Carlos Francisco Berardo

**A era dos Direitos Sociais: lineamentos históricos, filosóficos e jurídicos
dos Direitos Humanos Fundamentais: relação com o Direito do Trabalho:
aplicação, pela jurisprudência**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Doutor Ari Possidônio Beltran

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo
2012

Carlos Francisco Berardo

**A era dos Direitos Sociais: lineamentos históricos, filosóficos e jurídicos
dos Direitos Humanos Fundamentais: relação com o Direito do Trabalho:
aplicação, pela jurisprudência**

Tese apresentada à Banca Examinadora da
Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo como requisito parcial para a
obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Direito do Trabalho

Orientador: Professor Doutor Ari
Possidônio Beltran

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo
2012

FICHA CATALOGRÁFICA

- B483 Berardo, Carlos Francisco.
A era dos direitos sociais : lineamentos históricos, filosóficos e jurídicos dos direitos humanos fundamentais : relação com o direito do trabalho : aplicação, pela jurisprudência / Carlos Francisco Berardo ; orientador Ari Possidônio Beltran. -- São Paulo, 2012.
341 p.
- Tese (Doutorado) -- Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Departamento de Direito do Trabalho. Área de concentração: Direito do Trabalho.
1. Direitos humanos. 2. Direito do trabalho. 3. Competência (Justiça do Trabalho). I. Beltran, Ari Possidônio, orient. II. Título.

Nome: BERARDO, Carlos Francisco.

Título: A era dos Direitos Sociais: lineamentos históricos, filosóficos e jurídicos dos Direitos Humanos Fundamentais: relação com o Direito do Trabalho: aplicação, pela jurisprudência.

Tese apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Aprovado em:

_____/_____/_____

Banca Examinadora:

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Ao Professor Ari Possidônio Beltran

Para

Miriam Nazaré
Maria Lúcia
José Francisco
José Carlos

RESUMO

BERARDO, Carlos Francisco. **A era dos Direitos Sociais**: lineamentos históricos, filosóficos e jurídicos dos Direitos Humanos Fundamentais: relação com o Direito do Trabalho: aplicação, pela jurisprudência. 2012. 341 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

O objetivo essencial da tese é o exame específico dos Direitos Humanos Fundamentais e dos princípios respectivos, sobretudo aqueles relativos à dignidade da pessoa humana e ao valor social do trabalho, bem como da relação destes com o Direito do Trabalho e com o Direito Processual do Trabalho. A oportunidade (ou necessidade) para este estudo resultou da constante referência, nas petições, nos debates e nas decisões dos Juízes e Tribunais do Trabalho, aos Direitos Humanos Fundamentais, assim como ao princípio da dignidade da pessoa humana — o mais importante na menção aos Direitos Humanos e, também, consagrado pela (e na) Constituição Federal. Trata-se de projeção de tais preocupações da vivência diária, como juiz, sobretudo depois da ampliação da competência da Justiça do Trabalho, decorrente da Emenda Constitucional n. 45, de 2004. Daí resultou a verificação da efetividade e eficácia da inclusão dos Direitos Humanos no Direito positivo. Há estudo da terminologia. Passou-se ao estudo das diversas concepções, segundo as variadas correntes doutrinárias. Entendeu-se indispensável a leitura da sua evolução, na história, na filosofia, na teologia, e da sua inclusão no Direito positivo. Adotou-se como marco, neste último, a Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, percorrendo-se a história dos diversos artigos, relacionados especificamente às liberdades fundamentais, diante da conjuntura social então vigente. Também foram trazidos elementos históricos para o estudo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 20 de dezembro de 1948, da Organização das Nações Unidas. Verificou-se a relação entre o Direito do Trabalho e os Direitos Humanos Fundamentais. Como projeção da personalidade do trabalhador, a essência do Direito do Trabalho é apenas uma das vertentes dos Direitos Humanos — senão os próprios Direitos Humanos, já que a identificação é ampla. Foram examinadas as diversas escolas do Direito Natural, desde a Grécia, através de Roma, da Idade Média e do período pré-moderno, na Patrística e na Escolástica, até o Direito Natural nos termos estabelecidos pelo que se convencionou chamar de Iluminismo. Num dos capítulos, especificamente, foram considerados os Direitos Humanos como direitos universais. O conceito foi adotado no sentido de que a dignidade está ligada ao fato de existir e não à mera capacidade biológica, psicológica ou a qualquer outra avaliação social. Está baseada na ética ontológica, de natureza universal. Logo, não é fundada em mera ética dos direitos ou da utilidade, sujeita a valorações externas, de natureza social. A realidade do ser humano é que ele é possuidor de plena qualificação antropológica e ética. O ser humano traz impressos em si a própria dignidade e o próprio valor. Há nexo intrínseco entre a dimensão ontológica e o valor específico de cada ser humano. A objeção de consciência como irradiação do princípio da dignidade da pessoa humana completa o estudo. Daí também considerar-se que os Direitos Humanos são inerentes à personalidade do trabalhador. No último capítulo, cuidou-se de especificar a evolução da jurisprudência relativa ao essencial direito de acesso à Justiça. Também foram referidos os direitos da mulher trabalhadora, especialmente a garantia de emprego, ou estabilidade, da gestante, bem como os direitos dos trabalhadores infectados pelo vírus HIV ou portadores de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito.

Palavras-chave: Direitos Sociais. Direitos Humanos Fundamentais. Direito do Trabalho.

ABSTRACT

BERARDO, Carlos Francisco. **The era of Social Rights**: historical, philosophical and legal lineaments of Fundamental Human Rights: relationship with the Labour Law: imposition by case law. 2012. 341 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

The main goal of this thesis is the specific assessment of the Fundamental Human Rights and its respective principles, especially those related to human dignity and the social value of work, as well as the relationship among those with Labor Law and Procedural Labor Law. The opportunity (or need) for this work resulted from the constant presence, in applications, discussions and Court decisions, of references to Fundamental Human Rights and to the principle of human dignity — the most important amongst Human Rights and also set forth by (and in) the Federal Constitution. This is a result from the author's daily experience as a judge, especially after the broadening of the powers of the Labor Courts following Constitutional Amendment n. 45/2004, and therefore the concerns with the efficiency and the effectiveness of the inclusion of Human Rights in Positive Law. The author reviews the assessment of the terminology, with the review of different notions, on the basis of the various theoretical tendencies. The author took as indispensable to review the evolution of the concept in History, Philosophy and Theology and its inclusion in Positive Law. In the latter, as a landmark stands the 1789 Declaration of Human Rights, from which the author walks through the history of the different provisions regarding fundamental civil liberties, in view of the social circumstances at the time. Historical elements were also brought to the study of The Universal Declaration of Human Rights, from December 10, 1948, issued by the United Nations Organization. The author assesses the relationship between Labor Law and the Fundamental Human Rights. As a projection of the personality of the worker, the essence of Labor Law is just one of the perspectives of the Human Rights — if not the Human Rights themselves, as the identification among them is extensive. The author reviews the different schools of Natural Law, since Greece, through Rome, the Middle Ages and pre-modern period, in Patristic and Scholastic, until the Natural Law as defined by what came to be known as the Age of Enlightenment. In one chapter, more specifically, Human Rights were considered as Universal Rights. The concept was adopted in the meaning that dignity is linked to the existence and not to the mere biological or psychological ability, nor to any other social evaluation. It is based in the ontological ethics, of a universal nature. Therefore, it is not based in the mere ethics of rights or utility, subject to external valuations, of a social nature. The human being reality is that he or she is the owner of full anthropological and ethical qualification. The human being has imprinted in him or herself its own dignity and value. There is an intrinsic bond between the ontological dimension and the specific value of every human being. Conscientious objection as the irradiation of the human dignity principle completes the study. Therefore the author also considers that the Human Rights are inherent to the worker's personality. In the last chapter, the author specifies the evolution of the case law regarding the essential right of access to Justice. Also reviewed are the rights of working women, such as, especially, work assurance, or stability, of pregnant women; HIV-infected workers or bearers of other serious illness leading to stigmas or prejudice.

Keywords: Social Rights. Fundamental Human Rights. Labour Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 CONCEITUAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	14
1.1 Introdução	14
1.1.1 Exame da terminologia	14
1.1.2 Direitos Fundamentais: origem.....	14
1.1.3 Direitos Humanos: escolas de pensamento.....	15
1.1.4 Direitos Humanos: positivismo	16
1.1.5 Direitos Humanos: várias definições	18
1.1.6 Direitos Humanos: as diversas dimensões.....	22
1.1.7 Direitos Humanos básicos	24
1.1.8 Direitos Humanos: características básicas	26
1.2 Direitos Humanos como direitos universais	27
1.2.1 Aspectos históricos: inclusão em tratados e convenções internacionais. Soberania dos Estados: relativização. Atuação dos Órgãos Internacionais.....	27
1.2.2 Fundamentos filosóficos, sociais e religiosos.....	32
1.3 Direito do Trabalho como expressão dos Direitos Humanos	40
2 O DIREITO NATURAL	55
2.1 Introdução	55
2.1.1 O Direito Natural na Grécia.....	55
2.1.2 O Direito Natural na Idade Média	57
2.1.3 Direito Natural: as várias concepções na atualidade	61
2.2 O Direito Natural na Patrística e na Escolástica	65
2.2.1 Definição do tema; autores	65
2.2.2 Direito Natural: concepção dos autores mencionados	69
2.2.3 Bem comum: o significado	73
2.2.4 Direito Natural: a relevância do princípio da dignidade da pessoa humana.....	75
2.3 O positivismo jurídico e o Direito Natural	79
2.3.1 Os precedentes históricos.....	79
2.3.2 Direito Natural: a modernidade e o período precedente	82
2.3.3 A extrema consequência do positivismo jurídico: Kelsen. Críticas	86
2.4 A dignidade da pessoa humana.....	92
2.4.1 A dignidade da pessoa humana como princípio	92
2.4.2 A dignidade da pessoa humana nas convenções internacionais e no Direito positivo.....	94
2.4.3 Elementos para a definição da dignidade da pessoa humana	95
2.4.4 As diversas concepções da dignidade da pessoa humana. Dificuldades estruturais para um conceito único. Evolução histórica	96
2.4.5 O princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência (Direito Civil)	107
2.5 Direitos Humanos. Dignidade da pessoa humana. Objeção de consciência e Direito positivo. Jurisprudência	110
3 A DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM COMO PRIMEIRO ELENCO E MANIFESTAÇÃO POSITIVA. ANTECEDENTES	122
3.1 A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789	122
3.1.1 Objetivo do capítulo.....	122
3.1.2 Situação histórica.....	122

3.1.3 Instrumentos jurídicos no Antigo Regime: as <i>lettres de cachet</i> e a organização judiciária	125
3.1.3.1 Instrumentos jurídicos.....	125
3.1.3.2 Organização judiciária	126
3.2 Precedentes históricos da Declaração de Direitos. Verificação de alguns artigos...128	
3.2.1 A igualdade de direitos: igualdade formal e igualdade material	129
3.2.2 Direito à liberdade: liberdade da imprensa (liberdade de comunicação e liberdade de opinião)	138
3.2.3 Direito de livre associação; liberdade de religião	140
3.2.4 Direito à educação	144
3.2.5 Direito de propriedade	148
3.2.6 Cidadania: conceito revolucionário	153
3.3 A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 20 de dezembro de 1948.....	156
3.3.1 Sistema Interamericano de Direitos Humanos.....	159
4 OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS. INCLUSÃO NO DIREITO POSITIVO. EXAME DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS, PELA JURISPRUDÊNCIA	161
4.1 Acesso à justiça como direito fundamental. Conceito. Acesso à Justiça do Trabalho, no Brasil. Acesso à justiça na Itália. Acesso à justiça em Portugal	161
4.1.1 Resumo	161
4.1.2 Direitos fundamentais e processo	161
4.1.3 Conceito de acesso à justiça.....	165
4.1.3.1 Dimensão constitucional.....	165
4.1.3.1.1 Garantias constitucionais	165
4.1.3.2 Dimensão transnacional.....	166
4.1.3.2.1 Ordenamentos diversos.....	166
4.1.3.2.2 Ideologia universalista	167
4.1.3.3 Dimensão social	168
4.1.3.4 Atuação constitucional: exemplos	169
4.1.4 Acesso à justiça no Direito Processual do Trabalho do Brasil	171
4.1.4.1 Da indispensabilidade da razoável tramitação processual (razoável duração do processo) para a realização do direito fundamental	186
4.1.5 Direito Processual do Trabalho na Itália.....	190
4.1.5.1 Visão geral	190
4.1.5.2 Formas de resolução dos conflitos trabalhistas.....	190
4.1.5.2.1 Conciliação	190
4.1.5.2.2 Conciliação judicial	192
4.1.5.2.3 Conciliação extrajudicial	192
4.1.5.3 Arbitragem (arbitramento).....	194
4.1.5.4 Tutela jurisdicional	196
4.1.5.5 Ação e defesa mediante atuação pessoal (<i>jus postulandi</i>)	197
4.1.6 Direito Processual do Trabalho em Portugal	197
4.1.6.1 Considerações gerais.....	197
4.1.6.2 Capacidade e legitimidade	198
4.1.6.3 Representação	199
4.1.6.4 Outras disposições processuais	199
4.1.6.5 Conciliação	199
4.1.6.6 Arbitragem	200
4.1.6.7 Arbitragem facultativa	200
4.1.6.8 Arbitragem obrigatória	200
4.1.6.9 Considerações parciais.....	201

4.2 Direitos Humanos: a proteção do trabalho da mulher gestante e do nascituro. Influência na evolução jurisprudencial e no Direito positivo	202
4.2.1 Objetivo e justificativa da adoção do tema	202
4.2.2 Finalidade da garantia de emprego	202
4.2.3 A garantia de emprego no Direito positivo brasileiro.....	203
4.2.4 Convenções e normas internacionais de proteção à gestante	205
4.2.5 Garantia de emprego para a gestante: a evolução temporal da jurisprudência.	211
4.2.5.1 Gênese da Súmula, em geral, como expressão de uniformidade	225
4.2.5.3 Súmula: legalidade e constitucionalidade	233
4.2.5.4 Súmula e Orientação Jurisprudencial: diferença	237
4.2.5.5 Efeito e eficácia das súmulas	238
4.3 Direitos Humanos. Princípio da dignidade da pessoa humana. Garantia de emprego ao trabalhador que contraiu o vírus HIV ou outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Jurisprudência. A edição de súmula	241
CONCLUSÃO	250
REFERÊNCIAS.....	253
ANEXOS	279
Anexo I - Modifiché al Codice di Procedura Civil: introdotte dal D. Lgs. 387/1998 in materia di <i>rito del lavoro</i>	279
Anexo II - Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).....	284
Anexo III - Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)	286
Anexo IV - Declaração e Programa de Ação de Viena (1993).....	294
Anexo V - Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais	301

INTRODUÇÃO

A história dos Direitos Humanos está atraindo, sobretudo no mundo do Direito consuetudinário, crescente atenção: se já faz algum tempo que constitui matéria específica e própria de (e para) estudo em centros de pesquisas e em revistas especializadas, recentemente conquistou até titulação específica de cátedras universitárias ou departamentos inteiros. Há, inclusive, editoras especializadas na edição de livros e outras publicações que cuidam de trabalhos acadêmicos, doutrinários ou técnicos, voltados ao exame do tema.

