezes, de emitir um juízo de desvalor sobre a norma para evitar conseqüências práticas danosas⁹⁸.

61. No entanto, não deve pairar qualquer dúvida de índole jurídico-funcional quanto à possibilidade de o Tribunal ressaltar, nas chamadas "situações ainda constitucionais", as deficiências da norma impugnada e a necessidade de sua substituição, derrogação ou complementação⁹⁹.

62. Conceda-se, porém, que a tentativa de identificar a consumação do "processo de inconstitucionalização" não se afigura isenta de problemas, uma vez que o Tribunal não está legitimado a proferir decisões sobre o desenvolvimento futuro com base apenas em prognósticos¹⁰⁰.

⁹¹ KLEIN, ECKART, Verfassungsprozessrecht, - versuch einer Systematik an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht, AöR, 108 (1983), p. 410 (434); Bryde, Verfassungsentwicklung, p. 395.

⁹² Cf. Bryde, Otto, Verfassungsentwicklung, 1982, p. 397/398; Starck, Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozess der Bundesrepublik, p. 27.

⁹³ BRYDE, OTTO, Verfassungsentwicklung, 1982, p. 397; Klein, Verfassungsprozessrecht, - Versuch einer Systematik an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht, AöR, 108 (1983), p. 410 (434); Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, 1976, p. 212.

⁹⁴ KLEIN, ECKART, Verfassungsprozessrecht, - Versuch einer Systematik an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht, AöR, 108 (1983), p. 410 (434).

⁹⁵ SCHLAICH, Das Bundesverfassungsgericht, 1985, p. 181.

⁹⁶ EBSEN, INGWER, Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung, 1985, p. 96.

⁹⁷ EBSEN, INGWER, Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung, 1985, p. 96-97.

⁹⁸ RUPP-V. BRÜNNECK, Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?, in: Festschrift für Gebhard Müller, 1970, p. 355 (396); Pestalozza, "Noch verfassungsmässige" und "bloss verfassungswidrige" Rechtslagen, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, t. I, p. 520 (536 s.); Bryde, Verfassungsentwicklung, p. 396; Ebsen, Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung, 1985, p. 97.

⁹⁹ BRYDE, OTTO, Verfassungsentwicklung, 1982, p. 396; Schulte, Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgericht, DVBl. 1980, p. 1200 (1205); Gerontas, Apostolo, Die Appellentscheidungen, Sondervotumappelle und die blosse Unvereinbarkeitsfeststellung als Ausdruck der funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1982, p. 486 (487); Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, p. 179. Crítico a propósito: Klein, Verfassungsprozessrecht, - Versuch einer Systematik an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht, AöR, 108 (1983), p. 410 (454).

¹⁰⁰ BRYDE, OTTO, Verfassungsentwicklung, 1982, p. 397; Klein, Verfassungsprozessrecht, - Versuch einer Systematik an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht, AöR, 108 (1983), p. 410 (434).

IV - CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS DO APELO AO LEGISLADOR

63. Os efeitos do apelo ao legislador não estão disciplinados pelo direito positivo. Segundo a praxis consagrada pelo Tribunal, há de constar a parte dispositiva da decisão apenas o reconhecimento da constitucionalidade da lei. O apelo ao legislador integra, normalmente, os "fundamentos da decisão"¹⁰¹. Estes contêm a advertência de que uma determinada situação - eventualmente, após o decurso de determinado prazo - não mais será aceita¹⁰². Em tempos mais recentes, passou o Tribunal a declarar, na parte dispositiva, a constitucionalidade da lei "consoante os fundamentos da decisão" (nach Massgabe der Gründe)¹⁰³. Essa referência na parte dispositiva aos fundamentos da decisão deveria cumprir, assim, uma "função de advertência".

64. As assertivas constantes da "sentença de rejeição de inconstitucionalidade" a respeito do "processo de inconstitucionalização" de uma lei não estão cobertas pela "coisa julgada" (Rechtskraft), nem são dotadas de "força de lei" (Gesetzeskraft), porquanto, esse "desenvolvimento posterior" não é objeto do controle¹⁰⁴. A referência aos fundamentos da decisão destina-se a impedir, todavia, que, em virtude da declaração da constitucionalidade, a lei fique isenta de críticas. Ao contrário, pretende-se assegurar a possibilidade de suscitar-se, após o decurso de determinado prazo, a inconstitucionalidade da lei¹⁰⁵.

65. Acentue-se, pois, que o "apelo" para que corrija uma "situação ainda constitucional" (noch verfassungsmässige Rechtslage), antes de que se consolide o estado de inconstitucionalidade, não obriga, juridicamente, o órgão legislativo a empreender qualquer providência¹⁰⁶. Esse entendimento há de aplicar-se, igualmente, na hipótese de o Bundesverfassungsgericht incorporar o "apelo" à parte "dispositiva" da decisão¹⁰⁷, uma vez que apenas o conteúdo de decisões expressamente previsto na lei - declaração de constitucionalidade, declaração de inconstitucionalidade, declaração de nulidade - pode fazer coisa julgada ou ser dotado de "força de lei"¹⁰⁸. A manifestação do Bundesverfassungsgericht sobre o "processo de inconstitucionalização" há de ser considerada simples obiter dictum¹⁰⁹.

66. É muito provável que a qualificação do "apelo ao legislador" como mero obiter dictum não corresponda à intenção do Bundesverfassungsgericht¹¹⁰, que, não raras vezes, estabelece, de forma imperativa, a situação que há de subsistir após a decisão, como, v.g., no julgado sobre os filhos havidos fora do casamento (Lei Fundamental, Art. 6, V)¹¹¹. Outras vezes, determina o Tribunal que o legislador proceda às mudanças reclamadas dentro de determinado lapso de tempo¹¹². Todavia, é fácil de compreender que a "sentença de rejeição de inconstitucionalidade" não pode ser proferida com a imposição de um "dever de legislar". Esse dever de legislar não pode assentar-se no § 31, (1), da Lei do

¹⁰¹ BVerfGE 49, 169; BVerfGE 53, 257 (258); BVerfGE 65, 1 (3); Cf. a propósito Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, 1985, p. 209.

¹⁰² GUSY, CHRISTOPF, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, 1985, p. 209-210; Moench, Christoph, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, p. 184.

¹⁰³ Cf. Gusy, Christoph, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, 1985, p. 209.

¹⁰⁴ BRYDE, OTTO, Verfassungsentwicklung, 1982, p. 411; Vogel, Rechtskraft und Gesetzeskraft, Festschrift für das Bundesverfassungsgericht, Vol. I, p. 609. Deve-se reconhecer que a nova jurisprudência do Tribunal está a indicar uma tendência de consolidação dessa praxis (BVerfGE 53, 257 (258); BVerfGE 65, 1 (3)).

¹⁰⁵ BRYDE, OTTO, Verfassungsentwicklung, p. 411.

¹⁰⁶ PESTALOZZA, CHRISTIAN, "Noch verfassungsmässige" und "bloss verfassungswidrige" Rechtslagen, 1976, p. 556; Stern, Klaus, Bonner Kommentar, Art. 93, nº. 319; Moench, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, 1977, p. 186-187; Gerontas, Apostolo, Die Appellentscheidungen, Sondervotumsappelle und die blossen Unvereinbarkeitsfeststellung als Ausdruck der funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1982, p. 486 (487).

¹⁰⁷ BVerfGE 53, 257 (258); BVerfGE 65, 1 (3).

¹⁰⁸ Stern, Bonner Kommentar, Art. 93, nº 319; Schs (Tenorierung bei Normenkontrollentscheidung des Bundesverfassungsgericht, DöV, 1982, p. 23 (29) destaca que a incorporação de uma recomendação (Anweisung) dirigida ao legislador na parte dispositiva da decisão configura um novum, destinado, nitidamente, a prestar maior eficácia ao julgado.

¹⁰⁹ BRYDE, Verfassungsentwicklung, 1982, p. 396. Sobre obiter dictum, ver nota nº 23.

¹¹⁰ BRYDE, Verfassungsentwicklung, 1982, p. 396.

¹¹¹ BVerfGE 25, 167 (188). Cf. supra II, c, "bb".

¹¹² BVerfGE 33, 1; V. também BVerfGE 39, 169.

Bundesverfassungsgericht, uma vez que o "efeito vinculante" não abrange todos e quaisquer fundamentos da decisão¹¹³, mas tão-somente aqueles imprescindíveis à prolação do julgado¹¹⁴.

67. Esse juízo preserva validade mesmo se se procurar estabelecer, na parte dispositiva da decisão confirmatória da constitucionalidade, o dever do legislador de complementar determinada disposição, uma vez que, como acentuado, os "efeitos vinculantes" da decisão referem-se apenas ao conteúdo da decisão legalmente definido. Qualquer outra afirmação constante da parte dispositiva da decisão que não diga respeito a esse conteúdo não tem significado jurídico-processual¹¹⁵.

68. É certo, todavia, que a aplicação posterior da lei sem as alterações ou complementações determinadas pelo Tribunal deverá ensejar - muito provavelmente - a declaração de inconstitucionalidade.

69. Também o decurso do prazo fixado pelo Bundesverfassungsgericht para que o legislador empreenda as medidas reclamadas não acarreta o automático reconhecimento da inconstitucionalidade da lei¹¹⁶. É que a Lei que disciplina o processo de controle de normas não prevê esse tipo de "declaração de nulidade submetida a uma condição suspensiva" (aufschiebend bedingte Nichtigerklärung)¹¹⁷. Por outro lado, a praxis demonstra que uma prorrogação do prazo estabelecido pelo Tribunal afigura-se, igualmente, possível¹¹⁸. Esse prazo deve ser considerado, portanto, apenas como um "prazo de carência" (Karenzfrist) dentro do qual a lei "ainda constitucional" poderá ser legitimamente aplicada¹¹⁹.

70. Vê-se, assim, que o entendimento sustentado por Maunz, no sentido de que o Tribunal poderia apreciar, de ofício, a questão, após o decurso do prazo estabelecido, e, em caso de inércia do legislador, declarar a nulidade da norma¹²⁰, carece de fundamento constitucional ou processual. É que o Bundesverfassungsgericht somente pode atuar em conformidade com os princípios estabelecidos na Lei Fundamental (Art. 93) e consoante as regras processuais fixadas na sua lei de organização¹²¹. A referida lei estabelece o "princípio do pedido" (Antragsprinzip) como fundamental para a instauração de qualquer processo (§ 23), não contemplando a possibilidade de o Tribunal retomar, por iniciativa própria, processo regularmente encerrado¹²². As normas que disciplinam o processo perante o Bundesverfassungsgericht não admitem algo como uma "decisão final provisória" (vorläufige Endentscheidung)¹²³.

71. Dessarte, em caso de inércia do legislador, a lei declarada "ainda constitucional" pelo Bundesverfassungsgericht há de ser considerada válida até que, devidamente provocado, venha o Tribunal a proferir nova decisão¹²⁴.

¹¹³ MOENCH, CHRISTOPH, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, 1977, p. 186.

¹¹⁴ MOENCH, CHRISTOPH, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, 1977, p. 186; Sachs, Michael, Tenorierung bei Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgericht, DöV, 1982, S. 23 (29); Bryde, Verfassungsentwicklung, 1982, p. 397.

¹¹⁵ SACHS, MICHAEL, Tenorierung bei Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgericht, CöV, 1982, s. 23 (29); Stern, Bonner Kommentar, Art. 93, nº 319; Idem, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Munique, 1980, vol. II, p. 1039; Cf. também Erichsen, Hans-Uwe, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit, München, 1979, Vol. II, p. 194.

¹¹⁶ MOENCH, CHRISTOPH, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, 1977, p. 187.

¹¹⁷ MOENCH, CHRISTOPH, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, 1977, p. 187; Stern, Bonner Kommentar, art. 93, nº 319.

¹¹⁸ BVerfGE 33, 1 (33) und 40, 273 (286 s.)

¹¹⁹ MOENCH, CHRISTOPH, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, p. 1977, 186-187.

¹²⁰ MAUNZ, THEODOR, Das verfassungswidriges Gesetz, BayV Bl. 1980, S. 513 (518); Cf., também, Sachs, Tenorierung bei Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgericht, DöV, 1982, p. 23 (30).

¹²¹ MOENCH, CHRISTOPH, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, 1977, p. 187; Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, Munique, 1982, S. 6; Hesse, Konrad, Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Ausgewählte Schriften, Heidelberg, 1984, p. 312; Kimminich, Otto, Verfassungsgerichtsbarkeit und das Prinzip der Gewaltenteilung, in: Auf dem Weg zum Richterstaat, Munique, 1979, p. 62 (65), ver também a tradução brasileira: A Jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes, in: Revista de Informação Legislativa nº 105, 1990, p. 283s.

¹²² MOENCH, CHRISTOPH, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, 1977, p. 187.

¹²³ MOENCH, CHRISTOPH, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, 1977, p. 187.

¹²⁴ MOENCH, CHRISTOPH, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, p. 187.

72. Não devem ser desconsideradas, todavia, as conseqüências fáticas do "apelo ao legislador". O peculiar significado que os órgãos estatais - e a opinião pública - atribuem aos pronunciamentos da Corte Constitucional asseguram às Appellentscheidungen eficácia comparável a qualquer outra decisão de índole "mandamental" ou "cassatória"¹²⁵. O "apelo ao legislador" tem dado ensejo, não raras vezes, a profundas reformas legislativas¹²⁶, como demonstram os julgados proferidos sobre a situação dos filhos havidos fora do casamento (Lei Fundamental, Art. 6, parágrafo 5º)¹²⁷, sobre a problemática da execução penal¹²⁸, e a respeito das relações jurídicas nas escolas públicas¹²⁹.

BIBLIOGRAFIA

Badura, Peter, Die verfassungsrechtliche Pflicht des gesetzgebenden Parlaments zur "Nachbesserung" von Gesetzen, in: Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, Festschrift für Kurt Eichenberg zum 62. Geburtstag, Basel/Frankfurt a. M., 1982, p. 481-491.

Bryde, Otto, Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden, 1982.

Canotilho, José Joaquim Gomes, Direito Constitucional, Coimbra, 2ª ed., 1986.

Ebsen, Ingwer, Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung, Berlin, 1985.

Erichsen, Hans-Uwe, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit, Vol. 2, 2. Edição, Munique, 1979.

Flad, Wolfgang, Verfassungsgerichtsbarkeit und Bundesrechtsexekution, Heidelberg, 1929.

Gerber, Phillippe, Die Rechtssetzungsdirektiven des Bundesverfassungsgericht, DÖV 1989, p. 698.

Gerontas, Apostolo, Die Appellentscheidungen, Sondervotumsappelle und die blosse Unvereinbarkeitsfeststellung als Ausdruck der funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1982, p. 486-491.

Gusy, Christoph, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, Berlin, 1985.

Hein, Peter, Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht, Baden-Baden, 1988.

Heussner, Hermann, Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung, NJW 1982, p. 257 (258).

Hesse, Konrad, Grenze der Verfassungswandlung, in: Ausgewählte Schriften, Heidelberg, 1984, p. 29.

Ipsen, Jörn, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, Baden-Baden, 1980.

Jekewitz, Jürgen, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber, Der Staat, Vol. 19 (1980), p. 535.

Jellinek, Walter, Verfassung und Verwaltung des Reichs und der Länder, Leipzig e Berlin, 3. edição, 1927.

. Der Schutz des öffentlichen Rechts, VVDStRKL, Vol. 2, (8)

Kimminich, Otto, Verfassungsgerichtsbarkeit und das Prinzip der Gewaltenteilung, in: Auf dem Weg zum Richterstaat, Munique, 1979, p. 62 (65).

. A Jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes, tradução de Gilmar Ferreira Mendes e Anke schlimm, in: Revista de Direito Público n. 29, 1989, p. 15-33.

. A Jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes, tradução de Gilmar Ferreira Mendes e Anke schlimm, in: Revista de Informação Legislativa a. 27 n. 105, 1990, p. 283 s.

Klein, Eckart, Verfassungsprozessrecht, - Versuch einer Systematik an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht, AöR 108 (1983), S. 395.

¹²⁵ LANDFRIED, CHRISTINE, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber, Baden-Baden, 1983, p. 52; Krebs, Walter, Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen, Heidelberg, 1984, S. 117.

¹²⁶ Cf. a propósito, Zeidler, Wolfgang, Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen, EuGRZ 1988, p. 207 (212).

¹²⁷ BVerfGE 25, 267.

¹²⁸ BVerfGE 33, 1; v., também BVerfGE 40, 276.

¹²⁹ BVerfGE 41, 251.

- . Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, p. 1.633.
- Korinek, Karl, Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39, (1981) p. 38.
- Krause-Palfner, Thilo Das Verfassungswidrigwerden von Gesetzen, Diss., 1973, p. 35.
- Krebs, Walter, Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen, Heidelberg, 1984.
- Lerche, Peter, Das Bundesverfassungsgericht und die Vorstellung der Annäherung an verfassungsgewollten Zustand, DöV, 1971, p. 721-725.
- Landfried, Christine, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber, Baden-Baden, 1984.
- Marcic, René, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, Viena, 1957.
- Maunz, Theodor, Das Verfassungswidrige Gesetz, BayVBl., 1980, p. 513-518.
- Maurer, Hartmut, Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen, in: Festschrift für Werner Weber, Berlin, 1974, p. 345-368.
- Moench, Christoph, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, Baden-Baden, 1977.
- Oberndorfer, Peter Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen, EuGRZ 1988, p. 193-207.
- Pestalozza, Christian, ``Noch verfassungsmässige" und ``bloss verfassungswidrige" Rechtlagen, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25. Jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgericht, Tübingen, 1976, Vol. I, p. 520-567.
- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard, Grundrechte - Staatsrecht, Heidelberg, 1988.
- Rupp v. Brüneck, Wiltraut, Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren? in Festschrift für Gebhard Müller, Tübingen, 1970, . 355-378.
- Sachs, Michael, Tenorierung bei Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgericht, DöV, 1982, p. 23-30.
- Schefold-Leske, Hochschulvorschaltgesetz: verfassungswidrig - aber nicht nichtig, NJW 1973, 1297-1303.
- Schlaich, Klaus, Das Bundesverfassungsgericht, Stellung, Verfahren, Entscheidungen, Munique, 1985.
- Schneider, Bernd-Jürgen, Die Funktion der Normenkontrolle und des richterlichen Prüfungsrechts im Rahmen der Rechtsfolgenbestimmung verfassungswidriger Gesetze, Frankfurt am Main, 1988.
- Schulte, Martin, Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, DVBl., 1988, . 1200-1206.
- Schlüter, Wilfried, Das Obiter Dictum, Munique, 1973.
- Seibert, Helga, Der Supreme Court und sein Verhältnis zu den anderen Staatsgewalten, EuGRZ, 1978, S. 386-389.
- Söhn, Hartmut, Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?, Frankfurt, 1974.
- Starck, Christian, Anmerkung zum Strafvollzugsbeschluss, JZ 1972, 360-362.
- . Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozess der Bundesrepublik, Tübingen, 1976.
- Steinberg, Rudolf, Verfassungsgerichtliche Kontrolle der ``Nach-besserungspflicht" des Gesetzgebers, Der Staat, Bd. 28 (1987), p. 161-186.
- Stern, Klaus, Bonner Kommentar (Zweitbearbeitung), Art. 93 da Lei Fundamental.
- Stettner, Rupert, Die Verpflichtung des Gesetzgebers zu erneutem Tätingwerden bei fehlerhafter Prognose, DVBl. 1982, p. 1123-1128.
- Triepel, Heinrich, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL (1929) 5, p. 3-29.
- . Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, Bad Homburg vor der Höhe, (reimpressão), 1965.
- Vogel, Klaus, Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. I, p. 568-627.
- Zeidler, Wolfgang, Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen, EuGRZ, 1988, p. 207-217.
- Zuck, Rüdiger, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, Munique, 1988.