O interesse que foi suscitado por essa temática não pode certamente ser causa de assombro: até na opinião pública mundial, agora, está assegurada a consideração de que os Direitos Humanos constituem a base da convivência civil, que os organismos internacionais e os próprios governos nacionais são chamados para garantir, até mesmo no nível planetário. Não por acaso no curso do último decênio as autoridades civis, no momento de desencadear guerra, estão preocupadas, sempre com maior frequência, em apresentar a legitimação moral fundada exatamente na tutela dos Direitos Humanos de uma determinada população: legitimação moral esta que justificaria o recurso à violência bélica. Portanto, é compreensível o desenvolvimento dessa demanda cognoscitiva sob um argumento que tem assumido tal relevância, tanto política como socialmente.

A importância do Direito do Trabalho — que, até constitucionalmente, no Brasil, integra os Direitos Fundamentais — é ressaltada por Sússekind ao afirmar que a campanha para a flexibilização selvagem (propagada numa orquestração mundial, pela mídia), que compreende a desregulamentação ou derrogação de normas de proteção ao trabalhador, afronta a nova Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948.

O referido documento consagrou os princípios fundamentais do Direito do Trabalho e da Seguridade Social (arts. XXII a XXV), tendo sido regulamentados pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (1966). Sússekind menciona, nesse passo da Conferência de Abertura do Fórum Internacional sobre a Flexibilização no Direito do Trabalho, aplausos à Constituição brasileira, que consagrou, expressamente, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, princípio que, nos termos do art. 60, § 4º, constitui cláusula pétrea entre os direitos e garantias do cidadão. Indica ainda a afirmação de André Franco

Montoro quando este, comentando o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, disse haver uma lei maior de natureza ética cuja observância independe do Direito positivo de cada Estado, a qual é a fonte das fontes do Direito.

Em 15 de maio de 2012, foi sancionada a Lei n. 12.641, cujo artigo 1º estabelece que “fica instituída a data anual de 12 de agosto como o Dia Nacional dos Direitos Humanos”, o que, por si só, dispensa qualquer outra consideração a respeito da importância que é atribuída ao tema.

Ao analisar o conteúdo do Título I da Constituição Federal, que trata “Dos Princípios Fundamentais”, Maurício Godinho Delgado põe de manifesto que o *trabalho* ocupa, singularmente, todas as esferas de afirmação jurídica existentes no plano constitucional e no próprio universo jurídico contemporâneo. Faz referência, especificamente, à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º): construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (entre outros).

No Direito contemporâneo o tema dos Direitos Humanos Fundamentais é, a toda evidência, dos mais importantes. É questão magna abrangida pela Filosofia do Direito, pela Teoria do Estado, pelo Direito Internacional e pelo Direito Constitucional. E, para o Direito Constitucional, consiste na própria razão de ser.

Para Maria Luísa Duarte, os Direitos Fundamentais integram a estrutura legitimadora do Estado constitucional e do exercício do poder político *baseado na ideia nuclear do respeito pela dignidade da pessoa humana*, com múltiplas implicações jurídicas, éticas, econômicas e sociais.

Mas, no reconhecimento dos direitos sociais, de modo concreto, em face das lides que ocorrem — função específica do Estado, constitucionalmente, no exercício da jurisdição — não se pode deixar de levar em conta as diferenças essenciais que são relevantes para se distinguir um indivíduo de outro, ou um grupo de indivíduos de outro grupo.

Longe de se considerar a afirmação de que a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho constituem normatividade vazia (porque não encontrariam categorias opostas admissíveis na fundação constitucional do Estado), urge buscar parâmetros comparativos à vida do Direito nos estudos constitucionais sucessivos até a pós-modernidade. Tudo, sem deixar de levar à devida linha de conta também os assim chamados ideários e as diversas concepções, no curso da história.

A atividade judicante nos tribunais trabalhistas, por longo tempo, exigiu que se verificasse a evolução histórica dos direitos sociais — e, sobretudo, na história, entre outros fundamentos —, para que fossem examinadas as questões trazidas ao debate e à possível solução das controvérsias.

Como acentua Norberto Bobbio — de cujo livro “A era dos direitos” adoto parte do título desta tese, com o que lhe presto homenagem no centenário do seu nascimento, ainda que essa reverência seja tardia (outubro de 2009) —, na afirmação e no reconhecimento dos direitos políticos e sociais só de modo genérico e retórico se pode afirmar que todos são iguais. Sobretudo, com relação aos três direitos sociais fundamentais (ao trabalho, à instrução e à saúde); ao contrário, é possível dizer, realisticamente, que todos são iguais no gozo das liberdades negativas.

A análise de Lafer a respeito do ensinamento de Norberto Bobbio está inteiramente adequada a um juízo de valor que se subscreve, pela inteireza. Segundo Lafer, o percurso intelectual de Bobbio caracteriza-se pelo rigor e pela profundidade de conhecimentos, por um espírito público, inteireza de caráter, independência ativa, empenho no diálogo, combate ao arbítrio e ao fanatismo, bem como pela dedicação à preservação da liberdade e pela permanente preocupação com a igualdade, características articuladas, como professor e intelectual, em seu “socialismo liberal”. A militância de Bobbio se fez tanto pela palavra como pela ação, singularizando-se pela clareza de seu magistério.

Na atuação concreta dos direitos sociais, e diante da invocação de princípios consagrados pela Constituição — princípios estes genéricos pela própria natureza —, também surge, desde logo, a indagação que o constitucionalista mencionado faz: qual é a natureza, ou fundamento, dos direitos humanos fundamentais?

Os juízes, assim como os constitucionalistas, chamados a interpretar objetivamente o texto, mostrando o seu significado e o seu alcance — e a atuação prática, aqui e agora —, com frequência quedam, perplexos, diante de construções brilhantes, mas que não se coadunam com o *iter lógico* usualmente adotado para os julgamentos. Os jurisdicionados, da mesma forma, invocam princípios e temas de modo aleatório.

Lembra Maria Luísa Duarte que a imaterialidade dos princípios gerais (no caso, o princípio da dignidade da pessoa humana) — uma das características do Direito do Trabalho —, responsável pela propriedade de adaptação contínua da normatividade principialista às mutações constantes, tantas vezes imprevisíveis, da realidade social, pode “engendrar um cenário algo viciado”, na expressão da autora. Faz referência à vontade judicial, “hegemônica e determinante”, trazendo perigoso anacronismo.

A aplicação discricionária do princípio da dignidade da pessoa humana não passou despercebida para Irigoyen Peduzzi. Tratando-se de um conceito vago, universal, inclusivo e abstrato, jurisprudência e doutrina o invocam para os mais diversos propósitos.

A Constituição Federal de 1988 multiplicou o número dos direitos apresentados como fundamentais, além de manter a porta aberta para outros, implícitos ou originários de tratados internacionais.

Acresce que a Emenda Constitucional n. 45/2004 ampliou, de forma agora expressa, a competência da Justiça do Trabalho exatamente para a atuação dos princípios dos direitos humanos fundamentais, que, em essência, constituem a base do Direito do Trabalho.

São examinados, ainda, temas de grande atualidade, como a *objeção de consciência*.

A aplicação prática, na busca da influência da evolução dos Direitos Fundamentais no Direito do Trabalho, e na jurisprudência, é trazida em dois capítulos em que se trata de acesso à justiça e da proteção da gestante.

A riqueza e a atualidade do tema demonstram que a multiplicação das obras a esse respeito é louvável e contribui para que o cidadão brasileiro caminhe sempre em direção à sociedade pacífica, livre, humana e fraterna.

Estas são as razões que orientam a elaboração deste estudo. Resulta, pois, da exigência e imposição que se fizeram indispensáveis, no exercício da função jurisdicional, além de outras considerações, sobretudo na ordem da apreensão dos diversos momentos históricos que resultaram nos enunciados dos direitos sociais.

Procurar-se-á utilizar, no desenvolvimento do estudo, de técnicas científicas de pesquisa, usualmente adotadas, sobretudo pelas referências bibliográficas, incluindo publicações esparsas e em periódicos. E não haverá distinção entre autores nacionais ou estrangeiros, sobretudo nos pontos relativos ao exame do Direito comparado. Subministrar-se-ão ainda subsídios à busca na jurisprudência nacional e alienígena, assim como nos sítios especializados da rede mundial (Internet).

Tampouco será desconsiderada, em face da necessidade, pesquisa interdisciplinar, sobretudo com menção ao Direito Constitucional, e o exame da história, na evolução dos institutos referidos na pesquisa, mediante os métodos dedutivos e indutivos. A formulação de hipóteses e a elaboração de enunciados conclusivos será realizada em face das premissas estabelecidas em todos os capítulos.

Trata-se, em especial, de considerar, tematicamente, como foco principal da reflexão, o conceito aceitável dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos, de modo

a tornar efetiva a atuação nas lides ocorrentes, com a realização da justiça concreta, no aqui e agora.

1 CONCEITUAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 Introdução

1.1.1 Exame da terminologia

Embora não haja distinção clara, entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais — porque, conceitualmente e em essência, cuida-se de mero ângulo de observação —, a doutrina passa a individualizar as designações.

Assim, os Direitos Humanos são conceito relativo à Filosofia, à Sociologia e à Política, além — a toda evidência — do conteúdo jurídico.

Os Direitos Fundamentais passaram a ser designados dessa forma depois da jurisdicionalização dos direitos humanos, vale dizer: quando foram incluídos no Direito positivo, sobretudo nas diversas Constituições.

No diálogo político não mais se fala em “direitos do Homem”, embora textos constitucionais continuem empregando a expressão.

Para Ferreira Filho,¹ o feminismo conseguiu o repúdio à expressão, acusando-a de “machista”. Foi substituída “pela terminologia de direitos humanos, direitos humanos fundamentais, de que *direitos humanos* é uma abreviação”.

O exame das diversas escolas de pensamento, auxiliaadoras da concepção dos direitos humanos, que servem de fundamento à existência dos referidos direitos, levará a produzir consequências na reflexão sobre os direitos fundamentais.

1.1.2 Direitos Fundamentais: origem

Cabe afirmar, em conformidade com o que se vê no pensamento jurídico europeu e brasileiro, que a noção de *Direitos Fundamentais* como *ordem objetiva de valores constitucionais irradiadores* teve uma de suas origens na leitura que se costuma fazer, sem grandes dissonâncias entre os seus adeptos, das transições entre o Antigo Regime e o Estado Liberal e entre este e os denominados Estado Social e Estado Democrático de Direito.

¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 11. ed., São Paulo: Saraiva. 2009, p. 14.

Isto se mostra claro nos diversos textos ora abordados, dada a dedicação, não raro esmerada, dos seus autores à análise do processo histórico que resultou nos movimentos constitucionais da modernidade e da contemporaneidade, tomando esta conduta como verdadeira opção metodológica.

Frise-se: “Direitos Fundamentais” significa os Direitos Humanos positivados constitucionalmente.

1.1.3 Direitos Humanos: escolas de pensamento

Como exemplo das assim chamadas escolas de pensamento relativas aos Direitos Humanos, Marie-Bénédicte Dembour² menciona quatro vertentes. Designa-as como: a) escola natural; b) escola deliberativa; c) escola de protesto; d) escola discursiva.

Para a referida autora, a escola natural considera os direitos humanos porque os seres humanos possuem-nos. Logo, somente pelo fato de serem seres humanos é encontrada justificativa constitucional na inclusão de todos operada pelo sistema jurídico e, mais precisamente, pela Constituição, pois que defere, a todos os indivíduos e grupos, direitos fundamentais, embora essa ideia mesma implique a existência simultânea de restrições. E, ao menos ao nível positivo, essa inclusão é universal, ainda que, reforça-se, com a manifestação de restrições. Essa inclusão universal liga-se à ideia, já hoje transformada em princípio, da dignidade da pessoa humana, que, por ter raízes religiosas, bem pode ter sido considerada, ao menos em sua origem, como um dado existente na natureza e proveniente de fundamentos distintos daqueles que informam o sistema jurídico da sociedade moderna, tais quais razão, divindade ou mesmo a própria natureza.

Já na escola deliberativa, considera-se da essência da transformação dos Direitos Humanos em Direitos Fundamentais a sua presença, pois que o processo de positivação de uma ideia política representada por um direito humano é levado a efeito pela política, daí decorrendo o direito fundamental já positivado. Portanto, essa politização de um direito humano, para que se transforme em um direito fundamental, é feita de forma originária ou derivada, segundo o meio, seja o poder constituinte originário, seja a reforma pelo poder constituinte. E, em se tratando de direito não indicado na carta, mas estabelecido no

² DEMBOUR, Marie-Bénédicte. What are Human Rights: Four Schools of Thought. **Human Rights Quarterly**, v. 32, n. 1, p. 1-20, fev. 2010, *apud* SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. As escolas de pensamento sobre os direitos humanos. **Carta Forense**, 5 out. 2010.

ordenamento infraconstitucional, aplica-se também o critério (forma originária ou derivada).

Para a escola de protesto — em suma —, o que se reconhece é a universalidade do sofrimento, ou seja, a não concretização dos direitos fundamentais. Assim, a positivação dos direitos humanos careceria de possibilidade em face das condições objetivas do mundo real.

Finalmente, a escola discursiva considera que os Direitos Humanos consistem naquilo que se possa assim considerar. Paulo Thadeu Gomes da Silva escreveu que essa escola nega a própria realidade, esta que vem sendo construída há pouco tempo histórico e que apresenta um alto grau de institucionalização representado por práticas e decisões que promovem e protegem os direitos fundamentais. Por certo que uma dose de ceticismo sempre é útil à sociedade, e parece mesmo que essa escola existe para chamar a atenção para as deficiências estruturais que podem comprometer política e juridicamente os direitos humanos fundamentais. Contudo, uma pitada de razão acena em direção a essa escola, especificamente naquilo que se relaciona com a produção de uma certa legislação simbólica, como se a positivação de um direito humano em direito fundamental pudesse resolver os problemas gerados pela e na ordem social, *v.g.*, positivizar direito social ao lazer, trivializando-se um conceito que deveria ser, em essência, não banal, e mais, atribuindo-se a sua solução ao sistema jurídico, esquecendo-se do político e do econômico. Nesse particular, a cética crítica parece ter procedência.

1.1.4 Direitos Humanos: positivismo

Os Direitos Humanos são marcados pela evolução ao longo do tempo. São criados ou reconhecidos à medida que surge a necessidade de proteção, seja de indivíduos, seja de grupos determinados. A positivação dos direitos, em 1789, é de ser considerada o marco dos Direitos Fundamentais. Vale notar que se trata, aqui, da *efetividade* dos direitos humanos, posto que não se deixa de reconhecer a existência do Direito Natural. Logo, *não* se afirma — como escreveu Bentham —, que “direitos naturais são uma tolice”.

Os direitos humanos, segundo Bobbio,³ são direitos históricos, produto da civilização humana, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem.

³ BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992., p. 32.

E, justamente por serem históricos, esses direitos são mutáveis, suscetíveis de transformação e de ampliação. (Claro que não há elementos para designar o autor como “positivista”, *simpliciter*).

Em face desse aspecto (ou seja, da historicidade mencionada pelo jusfilósofo e jus-sociólogo), nos capítulos seguintes serão consideradas as diversas épocas e as concepções que surgiram de modo a verificar a gênese das diversas concepções.

Assegurou-se que Bobbio sustentou “a irrelevância do debate acerca da fundamentação dos direitos humanos e a necessidade de que as atenções fossem destinadas apenas à sua concretização”.⁴ Com isso, teria mantido a categoria numa perspectiva moderna e individualista, posto que “não formula uma análise crítica e contextualizada de real significado dos direitos humanos”. Para o jusfilósofo — segundo a manifestação sob exame — “os fundamentos estão dados, sendo irrelevante as condições reais da vida concreta das pessoas”.

Sob o aspecto da *Sociologia do Direito*, como Bobbio esclarece:

[...] se se pode falar de uma tarefa própria da sociologia do direito em relação ao problema dos direitos do homem, ou seja, de uma tarefa que distinga a sociologia do direito da filosofia do direito, da teoria geral do direito, da ciência jurídica [...] ela deriva precisamente da constatação de que o nascimento, e agora também o crescimento, dos direitos do homem são estreitamente ligados à transformação da sociedade, como a relação entre a proliferação dos direitos do homem e o desenvolvimento social o mostra claramente. Portanto, a sociologia em geral, e a sociologia do direito em particular, estão na melhor condição possível para dar uma contribuição específica ao aprofundamento do problema.⁵

O fato de a doutrina dos Direitos do Homem ter sido incorporada pelo liberalismo não significa que não é bem mais antiga que essa filosofia política, embora sob outra vertente.⁶ A corrente liberal apenas adotou-a, enfatizando um dos aspectos. Os estoicos já consideravam o jusnaturalismo. E, a partir do século das luzes, tornou-se um dos princípios sagrados (do liberalismo).

Considerando a multiplicidade de denominações e independentemente de nomenclatura — e ousando ser redundante —, entendo que hão de ser considerados, para a finalidade deste estudo, como direitos que decorrem da própria pessoa humana, na

⁴ CAPLAN, Luciana. O Direito do Trabalho e a teoria crítica dos Direitos Humanos. In: SILVA, Alessandro da; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; FELIPPE, Kenarik Boujikian; SEMER, Marcelo (Coord.) **Direitos Humanos: essência do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr. 2007, p. 257.

⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Op. cit., p. 73.

⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos...** Op. cit., p. 14.

integridade do seu próprio ser, com inteligência e vontade (direitos individuais), no relacionamento com os demais (direitos sociais) e com a própria natureza. Em suma, o conjunto de direitos para que o ser humano tenha vida com dignidade e liberdade, direitos esses positivados ou não. Portanto, nesse sentido são compreendidas as expressões “direitos fundamentais”, “direitos humanos”, “direitos humanos fundamentais”, “direitos do homem” e “direitos fundamentais sociais”.

1.1.5 Direitos Humanos: várias definições

Para melhor exame, cabe individualizar algumas correntes a respeito. Para Maritain:

A pessoa humana tem direitos, por isso mesmo que é uma pessoa, um todo, senhor de si próprio e de seus atos, e que por consequência não é somente um meio, mas um fim, um fim que deve ser tratado como tal. A dignidade da pessoa humana — seria uma expressão vã se não significasse que, segundo a lei natural, a pessoa humana tem o direito de ser respeitada e é o sujeito de direito, possui direitos. Há coisas que pertencem de direito ao homem simplesmente porque homem. [...]
A verdadeira filosofia dos direitos da pessoa humana repousa pois sobre a idéia de lei natural. A lei natural que nos prescreve nossos deveres mais fundamentais, e em virtude da qual toda lei obriga, é a mesma que nos prescreve nossos direitos fundamentais. [...].⁷ (Itálico nosso).

Maritain enuncia, em seguida, a concepção antropocêntrica e o absolutismo do indivíduo, no entendimento do que é o Direito Natural. E lança sua crítica veemente, nos termos seguintes:

Outra filosofia, inteiramente contrária, tentou basear os direitos da pessoa humana sobre a pretensão de que o homem não é sujeito a nenhuma lei, a não ser à da sua vontade e liberdade: a de que ele só deve “obedecer a si mesmo”, como dizia Jean-Jacques Rousseau, porque toda medida ou regulação proveniente do mundo da natureza (e em última instância, da sabedora criadora) faria perecer ao mesmo tempo sua autonomia e sua dignidade.

Esta filosofia não fundamentou os direitos da pessoa humana, porque nada se fundamenta sobre a ilusão: ela comprometeu e dissipou esses direitos, porque levou os homens a concebê-los como direitos propriamente divinos, infinitos portanto. Estes direitos escapariam a qualquer medida objetiva, repelindo toda limitação imposta à reivindicação do eu, e exprimindo em última palavra a independência absoluta do indivíduo humano e um suposto direito absoluto de se desenvolver contra todo o resto dos seres, direito ligado a tudo o que

⁷ MARITAIN, Jacques. **Os Direitos do Homem**. Tradução Afrânio Coutinho. Prefácio de Alceu de Amoroso Lima. 3. ed., Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1967, p. 62.

existe nele, só pelo fato de que existe nele.⁸

Para Romita, a concepção jusnaturalista é superada pelo reconhecimento da origem dos direitos fundamentais como fruto do contexto histórico e dos valores de cada sociedade.

São os que, em dado momento histórico, fundados no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, asseguram a cada homem as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça. Este é o núcleo essencial da noção de direitos fundamentais, aquilo que identifica a fundamentalidade dos direitos. Poderiam ser acrescentadas as notas acidentais de exigência do respeito a essas garantias por parte dos demais homens, dos grupos e do Estado e bem assim a possibilidade de postular a efetiva proteção do Estado em caso de ofensa.⁹

Em aparente sintonia, também Paine entende que:

Direitos naturais são aqueles que pertencem ao homem pelo fato de existir. Desta espécie são todos os direitos intelectuais, os direitos da mente, e também todos os direitos de agir como indivíduo para seu próprio conforto e felicidade, que não são prejudiciais aos direitos naturais dos outros. Direitos civis são aqueles que pertencem ao homem pelo fato de ser membro da sociedade. Todo direito civil tem como fundamento algum direito natural pré-existente no indivíduo, mas seu poder individual não é, em todos os casos, competente bastante para usufruí-los. Desta espécie são todos aqueles que se relacionam com a segurança e a proteção.¹⁰

O último autor relaciona três conclusões dessa definição. A *primeira*: todo direito civil nasce de um direito natural; é um direito natural permutado. A *segunda*: o poder civil propriamente considerado como tal é formado por um conjunto daquela classe de direitos naturais do homem que se torna imperfeita no indivíduo com respeito ao poder e não corresponde à finalidade dele, mas, quando concentrada, torna-se apropriada para o objetivo de cada um. A *terceira*: o poder produzido pelo conjunto dos direitos naturais, imperfeito em poder do indivíduo, não pode ser aplicado para invadir direitos naturais conservados no indivíduo, no qual o poder de realizar é tão perfeito como o próprio direito.

Alexandre de Moraes entende que:

⁸ MARITAIN, Jacques. **Os Direitos do Homem**. Op. cit, p. 62.

⁹ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 2. ed., São Paulo: LTr., 2007, p. 45.

¹⁰ PAINE, Thomas. **Os Direitos do Homem**: uma resposta ao ataque do Sr. Burke à Revolução Francesa. Introdução Maria Tereza Sadek Ribeiro de Souza. Tradução Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1989, p. 57.

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras *liberdades positivas*, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.¹¹

A universalidade, como característica dos direitos fundamentais, é examinada no capítulo apropriado.

A crítica aos Direitos Humanos — que, na realidade, apenas confirma a existência da dignidade da pessoa humana —, das mais contundentes, é aquela apresentada por Marx:

Nenhum dos chamados direitos humanos ultrapassa, portanto, o egoísmo do homem, do homem como membro da sociedade burguesa, isto é, do indivíduo voltado para si mesmo, para seu interesse particular, em sua arbitrariedade privada e dissociado da comunidade. Longe de conceber o homem como um ser genérico, estes direitos, pelo contrário, fazem da própria vida genérica, da sociedade, um marco exterior aos indivíduos, uma limitação de sua independência primitiva. O único nexos que os mantém em coesão é a necessidade natural, a necessidade e o interesse particular, a conservação de suas propriedades e de suas individualidades egoístas.¹²

O autor citado prega, assim, a negação radical do ser humano, enquanto individualidade, ou seja, criação única e insubstituível, no espaço e no tempo. Em última análise, a negação da própria humanidade.

Somente quando o homem individual recupera em si o cidadão abstrato e se converte, como homem individual, em ser *genérico*, em seu trabalho individual e em suas relações individuais; somente quando o homem tenha reconhecido e organizado suas “*forces propres*”, forças próprias, como forças *sociais* e quando, portanto, já não separa de si a força social sob a forma de força *política*, somente então se processa a emancipação humana.¹³

É indispensável, na consideração, um equilíbrio ou balanceamento entre ambas as dimensões: individual e social. E assim ocorre porque a indivisibilidade é outra das características dos direitos humanos. Completam-se.

¹¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 190.

¹² MARX, Karl. **A questão Judaica**. 2. ed. São Paulo: Moraes, 1991.

¹³ Ibidem, p. 52

Para Comparato, “a liberdade individual é ilusória, sem um mínimo de igualdade social; e a igualdade social imposta com sacrifício dos direitos civis e políticos acaba engendrando, mui rapidamente, novos privilégios econômicos e sociais”.¹⁴

Também Lafer assegura que há complementaridade:

Os direitos sociais buscam assegurar as condições para o pleno exercício do primeiro, eliminando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. Por isso, os direitos de crédito, denominados econômicos, sociais e culturais, podem ser encarados como direitos que tornam mais reais direitos formais: procuram garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo.¹⁵

A Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, repete a concepção da Declaração de 1948: “§ 5º Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase.”