**MINISTÉRIO PÚBLICO,
O NOVO PODER DA REPÚBLICA E DA
FEDERAÇÃO BRASILEIRA NA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Edylcéa Tavares Nogueira de Paula^(*)

“Entre todos os cargos..., o mais difícil, segundo me parece, é o do Ministério Público. Este, como sustentáculo de acusação, devia ser tão parcial como um advogado, e como guarda inflexível da lei, devia ser tão imparcial como um juiz. Advogado sem paixão, juiz sem imparcialidade, tal o absurdo psicológico, no qual o Ministério Público, se não adquirir o sentido de equilíbrio, se arrisca - momento a momento - a perder por amor da sinceridade, a generosa combatividade do defensor ou, por amor da polêmica, a objetividade sem paixão do magistrado.”

PIERO CALAMANDREI

“O Ministério Público não recebe ordens do Governo, não presta obediência aos Juizes, pois age com autonomia em nome da Sociedade, da Lei e da Justiça.”

PRUDENTE DE MORAIS FILHO

“O Ministério Público representa diante dos Tribunais, a potestade executiva, ou seja a ação da lei, a ação pública tutora dos grandes interesses sociais, em cujo nome se promove a plena e rigorosa execução da lei. Não é ele o representante do Governo, mas o representante daquela mesma ação executiva da qual o Governo é ministro e que somente da lei deduz as suas normas.” (grifos no original)

TOMASO VILA

I. BREVE HISTÓRICO

Originado do Egito aos 4.000 a.C., suas funções de “ser língua e olhos do rei”, de “castigar os rebeldes”, de “proteger os cidadãos pacíficos”, de “acolher os pedidos do homem justo e verdadeiro”, podem ser consideradas como precursoras das suas atividades atuais.

Já então se podem identificar as funções de representação judicial do Estado, de promotor de justiça, de defensor da sociedade (custos legis) e de ombudsman.

Trazido ao Brasil pelos portugueses, com uma organização baseada na do Ministério Público francês, estruturado em 1303, foi introduzido no ano de 1587 pelas Ordenações do reino, que determinava a sua atuação por um dos Desembargadores do Tribunal de Relação da Bahia, com o título de “Procurador da Coroa e Fazenda e Promotor de Justiça”.

Esta atuação, em que pese haver posteriormente um diploma legal, de 9 de janeiro de 1609, que o colocava na composição daquele Tribunal, foi muito incipiente.

Sofreu, a partir de então, diferenciados tratamentos em leis processuais criminais, decretos do Governo Provisório e, finalmente, nas Constituições Federais, adquirindo contornos mais nítidos, que ora lhe concediam poderes maiores, ora lhe diminuía a importância, de acordo com os interesses governamentais e a conjuntura política.

Ora, após intenso trabalho desenvolvido por alguns poucos Membros da Instituição, que, tal e qual o “Exército de Brancaleone”, se dedicaram à cruzada para o seu fortalecimento durante a realização da Assembléia Constituinte, pode-se dizer que a Instituição começou a delinear o seu perfil para em uma segunda etapa - na revisão constitucional prevista no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - procurar atingir a sua conformação aproximada de um ideal sempre inatingível.

II. TRATAMENTO CONFERIDO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Assim é que, hoje, temos um Ministério Público situado no contexto da Lei Maior, em Capítulo próprio, o de n. IV, dentro do Título IV, Da Organização dos Poderes, que lhe confere status de Poder público, gozando de prerrogativas em benefício do Estado de Direito Democrático e da Sociedade.

Senão vejamos:

(*) Edylcéa Tavares Nogueira de Paula, Subprocuradora da República.

1. O artigo 127 traz o seu conceito - "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado", significando: sem a sua manifestação o Poder Judiciário não pode atuar de ofício, sponte sua. E acrescenta o dispositivo: incumbe-lhe "a defesa da ordem jurídica", no seu mais amplo conteúdo: a obediência à Constituição e às leis, com a sua correta aplicação por todos os jurisdicionados defendendo, também, et pour cause, o regime democrático e o Estado de Direito; "dos interesses sociais", que contém todos os interesses coletivos e difusos e "dos interesses individuais indisponíveis".

2. A par desta amplitude na defesa sempre do interesse público, o legislador constituinte entendeu ser de bom alvitre elencar, não em numerus clausus, em várias disposições, algumas funções institucionais, consideradas relevantes na conjuntura, como: a defesa do patrimônio nacional (art. 219); do patrimônio público e social (inciso III, do art. 129); do patrimônio cultural (arts. 215, § 1º e 216); do meio ambiente (inciso II do art. 129); dos direitos e interesses coletivos das comunidades indígenas (§ 2º do art. 210), da família, da criança, do adolescente e do idoso (art. 226 e seus parágrafos); dos serviços de relevância pública (inciso II do art. 120); dos meios de comunicação social (art. 220 e 224); dos direitos assegurados às ações e aos serviços de saúde (art. 197); da educação (art. 208); dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade (art. 37); exercer o controle da atividade policial (inciso VII do art. 129), buscando fazer prevalecer o respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, os objetivos fundamentais da República e da Federação, os princípios informadores das relações internacionais, os direitos assegurados na Constituição, a preservação da ordem pública, a incolumidade das pessoas e do patrimônio público, a prevenção ou a correção de ilegalidades ou de abusos de poder, a indisponibilidade da persecução penal, a competência dos órgãos incumbidos da segurança.

3. Cumpre afirmar que, primordialmente, deve zelar pela observância dos princípios institucionais relativos ao Ministério Público - a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional - para preservação de sua competência e do livre exercício de suas funções.

Estes princípios, informadores da Instituição, são os seus pilares, sem o que a sua atuação, não seria possível.

Significam:

- o da unidade, que o Ministério Público é uma única instituição: todos os seus membros agem individual e legitimamente, visando ao atingimento das suas finalidades, como um todo único;

- o da indivisibilidade, que, embora atue um membro da instituição em um determinado processo, efetivamente quem age é o Ministério Público, permitindo certa flexibilidade nas substituições dos membros, quando previstas em lei;

- o da independência funcional, que a atuação do membro do Parquet é inteiramente independente, não existindo quaisquer vínculos à chefia ou subordinação hierárquica, limitando-se apenas pela lei e por sua íntima convicção.

4. Também achou por bem o legislador constituinte, arrolar, no art. 129, onde somente deveriam constar as funções Institucionais, já que assim está expresso no caput, alguns instrumentos processuais e procedimentais para permitir o exercício daquelas funções, a meu ver, impropriamente.

Dentre aquelas, de ressaltar:

- a promoção privativa da ação penal pública, com esta providência encerrando as iniciativas de ofício das autoridades policiais referidas a alguns ilícitos penais;

- a promoção do inquérito civil e da ação civil pública (da qual já era titular) para apurar danos ao patrimônio público e social, ao meio ambiente e aos demais direitos difusos e coletivos.

5. Sua organização se fez à imagem e à semelhança do Poder Judiciário (art. 128): há um Ministério Público da União, subdividido em Federal, do Trabalho, Militar e do Distrito Federal e dos Territórios; e os Ministérios Públicos dos Estados, todos devendo se organizar por lei complementar de iniciativa facultada aos seus respectivos chefes, respeitados os princípios básicos estatuídos na nova Carta Magna (§ 5º do mesmo artigo).

Impropriamente, também, se introduziu no inciso I do art. 128, o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, isto porque, este tem características próprias de Ministério Público Estadual, por isso que sua atuação é, apenas, circunscrita ao perímetro do Distrito Federal e, se houver, de Território. Não tem atuação federal como sóe acontecer com os demais arrolados no mesmo inciso. Foi, assim, um equívoco do legislador constituinte, influenciado por lobbies fortes de seus membros, que pensavam assim poder obter maiores garantias. Esta preocupação nem mesmo tinha sentido, já que o capítulo englobou todos os Ministérios Públicos a eles concedendo as mesmas garantias, vantagens, direitos e vedações.

Esperamos que o Constituinte de 1993 corrija tal deslize jurídico, situando-o em outro inciso com tratamento idêntico ao conferido aos Ministérios Públicos Estaduais.

6. No particular, a grande conquista ficou por conta do estabelecimento da escolha e da nomeação do Procurador-Geral da República.

A propósito, em 1980, em Monografia apresentada no Curso Superior de Guerra e publicada na revista de Informação Legislativa do Senado Federal, já esboçara a Autora uma proposta de Emenda Constitucional em que sugeria a nomeação do Procurador-Geral da República pelo Presidente da República, após ter sido escolhido por seus pares, dentre os membros da Instituição, para exercer um mandato de quatro anos (Edylcéa Tavares Nogueira de Paula, in O Ministério Público e seu posicionamento no Estado de Direito, Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, vol. 72, ano 18, out./dez./1981, anexo I).

Aperfeiçoada essa sugestão, restou fixado no § 1º, do art. 128, o princípio do check and balance, admitindo na nomeação do Chefe do Parquet a atuação dos dois poderes: Executivo e Legislativo. O Procurador-Geral da República deve ser escolhido dentre os "integrantes da carreira" de Procurador da República. Seu nome é então encaminhado ao Senado Federal, pelo Presidente da República, o qual o submete, perante a Comissão de Constituição e Justiça, a uma "sabatina" (assim se convencionou chamar a arguição pública, prevista no artigo 52, inciso II, alínea e), aprovando-o ou não. Se aprovado, segue a indicação presidencial para Plenário, para ser votada pela Casa Alta do Parlamento. Só então se viabilizará a sua nomeação pelo Chefe do Governo, cujo exercício durará por dois anos, mandato este que poderá ser renovado, desde que obedecidas as mesmas formalidades.

Para coroar a garantia da estabilidade de sua atuação, a sua destituição ou exoneração, antes do término do mandato, somente se fará com a concorrência do Senado Federal, que deve votar secretamente com o quorum de maioria absoluta, para aprová-la.

Com estas providências, tem o Procurador-geral da República liberdade para agradar ou desagradar o Governo, sem se ver constrangido a solicitar medidas, que em passado recente eram solicitadas.

Terminou, também, a quase "obrigatoriedade" de subir o degrau para o Supremo Tribunal Federal, o que era uma possibilidade a ser preservada com o atendimento às imposições governamentais.

7. De ressaltar, que o tratamento de poder funcional conferido pela Lei Maior ao Ministério Público também se revela quando lhe assegura autonomia funcional no § 2º do art. 127, permitindo-lhe se auto-dirigir, organizando seus assuntos internos, seus serviços administrativos, criando e extinguindo seus quadros de pessoal e provendo os cargos respectivos, relativos à atividade-meio, e à atividade-fim.

8. Para tanto, necessário se fez, por coerência lógica e jurídica, conceder-lhe ainda a autonomia financeira (§ 3º do mesmo artigo), obrigando a entrega de suas dotações até o dia 20 de cada mês (art. 168), limitada aquela, apenas pela lei complementar prevista no § 9º do art. 165.

9. Cabe uma consideração sobre a referência feita aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas pelo art. 130.

A respeito do assunto, já se manifestara a Autora em parecer acolhido por unanimidade, como razão de decidir pela 1ª Turma do Superior de Justiça, no Recurso em Mandado de Segurança n. 175-PB, relatado pelo eminente Ministro Jacy Garcia Vieira:

"Em vigor, à época da sua edição, a Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda n. 1, de 1969, e outras posteriores, verificamos ao ler o caput do art. 94 que o Ministério Público da União deveria funcionar junto aos juízes e Tribunais federais.

A ilação que se infere a partir do texto da Lei Maior é a de que a Instituição foi criada, nos idos da antiguidade, e mantida por milênios, com a função primordial de custos legis, junto aos magistrados d'assise, para promover as ações e obter decisões judiciais.

Sempre e ininterruptamente assim funcionou, porque é sua característica fundamental: mover a máquina judiciária, que não pode andar de ofício.

Assim é que a Instituição tem contornos e estrutura típicos e especiais, ausentes em quaisquer outras.

Determinava, ainda, a Lei Maior que o Ministério Público Estadual, fosse organizado por Lei Complementar de iniciativa do Presidente da República, e portanto, obedecendo as regras básicas estatuídas na Seção própria (arts. 94 a 96 da CF/67).

A partir de um determinado momento, para atender a apelos fisiológicos, os funcionários que exerciam cargos no Tribunal de Contas da União, cujas funções, julgavam, se assemelhavam às do Ministério Público, para obter a mesma remuneração, conseguiram impor a mesma designação a lhes ser destinada (Procuradoria do Tribunal de Contas e Ministério Público do Tribunal de Contas).

A par de não constituir este Tribunal, um órgão julgador, na acepção do termo, mas de assessoria técnica ao Poder Legislativo, as funções do Procurador junto a ele são assemelhadas às de

auditores, exigindo conhecimentos de contabilidade e economia, não sendo jamais parecidas às do Ministério Público.

Não se trata de minimizar a sua atuação, porque relevantes e importantes. Porém não se pode é querer, por força de mudar uma designação, impor a mudança da natureza jurídica da Instituição.

Toda a digressão foi feita para clarear a impropriedade de ter o legislador paraibano incluído os Procuradores do Tribunal de Contas na composição do Ministério Público local, ainda que tivesse declarado a manutenção das respectivas autonomias.

Estava, assim, ínsito na mente do legislador a impossibilidade de fazê-los parte de uma Instituição que nada tem a ver com a sua natureza jurídica.

Daí resultam os problemas advindos, como por exemplo, o de que se trata nestes autos: os Procuradores são parte mas não são efetivamente parte do Ministério Público.

E por isso mesmo não podem ser beneficiados com vantagens conferidas aos membros da magistratura début.

Sim, porque in casu, não se trata de direito como querem fazer crer os Recorrentes, mas de vantagem.

A disposição invocada da Constituição hoje em vigor - art. 130 - para fundamentar a tese dos Recorrentes, não tem, pois, pertinência à espécie, por isso que a determinação visa apenas a aplicação das disposições da seção do Ministério Público aos Procuradores do Tribunal de Contas, quando se tratar de direitos, vedações e forma de investidura.

E quais são estes?

Aqueles a que se referem os §§ 3º e 4º do artigo 129 (promoção, aposentadoria e forma de investidura) e o inciso II do artigo 128 (vedações).

A nova Lei Estadual, de n. 5.097, de 24.11.88, somente concedeu especificamente aos Magistrados e membros do Ministério Público, um benefício em caráter excepcional. É o que se lê do artigo 6º ao dar nova redação ao artigo 8º da Lei n. 5.072, de 23.08.88:

O próprio legislador aqui faz a nítida e expressa exclusão dos Recorrentes. Se quisesse proceder à concessão adicional também a eles, tê-los-ia incluído na relação do art. 8º citado.

Foram, assim, os Recorrentes expressamente excluídos pela vontade do legislador.

E se assim não fora, seriam também excluídos por força de não pertencerem ao Ministério Público como membros, mas apenas como composição espúria, mantendo sua autonomia.

Acresce aduzir que se trata de legislação especial, restrita, não cabendo ao intérprete admitir extensões absurdas, de sua aplicação, sob pena de violar a ordem jurídica, por isso que não tem o Poder Judiciário competência para legislar, determinando existir uma vantagem pecuniária expressa na lei."

Sua inclusão, portanto, no capítulo tem apenas o sentido de lhes estender expressamente direitos, vedações e forma de investidura, já que não sendo membros propriamente da Instituição e merecendo o mesmo tratamento, no particular, a referência era necessária.

10. De alta relevância a especificação expressa (art. 128) das garantias (inciso I) e das vedações (inciso II) atribuídas aos órgãos do Parquet, que lhes são conferidas não como privilégio, mas proteção à independência de sua atuação funcional, principalmente no que se refere à da inamovibilidade, de ser aplicada referida ao território, e também aos processos em que oficiem.

As vedações se apresentam como extensão dos princípios da moralidade, da segurança jurídica, do respeito à integridade intelectual e da impraticabilidade do tráfico de influência. •

A exigência de concurso público de provas e títulos (§ 3º do art. 129), já existente anteriormente, é também garantia ao livre exercício funcional, assim como a promoção, elevada a nível constitucional por antigüidade e merecimento, obrigando a promoção se figurar o membro por três vezes consecutivas ou cinco vezes alternadamente na lista de merecimento (art. 93, inciso II c/c 129, § 4º).

11. Adquiriu, ainda, o órgão do Parquet o direito à aposentadoria aos trinta anos de serviço, da mesma forma como é concedida aos magistrados d'assise (art. 93/VI, c/c art. 129, § 4º).

Vale aqui uma digressão filosófica: o legislador constituinte ao dispor sobre a aposentadoria dos servidores públicos, no art. 40, expressamente estabeleceu diferenças entre as aposentadorias do inciso III, concedidas ao homem (35 anos de serviço - alínea a; 30 anos de magistério - alínea b; 30 anos de serviço, com proventos proporcionais - alínea c; 65 anos, com proventos proporcionais - alínea d e à mulher (30 anos de serviço - alínea a; 25 anos de magistério - alínea b; 25 anos de serviço, com proventos proporcionais - alínea c; 60 anos, com proventos proporcionais - alínea d).

Curiosamente, não manteve a simetria isonômica quanto às juízas. Deixou, assim, de aplicar o princípio da isonomia, que, basicamente, exige o tratamento igual para os iguais e o desigual para os desiguais, como ensina o mestre Paulino Jacques:

“No Brasil de nossos dias, portanto, todos são iguais perante a lei; significa tratamento igual para os que se encontram nas mesmas condições e debaixo de idênticas circunstâncias”. (in Da igualdade perante a lei, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1957, pág. 167).

Entretanto, a igualdade não pode ser assegurada mecanicamente, como percurcientemente anotou Carlos Maximiliano:

“Todavia, a igualdade, como garantia fundamental da lei básica, não tem caráter absoluto, mas ao revés, é relativa. Tratam-se igualmente as situações semelhantes e desigualmente situações dessemelhantes. A igualdade assegurada pelas Constituições não é uma igualdade de fato ou material, consistente numa parificação mecânica. Consiste na verdade, numa potencial paridade jurídica de todos os membros da coletividade estatal perante a lei” (in A Constituição Brasileira Comentada, vol. V, Ed. Freitas Bastos S/A, Rio de Janeiro, 1954, pág. 248).

Necessário se faz assim, que o legislador estabeleça as igualdades de situações na lei para se realizar a igualdade jurídica.

Nesse sentido é o comentário de Pontes de Miranda:

“Para se chegar, no direito, a maior igualdade entre os homens é preciso criarem-se, no mundo fático, mais elementos comuns a todos.” (in Comentários à Constituição de 1967, Tomo IV, RT, São Paulo, 1967, fls. 675).

E mais: “... a existência de enunciados de fato, que mostram a igualdade ou a identidade de natureza, não excluem enunciados de fato que assentem a desigualdade dos indivíduos humanos ou a desigualdade de capacidade, tamanho, etc... desde que se restrinjam os fatos.” (in ob. cit., mesma página).

É por isso mesmo, um erro crasso supor que a regra de isonomia possa impedir que se criem desigualdades jurídicas entre os sujeitos de direito. O legislador tem exatamente esta função, na sua criação: classificar pessoas, bens e valores, segundo as mais inúmeras variáveis fáticas, tais como qualificação profissional, montante da renda percebida, para lhes poder atribuir conseqüências jurídicas as mais diversas. A lei, quanto aos indivíduos, quase sempre atende as diferenças de profissão, de atividade, de particularidades específicas exigidas para o exercício de determinadas funções, de situação econômica, etc; e quase sempre também distingue a natureza, a utilidade, a raridade dos bens, excepcionalmente colhendo no mesmo comando todos os indivíduos ou todos os bens e valores. E essas distinções são amparadas no agrupamento natural e racional desses indivíduos, bens, valores e fatos, essenciais ao processo legislativo e absolutamente não ferem o princípio da igualdade.

Aí está a relatividade do princípio, que vai variar segundo as opções do legislador para poder distinguir as inúmeras situações heterogêneas da vida e regulá-las segundo o critério político prevalente na conjuntura.

Aliás, nem podia ser diferente por isso que chegar-se-ia à absurda conclusão de que o Estado estaria cerceado no seu exercício do poder normativo, se o processo legislativo fosse impedido de estabelecer essas diferenças.

A lei pode, portanto, tratar igualmente os iguais e os desiguais, ou desigualmente os desiguais, se quiser; não pode, porém, é tratar desigualmente os iguais.

O que o princípio enseja e exige do legislador é a equivalência real entre os homens, mas tão só a igualdade de tratamento jurídico para idênticas situações de fato; enfim tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, nada impedindo, e é até aconselhável que o processo legislativo deste expediente se utilize cada vez mais para eliminar ou diminuir as desigualdades reais entre os homens.

Evidentemente que se trata aqui de se corrigirem as desigualdades corrigíveis, as artificiais, moldadas injustamente pelo meio social, como a riqueza, grau de instrução, oportunidade de emprego; as demais, imutáveis, como as diferenças genéticas e inerentes à natureza humana (inteligência, aptidão física), são insuscetíveis de mudança (Jean-Jacques Rousseau, in The Social contract an discourse on the origin of inequality, trad. inglesa pela Ed. Washington Square Press, Washington-DC., 1977, pág. 175).

Também o Professor J. Flóscolo da Nóbrega, da Univerdiade da Paraíba, já afirmava:

“A igualdade não leva em conta as diferenças e desproporções da vida, nem as injustiças que resultariam de aplicar o mesmo tratamento à situações inteiramente desiguais - exigir o mesmo de ricos e pobres, velhos e crianças, homens e mulheres. Foi assim necessário completá-la com o princípio da proporcionalidade, que é a igualdade em sentido geométrico - tratar igualmente os casos iguais e desigualmente os desiguais, dando a cada um segundo suas necessidades e exigindo de cada um

conforme suas possibilidades." (in - Introdução ao Direito, 6ª Edição, Sugestões Literárias S/A, São Paulo, 1981, pág. 27).

No mesmo sentido é a lição de Rui Barbosa:

``A regra de igualdade não consiste senão em quinhoar desigualdade aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nessa desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade... . Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não, igualdade real". (in Orações aos Moços, Ed. Ministério da Educação e Cultura, Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 1980, pág. 20).

O que se quer deixar claro é: igualdade não se confunde com identidade, como já percebera Aristóteles. Quem se situa em planos diversos, com características diferentes, exercendo funções dessemelhadas não pode ser tratado da mesma forma pela lei ou pelo Administrador Público.

E somente ao Poder Legislativo cabe inovar na ordem jurídica, corrigindo as desigualdades sociais, negado aos outros poderes do Estado tal atividade, peremptoriamente, cerceados que estão ao ofício de declarar o direito existente e aplicável à solução dos litígios. Inovar situações de fato protegidas pelo direito é função exclusiva daquele Poder.

Em parecer publicado na Revista de Direito Administrativo, vol. 49, jul./set./57, afirma, com propriedade, o Mestre Amílcar de Araújo Falcão:

``... a igualdade relativamente às coisas, fatos ou situações para ser estabelecida, necessita da fixação prévia de critérios norteadores, que justifiquem, em cada caso, a discriminação ou a assimilação.

É por essa razão que, na incidência do princípio constitucional da igualdade, é mister distinguir entre a igualdade pessoal (persönliche Rechtsgleichheit) e a igualdade de fatos, coisas ou situações (sachliche Reschtsgleichheit).

No primeiro caso, já se disse, o princípio constitucional da igualdade, vincula não só o legislador, com o intérprete, de modo que são vedadas quaisquer discriminações pelo fato de pertencer a uma família, a uma confissão religiosa, a uma classe ou a uma camada social.

Já, assim, não é com a igualdade de fatos, coisas ou situações (sachliche Reschtsgleichheit). Aqui, configura-se, apenas, uma norma programática, como tal endereçada ao legislador (directory provision): nur in programmatischen Satzen Wird man an sie erinnert.

A assimilação de situações e fatos dependerá, como já se indicou, da determinação de critérios orientadores, consubstanciado-se na formulação de um juízo de valor meramente subjetivo e dependendo, muita vez de preponderância de idéias filosóficas, ou de modo de conceber as coisas..., " (fls. 497 a 498).

Assim é que, contém um erro crasso a disposição do inciso VI, do art. 93 aplicável também ao Ministério Público por força do disposto no

§ 4º do art. 129, na aplicação do princípio da isonomia, desrespeitando as disposições gerais estatuídas no art. 40 da Carta Magna e quebrando a sistemática do seu conteúdo jurídico, devendo ser corrigida para:

``a aposentadoria com proventos integrais é compulsória ... aos setenta anos, para os juizes, e sessenta e cinco, para as juizas, e facultativa trinta anos de serviço, para os juizes, e aos vinte e cinco, para as juizas, após ...".

12. Por fim, importa referir a vedação à representação judicial e à consultoria jurídica de entidades públicas, expressa no inciso IX do art. 129, in fine.

Novamente, manifesto meu desapeço por tal situação descaracterizadora da Instituição como um todo, que, desde os primórdios de sua existência, veio acumulando as funções como lembrado no início deste texto.

A respeito do tema, escrevi:

``IV. A REPRESENTAÇÃO JUDICIAL NA DOUTRINA BRASILEIRA

Nossos autores são unânimes em considerar a importância de que essa representação se faça pelo Ministério Público. Ei-las:

``O Ministério Público adquiriu, com a evolução social, considerável importância; em vez de ser um simples prolongamento do Executivo no seio dos Tribunais tornou-se a chamada magistratura de pé. Não acusa sistematicamente; é órgão do Estado, mas também da sociedade e da lei" (Carlos Maximiliano apud Vicente Rao, in Justitia, São Paulo, vol. 123, out./dez./1983, pág. 138) (grifos nossos).

``Já não se tratava, evidentemente, de meros agentes do Poder Executivo, de procureurs du Roi, mas de autênticos representantes da sociedade, com o encargo de vingador público contra todos os

infratores da Lei" (Elvia Lordello Castello Branco, Aspectos do Ministério Público de Portugal e do Brasil, in Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 39, jul./set./1973, p. 3) (os grifos são nossos).

``Se a necessidade de fiscalização e defesa sociais nasce com o Poder Estatal e Constituinte, não há como negar que o Ministério Público não decorre da organização formal, mas sim, tem seu nascedouro natural na consciência nacional. É por isso, extraconstitucional ou extra-estatal. A vontade social é delegada ao Estado, em cuja outorga de poderes está o de dirigir-lhe e prover-lhe a tranqüilidade, como seu procurador sendo, ipso facto, órgão do Poder Estatal que da sociedade é imanente" (Nilton José Machado, O Interesse Público como Determinante da Intervenção do Ministério Público na Ação, in Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense, Florianópolis, n. 1, jan./jun./1978, p. 138).

``... não é ele hordiernamente, braço do Executivo, ou ``agente político do governo", conforme Pontes de Miranda e sim órgão de defesa social, segundo Francisco Campos. O Ministério Público não pode optar por teses que interessem à Administração, mesmo que ``decorosamente defensáveis, se violassem elas a sua consciência jurídica e essa verdade precisa ser lembrada, por constituir ele uma nobre e independente carreira que não precisa cortejar qualquer poder" (Fernando Whitaker da Cunha, Campos Salles e o Ministério Público, in Justitia, São Paulo, vol. 64, jan./mar./1969, págs. 70 a 71).

``Tal atuação intensa levou os Promotores Públicos a preocuparem-se, também com a sorte dos dinheiros públicos, sobretudo dos municípios. É que, nestes, o procurador da comuna é, normalmente, escolhido mais por ser correligionário do Prefeito, do que por sua capacidade e espírito de luta. Mal proposta ou não bem dirigida a causa, vinha a perecer o interesse público, com repercussão no erário - que é dinheiro do povo e ao povo deve reverter em forma de benefícios gerais...".

``Com a União e o Estado, por ser, então, o Promotor o seu representante, não havia preocupações maiores" (Joaquim Maria Machado, O Interesse Público Evidenciado... in Revista do Ministério Público, Porto Alegre, n. 13/14, jan./jun./1979, pág. 44).

``O Ministério Público - como bem acentua Tomaso Vila - representa diante dos tribunais a potestade executiva, ou seja, ação da lei, a ação pública, tutora dos grandes interesses sociais, em cujo nome se promove a plena execução da lei. Não é ele o representante do governo, mas o representante daquela mesma ação executiva, da qual o Governo é ministro e que somente da lei deduz as suas normas" (Justificativa de proposta do Anteprojeto do Código do Ministério Público do Estado de São Paulo em 1947) (J.A. César Salgado in Campos Salles, o Precursor da Independência do Ministério Público do Brasil, in Justitia, São Paulo, vol. 32, jan./mar./1961, p. 42) (grifos no original).

V. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Concordes conosco estão também os tribunais superiores, a exemplo do Tribunal Federal de Recursos, que declarou a ineficácia, por inconstitucional, de pedido de Procurador da Fazenda Nacional, que solicitava a intervenção em nome da União em processo de interesse do Fisco, verbis:

``Conflito procedente, dando pela competência para apreciá-lo o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara de Cabo Frio, ante a expressa manifestação de desinteresse da União na lide, por seu órgão constitucional de representação judicial, a Procuradoria da República" (Conf. de Compet. n. 5.023, publ. no DJ de 17.11.83, p. 17.809).

Tem a mesma exegese o acórdão proferido no RE n. 85.135, publicado no DJ de 10.03.78, p. 1.174, do Supremo Tribunal Federal:

``Representação judicial da União. Incumbe aos Procuradores da República (...) Art. 95, §§ 1º e 2º da Constituição Federal de 1969; ...".

VI. CONTEÚDO DA LEI ORGÂNICA NO BRASIL

Tivemos oportunidade de referir, no histórico deste trabalho, o que existe sobre o assunto na Constituição brasileira.

A antiga expressão ``A União será representada em Juízo pelos Procuradores da República...", da Carta de 1967, conservando, assim, os textos anteriores foi também mantida na Lei Orgânica, vigente: a L. n. 1.341, de 30.01.51, verbis:

``Art. 30 - São atribuições do Procurador-Geral da República:

I.

II. representar a União ou a Fazenda Nacional...".

Contém a proposta de lei orgânica elaborada pela classe, encaminhada ao Ministério da Justiça, no art. 12, a mesma atribuição. Após o seu aprimoramento neste órgão, e elaborado o anteprojeto de lei a ser encaminhado ao Congresso Nacional, resultaram as seguintes disposições:

``Art. 20 - A representação judicial da União, interna ou externamente, é privativa dos membros do Ministério Público Federal, sem prejuízo do disposto no § 2º do art. 95 da Constituição Federal.

Parágrafo único - Nas comarcas do interior e nos Territórios Federais, a representação judicial da União poderá ser exercida por membro do Ministério Público local, designado pelo Procurador-Geral da República, após indicação do Procurador-Geral da Justiça."

Art. 22 - Em caso de conflito de interesses entre o desempenho das funções institucionais do Ministério Público Federal e de representação judicial da União, o Procurador-Geral da República designará membro da Instituição para atuar como advogado daquela"; em que pese nossa opinião no sentido de que o aparente conflito se resolve naturalmente, por isso que a função de fiscalizar a aplicação e a execução da Constituição e das leis é primordial e deve ser atendida de imediato, entendemos a necessidade da criação da possibilidade de haver as duas designações para evitar maiores problemas na prática. Os menos avisados poderão dar importância apenas a critérios de mera administração, por isso mesmo contingentes e inválidos a se colocarem acima da legalidade, o que levaria à sucumbência do interesse público e ao arbítrio da Administração Pública.

VII. CONCLUSÃO

O estudo da representação judicial no direito comparado veio demonstrar que a separação desta função da de fiscal da lei e de acusador oficial nos processos-crimes, se faz primordialmente nos Estados onde se adota o sistema de dualidade de jurisdição, de origem francesa, que remonta à Revolução e surgiu da interpretação extrema dos novos governantes: a necessidade de se criar uma justiça administrativa, julgadora das ações em que o Estado (na hipótese, substituto do Rei) tivesse interesse; e outra propriamente judicial. Para funcionar como representante do Estado, assim, criou-se, de um lado, a advocacia do Poder Executivo, e de outro, o fiscal da lei e o promotor. Por isso, a imposição da criação do defensor do povo, ou Ombudsman, para fiscalizar os atos da Administração.

Nos Estados, entretanto, onde se aplica o sistema de unidade de jurisdição, a divisão perde o sentido, eis que o seu representante judicial não o é do Poder Executivo, mas do povo, do tesouro nacional, que também é do povo. Seria impossível, na prática e institucionalmente, separar o fiscal do representante, em razão de que ambas as funções se esvaziariam ou se atrofiariam, distanciando-se da finalidade para que foram criadas.

Ensinou-nos mais o direito comparado que, nos Estados socialistas do leste europeu e do oriente, o Ministério Público exerce, na prática, uma função a serviço do Partido que detém a sua direção, não possuindo independência, deixando de servir como parâmetro para quaisquer comparações com a organização ocidental da Instituição.

Nos países como a Suécia e outros, onde se adota o regime socialista propriamente dito, e onde encontramos a figura do Ombudsman, verdadeiro fiscal dos atos da Administração, ora teremos as funções de representação e acusação unidas, ora separadas. Não existe um critério para se determinar por que foi feito de uma forma ou de outra. Necessitáramos de fazer um estudo mais profundo nas legislações inferiores respectivas para encontrar a explicação, o que, no momento, se tornou inviável, por não termos às mãos os textos requeridos às Embaixadas.

Somente o Ministério Público, instituição apta, tradicional, normativa e materialmente, pode defender o patrimônio público, pois sua atuação é orientada pelo princípio da legalidade e visa ao controle dos atos administrativos e à responsabilidade civil e penal dos agentes públicos.

Os bens, serviços e interesses da União, i. é, do povo, da sociedade, os direitos difusos da coletividade, a serem protegidos contra as autoridades, fontes estas maiores de lesão ao bem comum, são de tal relevância que não comporta a sua inclusão no âmbito da atuação de meros agentes da Administração, de que dependem e cuja visão se situa nos limites dos critérios do interesse do superior hierárquico.

Compreendida esta necessidade e a distinção teórica entre as funções de fiscal e representante, impõe-se o seu exercício pela mesma Instituição independente, e inspirada sua atuação pelo princípio da legalidade, fazendo-se a separação, na prática, com a designação de dois Órgãos diversos, se necessário. (Edylcéa Tavares Nogueira de Paula, in O Ministério Público e a Representação Judicial da União Federal, Revista Forense, vol. 303, pág. 57/59).

A experiência, em Portugal, também revelou a impraticabilidade da separação das funções, e, desde 12 de novembro de 1869, um decreto uniu a Procuradoria Geral da Coroa e a Procuradoria Geral da Fazenda, terminando com os problemas inúmeros surgidos com a dissociação.

O grande equívoco sobre o assunto se prende ao entendimento generalizado de que o representante judicial da União deve defender o Poder Executivo, como se fora seu advogado em termos comuns. Ledo engano; a uma, porque este não é pessoa jurídica e não pode constituir procuratório; a duas, porque a pessoa física que o exerce é um agente público que deve agir conforme a lei; a três, porque a representação da União em juízo se deve fazer para defender o erário, o patrimônio público, etc., apenas e somente, dentro dos limites da lei em sentido amplo, vedada evidentemente a defesa de atos ilícitos ou ilegais.

Descabem, assim, a separação de funções e a criação de outro corpo de juristas para fazer o trabalho que já é feito, com eficiência, pelos membros do Parquet.

13. Manteve a Lei Maior a titularidade do Procurador-Geral para propor a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, inciso VI c/c inciso IV do art. 129), ao lado de outras pessoas físicas e jurídicas, até, porque, esta é função de custos legis, própria da Instituição.

III. CONCLUSÃO

Da análise aqui trazida, verifica-se que o legislador constituinte quis conferir poderes suficientes ao Parquet no sentido de lhe permitir realize a fiscalização da ordem jurídica como um todo, com o fim de manter o equilíbrio da democracia no Estado de Direito instaurado no Brasil, usando a maior independência possível. Tornou-o, por isso, uma instituição forte, para não amesquinhar o regime político e engrandecer a Nação.

A VIOLÊNCIA E O PAPEL DO JURISTA NO MUNDO ATUAL

Antonio Maron Agle^(*)

Cantou o poeta francês Paul Eluard, em belíssimos versos que o sentimento nobre inspirou, e a sensibilidade poética do prof. Claudio Veiga, Presidente da Academia de Letras da Bahia traduziu, a missão do homem.

Cantou-a assim:

``Eis a ardente lei dos homens:
Das uvas fazerem vinho
Do carvão fazerem fogo
dos beijos fazerem homens.
Eis a dura lei dos homens:
Não perder a integridade
Mesmo em guerras e misérias
Em perigo até de morte.
Eis a doce lei dos homens:
Poder d'agua fazer luz
Dos sonhos, realidade
Dos inimigos, irmãos
Uma lei antiga e nova
Que se torna mais perfeita
Do coração da criança
Às alturas da razão."`

Ihering, que não foi poeta, e até recebeu, do gênio alemão, a rigorosa formação científica, assim disse do Direito:

``O Direito existe para ser realizado; a realização da vida e a verdade do Direito, é o Direito mesmo. Não são, portanto, nem o conteúdo abstrato das leis, nem a Justiça que está sob os papéis, o que decide sobre o valor do Direito..., senão a objetivação do Direito na vida."`

2. Poeta e Jurista cantaram a vida, e exortaram-nos a vivê-la; poeta e jurista sustentaram que o homem, animal diferenciado, dotado de razão e sensibilidade, percebe o que sente, e sente o que pode perceber, tendo como objetivo inconfundível a busca da Paz, sem discriminações de quaisquer espécies.

Não desconhecaram, porém, e certamente, que as leis, o chamado direito positivo, estas regras que o juiz diariamente aplica, contêm inevitavelmente um mínimo de injustiça, e, embora feitas para a generalidade, a cujas regras todos nos submetemos, nem sempre se ajustam aos indivíduos.

A ruptura destas regras é fenômeno que o Direito capta, assimila, previne, trata, e pretende eliminar, erigindo como ideal a construção de um mundo melhor, o mesmo que o poeta, o seu tradutor, e todos nós, atentos leitores e admiradores, pretendemos.

A construção de um mundo melhor, fundado na Paz e não na violência, é obra, portanto, do Direito, imposta ao Jurista, nunca exclusivamente ao Estado, mero instrumento ou meio de utilização das estruturas componentes do meio social.

Daí porque, fora de dúvida, a construção de um mundo melhor, assim entendido aquele em que se garantam os direitos do cidadão e se eliminem tanto quanto as desigualdades entre os homens, é tarefa política para que estamos todos convocados, como uma cruzada de Libertação. E o instrumento de que se pode e se deve valer a sociedade é o Direito, tanto no seu aspecto positivo (conjunto das leis em vigor), como no seu aspecto doutrinário-filosófico. Afinal, se o direito positivo refere-se aos direitos típicos de cada gente ou de cada povo, e, portanto, contingentemente, ao lado dele podemos afirmar a existência de um direito não-escrito, por certo maior, que dá vida e razão àquele, e sem o qual o direito escrito não subsistiria.

(*) Antonio Maron Agle, Procurador do Trabalho, Professor de Direito e atual Secretário de Justiça do Governo do Estado da Bahia.

3. O Direito, pois, não é obra da vontade deste senhor poderoso, que é o Estado; este poder não tem autoridade sobre o Universo, que é a pessoa humana, ser transcendente, gerado para um destino superior. Assim, por exemplo, o segredo dos corações e o ato livre e consciente da razão, o direito de escutar a Deus e abrir caminho para ele, não compõem função do Estado nem por ele podem ser tocadas. É certo que as leis obrigam, mas somente se fazem justas quando, antes de tudo, a autoridade que as promulga tem autoridade moral para fazê-lo.