O entendimento de “direito natural” — noção de vasta complexidade e que pode ser utilizada como conceito valise, ou conceito baú — é bem sintetizada numa passagem da história do Brasil.

Kenneth Maxwell¹⁶ narra que a rainha Maria, de Portugal, em 17 de julho de 1790 estabeleceu tribunal itinerante, ou de Alçada, para julgar os conspiradores de Minas Gerais, detidos no Rio de Janeiro — e também em Minas — desde a traição, em 1789. Esse tribunal era formado por Antônio Gomes Ribeiro, Antônio Diniz da Cruz e Silva, da Casa de Suplicação, e integrado ainda pelo desembargador Sebastião Xavier de Vasconcellos Coutinho, sob a presidência deste último.

O chanceler Vasconcellos Coutinho foi instruído a ignorar “qualquer falta de formalidades [...] e invalidades judiciais [...] que possam existir nas devassas, e, considerar as provas *de acordo com a lei natural*”.

Como se lê, a amplitude de “lei natural” supre, aqui, até mesmo as normas processuais, que eram escrupulosamente aplicadas então.

¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder, **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 20.

¹⁵ LAFER, Celso. **A ruptura totalitária e a reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras. 1999, p. 127.

¹⁶ MAXWELL, Kenneth. A alçada. **Folha de São Paulo**, 11 out. 2012.

1.1.6 Direitos Humanos: as diversas dimensões

Pela historicidade, a doutrina, de forma geral, considera *diversas dimensões* dos direitos humanos.

Assim, os direitos de *primeira geração* dizem respeito aos direitos e garantias de natureza civil, inclusive os direitos de nacionalidade; são os direitos políticos, que constituem garantia da liberdade pública. Trazem a marca da universalidade formal porque são reconhecidos pelas Constituições, em geral.

Os direitos de *segunda geração* são os direitos sociais, econômicos, culturais, e as liberdades coletivas. Estão amparados no princípio da igualdade. Embora enunciados desde a Revolução na França, passaram às diversas Constituições ao final da então chamada Primeira Grande Guerra.

Encontram-se afirmados (os de primeira e segunda dimensões) na Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Nela, figuram ainda: direito de asilo; direito à nacionalidade; liberdade para o casamento.

Os direitos sociais — assim considerados aqueles referidos à pessoa, concretamente, em relação ao grupo com que se relaciona e convive — consistem nos direitos trabalhistas; da seguridade social; da saúde; da educação; da moradia; da alimentação; do amparo à infância, à gravidez e à velhice; de reunião; de liberdade sindical; de greve, entre outros. Decorrem da sociabilidade do ser humano, com vista ao objetivo de promoção, comunicação e cultura. Tudo, segundo Miranda.¹⁷ E em que pese a redundância.

Registre-se que, para alguns autores, a visão de que o Direito Social é uma segunda geração dos direitos humanos, que muitas vezes acaba imputando-lhe uma posição secundária frente aos denominados “direitos humanos de primeira geração”, “é de todo equivocada e parece-me, também, que apenas dizer que o Direito Social é a conjunção das leis trabalhistas e previdenciárias não serve para a compreensão do que efetivamente seja o Direito Social”.¹⁸

Para Romita:

¹⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra. 1993, t. 4, p. 87.

¹⁸ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Direito Social, Direito do Trabalho e Direitos Humanos. In: SILVA, Alessandro da; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; FELIPPE, Kenarik Boujikian; SEMER, Marcelo (Coord.) **Direitos Humanos: essência do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr. 2007, p. 17.

São os direitos pertinentes à teia de relações sociais formado pela pessoa no meio em que atua, como trabalhador, como membro da comunidade, como participante de coletividades sem as quais não poderia desenvolver suas potencialidades nem usufruir os bens econômicos, sociais e culturais a que aspira.¹⁹

Os direitos sociais possuem eficácia quanto às prestações materiais, pela proteção do mínimo existencial, indispensáveis, portanto, à vida humana.

Como bem giza Manoel Gonçalves Ferreira Filho,²⁰ os direitos sociais também são direitos subjetivos (como as liberdades públicas). Porém, são poderes de *exigir* prestação concreta por parte do Estado, e não de *agir*. Constituem dever do Estado.

Os direitos de *terceira geração*, situados no plano difuso, referem-se à *solidariedade* e àqueles dela decorrentes, dentre outros. Para Lafer, desses direitos a titularidade é dos grupos humanos, coletividades regionais ou étnicas, quiçá a própria humanidade.²¹

Assim, integram esse grupo, entre outros, o direito ao meio ambiente equilibrado; à qualidade de vida saudável; ao progresso; à paz; ao patrimônio comum da humanidade; à autodeterminação dos povos; à comunicação.

Positivados na Constituição Federal de 1988 encontram-se — entre outros — o direito à autodeterminação dos povos (art. 4º, inciso III); o direito à paz (art. 4º, inciso VI); ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225); ao patrimônio comum à humanidade (art. 3, incisos III e IV); e o direito à defesa do consumidor (art. 5º, inciso XXXII).

Autores mencionam ainda direitos de quarta geração, de quinta geração e de sexta geração.

Dentre aqueles direitos de *quarta geração*, situam-se os que resultam da globalização política, pela institucionalização do Estado Social. São provenientes da universalização de direitos no campo institucional, como o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo.²²

Romita inclui,²³ nesta classificação, os direitos relativos à família: manipulação genética; patrimônio genético relacionado com a biotecnologia, bioengenharia e bioética.

Na quinta geração estão incluídos os direitos de informática e cibernética, posto que

¹⁹ ROMITA, Arion Sayão. Op. cit., p. 105.

²⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos...** Op. cit., p. 14.

²¹ LAFER, Celso. **A ruptura totalitária...** Op. cit., p. 131.

²² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20. edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 570-571.

²³ ROMITA, Arion Sayão. Op. cit., p. 105.

possibilitam surgimento de conflitos entre realidades sociais distintas, pela revolução na informação, envolvendo controle social de massa de informação.

Na *sexta geração* são incluídos, por Bonavides,²⁴ o direito à democracia, já que o Estado Democrático de Direito respeita os direitos fundamentais; a informação correta (como direito da coletividade); a diferenciação do grupo humano, com tratamento igualitário.

Por derradeiro, cabe mencionar ainda que Dalmo de Abreu Dallari, ao ser entrevistado, ouviu a indagação seguinte: “Nesses quase sessenta anos, que avanços ocorreram em relação aos direitos humanos de primeira (civis e políticos), segunda (sociais, econômicos e culturais) e terceira (difusos, baseados nos valores de fraternidade) gerações no mundo?” E respondeu:

Rejeito essa classificação em gerações de direitos. Isso é um enorme equívoco que se prende muito à idéia de geração de computadores, de que o novo elimina o anterior. Não é nada disso: o trabalho pelos direitos humanos é uma acumulação de consciências. O que existe é a ocorrência de etapas, de momentos que se tornam mais favoráveis a uma intensificação do trabalho, o acréscimo de objetivos [...]. Até o século XVIII, até a primeira declaração de direitos, existia uma busca de libertação de interferência do poder público. Havia ainda o resquício da luta contra o absolutismo. A partir de então, caíram os governos absolutistas, com a Revolução Francesa e a Revolução Americana, e esta foi fundamental, pois criou a Constituição escrita — embora esta tenha sido escrita a partir de uma perspectiva rigorosamente individualista e que dá valor supremo à liberdade como direito fundamental.²⁵

1.1.7 Direitos Humanos básicos

De modo amplo, entretanto, *os direitos humanos básicos* podem ser relacionados, além de outros, da seguinte forma: a) direito à existência e a um digno padrão de vida; b) direitos que se referem aos valores morais e culturais; c) direito à liberdade religiosa e à escolha do próprio estado de vida; d) direitos inerentes ao campo econômico; e) direitos de reunião e de associação; f) direitos políticos e de livre locomoção.²⁶

²⁴ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 570-571.

²⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. Os Direitos Humanos no mundo. **Revista MPD Dialógico**, v. 5, n. 21, p. 9.

²⁶ Dentre outros fundamentos e relacionamentos, v. Encíclica “Pacem in terris”. Nesta encíclica, foi lançado um efetivo reconhecimento e salvaguarda daqueles direitos e das respectivas liberdades: “142. Um ato de altíssima relevância efetuado pelas Nações Unidas foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em assembléia geral, aos 10 de dezembro de 1948. No preâmbulo desta Declaração proclama-se, como ideal a ser demandado por todos os povos e por todas as nações, o efetivo reconhecimento e salvaguarda daqueles direitos e das respectivas liberdades. 143. Contra alguns pontos particulares da Declaração foram feitas objeções e reservas fundadas. Não há dúvida, porém, que o documento assinala um

- a) Direito à existência, à integridade física, aos recursos correspondentes a um digno padrão de vida: o alimento, o vestuário, a moradia, o repouso, a assistência sanitária, os serviços sociais indispensáveis: amparo em caso de doença, de invalidez, de viuvez, de velhice, de desemprego forçado, e em qualquer outro caso de privação dos meios de sustento por circunstâncias independentes de sua vontade.
- b) Direito natural ao respeito de sua dignidade e à boa fama; direito à liberdade na pesquisa da verdade e à liberdade na manifestação e difusão do pensamento, bem como no cultivo da arte; à informação verídica sobre os acontecimentos públicos. Ainda: o direito de participar dos bens da cultura e, portanto, o direito a uma instrução de base e a uma formação técnica e profissional; o direito de acesso à educação superior.
- c) Direito à escolha religiosa; à forma de prestar culto, privada ou pública; à renúncia ou modificação religiosa; à escolha do estado civil; à geração, manutenção e educação dos filhos.
- d) Direito à liberdade de iniciativa; direito ao trabalho; ao exercício de atividade econômica; à observância dos limites físicos no trabalho; à proteção da mulher e dos menores bem como dos portadores de necessidades especiais; à justa remuneração, suficiente para satisfação das necessidades básicas próprias e da família; à propriedade privada, inclusive dos meios de produção.
- e) Reunião e associação, com a proteção do Estado, assegurando às associações a forma que aos seus membros parecer mais idônea à finalidade em vista, e de agir dentro delas por sua própria conta e risco, conduzindo-as aos almejados fins.
- f) Direitos à identidade civil; a votar e a ser eleito; à preservação da família e o direito de sucessão; à legítima tutela dos seus direitos: direito à tutela eficaz, imparcial, dentro das normas objetivas da justiça.²⁷

passo importante no caminho para a organização jurídico-política da comunidade mundial. De fato, na forma mais solene, nele se reconhece a dignidade de pessoa a todos os seres humanos, proclama-se como direito fundamental da pessoa o de mover-se livremente na procura da verdade, na realização do bem moral e da justiça, o direito a uma vida digna, e defendem-se outros direitos conexos com estes. 144. Fazemos, pois, ardentes votos que a Organização das Nações Unidas, nas suas estruturas e meios, se conforme cada vez mais à vastidão e nobreza de suas finalidades, e chegue o dia em que cada ser humano encontre nela uma proteção eficaz dos direitos que promanam imediatamente de sua dignidade de pessoa e que são, por isso mesmo, direitos universais, invioláveis, inalienáveis. Tanto mais que hoje, participando as pessoas cada vez mais ativamente na vida pública das próprias comunidades políticas, denotam um interesse crescente pelas vicissitudes de todos os povos e maior consciência de serem membros vivos de uma comunidade mundial.”

²⁷ Questão paralela (e interessante) diz respeito à admissão, pelo estamento eclesiástico (leia-se: a Igreja Católica), da Declaração de 1948. A discussão *interna corporis* quanto à adoção do documento da ONU e o

A democracia — leciona Romita²⁸ — é a livre expressão da vontade, pelo povo, de determinar seus próprios sistemas político, econômico, social e cultural, e a plena participação em todos os aspectos de suas vidas.

O reconhecimento das diversas “gerações” mencionadas prima, apenas, pelo estudo e exame das etapas históricas. Assim, entendo — como alguns autores (Guerra Filho,²⁹ por exemplo) — que essa enumeração abrange, necessária e indispensavelmente, a manutenção dos direitos anteriormente explicitados.

1.1.8 Direitos Humanos: características básicas

A doutrina relaciona, de modo geral, cerca de dez ou onze características essenciais dos direitos humanos³⁰:

1. A *universalidade*, segundo a qual todo e qualquer ser humano é sujeito ativo desses direitos, facultando-se-lhe a possibilidade de pleito em qualquer foro, inclusive internacional (Declaração e Programa de Ação de Viena, 1993, quinto parágrafo). Está em causa, pois, a eficácia das normas internacionais, ou seja, da força normativa do Direito Internacional dos Direitos Fundamentais. Logo, de certa forma, cabem indagações sobre a possível modificação do conceito de soberania. Será matéria a ser vista no capítulo seguinte, com maior reflexão. Adiante-se, porém, que — como afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho³¹ —, de modo geral ainda não está assegurada a proteção ao indivíduo, bem como às entidades não governamentais, no plano internacional, senão uma proteção política. O avanço, de alguma forma, está na possibilidade de invocar tal proteção, posto que o Direito Internacional clássico considerava o indivíduo como estranho, sendo recente a mudança de perspectiva.

possível confronto com o compromisso (da Igreja) pela guarda curial intransigente da tradição relativa *aos direitos da pessoa*, à época da edição da encíclica “Pacem in terris”, vem exposto com profundidade por Daniele Menozzi (MENOZZI, Danielle. **Chiesa e diritti umani: legge naturale e modernità politica dalla Rivoluzione Francese ai nostri giorni**. Bologna: Il Mulino, 2012), que o interessado pode consultar.