Lei e autoridade têm, portanto, verdadeira função pedagógica, e este é o sentido maior delas.

Regra natural inserida no contexto da Vida, emergida exatamente dos conflitos e desencontros, o Direito não pode ser erigido como simples arte, ou simples técnica, fria e insensível, de composição destes conflitos ou desencontros. Como a poesia não é apenas a arte de versejar, e igualmente como nem sempre ela se encontra nas rimas bem compostas, assim também o cultor da poesia há de ter sensibilidade para encontrá-la. Como o ouvinte para senti-la.

Mestre Manoel Bandeira já nos exortava disto:

“Eu faço versos como quem chora
De desalento, de desencanto
Fecha o meu livro, se por agora
Não tens motivo nenhum de pranto ...”

Nós, advogados, juristas, Ministério Público, temos motivos de prantos; por isto, sentimos cada mensagem social que nos é dirigida, a mensagem que vem do mais íntimo espectro da alma humana, sofrida e agitada por tantos embates e convulsões.

4. A realização de um Direito justo, cujo conceito e validade tanto têm inquietado os homens, é, portanto, o ideal do Jurista; composto de cambiantes formas e campos de atuação, o seu terreno é amplo e ilimitado, como ampla e ilimitada a alma humana, que, tendo embora o direito de se decidir por si mesma quanto ao seu destino pessoal, também não pode ser abandonada nesta travessia a que hoje, inegavelmente, se encontra exposta.

E o quadro brasileiro, desgraçadamente, é desolador.

Dizem-no as estatísticas, os fatos indesmentíveis, através dos quais constatamos um quadro macabro que envergonha a Nação. Não bastasse o analfabetismo, que resume a cegueira completa, o quadro patológico é simplesmente desolador: 40 milhões de desnutridos, 50 milhões de verminóticos, 5 milhões de chagásicos; 18 milhões de doentes mentais, 10 milhões de hanseníase, 10 milhões com herpes, 8 milhões de diabéticos, 13 milhões ulcerosos, 13 milhões de prostitutas, 37 milhões de menores abandonados, 6 milhões de esquistossomose, 1 milhão de acidentes de trabalho, 3 milhões de abortos clandestinos, 100 mil casos anuais de tuberculose, 50 mil mortes por acidentes de trânsito, mortalidade infantil acentuada, 700 mil aidéticos, com progressão vertiginosa; 75% da população ganham menos de três salários mínimos; 10% da população detêm a fortuna do País - enfim, estamos enfermos.

Atingido por males físicos e sociais, o brasileiro é hoje vítima de um sistema de escravidão coletiva das estruturas sufocantes, que se multiplicam incessantemente. Muitas delas fruto do orgulho individual e coletivo.

O Direito, contudo, e diante da síndrome tão desoladora, não pode ser tratado como regra estável, imune a fatos e episódios. Certeza e segurança, juridicamente, não podem ser entendidos em termos absolutos, porque a própria vida social, a que a Ciência Jurídica assiste, tem, na sua essência, a dinâmica.

O momento nos convida à reflexão.

5. Estamos enfermos, e esta enfermidade nos empurra para uma decisão, pela qual nós, advogados, Juízes, Ministério Público, Defensoria Pública, instituições componentes indispensáveis da Justiça, temos a imensa responsabilidade de lutar; não a luta violenta, odiosa, fragmentária, obsessiva, sistemática. Ao contrário, nosso dever é distender os ânimos, contendo os diques que se encarceram na alma do indivíduo; esta contenção, todavia, não pode ser realizada sob forma dominadora, mas consciente e honesta, de forma a transformar as energias em forças propulsoras da dinâmica e desenvolvimento individual e social.

Esta luta não significa o uso da violência, fenômeno que grassa assustadoramente no Brasil, exatamente como resultado deste quadro macabro então descrito, formas ou nuances de violentação da dignidade humana.

Não há dúvida que, notadamente na civilização ocidental, entre os fatores que originam a violência, o primeiro é, indubitavelmente, a competição individual. O princípio econômico da competição afeta as relações humanas obrigando o indivíduo a lutar contra o outro; incita-se o homem a ultrapassar o próximo, e este a resistir, por todas as formas e maneiras, à ultrapassagem. Esta competição se comunica a todos os níveis da alma e da estrutura humana, afetando relações de toda a sorte, desde as sociais, até as sexuais. Instala-se a rivalidade destruidora, que origina o desprezo, a suspeita, a inveja, a

cobiça, o ciúme. As imensas desigualdades que se escancaram a massa, ironicamente até em tempos de maior pregação de Paz, como ontem, nos festejos natalinos, ressoam dolorosamente na alma do pobre e marginalizado, amortecido no seu ímpeto de vida e de existência pela discriminação já experimentada no ensino, na educação, no lazer, no tratamento da saúde na exploração dos grupos.

Mercancia-se a Esperança, ou através de novas formas de cultos e religiões, se assim pudéssemos chamá-las, ou através de prática do crime, tolerado como fato social, mas moralmente execrado como componente mortífero da vida social. Estimula-se o jogo, que é o azar, a desconfiança nas próprias forças, a álea, portanto o desmerecimento do resultado, advindo por fator estranho a qualquer princípio ético.

Temos aí, fora de dúvida, fatores desencadeantes da intranquilidade social, e, conseqüentemente, da violência.

A violência não é outra resultante social senão fruto da sensação de impotência, advinda de experiências ou vivências fracassadas. Dir-se-ia que, em tais condições, ela seria inevitável.

Esta é a nossa luta e o nosso ideário, eterno e ansiado.

6. Para vencê-la, contudo, não basta o ânimo que nos infunde e inflama a alma; é necessário que se criem condições de mudanças, a principiar pelo convencimento e preparo ético dos governantes e das estruturas dominantes. Não basta afirmar e gritar ao mundo que precisamos mudar, mas preparar o indivíduo para a batalha desta mudança; ensinou-se ao povo que as pessoas e os governos têm boas intenções, que confiar nos outros é uma virtude, que a virtude é o próprio prêmio da virtude, e que a defensiva é uma falta moral fruto da desconfiança e descrédito. Esta contradição entre o dever e o ser, entre a bondade e a mentira, entre o amor fraterno, tão apregoado, e as tensões hostis que, a cada momento, se reproduzem e se renovam, estimulam a violência, seja ela de que maneira se manifeste.

Criamos e estimulamos, portanto, a cultura da neurose, oriunda da perplexidade e da dúvida, da incapacidade de decisão ou satisfação harmoniosa das necessidades individuais ou da coletividade. Desajustam-se o indivíduo e o meio, agravado o desajustamento pela luta cruel e desumana que se trava na luta pela sobrevivência.

O nosso arquétipo social, hoje é a desesperança e a desconfiança. Estimulam-se os litígios, alimentam-se os desequilíbrios. Desprestigiam-se as instituições, açula-se a hostilidade. A exploração do ID humano, valendo-se do açulamento e instigação do inconsciente encontra campo fértil de sementeira; noticiam-se os homicídios sob coloração fértil e insana, ironizam-se vítimas, ridicularizam-se os criminosos, desdenham-se as vítimas.

Eis alguns matizes da violência que nos assola como praga incruel e insuportável.

Em palestra proferida na Faculdade de Direito da UFBa, em comemoração ao centenário daquela querida e imortal Escola, mestre Josaphat Marinho exortava os juristas ao cumprimento da tarefa inadiável.

“A tarefa do jurista, nesta transição de épocas, é extremamente complexa e desafiante. O século no caso foi abalado por guerras e revoluções, antecedidas ou seguidas de mudanças sociais, econômicas e políticas profundas, e por vezes repentinas, como a queda dos regimes comunistas no leste europeu ou a destruição do muro de Berlim. Ao mesmo tempo, impressionantes inovações científicas e tecnológicas iluminaram e engrandeceram a centuria. A pesquisa do átomo e do espaço sideral, no qual o homem já realiza, fora das naves, observações de vária natureza; a invenção de instrumentos bélicos de ação devastadora, como visto no conflito do Golfo Pérsico; a telecomunicação e o teleprocessamento de dados, vencendo o tempo e as distâncias; a velocidade dos meios de transportes; a arte do transplante de órgãos do corpo humano; a transformação da propriedade e do domínio das empresas pela perda da feição individualista e de absolutismo privado; a diversificação das formas de produção e das relações negociais e contratuais; o vertiginoso progresso da informática; a ampliação constitucional dos direitos do trabalhador; o crescente caráter social, ou o espírito combativo do doutrinamento da Igreja Católica, desde a Encíclica Rerum Novarum, de 1891, à Mater et Magister, de 1961, a Pacem in Terris, de 1963, a Populorum Progressio, de 1967, definidora de que desenvolvimento é o novo nome da paz, até a Laborem Exercens, de 1981, sobre o trabalho humano; a controvérsia em torno da função do Estado -, esses e outros fatores incidem diferentemente mas de modo inevitável, na ordem jurídica positiva e nos seus alicerces teóricos ou filosóficos.”

Por quê então, munidos de tal logística e infraestrutura tão poderosa não se modificam as estruturas, e, conseqüentemente, não se reduzem as diferenças?

7. Nesta tarefa desafiadora do Jurista, temos que estar atentos a fatores adversos à realização da grande obra, sejam eles conscientes, sejam de outra dimensão psicológica. Para isto é preciso destreza mental, densidade espiritual, grandeza moral, corações ao alto.

Comemorando o centenário da Rerum Novarum, editou o Papa João Paulo II, com a sua inegável e reconhecida autoridade espiritual, a nova Encíclica, a Centesimus Annus, na qual nos adverte

que a derrocada do marxismo não deve dar lugar a um triunfalismo injustificado do capitalismo, pois não pode este ser considerado como o regulador supremo da vida do homem, sendo este, como é, portador de supremos valores que superam todos os sistemas; assinalando, com destemor, que, embora desaparecido o sistema comunista, a injustiça e o sofrimento continuam existindo, a autoridade máxima da Igreja Católica repete o que vem sendo exatamente o desafio para o jurista. Numa palavra, a violência.

É imensa, a tarefa que nos exorta à luta, a começar por um cortejo de visões e cosmovisões fincados no dia-a-dia: a relação do homem com o dinheiro e o poder; o direcionamento da educação para sentimentos anti-sociais e egoísticos; a perda do sentido nosístico; a destruição dos recursos naturais da vida, ou a sua captação exclusiva por países industrializados; o desprezo às carências e necessidades das massas informes e envelhecidas; a alienação do ser humano ao mero regimen ou à fria engrenagem da produção; o culto ao lazer e ao gozo como fim último, ou meramente sensitivo; a discriminação racial; a perseguição às minorias étnicas ou religiosas; a confusa e babélica disseminação de credos exóticos; o desrespeito às decisões internacionais; a disseminação ou projeção mundial de propaganda atordoante e maciça, confundindo povos e gentes; o genocídio através de bloqueios, armas e bombardeios; a instigação às guerras civis e religiosas, tudo isto, por ser tarefa do jurista, é reconhecido como causa desta ânsia e angústia permanente que se extrapola e se extravasa como um dique que rompendo a barragem, tudo leva de roldão.

A profilaxia e terapêutica deste quadro mórbido, agravado num País de imensa pobreza como o nosso, sobre o qual o grande romancista José Américo de Almeida já dizia que "pior do que não ter o que comer, é morrer de fome na terra de Canaã", não está em responder à violência que dela resulta, sob todas as formas, com idêntica ou disfarçada violência. Ao contrário, urge que se empreguem meios de convencimento que tenham por instrumentos básicos a Justiça, a prudência, a benevolência e a afabilidade. A benevolência e a bondade, no saber respeitar os outros, pois a delicadeza, segundo o grande Confúcio, nada mais é do que sinal visível do amor e o espelho do coração.

A inação não é resposta pacífica à violência. A passividade é manifestação também violenta, talvez até mais odiosa porque induz a covardia e a traição. Não é arma de que se deva servir o cultor do Direito, para o qual o cerne das grandes revoluções é a palavra bem dirigida e bem exercitada, em nome de uma dignidade, que é a própria razão da existência e da vida do Direito.

A PARCERIA RURAL

Lélia Guimarães Carvalho Ribeiro^(*)

SUMÁRIO: 1. Breve histórico sobre a origem do Empregado rural e o Parceiro rural; 2. Definição de Parceria Rural; 3. Natureza Jurídica da Parceria Rural; 4. Tipos de Parceria Rural no Direito brasileiro; 4.1. A Parceria Pecuária; 4.2. A Parceria Agrícola; 5. A falsa Parceria e a Verdadeira Parceria; 6. Distinção entre o Contrato de Trabalho e a Parceria Rural; 7. Casos de Extinção da Parceria; 8. Jurisprudência predominante sobre a Parceria Rural; 9. Conclusão; 10. Bibliografia.

1. BREVE HISTÓRICO SOBRE O EMPREGADO RURAL E A PARCERIA

Desde quando o Brasil foi colonizado que se tem conhecimento da exploração agrária - o engenho, a fazenda.

Sabe-se que com a capitania hereditária chegaram os primeiros moradores mas não com o intuito de povoar e sim de explorar o latifúndio transferido.

Com a fase sesmarial, instalou-se no Brasil o sistema de propriedade latifundiária, que sob a ótica de Gilberto Freyre em "Casa Grande e Senzala", começou com a pequena propriedade, mas fomos um povo latifundiário desde o começo, e que entre nós a pequena propriedade data de um século. Todo esplendor e glória foi da grande propriedade latifundiária.

Mas os elementos constitutivos da organização agrária no Brasil são três a saber: a grande propriedade, a monocultura e o trabalho escravo.

Como bem enfoca Octávio Mello Alvarenga, a fase política das capitanias, abolidas no que tange à maneira de se constituírem, subsistem em pruridos latifundiários, que devem ser encarados de frente pelos estudiosos da realidade agrária brasileira. Pois o "arrendamento" advirá exatamente da impossibilidade de o proprietário arcar com o ônus de explorar o bem de produção que lhe chegou às mãos; da mesma forma a "parceria", maneira de auferir lucro por meio de trabalho de outrem.

No que tange a parceria é das mais antigas modalidades de contrato, quando os romanos adotavam-na e o Código de Constantino já a disciplinava.

Vários autores, também se reportam à origem da Parceria na Antiga Grécia de Sólon, como o próprio Código de Hamurabi estabelecia que uma pessoa pode ceder a terra a outra, para sua exploração, em troca de participação no rendimento.

No Brasil, o arrendamento e a parceria foram formas de exploração da terra utilizadas pelos colonizadores para organizar a economia colonial.

De acordo com Aloysio Sampaio, surgiu o instituto logo após a abolição da escravatura e resultou da necessidade de "desonerar o proprietário da inversão de capitais na atividade produtiva e de pô-lo a salvo dos riscos inerentes à atividade agrícola". ("Contrato de Trabalho Rural", Ed. RT, 1974, pág. 58).

Nosso Código Civil regulou a parceria no Cap. XI e mandou que se aplicasse à parceria agrícola as regras de locação e à parceria pecuária, as regras do Contrato de Sociedade, no que não estiver regulado na Convenção das partes.

Registre-se, por oportuno, que os Contratos de parceria agrícola eram regidos, antes de 1964, pelo Código Civil. A partir desse ano, no entanto, passaram a ser submetidos, em pontos fundamentais, ao Estatuto da Terra (Lei n. 4.504) e, a partir de 14.11.66, também às normas do Decreto n. 59.566, que é o regulamento de algumas seções do Estatuto referido.

2. DEFINIÇÃO DE PARCERIA RURAL

Parceiro vem do latim *partiarus*, o que tem parte.

A parceria é um tipo especial de Sociedade, através da qual uma parte ingressa com a terra e benfeitorias e infraestrutura, enquanto que a outra com o trabalho ou alguns investimentos.

O direito agrário, por meio dos artigos 92 a 96, do Estatuto da Terra, Lei n. 4.504, de 30.11.64, arts. 13 a 15 da Lei n. 4.947 de 6.4.1966, e do regulamento baixado pelo Decreto n. 59.566, de

(*) Lélia Guimarães Carvalho Ribeiro, Procuradora do Trabalho de 2ª Categoria, lotada na Procuradoria Regional da 5ª Região (Salvador - BA).

14.11.1966, deu novos nomes aos parceiros componentes desse Contrato, que tem particularidades da sociedade e do arrendamento.

Assim, o art. 5º do Decreto n. 59.566/66, cuida de 4 (quatro) modalidades de parceria: a agrícola, a pecuária, a agroindustrial e a extrativa.

Vejamos, pois, o conceito de parceria rural de acordo com o regulamento indigitado no seu artigo 4º:

“Parceria rural é o Contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a ceder a outra, por tempo determinado ou não, o uso específico de imóvel rural, de parte ou partes do mesmo, incluindo, ou não, benfeitorias, outros bens e/ou facilidades com o objetivo de nele ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agroindustrial, extrativa vegetal ou mista; e/ou lhe entrega animais para cria, recria, invernagem, engorda ou extração de matérias-primas de origem animal, mediante partilha de riscos de caso fortuito e da força maior do empreendimento rural, e dos frutos, produtos ou lucros havidos nas proporções que estipularem, observados os limites percentuais da lei”.

O artigo 5º, seguinte, define a parceria agrícola da seguinte forma:

“Art. 5º - Dá-se a parceria:

I - Agrícola, quando o objeto de cessão for o uso do imóvel rural, de parte ou partes do mesmo, com o objetivo de nele ser exercida atividade de produção vegetal”.

Assim, embora face da mesma moeda, temos dois tipos de parceria (agrícola e pecuária), que de acordo com os fundamentos dos Contratos agrários, o administrador irá defini-los, estabelecendo obrigatoriedades, cada uma das quais vinculadas a finalidades distintas.

3. NATUREZA JURÍDICA DA PARCERIA RURAL

Muito discutiu-se sobre a natureza jurídica da Parceria Rural, ante a semelhança bastante sensível com o direito do trabalho, a locação e a sociedade.

Alguns autores chegam a afirmar que a parceria no Brasil se aproxima demais com a sociedade. Já outros, com o Contrato de Trabalho. Vejamos, pois, a posição de alguns doutrinadores:

Octávio Mello Alvarenga apud Malta Cardoso, diz que este ao estudar a questão da parceria rural, aponta uma interessante divergência doutrinária, que enquanto na Europa a parceria, se aproxima de um contrato de trabalho, no Brasil, pelo contrário, está mais próxima da sociedade.

Prossegue ainda o indigitado autor, discorrendo sobre a natureza da pecuária e conclui afirmando:

“Ora, se na terminologia genérica há tantas disparidades, forçosamente naquilo que se relaciona com os hábitos e de modo mais específico - aos contratos, é claro que ainda subsistem dúvidas. Há falsas parcerias encobrendo verdadeiros contratos de trabalho, e contratos de parceria que não passam de autênticos arrendamentos”.

Já os autores Elson Gottschalk e o saudoso Orlando Gomes, discorrendo sobre a matéria em seu Curso de Direito do Trabalho, fls. 171, Editora Saraiva, 11ª Edição assim dispõe:

...“Durante muito tempo discutiu-se a natureza jurídica do contrato de parceria. Inclinavam-se alguns para a locação. Outros, para a sociedade. Em face do atual Código Civil Italiano, a doutrina predominante naquele país se inclina a ver na parceria uma relação de estrutura francamente associativa (Barassi, Riva Sanseverino, Santoro Passarelli). Há também quem considere a parceria contrato autônomo, com natureza Suis generis. Com a locação não se confunde, dentre outras razões, porque a prestação do parceiro - cessionário é indeterminada e variável, e porque é um Contrato personalíssimo, isto é, que não passa aos herdeiros dos Contratantes, sem embargo disso, aplicam-se a esse Contrato as regras da locação de prédios rústicos, com legislação complementar. Da sociedade, distingue-se porque lhe falta o elemento específico deste Contrato: a affectio societatis. Com o contrato de trabalho possui afinidades. O parceiro - cessionário obriga-se a trabalhar, a exercer atividade produtiva, mas não é empregado, na acepção técnica do vocábulo, pois não é trabalhador subordinado. O parceiro não recebe remuneração fixa por seu trabalho. Participa dos lucros, mas participa, igualmente, dos riscos do negócio que, segundo a legislação pátria, correm em comum contra as contratantes. A parceria não se executa intuitu personae”...