²⁸ ROMITA, Arion Sayão. Op. cit., p. 126

²⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Dimensões dos direitos fundamentais e teoria processual da Constituição. In: SOARES, José Ronald Cavalcante (Coord.). **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: LTr, 2001, p. 49.

³⁰ OLIVEIRA, Erival da Silva. **Direitos Humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 20.

³¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos...** Op. cit., p. 92.

2. A *indivisibilidade*, porque, segundo o Programa já referido, cuida-se de conjunto de direitos.
3. A *interdependência*, em face da vinculação recíproca dos direitos.
4. A *inter-relacionalidade* e a *complementaridade*, posto que os sistemas e os direitos não são estanques, possibilitando a escolha, pelo interessado, do mecanismo, nacional ou internacional. E, como não são isolados, integram-se, reciprocamente, em conjunto harmônico.
5. A *imprescritibilidade*. O decurso do tempo não é suficiente para sepultar violação da própria essência do direito de todo e qualquer ser humano.
6. A *individualidade*, assim entendida a possibilidade de exercício pela pessoa, singularmente, sem prejuízo da ação de entidades para a proteção dos direitos em nome da coletividade.
7. A *irrenunciabilidade*, *indisponibilidade* e *inalienabilidade*, que tornam os direitos humanos não passíveis de transação ou de ato jurídico unilateral, com manifestação de vontade para o fim específico.
8. A *historicidade*, em face da vinculação às várias etapas do desenvolvimento dos direitos, cultural e histórico. Em face dessa característica, sumamente relevante, capítulos serão dedicados ao exame das razões históricas.
9. A *permanência*, característica que veda *revogação* ou *repristinação* de norma *in pejus* (ou retrocesso), obstando limitação ou diminuição. A limitação desses direitos somente é facultada em situações excepcionais (direito de ir e vir e de reunião, nas hipóteses de grave comoção social, exemplificativamente).
10. A *efetividade*, em face da obrigação do Estado de garantir eficácia relativamente aos direitos humanos.

1.2 Direitos Humanos como direitos universais

1.2.1 Aspectos históricos: inclusão em tratados e convenções internacionais. Soberania dos Estados: relativização. Atuação dos Órgãos Internacionais

A Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, repete, no ponto, a concepção da Declaração de 1948:

§ 5º Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve considerar os Direitos Humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora se deva ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os diversos antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os Direitos Humanos e liberdades fundamentais. [...]

§ 15 O respeito pelos Direitos Humanos e pelas liberdades fundamentais sem distinção de qualquer tipo constitui uma regra fundamental das normas internacionais de Direitos Humanos. A rápida e ampla eliminação de todas as formas de racismo e discriminação racial, xenofobia e manifestações conexas de intolerância, constitui uma tarefa prioritária da comunidade internacional. Os Governos deverão adotar medidas efetivas para preveni-las e combater. Os grupos, instituições, organizações intergovernamentais e não-governamentais, bem como os indivíduos, são instados a intensificar os seus esforços de cooperação e coordenação das suas atividades contra esses males.

A Declaração e o Programa de Ação de Viena, adotados consensualmente em plenário na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, em 25 de junho de 1993, trazem, no preâmbulo, considerações enfáticas sobre os Direitos Humanos, sobretudo quanto às características e, entre todas, à *universalidade*.

A transcrição de alguns dos *consideranda* — o que se faz em seguida — põe de manifesto que o objetivo dos Estados que aderiram foi exatamente o de universalizar os Direitos Humanos.

Considerando que a promoção e a proteção dos Direitos Humanos constituem questões prioritárias para a comunidade internacional e que a Conferência proporciona uma oportunidade única de efetuar uma análise global do sistema internacional de Direito Humanos e dos mecanismos de proteção destes direitos, de forma a incentivar e assim promover o seu maior respeito, de uma forma justa e equilibrada;

Reconhecendo e afirmando que todos os Direitos Humanos decorrem da dignidade e do valor inerentes à pessoa humana, que a pessoa humana é o sujeito central dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais, e que, consequentemente, deve ser o seu principal beneficiário e participar ativamente na realização desses direitos e liberdades;

Reafirmando o seu compromisso para com os fins e princípios consagrados na Carta das Nações Unidas e na Declaração Universal dos Direitos do Homem;

Reafirmando o compromisso assumido no artigo 56º da Carta das Nações Unidas de empreender ações coletivas e individuais, atribuindo a devida importância ao desenvolvimento de uma cooperação internacional efetiva com vista à realização dos objetivos estabelecidos no artigo 55º, incluindo o respeito e a observância universais pelos Direitos Humanos e pelas liberdades fundamentais para todos;

[...]

Realçando que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que constitui um padrão comum, a seguir por todos os povos e por todas as nações, é a fonte de inspiração e tem sido a base dos progressos das Nações Unidas com vista ao estabelecimento de padrões, conforme expressos nos instrumentos internacionais existentes em matéria de Direitos Humanos, particularmente no Pacto Internacional sobre os Direitos Civil e Políticos e no Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais;
[...] *et reliqua*.

O objetivo da Conferência, convocada pela Assembleia Geral, com a participação de 171 países e de oitocentas Organizações Não-Governamentais, era o de coordenar os múltiplos instrumentos de proteção aos Direitos Humanos e torná-los mais eficazes.

A Declaração de Viena de 1993 exprimiu com clareza a imperiosidade da promoção dos Direitos Humanos e o fortalecimento da democracia e a indispensabilidade da cooperação internacional, quanto à competência e proteção.

Exteriorizou as características essenciais dos Direitos Humanos: a universalidade, a indivisibilidade e a interdependência. Portanto, recusou a invocação de diferenças culturais, étnicas ou religiosas.

Como escreveu Zanella:

A Declaração de Viena consagra certos direitos a serem citados, de forma sucinta, como: a promoção e a proteção aos direitos humanos como prioridades da comunidade internacional; que os direitos humanos têm origem na dignidade e valor inerente à pessoa humana, devendo esta ser a principal beneficiária; que o estímulo e respeito aos direitos e liberdades fundamentais são responsabilidade de todos os Estados; condições de paz, democracia, justiça, igualdade, desenvolvimento, melhores padrões de vida e solidariedade; repúdio a discriminação e violência às mulheres; reconhece que a comunidade internacional deve conceber formas e meios para obter a realização dos direitos humanos e evitar violações; reconhece os direitos humanos como universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados; busca melhores condições de paz e segurança e o desenvolvimento social e econômico; defende que a democracia, o desenvolvimento e o respeito aos direitos e liberdades fundamentais são conceitos interdependentes; direito ao desenvolvimento; enfatizou a correlação do desenvolvimento com as necessidades ambientais e de desenvolvimento de gerações presentes e futuras, entre outros.³²

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, elaborada pela Assembleia Geral, órgão da Organização das Nações Unidas – ONU, afirma que sem liberdade não há

³² CAMPOS, Ingrid Zanella Andrade. A evolução histórica internacional dos Direitos Humanos e a questão da relativização da soberania estatal. **Jus Vigilantibus**. 15 jul. 2008. Disponível em: <<http://jusvi.com/colunas/34672/1>>. Acesso em: 26 set. 2012.

igualdade possível e, por sua vez, sem igualdade não há efetiva liberdade. Defende os Direitos Humanos por sua natureza indivisível, inter-relacionada e interdependente. Enfatiza o alcance universal dos Direitos Humanos, que devem ser observados independentemente da diversidade cultural, política, econômica e religiosa de cada sociedade.³³

A Declaração resultou da atitude dos Estados em face das atrocidades da Segunda Guerra Mundial. O objetivo, tanto da criação das Nações Unidas, evidentemente, como, sobretudo, da Declaração, foi o de criar instrumentos e instituições aptas a coibir a prática de barbaridades, como a monstruosa carnificina ocorrida tanto em solo europeu como nos demais continentes.

A limitada soberania territorial dos Estados afigurou-se insuficiente para livrar a humanidade de sistemas de governo iníquos, correntes filosóficas exacerbadas e mentes perturbadas de ditadores.

Portanto, com a criação da Organização das Nações Unidas – ONU, em 24 de outubro 1945, os Direitos Humanos passaram à sua verdadeira dimensão — como eram considerados, anteriormente, os direitos da pessoa —, qual seja, a da universalidade, independentemente de cada tradição cultural, étnica ou religiosa.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos cuidou de especificar, com minudências, os Direitos Humanos, o que não ocorria com a Carta da ONU. Esta os mencionou, porém sem estabelecer as particularidades que constam da Declaração Universal.

Para a proteção e força aos direitos contidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem foram criados, em 1966, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no âmbito da ONU.

São numerosos os documentos das Nações Unidas que fazem referência à *universalidade* dos Direitos Humanos.

Alioune Sall, exemplificativamente, escreveu um capítulo referente à “segurança humana na lei internacional”. Esclarece o seguinte:

Outra característica dos Direitos Humanos consiste na *universalidade*. De fato, falamos em “Direitos Humanos”, sem referência a nacionalidade ou a qualquer outra consideração específica. Significa que são direitos de todos os seres humanos, qualquer seja a origem. Na verdade, se os Direitos Humanos podem, com frequência, ser descritos como “naturais”

³³ CAMPOS, Ingrid Zanella Andrade. Op. cit.

e se existem desde a aurora do homem, significa que, logicamente, não podem estar na dependência de qualquer outra coisa ou circunstância. Nesse sentido é que está no próprio título da primeira Declaração da Assembléia Geral das Nações Unidas: “Declaração *Universal* dos Direitos Humanos” (1948).³⁴

O grande desafio, na atualidade, é exatamente o da efetividade dos direitos declarados, como afirmou Bobbio. A limitação do Direito Internacional, privado da sanção, traz os limites que devem ser transpostos.

No que diz respeito à proteção dos direitos humanos de terceira geração — o meio ambiente sadio —, é necessário que haja uma base jurídica internacional capaz de assegurar a proteção dos recursos naturais de interesse da humanidade e dos direitos inerentes à própria preservação da vida do homem.³⁵

Em 1972, foi realizada a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, em Estocolmo, no intuito de propor medidas tendentes a propiciar uma educação ambiental, com um sistema informativo sobre a ação do homem no meio ambiente, para um futuro saudável.³⁶

Sobre a proteção do meio ambiente, em junho de 1992 foi realizada a Conferência das Nações Unidas no Rio de Janeiro. Elaborada nesta Conferência, a Agenda 21 contou com a participação de 170 países. Contém medidas de prevenção e repressão de infrações ao meio ambiente.

Diversos tratados e convenções também foram assinados, mas a grande incógnita é a da inexistência de sanção no Direito Internacional.

As vicissitudes presentes, com os grandes movimentos e alterações em governos dos Estados — sobretudo no Oriente próximo e no Oriente médio —, assim como com as alterações de ordem econômica e social em grande parte do globo, demonstram que a soberania limitada não se afigura suficiente.

A proteção efetiva dos Direitos Humanos requer atuação global. As entidades internacionais são chamadas, portanto, a intervir, tanto através de gestões diplomáticas como pelas resoluções e recomendações, específicas, para que a enumeração das Cartas não seja apenas letra morta.

Ao examinar o tema da universalização dos direitos sociais, e as origens respectivas,

³⁴ SALL, Alioune. Combating the Proliferation of Small Arms and Light Weapons in West África. In: AYISSI, Anatole; SALL, Ibrahima (Ed.). **Handbook for the training of Armed and Security Forces**. Genebra, Suíça: UNIDIR United Nations Institute for Disarmament Research. 2005, p. 20.

³⁵ CAMPOS, Ingrid Zanella Andrade. Op. cit.

³⁶ SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito Internacional do meio ambiente**: emergência, obrigações e responsabilidades. São Paulo: Atlas, 2001, p. 50. *apud* CAMPOS, Op. cit.

Singer³⁷ menciona a Constituição da França, de 1791, que trazia, entre outros, os direitos à “assistência pública” e à “instrução pública comum a todos os cidadãos”.

É sempre oportuno reiterar aqui que essa “universalização” diz respeito ao Direito “posto”, ao Direito positivo.

O referido autor verifica os relatórios do *Comité pour l'extinction de la mendicité* da Assemblée Constituante, presidido pelo duque de La Rochefoucauld-Liancourt, que vai se tornar o Comitê de Socorros Públicos da Assembleia Legislativa e da Convenção. Já em seu plano de trabalho, o Comitê diz:

Todo homem tem direito à subsistência: esta verdade fundamental de toda a sociedade e que reclama imperiosamente um lugar na Declaração dos Direitos do Homem, pareceu ao Comitê ser a base de toda lei, de toda instituição política que se propõe a extinguir a mendicância. Assim, cada homem tendo direito à subsistência, a sociedade deve prover a subsistência de todos os seus membros que poderão estar carentes dela, e esta benéfica assistência não deve ser encarada como um favor.³⁸

Conclui Singer que: “o direito à subsistência, este direito social primordial do homem, aplica-se de forma distinta aos que podem e aos que não podem trabalhar”.

A criação da Organização Internacional do Trabalho, pelo Tratado de Versalhes, concluída em 1919, buscou generalizar os direitos sociais mediante a adoção de convenções, a serem ratificadas pelos países membros. Resultaram das negociações entre governos, trabalhadores e empregadores dos referidos países.