Telga Aragão, ao analisar a natureza jurídica Parceria, faz o seguinte enfoque:

...“Toda controvérsia existente em torno da natureza jurídica de contrato de parceria assenta na sua semelhança com outros tipos contratuais, como os de locação e sociedade.

O Código Civil contribuiu para aumentar o desacordo entre os juristas, ao colocar a parceria no cap. XII - em continuação ao contrato de sociedade - e ao tornar aplicáveis à sua regulação às normas

referentes à locação de prédios rústicos, em virtude do que ora é considerado subespécie da locação, ora contrato de trabalho, ora espécie de sociedade ora contrato atípico.

Alguns o classificam como contrato misto, abrangendo características dos contratos de locação, de sociedade e de trabalho.

Clóvis Beviláquia, analisando a controvérsia, opina em obra clássica não ser parceria arrendamento de prédio rústico, nem sociedade civil, mas forma contratual aproximada do contrato societário. Para o eminente mestre, a parceria "constitui um contrato sui generis, o qual tem por normas supletivas as regras do arrendamento, e que, pela partilha dos frutos, faz lembrar a sociedade".

Serpa Lopes entende que esse contrato "propende mais para o caráter societário", o que justifica com a posição de igualdade das partes na relação jurídica (in Enciclopédia Saraiva do Direito - n. 57, pág. 85 - Parceria I - Telga de Araújo 1981).

A nosso ver, a parceria rural é um contrato autônomo e com suas características peculiares, que a faz distinguir dos demais tipos de contratos (trabalho, locação) e até mesmo da sociedade.

Tem, pois, a natureza jurídica de um contrato autônomo, e como tal portador de características próprias que a faz diferenciar das demais figuras similares, tais como: inexistência de subordinação, autonomia e independência hierárquica, os riscos dos negócios correm tanto por conta do parceiro - outorgante, quanto do outorgado, inexistente o affectio societatis, porém, o contrato firmado tem como principal escopo a administração de um determinado bem, com o lucro repartido entre os dois contratantes, na proporção estabelecida através de Cláusula Contratual.

Como exemplo, poderíamos trazer à baila, parceria pecuária, que através do contrato rural, uma pessoa entrega a outra, animais para que esta pastoreie, trate e crie, mediante uma cota nos lucros (Código Civil, art. 1416).

Com efeito, se o contrato de parceria é a união dos elementos constitutivos que levam à exploração do imóvel rural, de um lado o imóvel e seus acessórios e de outro a força do trabalho, ambas as partes, tecnicamente, são co-interessadas no negócio e, embora com deveres diferentes, participam legitimamente dos lucros auferidos. Ambos são parceiros. Parceiros em posições diferentes juridicamente, todavia, co-participantes de um contrato. Daí por que a expressão proprietário não representa bem a situação jurídica do parceiro-outorgante, sendo, portanto, imprópria a falha; e menos técnica sob o ponto de vista dos contratos.

4. TIPOS DE PARCERIA NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

O Código Civil brasileiro destacou duas modalidades de parceria: parceria agrícola; parceria pecuária.

Outras classificações foram efetuadas pelos doutrinadores, tais como: agroindustrial, extrativa, mista, bem como o Estatuto da terra, Lei n. 4.504 de 30.11.64 que instituía as parcerias agroindustrial e extrativa. Todavia, vamos analisar a divisão adotada pelo Código Civil, porque entendemos que as demais são espécies da parceria agrícola e pecuária. Vejamos, pois, cada uma de per si:

Dá-se a parceria:

a) Agrícola, quando uma pessoa cede um prédio rústico a outra, para ser por esta cultivado, repartindo-se os frutos entre as duas, na proporção que estipularam (art. 1410 do Código Civil).

A nosso sentir, diz-se que a parceria é agrícola, quando o objeto da cessão for o uso de imóvel rural, e a atividade desempenhada é de produção vegetal.

Assim, podemos concluir em relação à Parceria Agrícola que:

1º O cessionário é o titular eventual do imóvel rural cedido.

2º O cessionário pode, também, realizar obras caso seja necessário.

3º Tal qual o parceiro proprietário, o parceiro cessionário se obriga por despesas e prejuízos.

4º A lavoura fica sob a responsabilidade integral do cessionário, uma vez que este não fica em dependência hierárquica do cedente.

b) Dá-se a parceria pecuária, quando se entregam animais a alguém para os pastorear, tratar e criar, mediante uma quota nos lucros produzidos (Código Civil, art. 1416).

Assim verificamos que a parceria é pecuária, quando o objeto da cessão for animais, para cria, recria, invernagem ou engorda.

5. A FALSA PARCERIA E A VERDADEIRA PARCERIA

O tema é muito discutido e bastante tormentoso para os aplicadores do direito, ante a semelhança entre a parceria e as demais figuras anteriormente por nós estudadas, o que tem dado margem as chamadas falsas parcerias. Vejamos pois:

Sabe-se que o empregado rural deve trabalhar em caráter não eventual, sob a dependência jurídica e econômica do empregador e recebendo salário.

Ao contrário, não vamos encontrar nos contratos de parceria aqueles elementos caracterizadores da relação empregatícia rurícola.

Ora, sabe-se, também, que em muitos casos, desfigura-se a parceria, servindo, apenas para encobrir verdadeiros contratos assalariados, que são retribuídos apenas com bens in natura.

Às vezes, a falsa-parceria é muito difícil de ser detectada e caracterizada pelos Tribunais Trabalhistas.

Osiris Rocha, no seu manual Prático do Trabalho Rural, 5ª edição, Editora Saraiva, ao abordar sobre a falsa parceria, faz os seguintes comentários:

“Sob o advento da ETR e, posteriormente, com a promulgação do Estatuto da Terra e hoje, com a Lei n. 5.889 (art. 17), vieram a ser abrangidas pela legislação trabalhista todos aqueles casos de prestação de serviços em que o cessionário não só não corria nenhum risco do empreendimento, como também contribuía apenas com o seu trabalho, executado sempre com a orientação e, às vezes, disfarçada fiscalização do “parceiro” proprietário.

Daí o entendimento de que o “Estatuto do Trabalhador Rural envolveu as parcerias rurais, as empreitadas, em que o prestador de serviços apenas contribuiu com a sua atividade e sequer capacidade econômica para residir em casa própria, para alugá-la ou possuí-la”. (apud Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, O trabalhador rural e as parcerias, LTr, 31:22).

Contudo, é preciso acentuar que não houve propriamente, absorção da parceria pela legislação laboral, e sim uma ampliação do campo de abrangência das normas trabalhistas (inclusive por força do parágrafo único do art. 96 do Estatuto da Terra) para que fossem alcançadas as “falsas parcerias”, isto é, a verdadeira parceria continuou por subsistir, mas graças a dispositivos mais minuciosos, é agora mais fácil saber-se da existência, ou não, da relação de emprego. Se ela existe, ainda que disfarçada. O Contrato é de Trabalho. Se não existe, continua a ser contrato de parceria”...

Podemos então concluir, que o que distingue a parceria da falsa parceria não é o fato do trabalhador receber salário parte em frutos ou rendimentos e parte em espécie. O que caracteriza a falsa parceria é a nítida intenção de ocultar por trás de um suposto contrato de parceria o que em realidade é uma relação empregatícia, ante a presença ainda que tênue da subordinação jurídica e a dependência econômica do falso parceiro.

A verdadeira parceria, a contrário senso, não pode coexistir com o contrato de emprego, o emprego, porque o verdadeiro parceiro participa das perdas e assume conjuntamente com o proprietário os riscos da atividade desempenhada.

6. DISTINÇÃO ENTRE O CONTRATO DE TRABALHO E A PARCERIA RURAL

O contrato de parceria e o contrato de trabalho muito embora tenham pontos em comum, hoje é perfeitamente possível distingui-los, mesmo porque, a Parceria está submetida às normas do Código Civil, Estatuto da Terra e legislações complementares, enquanto o empregado rural está sob o invólucro da proteção das Leis Trabalhistas.

A distinção básica entre parceiro e empregado é de que este trabalha para o dono da terra ou para o proprietário, percebendo salário, remuneração in natura, independente do bom ou mau sucesso do empreendimento sem correr nenhum risco, estando sempre garantido a contra-prestação salarial.

De outro lado, o parceiro, dirige e fiscaliza seu serviço, sem nenhuma subordinação, cujo elemento não se faz presente na relação de parceria.

Verifica-se, pois, que a parceria é baseada no ânimo societário o que por si só repele o controle do empreendimento e a concentração do risco da atividade econômica nas mãos de um só partícipe.

A nosso ver, ambas as figuras estão muito próximas, sem, contudo, confundi-las, ainda que presentes em ambas, elementos comuns com o da pessoalidade da prestação de trabalho, a intransferibilidade das obrigações por ambos os contratantes para os seus herdeiros e sucessores.

O genial Pontes de Miranda ensina que a “parceria não pode o outorgado transferir o contrato, nem subcontratar a parceria”.

Assim sendo, não há como misturar as duas figuras em tela, porquanto nítida é a distinção entre ambas, mormente no que pertine à subordinação (obediência às ordens), o que não ocorre com o

parceiro, que recebe, se muito, uma orientação porque ele é o dono do empreendimento, se submetendo não só aos lucros, como também, aos prejuízos que por ventura vier a sofrer.

7. CASOS DE EXTINÇÃO DA PARCERIA

Assim como o ser humano, o contrato nasce; se desenvolve e morre.

Vários são os motivos da extinção do contrato de Parceria, os quais antes de enumerá-los, pedimos venia para adotarmos a classificação do professor, Antenor Pelegrino, que elenca em seu livro: Trabalhador Rural, 4ª edição, às fls. 328, os seguintes motivos:

- 1º Por término do prazo do contrato e do de sua renovação;
- 2º Pela retomada;
- 3º Pelo distrato ou rescisão do contrato;
- 4º Pela resolução ou extinção do direito do parceiro - outorgante;
- 5º Pelo motivo de força maior, que impossibilite a execução do contrato;
- 6º Por sentença judicial irrecorrível;
- 7º Pela perda do imóvel rural;
- 8º Pela desapropriação, parcial ou total, do imóvel rural;
- 9º Por qualquer outra causa prevista em lei.

Dentre os motivos elencados pelo mestre Antenor Pelegrino, a forma mais comum é quando ocorre o término do prazo do contrato ou da sua renovação.

Também o distrato é bastante presente e comum como uma das formas de extinção do contrato de parceria.

Dá-se o distrato de contrato de Parceria, quando as partes de comum acordo, resolvem romper a avença, mesmo antes de o contrato chegar ao seu termo final.

Faz-se necessário esclarecer, que para maior garantia de que problemas não venham surgir no futuro, o distrato deve ser efetivado por escrito e mediante testemunhas.

A forma para efetivar a extinção do Contrato de parceria, não foi exigido pela lei para que seja desta ou daquela forma.

Outrossim, como a lei não estabelece forma especial para a formação deste contrato, vez que os usos e costumes têm bastante influência na sua formulação, daí ser possível tanto para formação como para extinção, que a forma seja verbal, desde que provado por testemunhas e que não se desarmonize com os ditames legais.

Alguns autores incluem, também, como causa da rescisão contratual, o inadimplemento das obrigações assumidas pelas partes, o que confere a faculdade de rescindir ou não com o contrato de parceria.

8. NORMAS DA PARCERIA RURAL

Várias são as normas que regulam a parceria rural. Procuramos, todavia, pinçar algumas que consideramos mais importantes para a finalidade de que se presta este trabalho:

1º) Diz a lei, que o prazo dos contratos de parceria, desde que não convencionados pelas partes, será, no mínimo, de três anos, terminando sempre depois da parição dos rebanhos ou depois da safra de animais de abate, nos casos de animais de parceria. •

Logo, à luz dos arts. 95, II e 06, I, do Estatuto da Terra, quando o contrato silenciar sobre o prazo de vigência serão considerados por tempo indeterminado, presumindo-se, então, feitos no prazo mínimo de três (3) anos.

2º) Quando as despesas com o tratamento dos animais, correrão por conta do parceiro-outorgado ou criador, salvo acordo ou convenção em contrário.

3º) Quanto a partilha dos rendimentos, o Estatuto da Terra estabelece limites máximos da quota do parceiro-outorgante, que não poderá ser superior a:

- a) 10% quando concorrer com a terra nua.
- b) 20% quando concorrer com a terra preparada e moradia.
- c) 30% caso concorra com o conjunto básico de benfeitorias, tais como: casa, galpão, currais, banheiro para gado etc..
- d) 50%, quando concorre com a terra preparada, benfeitorias e mais o fornecimento de máquinas e implementos agrícolas.

e) 70%, nas zonas de pecuária ultra-extensiva em que forem os animais de cria em proporção superior a 20% do rebanho e onde se adotem a meação do leite e a comissão mínima do rebanho e onde se adotem a meação do leite e a comissão mínima de 50% por animal vendido.

Registre-se, por oportuno, que há varias normas sobre parceria-pecuária, que estão reguladas em artigos esparsos do Estatuto da Terra ou do seu regulamento.

Assim, as normas obrigacionais tanto deverão ser observadas pelo parceiro-outorgante, como pelo parceiro-outorgado.

Ao parceiro-outorgante cabe a entrega dos animais, objeto do contrato imóvel, etc.

Ao parceiro-outorgado, também chamado de tratador ou criador, compete criar e tratar cuidadosamente dos animais, como se fossem seus, assumindo, inclusive, com a assistência médico-veterinária.

Por fim, o parceiro-outorgante nos casos de morte, desaparecimento, perda de função, devendo dar outros em substituição. Esta se dará no caso de perdas por caso fortuito e força maior, perdas derivadas de culpa de um dos parceiros, e, também, a existência de vícios redibitórios, hipóteses que serão resolvidos em perdas e danos. (Enciclopédia Saraiva do Direito, Tomo 57, pág. 114 - Telga de Araújo).

Concluimos, portanto, que as normas pertinentes à parceria rural, também estabelecem obrigações tanto para o parceiro-outorgante, quanto para o parceiro-outorgado e no caso de omissão da norma, aplicam-se à parceria rural as normas pertinentes ao arrendamento rural, no que couber bem como as regras do Contrato de Sociedade, no que não estiver regulado pela lei.

9. JURISPRUDÊNCIAS PREDOMINANTES SOBRE A PARCERIA RURAL

Relação de Emprego - Parceria - ``Caracterizado no caso dos autos que houve entre as partes dois contratos paralelos, o de parceria e o empregatício, cada um deles ocupando, intercaladamente, uma semana sim e outra não é de se apurar os direitos trabalhistas apenas com relação ao tempo real dos serviços empregatícios" (AC - TRT - 3ª T - Proc - 293/73 - 20.06.1973).

Relação de Emprego - Parceria - ``Não se caracteriza a parceria agrícola quando provado está que os Reclamantes não têm condições econômica-financeiras para exercê-la e, ao contrário, desenvolvem suas atividades em autêntica dependência econômica, permanentemente à disposição da proprietária da fazenda, a única a dar ordens na propriedade". (TRT - RO 1938/72 - 1ª T).

Parceria - ``Descaracterizada face à prova da dependência econômica. Volta dos autos à instância de origem para decisão de mérito" (TRT - RO 3000/72 - 2ª Turma).

Parceria - ``Caracteriza-se como trabalhador rural aquele que recebe salários in natura e em dinheiro, mormente quando comprovada sua incapacidade econômica e financeira para ser considerado como parceiro agrícola no sentido legal" (TRT - RO 3.374/72 - 2ª Turma).

Parceria - O fato de o trabalhador rural receber remuneração sob a forma de percentagem no resultado da venda de produtos da fazenda não caracteriza, por si só, a ocorrência de parceria, nem elide a relação empregatícia, se concorrem todos os elementos capazes de tipificá-la (TRT - RO - 2.482/72 - 1ª Turma).

Parceria - ``Não se admite a existência de contratos paralelos de parceria e de emprego, quando se comprova que, em ambos, havia subordinação hierárquica e econômica entre o empregado e o empregador" (TRT - RO - 1102/73 - 2ª Turma).

Parceria - ``A parceria agrícola regulada pelo Código Civil e, pelo Estatuto da Terra, é um ``Contrato autônomo com disciplina própria e tipicidade manifesta" (Orlando Gomes), não caracterizando a relação de emprego (TRT - RO - 1947/72 - 2ª Turma).

Parceria - ``Reconhecida pelo proprietário rural a prestação de serviços subordinados, com dependência econômica, caracterizada está a relação de emprego nos termos do art. 2º da Lei n. 4.214, Estatuto do Trabalhador Rural, sendo que a parte paga in natura constitui apenas uma parcela salarial e não infirma a existência de um contrato de parceria" (TRT - RO 1354/73 - 1ª Turma).

Parceria - Carência de Ação - ``Provado que o Reclamante trabalhava com a mais ampla liberdade, escolhendo o que devia ser plantado e vendendo a sua própria produção, não há falar em Contrato de Trabalho rural" (TRT - 2ª Reg. 1ª Turma - RO 8323/72).

Relação de Emprego - Parceria - ``Trabalhador agrário, para ser regido pela legislação trabalhista, requer que a direção dos serviços seja de interia e exclusiva responsabilidade do proprietário das terras, locatário dos serviços" (TRT - 8ª Região - Proc. RO - 36/72).

Parceria - Multiplicidade - ``O Trabalho prestado em regime de parceria, a mais de uma fazendeiro, concomitantemente, sem que se prove elemento vinculativo de necessária integração do

prestador da atividade do cedente da terra, descaracteriza a relação de emprego rural" (TRT - 3ª Região - 2ª Turma - RO 2.375/71).

Relação de Emprego - Transformação de parceria: "modificado o ajuste contratual do trabalho já vigente há vários anos para o de parceria agrícola, além de obtido mediante coação, é evidente a nulidade deste último contrato, porque celebrado tão-somente com o escopo do contornar os preceitos de proteção ao trabalhador consagrados na legislação obreira" (TRT - 3ª Região - Proc. n. 2.053/66).

Trabalhador Rural - Parceria - Caracterização: "A parceria é prevista no art. 1410 do Código Civil brasileiro, porém, nessa modalidade de ajuste, é fora de dúvida que sua caracterização depende fundamentalmente da cessão que uma pessoa - o dono da terra - faz a outra - o parceiro - de prédio rústico, para ser este última cultivado, repartindo-se os frutos. A parceria só existe ante o pressuposto fático da cessão de terra para cultura. Fora dessa faixa o contrato deixa de ser de parceria, no sentido técnico da lei Civil, para constituir em simples contrato parciário, ou falsa parceria" (TST - RRev 1021/74 - 3ª T - LTR, 39.293).

Trabalhador Rural - Parceria Pecuária - "Dá-se a parceria pecuária" quando o objeto da cessão for animais para cria, recria, invernagem ou engorda" (decreto n. 59.566/66, art. 5º, n. II). Se o contrato celebrado subordina-se aos princípios estabelecidos no art. 9º da Lei n. 4504/64 (Estatuto da Terra), sem qualquer percepção de importância em dinheiro pelo parceiro criador, presente de modo perfeito a parceria pecuária, pacto de natureza agrária (TRT - 8ª Região - RO 372/77 - LTR; 41:1483).