1.2.2 Fundamentos filosóficos, sociais e religiosos

As raízes filosóficas dos Direitos Fundamentais (posto que, inicialmente — ou seja, no período anterior à Revolução Francesa — eram denominados “direitos naturais”), levam às controvérsias inevitáveis, abstratas e complexas, próprias daqueles embates que os jusfilósofos amiúde apresentam objetivando estabelecer sólidas premissas para a compreensão do tema.

Os assim chamados “Direitos Humanos”, de par com a garantia da liberdade de consciência e da liberdade da ciência — que constituem a garantia de uma sociedade livre

³⁷ SINGER, Paul. A cidadania para todos. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Coord.). **História da cidadania**. São Paulo: Contexto. 2008, p. 213.

³⁸ Ibidem, p. 213.

—, foram reconhecidos como “grande conquista da Idade Moderna”, até mesmo por próceres religiosos. É o que se lê do pronunciamento seguinte do Papa Bento XVI:

Pois bem, as grandes conquistas da idade moderna, ou seja, o reconhecimento e a garantia da liberdade de consciência, dos direitos humanos, da liberdade da ciência e, conseqüentemente, de uma sociedade livre, há que confirmá-las e desenvolvê-las mas mantendo a racionalidade e a liberdade abertas ao seu fundamento transcendente, para evitar que tais conquistas se auto-destruam, como infelizmente temos de constatar em não poucos casos. A qualidade da vida social e civil, a qualidade da democracia dependem em grande parte deste ponto “crítico” que é a consciência, de como a mesma é entendida e de quanto se investe na sua formação. Se a consciência se reduz, segundo o pensamento moderno predominante, ao âmbito da subjetividade, para o qual se relegam a religião e a moral, a crise do Ocidente não tem remédio e a Europa está destinada à involução. Pelo contrário, se a consciência é descoberta novamente como lugar da escuta da verdade e do bem, lugar da responsabilidade diante de Deus e dos irmãos em humanidade — que é a força contra toda a ditadura — então há esperança para o futuro.³⁹

Cabe notar o embate entre os autores que integram a corrente da universalidade dos direitos humanos e os da oponente, que aduzem o relativismo cultural de tais direitos. Para esta última visão, os direitos humanos seriam mera expressão de valores que fundamentam a civilização ocidental em face da origem e desenvolvimento desses direitos na esfera social, política e cultural, dos países ocidentais, e somente destes. Logo, não caberia imposição a culturas diversas.

Segundo Romita, a última corrente entende que os direitos fundamentais estão relacionados com os padrões de cultura de cada povo, seu regime político, sua mentalidade, bem como com o sistema moral e social e as tradições que formam a base cultural de cada sociedade.⁴⁰

A doutrina dos direitos do homem, conforme Bobbio,⁴¹ nasceu da filosofia jusnaturalista, a qual — para justificar a existência de direitos pertencentes ao homem, enquanto tal, independentemente do Estado — partira da hipótese de um estado da natureza, onde os direitos do homem são poucos e essenciais: o direito à vida e à sobrevivência, que inclui também o direito à propriedade; e o direito à liberdade, que compreende algumas liberdades negativas.

Mais adiante, estabelece o referido autor que a esmagadora maioria das normas

³⁹ BENTO XVI. **Discurso ao mundo da política e da cultura**: proferido no Teatro Nacional de Zagreb, Croácia, 4 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.zenit.org>>. Acesso em: 21 nov. 2012.

⁴⁰ ROMITA, Arion Sayão. Op. cit., p. 76.

⁴¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Op. cit., p. 73.

sobre os direitos do homem, tais como as que emanam dos órgãos internacionais, não são sequer meramente programáticas, como o são as normas de uma Constituição nacional relativa aos direitos sociais (Bobbio fazia referência à Constituição italiana). Ou, pelo menos, não o são enquanto não forem ratificadas por Estados particulares. É muito instrutiva, a esse respeito — prossegue o autor — a pesquisa realizada pelo professor Evan sobre o número de ratificações das duas convenções internacionais sobre os direitos do homem por parte dos Estados-membros das Nações Unidas: ela indica que somente dois quintos dos Estados as ratificaram, e que existem grandes diferenças quanto a isto, entre os Estados do primeiro, do segundo e do terceiro mundos. As cartas de direitos, enquanto permanecerem no âmbito do sistema internacional do qual promanam, são mais do que cartas de direitos no sentido próprio da palavra: são expressões de boas intenções, ou, quando muito, diretivas gerais de ações orientadas para um futuro indeterminado e incerto, sem nenhuma garantia de realização além da boa vontade dos Estados, e sem outra base de sustentação além da pressão da opinião pública internacional ou de agências não estatais.

Ademais, considerar que o Direito positivo é a manifestação última dos princípios éticos “é abrir a via da arbitrariedade do poder, da ditadura da maioria aritmética e da manipulação ideológica, em detrimento do bem comum [...]. A legislação tornar-se-ia compromisso entre interesses diversos”. Haveria tentativa inclusão, no direito positivo, de interesses ou desejos privados, nada obstante a oposição aos deveres dar responsabilidade social.⁴²

A esse respeito, cabe recordar a manifestação de Michel Schooyans, em dezembro de 2008, à época em que se comemorou o sexagésimo ano da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas:

A Declaração não é um documento de Direito no sentido técnico da palavra. O documento enuncia os direitos básicos. Mas para que esses direitos básicos sejam colocados em prática, eles necessitam de uma tradução em textos legais. Precisam ser codificados. Devem ser prolongados em instrumentos jurídicos apropriados, no que se chama o direito positivo. Isso significa que os direitos proclamados em 1948 devem se exprimir em leis que serão aplicadas pelos governos das nações e controladas pelo poder judicial. São, portanto, duas coisas: primeiro, o reconhecimento da realidade de seres humanos que têm a mesma dignidade e os mesmos direitos básicos, e, por outro lado, instrumentos jurídicos que dão uma forma concreta, exigível, àqueles direitos reconhecidos como fundamentais.

Quando se trata da Declaração de 1948, convém perceber que os mesmos

⁴² COMISSÃO TEOLÓGICA INTERNACIONAL. Em busca de uma ética universal: novo olhar sobre a lei natural. **Documentos da Igreja**. São Paulo: Paulinas, n. 26, 2009, p. 3.

direitos fundamentais podem dar lugar a codificações diferentes de acordo com as diversas tradições jurídicas dos países. As nações podem traduzir diferentemente o mesmo respeito que elas têm aos direitos fundamentais dos homens.

O que acabamos de evocar é o que se chama a tradição realista. Essa tradição se inclina frente à realidade de seres concretos: você, eu e a universalidade dos seres humanos. Essa mesma tradição comanda todo o edifício das nações democráticas, não só o edifício jurídico, mas o edifício político, que também se baseia no reconhecimento da igual dignidade. Agora, hoje em dia, a Declaração de 1948, que se inspira nítida e explicitamente na tradição realista, e que foi redigida com a colaboração de um dos brasileiros mais ilustres da história, Alceu Amoroso Lima, está sendo contestada.

[...]

A Declaração de 1948 enuncia princípios fundamentais. São verdades primeiras, fundadoras. Nós reconhecemos esse fato, que o ser humano tem naturalmente direito à vida, à liberdade, à propriedade, a se casar, a se associar, a se exprimir livremente e que tudo isso não decorre da vontade arbitrária dos homens. Mesmo antes de entrar numa sociedade política, organizada, o homem já tem direitos humanos fundamentais. E os direitos precedem a lei. Mas o homem precisa que a sociedade se organize para que esses direitos sejam aplicados, respeitados e que, eventualmente, as infrações sejam reprimidas. Tudo isso está sendo questionado atualmente. Circulam abaixo-assinados. Há um abaixo-assinado a favor do aborto e outro contra. Mas os que mais alto gritam são os partidários da introdução de uma modificação da Declaração de 1948 que alteraria a natureza da Declaração, bem como da própria ONU.⁴³

A (in)eficácia das normas internacionais não se afigura obstáculo para a efetividade das declarações firmadas naquela esfera. Assim, o art. 5º da Declaração de Viena estabelece — como foi transcrito acima — que: “Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de maneira justa e equitativa, em pé de igualdade com a mesma ênfase.”

O avanço da técnica da comunicação, dos meios de transporte, da globalização social e econômica, trazem novo alento para que a normatização internacional adquira contorno de validade universal dos direitos humanos.

Assim, há de se considerar a existência de direitos humanos que decorrem da própria natureza do ser humano, que devem ser observados em qualquer lugar, independentemente da efetividade (direitos fundamentais) e da inclusão no Direito positivo, em face da dignidade da pessoa. Com isso, a discussão entre relativismo e universalismo

⁴³ SCHOOYANS, Michel. **A ONU e a ameaça aos direitos humanos**: entrevista com mons. Michel Schooyans. Entrevistador Alexandre Ribeiro, 25 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.zenit.org/article-20431>>. Acesso em: 21 nov. 2012. O entrevistado é professor emérito da Universidade de Lovaina, na Bélgica, especialista em filosofia política e demografia.

resulta de outras considerações, de ordens jurídica, histórica e social.

Fundamento absoluto para os direitos humanos — adverte Bobbio — não é apenas uma ilusão; em alguns casos é também um pretexto para defender posições conservadoras.

Para Boaventura de Sousa Santos,⁴⁴ não se pode dizer que os direitos humanos, em um contexto de sobreposição cultural pelo imperialismo da globalização hegemônica, possam ser considerados universais. Entende que os valores ocidentais são impostos como se fossem universais.

Destaca que, enquanto forem concebidos como direitos humanos universais, os direitos humanos tenderão a operar como localismo globalizado e, portanto, como uma forma de globalização hegemônica. Para poderem operar como forma de cosmopolitismo, como globalização contra-hegemônica, os direitos humanos têm de ser reconceitualizados como multiculturais.

Defende, assim, a construção de um novo paradigma por meio do diálogo cultural e de uma hermenêutica diatópica que possibilitará a comunicação intercultural e a transformação dos *topoi* das diversas culturas, de forma a tornarem-nas uma política cosmopolita, mutuamente inteligíveis e traduzíveis.

Segundo artigo publicado por Armando Couce de Menezes, Gláucia Gomes Vergara Lopes, Otavio Amaral Calvet e Roberta Ferme Sivoilella, Boaventura de Souza Santos reconhece a dificuldade de implementação de sua teoria, mas se mantém firme em seus ideais:

Este projecto pode parecer demasiado utópico. Mas, como disse Sartre, antes de ser concretizada, uma ideia tem uma estranha semelhança com a utopia. Seja como for, o importante é não reduzir o realismo ao que existe, pois, de outro modo, podemos ficar obrigados a justificar o que existe, por mais injusto ou opressivo que seja.⁴⁵

Flores⁴⁶ entende que a impossibilidade de imposição de valores fixos e universais *in abstractu*, ante a velocidade de mutação e ante a fragmentação das relações, remete à

⁴⁴ SOUSA SANTOS, Boaventura de. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SOUSA SANTOS, Boaventura de. (Org). **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo cultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. SOUSA SANTOS, Boaventura de. **As tensões da modernidade**: globalismo jurídico. Disponível em: <<http://globalismojuridico.blogspot.com/2008/08/pensamento.html>>. Acesso em: 21 nov. 2012.

⁴⁵ MENEZES, Cláudio Armando Couce de; LOPES, Gláucia Gomes Vergara; CALVET, Otavio Amaral; SIVOLELLA; Roberta Ferme. Direitos humanos e fundamentais: os princípios da progressividade, da irreversibilidade e da não regressividade social em um contexto de crise. **Juris Síntese**, n. 81, jan.-fev. 2010.

⁴⁶ FLORES, Joaquin Herrera. **Los derechos humanos como productos culturales**: crítica del humanismo abstracto. Madrid: Catarata, 2005. FLORES, Joaquin Herrera. **A (re)invenção dos Direitos Humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

urgência de uma nova estruturação da ordem mundial, a qual não visa à transformação das relações sociais e econômicas na sua totalidade, mas tem a finalidade concreta de evitar o abismo econômico entre os mais e menos afortunados no marco do Estado interventor.

Essa mudança de paradigmas consiste em práticas sociais e mobilidade intelectual para adequar práticas políticas com os deveres do ser humano em relação à sociedade e sua efetivação. Esses movimentos sociais devem ser positivados em grau relevante de atuação nos fatos ou, em seguida, através de norma legal. Em face da constante evolução, não cabe indicar caminhos específicos. Serão encontrados através do próprio movimento social.

A doutrina, de modo geral e em tese abrangente, considera os direitos humanos sob três aspectos: o dos direitos civis individuais (negativos) em face da abstenção do Estado ante o indivíduo; o dos direitos políticos (positivos), pela prestação do Estado, e o dos direitos sociais, pela participação no âmbito público, pelo que o indivíduo influi nas decisões do Estado.

Pela Declaração dos Direitos do Homem de 1948, estudou-se o quarto aspecto: cooperação dos indivíduos, tanto privada como publicamente, ou seja, pela universalidade. Como parte inata do ser humano, e pela sua universalidade, os direitos humanos passaram a constituir espécie de anteparo em face das violações constantes, durante e depois das duas últimas guerras mundiais.

Em essência, o fundamento passou a ser o próprio ser humano em sua dignidade de pessoa, diante da qual as especificações individuais e grupais não adquiriam foros de validade. A abstração e a “universalização absoluta” dos direitos essenciais, em busca da “proteção do ser humano” e sua individualização contra o próprio homem opressor, na época, foram defendidas e textualizadas em vários documentos normativos. No Direito comparado, vários diplomas consagraram o conceito dos direitos ditos essenciais no sentido da universalização e proteção do ser humano.

Assim, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1789, afirma que “todos os seres humanos nascem livres e iguais, em dignidade e direitos” (art. 1º). A Constituição da República Italiana, de 27 de dezembro de 1947, declara que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social” (art. 3º). A Constituição da República Federal Alemã, de 1949, dispõe em seu art. 1º que “a dignidade do homem é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é dever de todos os Poderes do Estado”. A Constituição portuguesa de 1976 é iniciada com a proclamação de que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. Para a Constituição espanhola de 1978, “a dignidade da pessoa, os direitos

invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos alheios são o fundamento da ordem política e da paz social” (art. 10). A Constituição brasileira de 1988 considera como um dos fundamentos da República “a dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III).

É indispensável, pois, a busca de uma linguagem ética comum. E a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) é a tentativa exitosa para definir uma ética universal. É imperiosa, pois, a consideração de valores morais objetivos em face da dimensão internacional para a qual são projetados os grandes problemas mundiais. A repercussão planetária de um acontecimento local faz surgir a consciência de solidariedade global que encontra seu fundamento último na unidade do gênero humano e se traduz pelo sentido de uma responsabilidade planetária.⁴⁷

O fundamento da Declaração Universal está numa “ética mundial”. Esta é definida pelo conjunto de valores fundamentais obrigatórios, que forma, depois de séculos, o tesouro da experiência humana.⁴⁸ Tal conceituação encontra dificuldade já na forma de manifestação. Até em que ponto a pesquisa indutiva, mediante maioria — ou seja, pelo consenso mínimo —, fundamentaria o Direito de modo absoluto? Essa “ética mínima” não relativizaria as fortes exigências éticas de cada país, nação, religião, ou sabedoria particulares?

Nada obstante o caminho, inçado das maiores dificuldades, é lícito progredir no estudo, em face das exigências imediatas até mesmo para a sobrevivência física do planeta, que emite sinais de sobrecarga.

Relevante notar que a presença da ética na Filosofia do Direito impõe a consideração de todos os aspectos que devem ser examinados para a correta conceituação da universalidade dos direitos humanos.

O positivismo jurídico é notoriamente insuficiente, porque o legislador não pode agir legitimamente senão dentro de certos limites, que decorrem da dignidade da pessoa humana e do serviço ao desenvolvimento do que é autenticamente humano. O legislador não pode abandonar a determinação do que é humano a critérios extrínsecos e superficiais.⁴⁹

Lembra Maria Amélia de Almeida Teles que os direitos humanos precedem e não dependem de jurisdicIALIZAÇÃO.

⁴⁷ COMISSÃO TEOLÓGICA INTERNACIONAL. Op. cit., p. 3.

⁴⁸ Ibidem, p. 8.

⁴⁹ Ibidem, p. 10.

Os direitos humanos são inerentes à pessoa, independentemente de seu reconhecimento pelo Estado, cultura, nacionalidade, sexo, orientação sexual, cor, raça/etnia, classe social, faixa etária. Conforme seus princípios, *toda pessoa, pelo simples fato de ser um ser humano, é titular de direitos*. Daí a importância do sistema jurídico de proteção internacional dos direitos humanos, visto que pode ocorrer de o estado ofender e violar os direitos humanos das pessoas, como se deu na era nazista ou em tantos outros regimes políticos ditatoriais.⁵⁰ (sem itálico, no original).

Para Alexandre Porto, a universalidade dos direitos humanos é incontestável, em face da natureza da pessoa. O sofrimento que decorre das violações de tais direitos não distingue nacionalidade. Brancos, negros, amarelos, pardos, não importa. Todos sangram em vermelho.

A divergência, porém, está em que, nesta tese, a universalidade dos Direitos Humanos, no sentido da Filosofia e da Teologia, não é inovadora. A novidade consistiu em incluir, no Direito Positivo, os referidos Direitos. A visão relativista que privilegia concepções tradicionais de uma cultura sobre padrões universais de direitos humanos reflete conservadorismo arraigado em relação a avanços democráticos. Como se destina a proteger o indivíduo contra abusos da autoridade constituída, a idéia de direitos fundamentais tem potencial revolucionário forte. Em muitos países, sua observância provocará mudanças radicais na estrutura do poder político. Mesmo na cultura ocidental, a noção de que todos os homens são iguais e têm direitos inatos foi inovadora. A consolidação dessas idéias em outras culturas envolverá adaptações progressivas, assim como ocorreu no Ocidente. As culturas não são estáticas. Incluem maneiras de pensar e agir que estão em constante mutação. As culturas evoluem. Cultura não é destino.

A proteção dos Direitos Humanos tem de ser universal porque os abusos contra a dignidade humana ocorrem universalmente. Negar esse fato com base em relativismo cultural representa banalizar as violações e negar um vínculo de humanidade comum às vítimas. Pergunte aos presos de consciência que apodrecem em cadeias à espera de julgamento se seu sofrimento é relativo. Indague às meninas que são vendidas ou circuncidadas aos 12 anos de idade se sua dor é menor por causa da cultura em que vivem.⁵¹

⁵⁰ ALMEIDA TELES, Maria Amélia de. **O que são Direitos Humanos das mulheres**. São Paulo: Brasiliense. 2007, p. 32.

⁵¹ PORTO, Alexandre. Cultura não é destino. **Folha de São Paulo**, p. A26, 27 out. 2012. O autor é diplomata.

1.3 Direito do Trabalho como expressão dos Direitos Humanos

*“Partout où l'homme apporte son travail, il
laisse aussi quelque chose de son coeur.”*

Henryk Sienkiewicz⁵²

Na visão de Antonio Rodrigues de Freitas Júnior,⁵³ cuida-se de um momento — aquele em que vivemos — de ruptura paradigmática do Direito do Trabalho. Efetivamente, a concepção doutrinária da hipossuficiência do trabalhador, teoria implementada para suprir juridicamente a desigualdade, em face da suficiência do empregador, parece não encontrar mais amparo fático.

O itinerário de mudanças impõe a necessidade de avançar na transição de uma ética de participação social, baseada no paradigma de *homo laborans*, para uma ética de solidariedade no paradigma do *homo ludens*.

A derrogação da igualdade formal ou o hipotético suprimimento da debilidade contratual do trabalhador pela igualdade jurídica — o que ocorre em face da globalização e do crescente desemprego — não é apta ao retorno da situação anterior, consagrada no ápice da era do liberalismo econômico. Vale dizer: não há como admitir a adoção de regimes jurídico-contratuais marcados pela igualdade formal, atirando o trabalhador para as oscilações do mercado.

A preocupação dos autores e da doutrina, em geral, é também válida e pertinente, pois, com as novas exigências do mercado diante da globalização e do aprimoramento das técnicas de produção, se desconsidera, quase sempre, os direitos humanos, sobretudo os sociais.

Na lúcida interpretação de Massimo Borghesi⁵⁴:

⁵² SIENKIEWICZ, Henryk. **La famille polaniecki**. Paris: Ollendorff, 1901. O autor é polonês, 1846-1916.

⁵³ FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues. **Direito do Trabalho na era do desemprego**: instrumentos jurídicos em políticas públicas de fomento à ocupação. São Paulo: LTr, 1999, p. 157.

⁵⁴ É professor titular de Filosofia Moral na Universidade de Perugia, de Ética e Teologia Filosófica na Universidade São Boaventura e de Hermenêutica e Filosofia da Cultura na Universidade Urbaniana de Roma. Tem estudado especialmente o tema das raízes culturais da crise do pensamento moderno e das suas implicações políticas. É autor de diversos livros, ainda inéditos no Brasil, entre os quais os mais recentes são “Il soggetto assente: educazione e scuola tra memoria e nichilismo”, Castel Bolognese, 2005 (trad. espanhola, Madrid, 2005); “Secolarizzazione e nichilismo: cristianesimo e cultura contemporanea”, Siena, 2005 (trad. espanhola, Madrid, 2007); “L’era dello Spirito: secolarizzazione ed escatologia moderna”, Roma, 2008. É o editor de “Caro collega ed amico: lettere di Etienne Gilson ad Augusto del Noce”, Siena, 2008, com a correspondência entre os dois autores.

[...] a visão economicista da ideologia da globalização produziu um deserto da vida, uma *destruição das relações pessoais*. É nesta perspectiva que as reflexões dos pensadores comunitários americanos se tornam importantes — penso em Macintyre ou em Charles Taylor como representantes desta corrente que indubitavelmente é importante. Na Europa, é dominante a figura de Jürgen Habermas, o expoente da “inteligência democrática” européia, que nos últimos anos — mais precisamente depois de 2001 — volta a perguntar-se sobre a importância da dimensão religiosa para recriar entre as pessoas uma solidariedade que a secularização maciça desses anos dissolveu de maneira impiedosa.

A partir disto, este crítico laico iluminista iniciou um diálogo de enorme interesse com o então cardeal Ratzinger, dando origem a um debate que continua até hoje. Na Itália, por exemplo, as teses de Habermas são muito discutidas, sobretudo nos ambientes laicos, porque apanharam o laicismo italiano de surpresa. Afinal, foi do mais importante expoente da inteligência progressista européia que veio uma provocação de altíssimo nível: o pensamento laico democrático atual não pode deixar de considerar a dimensão religiosa, a fim de ser capaz de reconstituir os vínculos de solidariedade que estão por trás da prática democrática hoje [...].⁵⁵

Está em causa, portanto, o respeito à dignidade do trabalhador, haja vista que é indissociável dos Direitos Humanos a atividade que desenvolve para sobreviver, sustentando com o suor do rosto também os familiares.

A escravidão é marca que grava, indelevelmente, o trabalho, no Brasil. Perduram, até hoje, os efeitos deletérios desse regime. Assim escreveu Ricupero:

Uma das manchas mais tenebrosas da história do cristianismo é que, durante cerca de quatro séculos, nações católicas ou protestantes consideravam com perfeita e igual naturalidade a captura e a compra e venda de seres humanos. Essa insensibilidade, que já não logramos conceber, deveria alertar-nos para a aberração de tratar a economia ou o comércio como atividades neutras em matéria de valores morais, obedecendo apenas a critérios de lucratividade.⁵⁶

No Direito do Trabalho não há como considerar que tudo gire em torno do salário, ou que a obrigação salarial seja mais importante do que qualquer das outras que se originem do contrato de emprego. É o pensamento de Júlio Assumpção Malhadas.⁵⁷

⁵⁵ BORGHESI, Massimo. O mundo após a crise das utopias. **Revista Dicta & Contradicta**. São Paulo: Civilização Brasileira, n. 2, p. 42-56, dez. 2008. Trata-se de coletânea de ensaios, semestral, do IFE (Instituto de Formação e Educação), associação sem fins lucrativos que visa a estudar, criar e divulgar no Brasil conhecimento nos campos das Humanidades, das Artes e da Filosofia. O artigo em questão é transcrição da palestra “Depois de 68 e 89: o mundo após a crise das utopias”, pronunciada pelo prof. Massimo Borghesi em 02 de outubro de 2008, no IICS (Instituto Internacional de Ciências Sociais) de São Paulo.

⁵⁶ RICUPERO, Rubens. Um caso de consciência. **Folha de São Paulo**, 29, jun. 2003.

⁵⁷ MALHADAS, Júlio Assumpção. Proteção à intimidade do trabalhador durante a execução do contrato de trabalho. *In*: VI CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO SOCIAL, Salvador, 29-30 abr. 1999. **Arquivos do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior**. São Paulo, v. 27, 1999, p. 90.

Assim considerar — ensina Malhadas — seria retroceder no tempo, a dizer que o trabalho humano é apenas mercadoria. E mercadoria insignificante, da menor valia, desprezível até, porque em relação a ela só interessaria o preço e o pagamento deste.

Acima da obrigação salarial, e como origem desta, o empregador assume perante o empregado a obrigação de nele ver e respeitar a pessoa humana, giza o saudoso Advogado, Professor e ex-Juiz do Trabalho.

No contrato de trabalho *não há* obrigações mais importantes e obrigações menos importantes. *Se houvesse*, porém, como classificar tais obrigações por ordem de importância, por certo não seria a salarial a mais importante. Envolvendo o contrato de emprego a atividade de uma *pessoa* que vai prestar serviços *subordinada* a outra(s), por certo, *antes do salário* há outros aspectos a serem considerados, como a *dignidade da pessoa*, que vai trabalhar subordinada, a *segurança do trabalho*; a *higiene do trabalho e do ambiente*: a *moralidade*.

A obrigação salarial é *apenas uma* das que o empregador assume. Não a mais importante, não a que deva ser prioritariamente considerada.⁵⁸

Contrapondo-se, portanto, à argumentação de Gerard Lyon-Caen e de Félix Pippi — segundo os quais o Direito do Trabalho é construído em torno da questão do salário e o problema dos salários é a pedra angular da “questão social” e a preocupação dos dirigentes da maioria dos Estados —, pugna Malhadas pela aplicação dos dispositivos da Carta da República e da legislação infraconstitucional. Entre outros, os princípios da construção de uma sociedade livre, justa e solidária; o da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; a igualdade de todos perante a lei, sem qualquer distinção; a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Elenca ainda as alíneas do art. 483, da CLT.

Ricupero, ao discorrer, no VI Congresso Brasileiro de Direito Social, sobre o Direito Social e o desemprego, salienta a mutação das condições da prestação de serviço. Advoga a adoção de novas formas de contratação. Indica as múltiplas causas do desemprego. O pronunciamento está voltado, essencialmente, para o futuro, em face da experiência do final do século passado.