Parceria - Relação de emprego - Grande parceria - "jamais um grande parceiro agrícola há de ser considerado empregado, ainda que, esporadicamente, no período intervalar das safras, labore para o dono do imóvel" (TRT - 3ª Região - 3ª Turma - RO 1249/85 - Revista do TRT da 3ª Região, 35/44:61).

Parceria - Relação de Emprego: Comprovada a subordinação jurídica é de emprego e não de parceria agrícola a natureza da relação existente entre as partes (TRT - 9ª Região - RO 1911/84 - Ac. 421.85, 4/12/84, Relator Juiz Pedro Ribeiro Tavares - LTR - Vol. 50, n. 3/340).

Parceria - Parceria é tipo de sociedade, é participação em contrato agrário típico que visa obtenção de lucro na exploração de imóvel rural, repartindo rendimentos e frutos alcançados e os riscos da atividade. Um dos parceiros não pode ser eximido de responsabilidade ao fundamento de não exercer atividade econômica; a atividade econômica, como define o instituto jurídico, é imprescindível na caracterização da parceria. Os parceiros são solidariamente responsáveis pelos direitos trabalhistas de empregado (Ac TRT - 3ª Turma (RO 424/86), Rel., Juiz Wagner Meira, DJ - 24.10.86, in Dicionário de Decisões Trabalhistas - 21ª Edição - 1988 Autores - Bomfim e Santos).

9. CONCLUSÃO

De concluir, de acordo com todo o exposto, que o Contrato de Parceria, do ponto de vista do direito positivo brasileiro, é um contrato autônomo, com características e singularidades próprias, sendo possível distingui-los dos demais contratos similares, eis que se submete às normas do Código Civil, do Estatuto da Terra e da Legislação Complementar.

No entanto, o referido contrato, vem sendo utilizado para camuflar a verdadeira relação empregatícia e os empregadores, donos da terra, muitas vezes invocam o Contrato de Parceria para desincumbir-se do ônus trabalhistas.

Portanto, conforme abordamos alhures, para que seja desfigurado o Contrato de Parceria, faz-se necessária a coexistência de três requisitos: a) pagamento de parte em dinheiro e parte percentual na lavoura cultivada; b) direção dos trabalhos de inteira e exclusiva responsabilidade do proprietário; c) risco por conta exclusiva do proprietário.

Finalizando vimos, também, que a verdadeira parceria ocorre, conforme descrito no Código Civil, arts. 1410 a 1415, como se fosse um verdadeiro contrato, visto que o proprietário entrega a terra para o parceiro agricultor que a cultiva e reparte os frutos com o parceiro-outorgante.

Salvador, 28 de janeiro de 1991.

Lélia Guimarães

10. BIBLIOGRAFIA

Revista LTr - Legislação do Trabalho e Previdência Social.

Enciclopédia Saraiva do Direito - n. 57 - Editora Saraiva.

GOTTSCALK, Elson e GOMES, Orlando: Curso de Direito do Trabalho. Vols. I e II - 11ª Edição - Editora Forense.

PELLEGRINO, Antenor, Trabalho Rural - Editora Atlas, 4ª edição.

PIRES, Aurélio. Aspectos Teóricos e Práticos sobre Trabalho Rural - 4ª Edição - LTr Editora.

SAMPAIO, Aluysio - Comentários do Estatuto do Trabalhador Rural - do Art. 1º a 102 - Editora Fulgor.

MAGANO, Octavio - Manual de Direito do Trabalho - volume II, 2ª edição - LTr Editora.

MACHADO, Antonio Luiz Ribeiro - Manual Prático dos Contratos Agrários e Pecuários - 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais.

PIRES, Aurélio - Aspectos Teóricos e Práticos sobre Trabalho Rural - Federação da Agricultura do Estado da Bahia.

ROCHA, Osiris - Manual Prático do Trabalho Rural - Editora Saraiva - 5ª edição.

ALVARENGA, Octávio Mello - ``Curso de Direito Agrário - n. 8 - Contratos Agrários - Fundação Petrônio Portela - MJ - Brasília - DR - 1982.

SEGURADO, Milton Duarte ``O direito no Brasil - Obra publicada com a colaboração da Universidade de São Paulo.

RUSSOMANO, Mozart Víctor - Comentários ao Estatuto do Trabalhador Rural - Volumes I e II, José Konfino - Editor.

HERRERA, Alfredo. Derecho Laboral Agrário - Ediciones Depalma - Buenos Aires - 1971.

PRUNES, L.F. José - Comentários ao Estatuto do Trabalhador Rural - Edições Trabalhistas S/A.

Consultas às Legislações - Código Civil Brasileiro.

Estatuto do Trabalhador Rural 4.504, de 30.11.64 (Estatuto da Terra).

O Regulamento (Decreto n. 59.566, de 14.11.66.

Lei n. 5.889/73.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Apontamentos extraídos das aulas ministradas pelo mestre, Prof. Hermano Machado.

Ementários jurisprudenciais sobre a Relação de empregado e a parceria.

BOMFIM, Calheiros e SANTOS, Silvério - Dicionário de Decisões Trabalhistas. 21ª edição - 1988 - edições Trabalhistas.

PACHECO, Iara Alves Cordeiro - Doutrina - ``Parceria e Falsa Parceria". (Artigo publicado na Revista LTr/53 - 10/1.159).

O DIREITO DE GREVE NA SUÍÇA

Terezinha Matilde Licks Prates^(*)

As greves não são freqüentes na Suíça. Isso se deve, de certo modo, ao fato de os sindicatos estarem quase todos vinculados a contratos coletivos que contêm a chamada "cláusula de paz do trabalho." Tal cláusula é, normalmente, estipulada em termos absolutos, isto é, proibição de todo o "meio de luta" durante o período de duração do contrato coletivo mesmo que eventuais reivindicações digam respeito a matéria não abrangida pela convenção em vigor. Toda e qualquer reivindicação posterior à celebração do contrato coletivo deverá ser veiculada pelos meios e instrumentos nele previstos.

A pouca freqüência das greves explica, talvez, o motivo porque o legislador helvético não tenha sentido, ainda, a necessidade de regulamentar o fenômeno. Com efeito, o direito positivo suíço é desprovido de qualquer reconhecimento expresso do direito de greve e, por outro lado, de qualquer proibição de fazer greve.

Diante dos fatos mencionados, não constituirá, pois, surpresa a escassez de pronunciamentos na jurisprudência federal sobre o tema. Em geral, o direito de greve é questão posta quando o Tribunal Federal é instado a rever decisões que reconhecem, ou não, abusividade em despedidas sumárias decorrentes de greve. O Código das Obrigações suíço regula o contrato individual de trabalho e prevê a despedida por justa causa ("Résiliation immédiate pour des justes motifs") quando, à luz do princípio da boa fé, determinadas circunstâncias impossibilitarem a continuação do vínculo empregatício. Trata-se do artigo 337 CO e é com base nessa norma que grevistas foram sumariamente despedidos nas seguintes hipóteses examinadas pelo Tribunal Federal e que constituem marcos na jurisprudência da referida Corte.

No acórdão Eschler/Urania de 18 de junho de 1985 (ATF 111 II 245=JT 1986 I p.2), o Tribunal decidiu que a greve era ilegítima e que a norma do artigo 337 CO fora corretamente aplicada. A fundamentação do acórdão é rica em referências a questões doutrinárias pertinentes ao direito de greve: traz à baila o debate que se trava entre os que vêem a proteção constitucional de direito de greve embutida no direito fundamental de liberdade de associação (artigo 51 da Constituição Federal helvética) e os que buscam nos preceitos constitucionais pertinentes à liberdade econômica (artigos 31 e seguintes). Menciona a superação da antiga teoria que separava rigorosamente o direito coletivo de usar instrumentos de luta trabalhista e o direito individual decorrente do contrato de trabalho. Acata, ainda, a teoria dos efeitos civis dos direitos fundamentais e reconhece, afinal, que, independentemente da especificação do fundamento constitucional pertinente, o ordenamento suíço assegura o direito de greve embora o submeta sempre a um critério de excepcionalidade, de ultima ratio, e fixa as seguintes condições para o seu legítimo exercício:

- A greve deve ser conduzida por organização apta a celebrar contratos coletivos.
- As reivindicações que motivarem a greve devem ser suscetíveis de regulamentação em contrato coletivo.
- A greve não deve violar a obrigação de manutenção da "paz do trabalho".
- Toda greve deve respeitar o princípio da proporcionalidade.

Vê-se, em tais condições, a orientação no sentido de que a titularidade do direito de greve é coletiva e não individual e de que a legitimidade de seu exercício depende de sua aptidão para o desempenho de uma função econômica enquanto instrumento capaz de fazer funcionar o mercado de trabalho. A última condição, a da proporcionalidade, foi explicitada, no acórdão, no sentido de que a greve deve servir ao restabelecimento da paz do trabalho quando inexistir outra saída para o impasse em que se encontrar a negociação de um contrato coletivo. Aqui, fica evidenciada a não aceitação de que a greve possa ser um elemento da negociação, ou em outras palavras, fica reconhecida uma incompatibilidade entre negociação e greve. No caso concreto a legitimidade da paralisação esbarrou nessa última condição. O Tribunal assentou que o princípio da proporcionalidade fora ferido na medida em que os empregados entraram em greve pouco após terem procurado o serviço de conciliação, órgão extra-judicial, sem aguardar a respectiva audiência e sem apresentar fato novo justificador.

Ressalta dos fundamentos do acórdão que o exame da legitimidade da greve prescindiu de indagações em torno do conteúdo das reivindicações dos trabalhadores e sua procedência ou improcedência. Limitou-se ao exame das condições em que o "meio de luta" fora utilizado. Entretanto, três anos mais tarde, o Tribunal Federal, em julgamento de outro caso (acórdão não publicado-Vide JAR

(*) Terezinha Matilde Licks Prates é Procuradora do Trabalho de 1ª Categoria.

1989 pgs. 296-300), embora invocasse os critérios fixados no caso Eschler/Urania, acabou por se afastar do precedente na medida em que avaliou o conteúdo das reivindicações dos empregados e, em as julgando justas, considerou abusiva a despedida sumária praticada pelo empregador. Ademais, considerou que, embora o empregador, convocado perante o órgão extra-judicial de conciliação, tivesse um comportamento que dificultava a negociação, os empregados teriam sido igualmente faltosos ao deixarem de seguir os conselhos do referido órgão de conciliação no sentido de se absterem de fazer greve. O movimento grevista foi, por isso, julgado apenas parcialmente legítimo; as parcelas rescisórias, previstas no Código das Obrigações, para os casos de despedida abusiva, foram reduzidas à metade, já que tido como de importância equivalente o comportamento faltoso das partes.

Pode-se, pois, dizer que, no ordenamento helvético, o direito de greve e seu legítimo exercício constitui tema ausente na legislação e sem definição precisa na jurisprudência.

A INAMOVIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FRENTE À CHEFIA RESPECTIVA

Esequias Pereira de Oliveira^(*)

I - INTRODUÇÃO

É senso comum, que as instituições político-sociais não são boas ou ruins em si. A qualificação lhe é atribuída em face da sua adequação à sociedade que as tenham criado, do desempenho que venham ter nessa mesma sociedade, contando muito, também, os homens que as venham constituir. Isto porque instituições sociais que funcionam com bom resultado em determinadas sociedades, podem funcionar insuficientemente em frente de sociedade diversa. Ou que tenham funcionado em época pretérita, percam sua identidade ou serventia presentemente. Também é de se ter em conta que essas instituições são criações humanas, comportando, sempre, aperfeiçoamentos.

Essas observações preliminares são feitas por nos parecer que o Ministério Público, com a feição que lhe deu a Constituição vigente, corresponde a uma instituição jus-política perfeitamente adequada à sociedade brasileira, capaz de exercer as elevadas e importantíssimas missões que lhe foram cometidas, sendo, a princípio, suficiente a feição dada e as garantias asseguradas.

Dentro dessa linha de raciocínio é que registramos para rápidas considerações, haver a Constituição de 1988 erigido o Ministério Público com as características que já lhe eram comuns de instituição permanente, essencial à função jurisdicional ... etc ..., mas com vistas a esses objetivos estendeu-lhe a garantia da inamovibilidade (artigo 128 § 5º, I, letra b da Constituição), que por uma vez tem relação com aquela outra garantia assegurada ao órgão de independência funcional (artigo 127 § 1º), que por seu turno vai ter reflexo sobre a relação direcional de órgão, no tocante a chefia, que tem origem igualmente constitucional (artigo 128 §§ 1º e 3º).

Esse o tema sobre o qual pretendemos lançar algumas idéias. A relação que subsiste em face da Constituição das garantias asseguradas ao órgão do Ministério Público e a seus membros quanto à independência funcional. Como compatibilizar a garantia da inamovibilidade frente a chefia do órgão, que além de ter origem igualmente constitucional, tem amparo reflexo nos dois princípios institucionais que delineiam o órgão, a unidade e a indivisibilidade. Em que consiste e até que limite pode legitimamente exercer o chefe do Ministério Público o seu poder de mando sobre os demais membros do órgão. A chefia é apenas para cumprimento das funções especificamente estabelecidas na Constituição para serem implementados por essa autoridade, ou, além dessas funções, subsistem outras exercidas em face dos demais membros da instituição?

II - DESENVOLVIMENTO

A questão não é nova. Foi enfrentada à luz da Constituição sepultada, que estabelecia no artigo 94 que a lei disporia sobre a organização e estruturação do Ministério Público, em face do que foi assegurada a sua autonomia funcional. Também a norma do § 1º do artigo 95 da Constituição assegurava aos membros da instituição relativa garantia de exercício das funções do seu cargo no local da lotação, visto que declarava-o irremovível. Mas aqui abria uma exceção ao estabelecer: "a não ser mediante representação do Procurador-Geral, com fundamento em conveniência do serviço".

Em face dessas normas proclamava a doutrina a independência do Ministério Público, tanto em relação ao Poder Executivo, quanto ao Poder Judiciário. Não obstante haver reconhecimento da natureza administrativa das funções atribuídas e exercidas pelo órgão, assim como reconhecer-se nos seus membros a condição de funcionários públicos, no sentido amplo, é igualmente reconhecido e proclamado que o órgão e seus membros não têm qualquer dependência do Poder Executivo. Como também, não há dependência, muito menos subordinação ao Poder Judiciário.

Dessa forma, é doutrinariamente reconhecida a independência e autonomia do Ministério Público em face dos poderes constituídos, independência que não se configurava verdadeiramente, pois que a chefia de instituição era de livre nomeação do Presidente da República, só se exigindo idade de trinta e cinco anos, notável saber jurídico e reputação ilibada. Não se exigia que o escolhido fosse integrante da carreira e diante da falta de expressa garantia no cargo e a demissibilidade ad nutum advinda da

(*) Esequias Pereira de Oliveira é Procuradora do Trabalho Lotado na 5ª Região - Salvador, Estado da Bahia.

Constituição de 1946 (artigo 126), resultava o entendimento da instabilidade do cargo, o que comprometia visceralmente as garantias que seriam necessárias para o desempenho das graves funções que lhe reservava a Constituição (artigo 95).

Mas o que pretendemos enfrentar nesta análise, não é o aspecto ora ferido, que o fazemos só de passagem. O que pretendemos analisar é a possibilidade desse agente público, o Procurador-Geral da República, assim como o Procurador-Geral nos Estados, influir legitimamente sobre a atuação funcional dos demais membros da instituição: o Promotor, o Procurador. A possibilidade da chefia estabelecer legitimamente diretriz a ser seguida pelos membros da instituição, ou o que é mais grave, a possibilidade do mesmo estabelecer procedimento a ser observado em face de determinado caso, ou ainda, a possibilidade do Procurador-Geral legitimamente avocar processos que estejam originariamente afetos a determinado membro da instituição e no mesmo oficial diretamente ou delegar a outro membro.

Parte da doutrina entende, mesmo em face do regime jurídico da Constituição sepultada que tal não era possível, visto que haveria então violação de independência funcional assegurada aos membros da instituição. Entendiam esses subsistir o princípio do promotor natural, à semelhança da doutrina do juiz natural.

Apesar dos bons propósitos dessa doutrina, parece não está aí a razão, visto a sua insustentabilidade em face da Constituição 67/69. Comungamos da lição de José Frederico Marques, que entende em face daquele regime jurídico que o Procurador-Geral, pela causa da atribuição da chefia e dos princípios da unidade de indivisibilidade, não somente poderia atuar diretamente, como também poderia atribuir o ofício ad hoc a outro membro da instituição, afastando o agente originariamente afetado.

A independência funcional do membro do Ministério Público traduzia-se na possibilidade do mesmo, discordando da diretriz traçada pelo Procurador-Geral, recusar-se, legitimamente, de a seguir, naturalmente alegando que aquela diretriz viola sua consciência ou convencimento. Essa recusa, não se constituía desobediência, face a independência funcional assim compreendida. Portanto, não ensejava censura ou outra punição legítima por parte da Chefia. (Reforma do Poder Judiciário - José Frederico Marques, 1º Volume, Edição Saraiva, S. Paulo, 1979, pág. 169 e segs.).

Ocorre, porém, que o regime constitucional mudou, e a Constituição de 1988, vigente, instituiu para o Ministério Público os princípios da unidade, indivisibilidade e a independência funcional (artigo 127 § 1º). Manteve uma chefia para a instituição (artigo 128 §§ 1º e 3º), mas, assegurou aos seus membros a garantia da inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão (não do Procurador-Geral, mas) do órgão colegiado competente do Ministério Público, através de votação qualificada de dois terços dos seus membros, assegurada ampla defesa (artigo 128 § 5º, I, b). A pergunta é: como fica a relação interna entre a chefia do Ministério Público e seus demais membros, em face da garantia da inamovibilidade assegurada pela Constituição.

Bem, não há dúvida da independência dos membros do Ministério Público, independência essa com elevadíssimo grau de assemelhação àquela assegurada ao juiz. Afirmo que assemelha-se, mas não identifica-se, como parece a alguns. E essa falta de identificação advém não da fonte da garantia, que é a mesma da magistratura, a Constituição. A minúscula diferença advém da natureza própria da instituição do Ministério Público, que não é a mesma coisa que a magistratura judicial, trata-se de órgão diverso. E essa diversidade enseja a diferença que pretendemos registrar.

Ocorre que, não obstante a independência funcional da instituição e dos seus membros, encontra-se ela submetida aos princípios da unidade e da indivisibilidade. E, por outro lado, devido a divisão e especialização do trabalho, a instituição se divide em vários ramos: Ministério Público Federal; Ministério Público do Trabalho; Ministério Público Militar; Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e o Ministério Público dos Estados, comportando ainda cada um desses ramos sua estruturação. E, no final dessa cadeia encontram-se os diversos membros individuais do Ministério Público, agente que em última análise dará exequibilidade às funções do órgão.

Diante desse fato da divisão e especialização do trabalho e dos princípios da unidade e indivisibilidade, tal fato, por si só, reclama e conduz à necessidade de uma chefia, em torno da qual possam ser viabilizados esses princípios institucionais. Ocorre que a própria Constituição expressamente reconhece e estabelece essa chefia do Ministério Público, criando a figura do Procurador-Geral, chefe da instituição §§ 1º e 3º do artigo 128. Necessário, assim, a fixação do entendimento dessa norma ora mencionada, em face daqueles do § 1º do artigo 127 e letra b, n. I do § 5º do artigo 128, que consagram, respectivamente, a independência funcional e a inamovibilidade dos membros da instituição.

Em frente a esse princípio da inamovibilidade, não há dúvida que estando o membro do Ministério Público no exercício das suas funções, correspondente ao Cargo da Carreira constitucionalmente estabelecida, lhe é assegurado atuar em todo e qualquer processo submetido ao juízo junto ao qual funcione, desde que necessário a atuação do órgão. Vale dizer, não é possível, legal e legitimamente, subtrair-se a atuação de qualquer membro do Ministério Público, fazendo-o substituir por outro membro. Não poderá válido e regularmente ser subtraído ou obstado a atuação do agente do Ministério Público que tenha a atribuição legal junto ao juízo a quem tocar o conhecimento do processo.

Havendo a garantia para o agente do órgão, essa mesma garantia corresponderá a um verdadeiro direito da parte de ter sua relação processual integrada por aquele agente e não por outro designado especialmente para determinado caso. Vigora aqui o princípio do promotor ou procurador natural, também denominado legal ou competente. Isto em face da inamovibilidade agora assegurada na Constituição, garantia através da qual buscou o legislador constituinte afastar o promotor ou procurador de exceção ou instituído para contingências particulares. É, praticamente, a mesma situação e garantia do juiz natural, portador da inamovibilidade.

Evidente inexistir óbice à substituição de um membro do Ministério Público por outro, em um processo, na hipótese de férias, licença, promoção, aposentadoria, etc. A situação é possível, sem qualquer ofensa a Constituição, dando continuidade o agente substituto ao procedimento cabível, vez que o visado pela Constituição ao instituir a segurança da inamovibilidade do membro do Ministério Público, foi apenas obstar o seu afastamento involuntário e a imposição de um outro agente designado para a contingência especial e particular.

Reitere-se que ao instituir o legislador constituinte o princípio da inamovibilidade, reforçado por aqueloutro da independência funcional, buscou afastar que o Procurador Geral possa determinar que o promotor ou procurador adote tal ou qual procedimento ou diretriz em face de determinado ou determinados casos, com violação ao convencimento do membro do Ministério Público, ou com o seu afastamento de funcionar no caso, violando, igualmente, o direito da outra parte de ter sua relação processual integrada pelo Promotor ou Procurador, natural, legal ou competente. Atualmente, uma tal situação não pode ocorrer correta e validamente. Cada membro do Ministério Público é livre e independente funcionalmente para formar seu convencimento e determinar-se quanto a forma de agir, à semelhança do que ocorre com o juiz. Seus únicos limites funcionais, agora, são a lei e a sua consciência.

Observe-se, por oportuno, que da mesma forma que o juiz, o agente do Ministério Público, não obstante seus contornos ora traçados, pode, validamente, em determinadas circunstâncias, ser recusado pela parte integrante da relação processual, ser havido por impedido por decisão judicial, após provocação da parte, ou, ainda, dar-se como tal, por motivo manifestado ou de foro íntimo.

Por fim, é de se registrar ainda, que a independência funcional que porta os membros do Ministério Público, não os exclui da observância da disciplina interna da instituição, estando sujeito as sanções em se configurando transgressões. Mas tal não viola o princípio da independência funcional, visto que mantém-se a subordinação administrativa.

Não obstante prevalecer para o Ministério Público a regra geral que ora traçamos quanto a independência funcional e a garantia da inamovibilidade, em face do princípio da unidade e da indivisibilidade, e pela causa da existência da chefia da instituição e porque a inamovibilidade comporta exceção por motivo de interesse público, se nos afigura possível, adequado e compatível com o regime constitucional vigente, que o agente do Ministério Público possa ser afastado de sua função, excepcionalmente, substituído por outro, nos termos estritos da letra b do n. I, do § 5º, do artigo 128 da CF.

Esse afastamento poderá ser ensejado, em se configurando divergência entre o convencimento do promotor ou procurador e a diretriz que pretenda imprimir ante determinadas hipótese ou circunstâncias, frente a diretriz diversa ou procedimento recomendado, em caráter vinculativo, pelo colegiado da instituição, por votação de dois terços dos seus membros, com vistas à defesa de interesse público e considerando a indivisibilidade institucional. Portanto, não se trata de uma posição ou decisão unipessoal do Procurador-Geral, ainda quando seja ele quem presida o Colegiado.

Observe-se que até o presente momento não existe norma legal infra-constitucional autorizando ou disciplinando o procedimento ora preconizado, reclamando-se sua instrumentalização para que seja adotada. Afirmamos, porém, que nos parece não arranhar a Constituição esse procedimento que poderá vir a ser adotado, assim como o mesmo se nos afigura compatível com os princípios acolhidos pela Constituição da não absoluta inamovibilidade e da indivisibilidade institucional do órgão.

A independência funcional do membro do Ministério-Público, estaria preservada, pela possibilidade a ele necessariamente assegurada, de não atuar violando o seu convencimento pessoal, visto que sua recusa em adotar a diretriz recomendada, não caracteriza desobediência que possa autorizar a cominação ou aplicação de sanções de qualquer espécie.

Nas circunstâncias ora traçadas, afastado de atuar em um processo ou situação um membro do Ministério Público, será ele substituído pela forma ordinária de substituição. Arranhará a norma constitucional a alteração da ordem preestabelecida, visto que afastado um promotor ou procurador, ganhará, a condição de promotor ou procurador natural, legal ou competente, aquele que ordinariamente o substitui, seguindo-se a ordem sucessivamente. A atribuição para oficiar a qualquer membro do Ministério Público pelo Procurador-Geral, ou a atuação direta deste, só se justifica na ausência da norma legal que estabeleça essa ordem de substituição sucessiva.

Por fim, parece-nos oportuno acentuar que a regra geral instituída como princípio, é a independência funcional do membro do Ministério Público. A lei poderá estabelecer a possibilidade do

colegiado dispor sobre a adoção de diretriz a ser recomendada para o desempenho funcional, nos casos ou circunstâncias em que se mostrar conveniente a atuação uniforme. Entendo que só excepcionalmente enseja-se um tal procedimento, que necessariamente, fundamentar-se-á na defesa do interesse público, tomada a decisão através do quorum qualificado de dois terços. Só com essa configuração é possível adotar-se uma medida dessa natureza. Mas, então, uma vez adotada pelo colegiado, terá, inelutavelmente, caráter vinculativo, nota que caracteriza a norma jurídica como regra geral. Baixada a diretriz nos moldes aqui traçados, não pode o membro do Ministério Público contrariá-la. Pode, apenas, sem caracterizar desobediência, deixar de atuá-la, conforme acima explicitado. Não se justifica, em face da norma citada da Constituição (letra b, n. I, § 5º, do artigo 128) a supressão da vinculação, visto que a inamovibilidade não é absoluta, comportando limites, que parece-nos autorizar a ilação ora manifestada.

III - CONCLUSÃO

Eis, pois, a caracterização atual do Ministério Público, em face da introdução da garantia da inamovibilidade a nível constitucional, restando fulminada a hierarquia funcional, prevalecendo a administrativa e disciplinar.

A moldura traçada pela Constituição na espécie a nosso ver, é satisfatória, pois em sintonia com os reclamos sociais. Trata-se de novidade não correspondente a direito, mas sim a garantia, para que bem e suficientemente possa servir a instituição às finalidades que lhe são cometidas.

Mesmo sem corresponder a direito, a garantia impõe maior responsabilidade aos agentes integrantes da instituição e a esta como um todo, pois com sua estatuição, sem dúvida, a sociedade brasileira espera desempenho à altura das graves funções atribuídas.

REPORTAGEM JURÍDICA - O MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DA SOCIEDADE - AÇÃO CIVIL PÚBLICA – AÇÃO CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO

Da Redação

No cumprimento de sua missão constitucional de defensor da ordem jurídica, o Ministério Público do Trabalho, com os novos instrumentos jurídicos que a Carta Magna lhe ofertou, vai dando seus primeiros passos, materializando em ações concretas a defesa da sociedade e dos direitos sociais.

No campo das relações trabalhistas, o desrespeito aos direitos sociais constitucionalmente assegurados dá ao Ministério Público do Trabalho a legitimidade de instaurar inquérito civil e ajuizar ação civil pública, quando se tratar de interesses coletivos (legitimidade concorrente do sindicato) ou difusos (legitimação exclusiva do Ministério Público).

Vários têm sido os inquéritos civis instaurados, mormente pelas Procuradorias Regionais de São Paulo e do Rio de Janeiro, no sentido de apurar denúncias referentes à infringência dos direitos trabalhistas por parte de algumas empresas.

O título de informação e exemplo, a Revista pública neste número algumas das iniciativas da Procuradoria Regional da 18ª Região (Goiânia), consistentes no ajuizamento de ação civil pública contra empresa que demitiu empregados contemplados com horas extras em sentença judicial, mas que não se submetiam a acordo posterior reduzindo o deferido na decisão; também foi ajuizada ação cautelar de busca e apreensão de documentos, nos quais os empregados assinavam em branco recibo de quitação ao serem contratados.

No primeiro caso, a ação foi contestada e aguarda julgamento; no segundo, a busca e apreensão foi realizada, prestando a fornecer os elementos necessários ao ajuizamento da correspondente ação civil pública.

Transcrevemos, pois, as peças iniciais de ambos os processos, dando, dessa forma, notícia do que está sendo feito pelo Ministério Público do Trabalho, no campo da defesa dos direitos sociais indisponíveis.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz Presidente da Junta de Conciliação e Julgamento de Goiânia-GO.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, através da PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO - 18ª Região, com sede na Avenida Araguaia n. 886, Setor central, nesta cidade, vem, com base nos artigos 127, caput e 129, II, da Constituição Federal e artigo 1º, e 21 da Lei n. 7.347/85, com a redação que lhe deram os artigos 110 a 117 da Lei n. 8.078, de 11.09.90, propor a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

em face da TRANSURB - Empresa de Transporte Urbano do Estado de Goiás S/A, empresa pública, com sede na Rua Patriarca, n. 299 - Vila Regina, nesta cidade, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos:

DA LEGITIMIDADE ATIVA E DO CABIMENTO DA AÇÃO

Nos termos do artigo 129, § III, da Constituição Federal, o Ministério Público é legítimo para propor a Ação Civil Pública para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos.

A presente ação tem por objeto compelir a TRANSURB a observar a norma do artigo 37, caput, da Constituição Federal que exige do Administrador Público obediência aos princípios da legalidade e da moralidade, garantir aos empregados da TRANSURB o livre exercício do direito de ação e proteger a administração da Justiça do Trabalho.

É interesse da sociedade que o Administrador Público respeite as leis vigentes e cumpra os dispositivos constitucionais.

O livre exercício do direito de ação constitucionalmente garantido é direito que a coletividade também tem interesse em ver tutelado para garantia da boa administração da Justiça e, em consequência

pleno funcionamento do Poder Judiciário e preservação da democracia, para que nenhuma violação de direito individual seja excluído de sua apreciação.

O fato da medida beneficiar reflexamente os empregados da Ré que tiveram suas jornadas de trabalho alteradas não desnaturaliza o caráter difuso e coletivo dos bens jurídicos para os quais busca a proteção.

Portanto, o Ministério Público é legítimo e Ação Civil Pública é a via adequada.

DOS FATOS

Até 12.2.86 os empregados da TRANSURB, afetos a atividades administrativas, estavam submetidos a uma jornada de 8 (oito) horas diárias de trabalho. Em 13.2.86 essa jornada foi reduzida para 6 (seis) horas, situação que perdurou por mais de 01 (um) ano, incorporando-se definitivamente ao contrato individual de trabalho de cada um daqueles empregados.

Em 12.5.87 a TRANSURB, em total desrespeito ao art. 468 da CLT promoveu unilateralmente a alteração do contrato de trabalho dos empregados administrativos, submetendo-os a uma jornada de trabalho de 8 (oito) horas diárias.

Em decorrência do ato da TRANSURB, os empregados prejudicados ingressam na Justiça do Trabalho pleiteando o pagamento de 2 (duas) horas extras diárias, correspondentes ao aumento ilegal da jornada, obtendo total êxito, tanto na 1ª como na 2ª Instância.

Em represália a TRANSURB, passou a coagir os empregados que ganharam as horas extras na Justiça do Trabalho a desistirem de seus direitos, ameaçando de demissão quem não aceitasse o acordo por ela proposto: 10% (dez por cento) do valor apurado na reclamação, parcelado em 6 (seis) prestações mensais sem juros ou correção monetária, e estabilidade de 1 (um) ano no emprego.

O que era ameaça tornou-se realidade e a TRANSURB demitiu todos os empregados que se recusaram a renunciar a seus direitos, conforme demonstram as provas acostadas à presente.

DO DIREITO

Sem adentrar no mérito do acordo proposto para discutir suas vantagens ou desvantagens, ressalta-se que a gravidade dos fatos está nos métodos utilizados pela TRANSURB para resolver os embates judiciais com seus empregados.

É ilícito, imoral e deplorável que o Administrador Público - a TRANSURB é uma empresa pública integrante da Administração Indireta do Estado de Goiás - use o seu poder de mando e disciplinar para impedir que seus empregados busquem na Justiça do Trabalho a reparação dos seus direitos por ela violados.

A TRANSURB age ilicitamente duas vezes: Primeiro, alterando unilateralmente os Contratos de Trabalho de seus empregados e causando-lhes prejuízos. Segundo, usando o poder de demitir para coagi-los a renunciarem a reparação dos direitos violados.

É certo que a TRANSURB pode demitir os seus empregados imotivadamente sempre que julgar conveniente e oportuno, pois a dispensa do empregado celetista, sem estabilidade, é um ato discricionário, afeto ao poder de mando do empregador.

Porém não existe ato administrativo totalmente discricionário. Conforme ensina o ilustre Membro do Ministério Público do Rio de Janeiro e Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Sérgio de Andréia Ferreira "A competência, a finalidade e a existência dos motivos são sempre vinculados: é a norma jurídica que sempre estabelece qual o órgão competente para atuar, e qual o interesse público e social cuja consecução deverá ser obtida no exercício da competência. Por outro lado, como é claro, o administrador não pode invocar motivos falsos ou juridicamente relevantes". (In Direito Administrativo Didático, 3ª edição rev. e atual RJ: Ed. Forense, 1985, pág. 102). (Grifo de agora).

A TRANSURB não estava obrigada a motivar as demissões, mas a partir do momento que abriu mão da prerrogativa e veio a público dizer que agia em represália ao ajuizamento das reclamações trabalhistas para cobrança das horas extras, conforme o fez em entrevista concedida a TV Serra Dourada, veiculada no TJ Goiás de 19/Jun/91, as demissões ficaram vinculadas à motivação declinada pela empresa.

Além da motivação lícita, um outro elemento, faltante ao ato administrativo praticado pela TRANSURB é o interesse público ou social (finalidade), essencial para sua validade.

Conforma ensina o douto Sérgio de Andréia Ferreira, "O elemento finalidade, tal como ocorre com os motivos, tem no Direito Público, uma importância jurídica desconhecida no Direito Privado, o que se compreende, porquanto o seu controle é fundamental com garantia da legalidade da atividade administrativa. A competência que a lei confere à Administração Pública, para emitir declarações de

vontade determinadas, não é um cheque em branco. Ela o faz visando sempre, à satisfação de um determinado fim de interesse público ou social..." (págs. 98/99 da obra já citada).

Reza a Constituição Federal, art. 37, caput, que a administração pública direta, indireta, ou fundacional de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios da legalidade moralidade dentre outros, e o ato perpetrado pela TRANSURB é ilegal, por motivação torpe e desvio de finalidade, é também fere o senso moral da coletividade, além de constituir evidente coação no curso do processo e extorsão, subsumindo-se nos tipos previsto no artigo 158 e 344 do Código Penal.

Mesmo que se argumente no sentido de que a demissão sem justa causa era um direito potestativo da TRANSURB e portanto a ameaça era de exercício normal de um direito, o que a lei não considera coação (art. 100 do Código Civil) nem assim poder-se-ia aceitar a sua conduta.

Conforme ensina o festejado mestre Sílvio Rodrigues, In Direito Civil-SP: Saraiva-1979, págs. 201/202.

``Configura-se, contudo, a coação quando, embora a ameaça seja da prática de um ato lícito, o resultado que se quer extorquir é injusto. Assim, por exemplo, o credor ameaça proceder à execução da hipoteca contra sua devedora para força-la a desposá-lo; um contratante ameaça apresentar queixa-crime contra o outro (por delito efetivamente praticado) para, sem lhe haver pago a dívida, obter quitação. Nos dois casos, o ato ameaçado é lícito, pois o credor pode executar sua hipoteca e qualquer um pode denunciar à Justiça um criminoso; mas, em ambas as hipóteses, o fim colimado pelo coator é contra o direito, pois a lei, querendo preservar a liberdade dos contratantes, permite se invalida o casamento se a anuência de um dos nubentes proceder de ameaça, e dá ação ao coagido para anular a quitação que foi extorquida através de violência. Portanto, a injustiça pode se encontrar tanto na iliceidade da ameaça como na iliceidade do fim almejado.

Tal entendimento decorre da própria lei, pois o art. 100 do Código Civil emprega o adjetivo normal, que restringe a extensão do substantivo exercício (do direito). De sorte que a coação aparece não só quando o ato coator se divorcia do direito, como também quando sua atitude, ainda que jurídica, corresponde ao exercício anormal, ou irregular, ou abusiva de um direito.

É unânime a doutrina ao admitir como injustas estas duas espécies de atos. São repelidas não só as ameaças praticadas contra direito, como também as praticadas com abuso de direito. Quer tenha o agente recorrido a um meio ilegal, quer tenha recorrido a um meio legal para alcançar um resultado ilegal, em ambas as hipóteses se caracteriza a coação." (Grifo de agora).

No caso em exame poder-se-ia até aceitar, ad argumentandum, a licitude do meio (demissão sem justa causa), todavia, não há como deixar de reconhecer a ilicitude do fim almejado: coagir os empregados a renunciarem aos direitos conquistados na Justiça do Trabalho.

A conciliação entre as partes é o objetivo primeiro da Justiça do Trabalho, porém ela não pode ser alcançada através de meios excusos.

DO PEDIDO

I - Com base no artigo 12 da Lei n. 7.347/85, requer LIMINARMENTE, o inaudita altera pars:

a) A imediata reintegração dos empregados com todas as conseqüências, que não aceitaram o acordo proposto pela TRANSURB e em razão disto foram demitidos, relação anexa.

b) Concessão de estabilidade provisória a todos empregados da TRANSURB que lhe movem reclamação trabalhista pleiteando o pagamento das horas extras suso referidas, enquanto perdurar a lide.

O fumus boni juris e o periculum in mora justificadores da concessão da liminar estão presentes, aquele dada a manifesta ilicitude dos atos praticados pela TRANSURB e este em razão dos prejuízos causados à administração da Justiça e aos empregados demitidos ou sujeitos à demissão.

II - Requer ainda:

a) a citação da Ré para, querendo, contestar a presente ação no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de revelia;

b) a procedência do pedido a fim de que seja declarada a nulidade das dispensas dos empregados constantes da relação anexa e de outros demitidos como represália pela não aceitação do acordo proposto pela TRANSURB, que se habilitarem no curso da Ação, condenando-se ainda a Reclamada a proceder a reintegração dos mesmos aos respectivos empregos, com todas as conseqüências legais, que deverão gozar de estabilidade provisória enquanto durarem as reclamações trabalhistas para cobrança das horas extras decorrentes do aumento ilegal da jornada de trabalho de 6 (seis) para 8(oito) horas diárias.

Ressalta-se que o trâmite da presente Ação Civil Pública deverá observar o disposto no artigo 90 da Lei n. 8.078, de 11.09.90.

Protesta pela produção de todas as provas permitidas em direito, requerendo desde já o depoimento do Diretor Presidente da Ré, Sr. Paulo César Reis, sob pena de confissão, e expedição de Ofício à TV Serra Dourada, requisitando a fita do TJ Goiás do dia 19.06.91.

Dá à causa o valor de Cr\$ 1.000.000,00

P deferimento.

Goiânia, 6 de agosto de 1991

EDSON BRAZ DA SILVA
Procurador Regional do Trabalho

AÇÃO CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO

Exmo Sr. Dr. Juiz Presidente da 5ª Junta de Conciliação e Julgamento de Goiânia-GO.

O Ministério Público do Trabalho, através da Procuradoria Regional do Trabalho da 18ª Região, sediada na Avenida Araguaia n. 886, Setor Central - Goiânia.GO, CEP: 74.030, onde recebe intimações dos atos processuais, vem propor a presente

AÇÃO CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO em face do **ESCRITÓRIO F & G CONTABILIDADE**, sito na Rua 87 n. 4.925, em frente à Galeria Sul, no setor Sul, nesta Capital, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos:

1) Em razão da representação do Sindicato dos Empregados no Comércio Hoteleiro e Similares no Estado de Goiás, denunciando que a empresa QUARUP BAR, sediada na Av. T-8, esquina com T-28, Setor Bueno, nesta Capital, exigiu para a admissão dos seus empregados Carlito Pedro da Silva, Arildo Alves Ribeiro, Enéas João dos Santos, Isaías Norberto Santos Neves, Leopoldino Pereira Neto, Antonio Milton Vicença, Antônio Petrônio da Rocha e Israel José da Silva e assinatura antecipada de formulários em branco de aviso de férias, recibos de pagamento e salários, recibos de pagamento de 13º salário, rescisões de contrato de trabalho e aviso prévio, dentre outros, foi instaurado nesta Procuradoria Regional do Trabalho o competente Inquérito Civil público para apuração dos fatos.

2) Segundo o Sindicato denunciante, os referidos documentos assinados em branco, essenciais para instauração do Inquérito Civil Público, estariam na posse e guarda do Escritório F & G Contabilidade, que certamente não os exibirá voluntariamente e provavelmente lhes dará sumiço caso tenha ciência das providências adotadas pelo Ministério Público do Trabalho.

3) Ressalta-se que a única maneira segura de acesso aos documentos seria a ordem judicial de busca e apreensão, vez que a Constituição Federal não mais permite este tipo de diligência sem a chancela do Poder Judiciário.

Face ao exposto requer o Ministério Público do Trabalho, inaldita altera pars, a concessão de liminar de busca e apreensão de todos os documentos assinados em branco pelos empregados da empresa QUARUP BAR que forem encontrados em poder do Escritório F & G Contabilidade, que deverão ser entregues ao Requerente para Instrução do Inquérito Civil Público instaurado contra QUARUP BAR.

A concessão da liminar inaudita altera pars tem como justificativa o fato de que, se citado, o réu poderá tornar ineficaz a medida - art. 804 do CPC.

Requer ainda, a citação do réu para contestar o pedido no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de revelia, que deverá ao final ser julgado procedente, tornando-se definitiva a medida pleiteada.

Protesta pela produção de todas as provas permitidas em direito, requerendo desde já o depoimento das testemunhas abaixo arroladas, que também servirão para eventual justificação prévia de concessão de liminar.

Dá a causa o valor de Cr\$ 100.000,00 (cem mil cruzeiros) para efeito de alçada.

P. deferimento.

Goiânia, 13 de dezembro de 1991.

EDSON BRAZ DA SILVA
Procurador Regional do Trabalho.

EVENTOS

Da Redação

1) ELEIÇÃO PARA PROCURADOR GERAL

Decidindo o Dr. Procurador-Geral da República nomear o Procurador-Geral do Ministério Público do Trabalho, mas precedendo o ato de uma consulta à classe todavia, realizou-se a 11 de dezembro último o processo seletivo de escolha em lista sêxtupla dos colegas que se inscreveram, tendo-se o seguinte resultado final, em lista tríplice:

Dr. João Pedro Ferraz dos Passos, 122 votos;
Dr. Vicente Vanderlei Nogueira de Brito, 106 votos e
Dr. Jonhson Meira Santos, 88 votos.

Logo após a consulta, o Dr. Aristides Junqueira Alvarenga designou o Dr. João Pedro Ferraz dos Passos para exercer as funções de Procurador-Geral, tornando-se, portanto, agora, o primeiro titular do nosso Ministério Público a receber tão honrosa Chefia, por vontade manifesta da classe. O ato respectivo foi publicado no DOU de 18.12.91.

2) III ENCONTRO NACIONAL DE PROCURADORES DO TRABALHO

Promovido pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho, realizou-se o III Encontro com colegas de todo o País no Club Mediterranée, em Rio das Pedras (RJ), onde durante dois dias foram examinados e debatidos temas de interesse geral para o Ministério Público do Trabalho.

Os temas debatidos e votados com aprovação da maioria para implemento através da ANPT são os que seguem:

- 1 - Comissão junto ao Senado para acompanhar e apressar votação da Lei Orgânica;
- 2 - Celeridade dos processos nas Regionais pela agilização burocrática de tramitação;
- 3 - Compromisso do MPT junto aos meios de divulgação para esclarecer opinião pública de sua finalidade e atuação nos casos a ela cometidos.
- 4 - Estabelecer quadro de carreira com promoção no âmbito das regionais - Ex: 1ª categoria pode ficar na Regional.
- 5 - Aprofundar estudos no sentido do MPT participar ativamente nos assuntos relativos ao entendimento nacional.
- 6 - Criação de fórum de estudos e discussões sobre o MPT.

Um dos temas em foco foi o da consulta à classe para a escolha do Chefe do Ministério Público, idéia logo encampada pelo Dr. Aristides Junqueira Alvarenga.

3) O MPT NA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

Representando o Ministério Público do Trabalho junto à 78ª Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra, Suíça, o Dr. Jeferson Luiz Pereira Coelho Integrando a Delegação Brasileira produziu alentado relatório de atividades desenvolvidas naquele importante fórum da Organização das Nações Unidas.

Nas observações que apresentou ao Procurador-Geral, o Dr. Jeferson Luiz Pereira Coelho já indicou sugestões importantes para um melhor aproveitamento da atuação da Delegação Brasileira nos próximos eventos, com vistas, inclusive, à 79ª Conferência, a realizar-se em julho de 1992, cuja agenda é a seguinte:

Assuntos inscritos de ofício:

- Informações do Conselho de Administração e relatório do Diretor-Geral.
- Proposta de programa orçamentário, envolvendo outras questões financeiras.
- Informações e relatórios sobre a aplicação de Convênios e Recomendações.

Assuntos inscritos pelo Conselho de Administração:

- Proteção dos créditos dos trabalhadores nos casos de insolvência do empregador. (Segunda discussão).

- Prevenção de acidentes em instalações industriais (sistema de proteção contra riscos de acidentes graves). (Primeira discussão).

- Adequação e desenvolvimento dos recursos humanos (Discussão geral).

O relatório do representante do Ministério Público do Trabalho foi encaminhado também ao titular do Ministério do Trabalho e Previdência Social, merecendo de S. Exa. elogiosas referências pela atuação daquele Subprocurador-Geral, em mensagem encaminhada ao Procurador-Geral do Trabalho.

4) POSSE DOS NOVOS PROCURADORES DO TRABALHO

Pouco antes de se iniciar o recesso forense, tivemos a alegria de assistir à cerimônia de posse dos novos Procuradores do Trabalho, realizada no dia 17 de dezembro na ESAF (Escola de Administração Fazendária). Foi um momento de grandeza do Ministério Público do Trabalho, ressaltando a importância de sua missão constitucional, pois pela primeira vez tivemos uma posse solene e conjunta, realizada em Brasília, contando com a presença do Procurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga, que destacou a importância do exercício das virtudes humanas pelo procurador, em seu serviço em defesa da sociedade; do Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, Min. Guimarães Falcão, que enalteceu o atuante papel que a Procuradoria do Trabalho tem desempenhado na solução dos conflitos coletivos do trabalho; e de vários outros Ministros do TST, colegas procuradores e advogados.

Foram instantes marcantes, quer pela importância da ocasião, quer pelas palavras registradas nos vários pronunciamentos: do Dr. Jeferson Coelho, Procurador-Geral da Justiça do Trabalho; do Dr. Luiz Flores, Presidente da Associação do Ministério Público do Trabalho; do Dr. Evandro Ramos Lourenço, primeiro colocado no concurso; e do Dr. João Pedro Passos, designado nesse mesmo dia, como nos comunicou na ocasião, como novo Procurador-Geral do Trabalho.

A posse foi seguida de coquetel, oferecido pela ANPT e, principalmente, por um estágio que os novos procuradores fizeram, no sentido de melhor inteirar-se das funções que passavam a exercer a partir desse momento.

Foi uma experiência muito boa a do estágio concentrado, com os procuradores hospedados na ESAF, pois além das palestras a que assistiram, foi possível um conagraçamento entre os participantes, fundamental para a união do órgão.

O estágio concentrado realizou-se no dia 18 de dezembro, com as seguintes palestras práticas:

Manhã:

- 1) Missão Institucional do MPT - Drs. Jeferson Luiz Pereira Coelho e João Pedro Ferraz dos Passos.
- 2) Postura Ética do Procurador - Dr. Armando de Brito.
- 3) Aspectos Práticos da atuação do Procurador - Dr. Ives Gandra Martins Filho.

Tarde:

- 4) Organização Administrativa do MPT - Dr. Afonso Henrique Luderitz de Medeiros.
- 5) Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho - Dr. Luiz da Silva Flores.
- 6) A Comissão de Estágio Probatório do MPT - Dra. Eliana Traverso Calegari.

O rendimento do estágio foi esplêndido, com franco aproveitamento, sugestões por parte dos procuradores estagiandos, e aprofundamento no sentido institucional do novo cargo ocupado. Participaram desse estágio inicial, os seguintes procuradores empossados, a quem sinceramente parabenizamos pelo sucesso alcançado no concurso:

- 01 - EVANDRO RAMOS LOURENÇO
- 02 - ITACIR LUCHTEMBERG
- 03 - RICARDO TADEU MARQUES DA FONSECA
- 04 - PEDRO BRAGA FILHO
- 05 - ENÉAS BAZO TORRES
- 06 - ANDRÉA ISA RÍPOLI
- 07 - EDSON AFFONSO GUIMARÃES
- 08 - MÁRCIA RAPHANELLI DE BRITO
- 09 - LEONARDO ABAGGE FILHO
- 10 - JÚNIA SOARES NÁDER
- 11 - REINALDO JOSÉ PERUZZO JÚNIOR
- 12 - RAIMUNDO SIMÃO DE MELO
- 13 - ELIANE ARAQUE DE OLIVEIRA MANSUR
- 14 - SANDRA LIA SIMON
- 15 - ADÉLIA MARIA BITTENCOURT MARELIN
- 16 - MARIA DE LOURDES QUEIROZ
- 17 - VIVIANE COLUCCI

- 18 - EVANY DE OLIVEIRA SELVA
- 19 - MARÍLIA ROMANO
- 20 - JÚNIA CASTELAR SAVAGET
- 21 - APARECIDO SÉRGIO BISTAFA
- 22 - ANTÔNIO LUIZ TEIXEIRA MENDES
- 23 - AÍDA GLANZ
- 24 - FERNANDO QUADROS DA SILVA
- 25 - ZÉLIA MARIA CARDOSO MONTAL
- 26 - EVANNA SOARES
- 27 - LEVI SCATOLIN
- 28 - NELI ANDONINI
- 29 - MARISA TIEMANN
- 30 - MARISA REGINA MURAD LEGASPE BARBOSA
- 31 - ELIZABETH LEITE VACCARO
- 32 - SÔNIA MARIA OLIVEIRA PRINCE RODRIGUES FRANZINI
- 33 - ADRIANE REIS DE ARAÚJO
- 34 - ADRIANA BIZARRO
- 35 - SÔNIA COSTA MOTA DE TOLEDO PINTO
- 36 - VICTOR HUGO LAITANO
- 37 - MYRIAN MAGDA LEAL GODINHO
- 38 - MÁRCIA DE CASTRO GUIMARÃES

5) ARMANDO DE BRITO, INDICADO PARA O TST

No momento em que fechávamos a edição deste 3º número de nossa revista, tivemos a grata notícia de que o Coordenador da Comissão Editorial da Revista, Dr. Armando de Brito, havia sido escolhido pelo Presidente Collor para compor, na qualidade de Ministro togado, na vaga correspondente ao Ministério Público, o Tribunal Superior do Trabalho. O Dr. Armando, que encabeçou a lista sêxtupla feita pela Procuradoria do Trabalho e também a lista tríplice elaborada pelo TST, foi, mercedamente, indicado ao Senado Federal para o nobre cargo de Ministro daquele sodalício, como fruto de seu incansável esforço diário no deslinde das controvérsias trabalhistas, numa experiência de mais de 30 anos que levará na bagagem para a nova função pública que passará a exercer.

ÍNDICE REMISSIVO - ANO I

Autores

- Adomeit, Klaus - Cinqüentenário da Justiça do Trabalho - O Direito do Trabalho na Alemanha Reunificada (n. 2, pág. 123)
- Alves, José Carlos Moreira - Duas Questões sobre competência da Justiça Trabalhista (n. 2, pág. 17)
- Andrada, José Bonifácio Borges de - A Fundação de Sindicato e a Constituição de 1988 (n. 2, pág. 21)
- Andrade, Everaldo Gaspar Lopes de - Execução Contra a Fazenda Pública - Créditos de Natureza Alimentícia (n. 2, pág. 109)
- Basso, Guilherme Mastrichi - O Significado da Proteção ao Mercado de Trabalho da Mulher e as Medidas Antidiscriminatórias; A Designação da proteção devida ao Menor e ao Jovem; o Sentido do Trabalho Penoso; Conclusões; Recomendações (n. 2, pág. 82)
- Brito, Armando de - Afirmação Constitucional do Ministério Público (n. 1, pág. 11)
- O STF define rumos para a Lei Complementar do Ministério Público da União (n. 2, pág. 13)
- Brito, Márcia Raphanelli de - As Novas Fronteiras Constitucionais para o Exercício do Poder Normativo Conferido à Justiça do Trabalho (n. 2, pág. 61)
- Catharino, José Martins - Mandado de Injunção (n. 1, pág. 43)
- Cimenti, Jaime - Jus Postulandi e Honorários de Advogados na Justiça do Trabalho diante da CF/88 (n. 1, pág. 74)
- Costa, Orlando Teixeira da - Responsabilidade do Sindicato e do Trabalhador na Greve declarada abusiva (n. 1, pág. 55)
- Falcão, Luiz José Guimarães - O Dissídio Coletivo de Trabalho. A solução jurisdicional pelos Tribunais. Greve nas Atividades Essenciais (n. 2, pág. 52)
- Gugel, Maria Aparecida - A Substituição Processual no Direito do Trabalho (n. 2, pág. 104)
- Lamarca, Erick - Legitimação Ativa do Ministério Público para Instaurar a Instância (n. 2, pág. 134)
- Lopes, Otávio Brito - O Poder Normativo da Justiça do Trabalho Face à Nova CF (n. 1, pág. 26)
- Martins, Ives Gandra da Silva - Fundamentos do devido processo Legal e da Responsabilidade Administrativa na Constituição (n. 2, pág. 24)
- Martins Filho, Ives Gandra da Silva - O Direito Natural (n. 1, pág. 13). O Poder Discricionário do Juiz (n. 2, pág. 32)
- Nassar, Rosita Sidrim - Reflexões sobre os Fundamentos do Direito do Trabalho (n. 2, pág. 78)
- Parmeggiane, Eduardo Antunes - Intervenção de Terceiros no Processo do Trabalho (n. 2, pág. 96)
- Pimentel, Ruy Mendes - Contrato Individual de Trabalho. Nulidade (n. 2, pág. 138)
- Prates, Therezinha Matilde Licks - Inadmissibilidade do Dissídio Coletivo contra pessoas Jurídicas de Direito Público - Greve Abusiva (n. 1, pág. 50). Juiz do Trabalho depois do Trabalho (n. 2, pág. 49)
- Ribas Neto, Pretextato Taborda - A Prescrição e as Prestações de Trato Sucessivo (n. 1, pág. 38)
- Ribeiro, Lélia Guimarães C. - O Contrato de Trabalho em atividade Ilícita (n. 1, pág. 59)
- Responsabilidade Civil do Sindicato pelo Abuso do Direito de Greve (n. 2, pág. 127)
- Silva Júnior, Nelson Soares da - Ação rescisória e o Enunciado n. 298 (n. 1, pág. 30)

Souza, Alice Cavalcanti de - Ergonomia (n. 1, pág. 69)
Süssekind, Arnaldo Lopes - Greve: Conceito, Sujeito e Objeto (n. 1, pág. 64)
Vasconcelos, José Luiz - A Crise da Execução na Justiça do Trabalho (n. 2, pág. 75)

MATÉRIAS:

Ação Rescisória - Nelson Soares da Silva Júnior (n. 1, pág. 30)
Atividade Ilícita - Lélia Guimarães C. Ribeiro (n. 1, pág. 59)
Competência da Justiça do Trabalho - José Carlos Moreira Alves (n. 2, pág. 17)
Contrato de Trabalho - Lélia Guimarães C. Ribeiro (n. 1, pág. 59)
Ruy Mendes Pimentel (n. 2, pág. 138)
Direito Natural - Ives Gandra da Silva Martins Filho (n. 1, pág. 13)
Direito do Trabalho - Rosita Sidrim Nassar (n. 2, pág. 78)
Direito do Trabalho - Klaus Adomeit (n. 2, pág. 123)
Dissídio Coletivo - Terezinha Matilde Licks Prates (n. 1, pág. 50)
Dissídio Coletivo - Luiz José Guimarães Falcão (n. 2, pág. 52)
Dissídio Coletivo - Erick Lamarca (n. 2 pág. 134)
Ergonomia - Alice Cavalcanti de Souza (n. 1, pág. 69)
Execução - José Luiz Vasconcelos (n. 2, pág. 75)
Execução - Everaldo Gaspar Lopes de Andrade (n. 2, pág. 109)
Greve - Terezinha Matilde Licks Prates (n. 1, pág. 50)
Greve - Orlando Teixeira da Costa (n. 1, pág. 55)
Greve - Arnaldo Lopes Süssekind (n. 1, pág. 64)
Greve - Luiz José Guimarães Falcão (n. 2, pág. 52)
Greve - Lélia Guimarães C. Ribeiro (n. 2, pág. 127)
Honorários Advocatícios - Jaime Cimenti (n. 1, pág. 74)
Intervenção de Terceiros - Eduardo Antunes Parmeggiani (n. 2, pág. 96)
Juiz - Ives Gandra da Silva Martins Filho (n. 2, pág. 32)
Juiz - Terezinha Matilde Licks Prates (n. 2, pág. 49)
"Jus Postulandi" - Jaime Cimenti (n. 1, pág. 74)
Mandado de Injunção - José Martins Catharino (n. 1, 43)
Mandado de Injunção - Ives Gandra da Silva Martins Filho (n. 2, pág. 32)
Menor - Guilherme Mastrichi Basso (n. 2, pág. 82)
Ministério Público - Armando de Brito (n. 1, pág. 11 e n. 2, pág 13)
Ministério Público - Erick Lamarca (n. 2, pág. 134)
Mulher - Guilherme Mastrichi Basso (n. 2, pág. 82)
Poder Discricionário - Ives Gandra da Silva Martins Filho (n. 2, pág. 32)
Poder Normativo - Otávio Brito Lopes (n. 1, pág. 26)
Poder Normativo - Ives Gandra da Silva Martins Filho (n. 2, pág. 32)

Poder Normativo - Márcia Raphanelli de Brito (n. 2, pág. 61)
Prescrição - Pretextatto Tabora Ribas Neto (n. 1, pág. 38)
Processo - Ives Gandra da Silva Martins (n. 2, pág. 24)
Responsabilidade Administrativa - Ives Gandra da Silva Martins (n. 2, pág. 24)
Sindicato - Orlando Teixeira da Costa (n. 1, pág. 55)
Sindicato - José Bonifácio Borges de Andrada (n. 2, pág. 21)
Sindicato - Lélia Guimarães C. Ribeiro (n. 2, pág. 127)
Substituição Processual - Maria Aparecida Gugel (n. 2, pág. 104)