Conclui pela adoção de um “Direito do Trabalho que não é ligado ao emprego, *mas é ligado à pessoa, a pessoa, mesma, que possa passar por vários períodos da vida*”. É afirmativa que põe mais que manifesta a aplicabilidade ampla dos Direitos Fundamentais da Pessoa Humana em toda sua amplitude. Ao texto, pois:

⁵⁸ MALHADAS, Júlio Assumpção. Op. cit., p. 90.

Portanto, o que eu queria concluir, nesse panorama geral que está acontecendo no mundo, é que é necessário que tenhamos um Direito Social, um Direito do Trabalho atualizado, sintonizado com o mundo, que saiba se abrir a essas formas novas de regulamentação que estão sendo criadas. Não apenas aquele contrato tradicional de duração indeterminada, mas contratos de diversos tipos, inclusive de tempos parciais, certas modalidades em que se está pensando hoje em dia, por exemplo, de *um Direito do Trabalho que não é ligado ao emprego, mas é ligado à pessoa, a pessoa, mesma, que possa passar por vários períodos de sua vida*. Em alguns períodos ela estará assalariada, em outros ela está passando por um estágio de formação, em um terceiro período ela poderá estar empenhada em uma atividade social de benefício à comunidade e que *a proteção a acompanhe, como que de uma forma individual, colada ao indivíduo e não apenas algo em separado do emprego*.⁵⁹ (original sem itálico).

As constantes violações da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do trabalhador (art. 5º, inciso X, da Constituição Federal), da integridade física e psíquica e da sobrevivência física são a realidade do dia a dia. Desmerece citação pormenorizada de estatísticas e de decisões judiciais a esse respeito.

É flagrante a preocupação geral de estudiosos do Direito do Trabalho com a precarização da prestação de serviços e, sobretudo, com a falta de emprego. O Direito do Trabalho tem, como essência, exatamente os Direitos Humanos. Quem procura a subsistência, própria e dos familiares, com o suor do rosto, e uma vida digna de ser vivida — tanto quanto possível — deveria encontrar no trabalho a expressão de sua dignidade.

Todavia, o que se verifica, na experiência diária, é a constante violação dos direitos, seja pela negativa de contratos de trabalho, seja pelo desrespeito à privacidade, à honra, à integridade física e psíquica e à sobrevivência digna do trabalhador.

Para Alain Supiot,⁶⁰ salários miseráveis, precarização do trabalho, jornadas dilatadas, repousos suprimidos ou reduzidos, males que assolam milhões de trabalhadores, clamam por uma redefinição urgente do papel dos Direitos Humanos nas relações laborais.

Os Direitos Humanos são, sem dúvida, um fenômeno social, como ensina Bobbio.⁶¹ Ou, pelo menos, são *também* um fenômeno social.

Em face da lei posta (art. 6º da Constituição Federal), o capítulo referente aos

⁵⁹ RICUPERO, Rubens. O Direito Social e o desemprego. In: VI CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO SOCIAL, Salvador, 29-30 abr. 1999. **Arquivos do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior**. São Paulo, v. 27, 1999, p. 90. Videoconferência. À época, Ricupero ocupava o cargo de Secretário-Geral da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento.

⁶⁰ SUPIOT, Alain. **Droit du Travail**. 18. ed. Paris, 1996.

⁶¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Op. cit., p. 68.

direitos sociais especifica o trabalho, entre outros (educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância; assistência aos desamparados). Estabelece, a seguir, os direitos dos trabalhadores (art. 7º) e inclui, genericamente: “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”. Trata-se da espécie de direitos fundamentais indicada como direitos sociais dos trabalhadores.

A enunciação mencionada (art. 6º), em termos gerais, enquanto princípios, indica que todos são titulares dos direitos sociais, as pessoas, como membros da comunidade política e jurídica. Por isso que são considerados direitos fundamentais sociais como categoria geral.⁶² Logo, não são endereçados a categoria específica de titulares. Todavia, exercem funções jurídico-formais objetivas porque estão incluídos no ordenamento jurídico e são dotados de eficácia, com origem na Carta.

Há na Carta Política, em sequência, especificação de conteúdo (Títulos II, VII e VIII, da Ordem Econômica e Financeira e da Ordem Social).

Para a eficácia plena, como a dedução de pretensão exercitável, cumpre a existência da definição legal prévia das ações ou prestações positivas do Estado ou de terceiros. Somente os direitos de defesa é que têm o conteúdo para eficácia plena, extraída da Constituição. Ledur⁶³ traz exposição clara, depois de percuciente exame, de análise bibliográfica do debate no campo da aplicabilidade dos direitos sociais. As indicações jurisprudenciais tampouco trazem linhas seguras para qualquer conclusão. Exemplificativamente, a obrigação do Estado relativamente à saúde.

Os direitos coletivos dos trabalhadores figuram nos arts. 8º, 9º, 10 e 11, no Capítulo II, sob a epígrafe “Dos Direitos Sociais”, da Carta da República. Trata-se de projeção dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, no âmbito da relação de membro da comunidade com os demais integrantes.

No âmbito do Direito Coletivo do Trabalho, os Direitos Fundamentais atuam como marco orientador da constituição; das eleições e da própria operacionalidade das entidades sindicais. Para Enoque Ribeiro dos Santos, o Direito Coletivo do Trabalho moderno:

[...] há que ter como princípios nucleares os valores éticos, a sociabilidade, a cooperação e a solidariedade humana (não a simples caridade), o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, pela exigência da probidade e da boa-fé, que devem nortear não apenas a

⁶² LEDUR, José Felipe. **Direitos Fundamentais Sociais**: efetivação no âmbito da democracia participativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 82.

⁶³ Ibidem.

feitura de conclusão, com a execução dos negócios jurídicos, entre eles os contratos coletivos de trabalho, sob as mais variadas configurações.⁶⁴

No mesmo sentido advoga Marcus de Oliveira Kaufmann,⁶⁵ ao defender a aplicação das cláusulas gerais do Direito, contidas no Código Civil brasileiro vigente, em face do Direito Coletivo do Trabalho.

Para identificar verdadeiras e legítimas representatividades sindicais — adverte o autor — democráticas, é preciso que sejam utilizadas as cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados que permeiam a legislação civil. Pugna pela aplicação de tais normas às relações coletivas de trabalho e à leitura, mais moderna, do artificialismo da estrutura das organizações sindicais.

Entende como “cláusulas gerais” que constam do Código Civil vigente a expressão “função social”, no artigo 421, como limite à autonomia privada, e as referências à “boa-fé objetiva” e à “probidade”, no artigo 422.

Destaca o jurista mencionado a cláusula geral da “boa-fé objetiva”, integrante do conceito de eticidade, por meio da qual, em qualquer relação ou negócio jurídico, o ordenamento jurídico brasileiro impõe regra de conduta, ínsita nos artigos 187 e 422 do Código Civil para as partes envolvidas pelo artigo 113, como regra de interpretação, facultando ao juiz permanente atualização para adequar a solução jurisdicional aos princípios maiores constitucionais, aos direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente.

Kaufman assegura que o indivíduo prejudicado pela ausência de ambiente democrático na órbita do sindicato tem o direito e o dever de buscar, perante a Justiça do Trabalho, a responsabilização de seu sindicato representativo e a de seus líderes, a condenação da entidade e dos dirigentes envolvidos em obrigações de fazer e de não fazer (com previsão de multa cominatória diária diante do eventual descumprimento de ordem judicial) que possam representar, na realidade, a efetiva participação do autor do dissídio na vida sindical, inclusive para fins de apresentar chapa de oposição em períodos de eleições sindicais. Enfim, para obrigar entidade e dirigentes acanhados à imposição de que o sindicato disponha, em seus estatutos, de elementos caracterizadores da possibilidade de

⁶⁴ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos Humanos na negociação coletiva**: teoria e prática jurisprudencial. São Paulo: LTr., 2004, p. 111.

⁶⁵ KAUFMANN, Marcus de Oliveira. A democracia sindical interna: um mote para as responsabilidades e para a responsabilização dos sindicatos. In: **Arquivos do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior**, n. 34, 2010, p. 51

ampla participação das bases nos destinos sindicais, mediante a implementação de verdadeira democracia sindical interna.

Verbera o autor contra procedimento de líderes que emasculam o princípio democrático, no âmbito da representação sindical. Busca coibir a afronta à boa-fé objetiva (afronta esta que ocorreria em face da limitação da liberdade sindical positiva e negativa dos indivíduos partícipes de dada categoria) mediante a adoção do sistema da unicidade do Direito, com o que será afastada a acomodação de lideranças sindicais, e, por conseguinte, o enriquecimento sem causa daqueles que se desenvolveram, política e financeiramente, às custas dos desmandos e da ausência de democracia na estrutura sindical.

Para Celso Cintra Mori,⁶⁶ a boa-fé, no Direito Civil brasileiro, continua sendo um princípio, um conceito programático de relação jurídica desejável. Mas, concretamente — escreveu o mencionado jurista —, é mais que isso. *É uma regra de hermenêutica e é frequente conteúdo do Direito positivo.* Assim, elevada à condição de regra de hermenêutica a respeito de conteúdos do Direito positivo, não pode ser ignorada nem violada pelas partes, nem pode, muito menos, ser desconhecida pelo juiz. E conclui:

A boa-fé, quando integrativa dos contratos que sejam naturalmente cumpridos, na prática retoma a sua conotação ética, de conduta desejável, que efetivamente ocorre. Apenas quando falta a boa-fé onde deveria estar, seja na formação, seja na execução do contrato, é que se torna imprescindível recorrer à norma jurídica que lhe conferiu força cogente. Nesse momento, o papel do juiz é muito mais importante que o papel das partes, e será o juiz quem irá conferir, ou não, o caráter de concretude que o legislador desejou para a boa-fé no Código Civil.⁶⁷

Na concretização dos direitos fundamentais sociais, quanto à aplicabilidade e à efetividade das normas de direitos sociais, bem estabelece João Luiz M. Esteves que:

O enfrentamento no campo jurídico-dogmático não tem solução de ordem prática porque é algo que se aceita ou se recusa por variados motivos, até mesmo por imposição a outros dogmas. A tentativa de submeter a aplicabilidade dos direitos sociais a enquadramento técnico-jurídico tem recebido críticas de autores como Flávio Piovesan que, refutando a pretensa cientificidade presente em postulados de dogmática jurídica, a forma acreditar que “a idéia de não-acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica e não científica”. É necessário, portanto, que se abra mão de analisar a questão da aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais, pelo menos de forma

⁶⁶ MORI, Celso Cintra. A boa-fé no Direito Civil. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, v. 32, n. 116, jun. 2012, p. 53.

⁶⁷ Ibidem, p. 53.

exclusiva, em uma relação direta com esses postulados de ordem dogmática, para que se possam entender quais os reais fundamentos de ordem prática em que se enquadra o debate acerca da aplicabilidade desses direitos.⁶⁸

A Organização Internacional do Trabalho, diante das preocupações com o crescente poder das empresas transnacionais e com a globalização influenciando a proteção do trabalhador, buscou verificar quais das mais de 180 convenções da entidade conteriam os direitos humanos trabalhistas básicos.

Pela Declaração solene, na Conferência de 1998, foram relacionadas as seguintes convenções fundamentais do trabalho, divididas segundo quatro temas essenciais. Foram proclamadas em 1998, sob o título “Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho”: liberdade sindical; trabalho forçado; não discriminação e idade mínima para o trabalho.

Os objetivos essenciais da Organização Internacional do Trabalho foram renovados. Dizem respeito à implementação de trabalho decente e digno, “desenvolvido em ocupação produtiva, justamente remunerada e que se exerce em condições de liberdade, equidade, seguridade e respeito à dignidade da pessoa humana”.⁶⁹

O ambiente de respeito aos direitos fundamentais básicos do trabalhador está jungido de modo visceral ao trabalho decente. Tais direitos, segundo as normativas da OIT, devem ser incentivados pelos múltiplos organismos internacionais e Estados, em atuação conjunta e mediante o respeito às áreas de atuação de cada entidade.

Assinale-se — como escreveu Mesquita Barros — que um traço fundamental no desenvolvimento do Direito do Trabalho é a sua constitucionalização. “Por meio da influência dos direitos fundamentais no trabalho e de outros valores enunciados na Constituição, se ancora nos direitos sociais.”⁷⁰

O último autor citado traz a indagação sobre as relações de trabalho: em que medida a Constituição há de ser degrau para a organização? Neste aspecto, entendo que os direitos fundamentais e os princípios basilares da Carta não estão endereçados somente ao Estado — como afirma o professor e autor celebrado — mas *também* aos particulares.

A liberdade de desenvolver a personalidade, o princípio da igualdade de tratamento e a liberdade de opinião, assim como a proteção da vida privada (pessoal) e a intimidade

⁶⁸ ESTEVES, João M. Esteves. **Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2007, p. 48.

⁶⁹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **Doc. GB 280/wp/sdb**, mar. 2001.

⁷⁰ BARROS, Cássio Mesquita. O futuro do Direito do Trabalho. **Revista LTr**. São Paulo, v. 66, n. 5, maio 2002.

dos trabalhadores não colidem — em princípio — com o exercício do poder de direção do empregador.

As melhores técnicas de relacionamento que devem ser adotadas entre as partes, as numerosas possibilidades de constituição de comissões apartidárias e até tripartites, assim como as ações conjuntas das entidades representativas certamente salvaguardarão os interesses do empregador e os direitos fundamentais dos empregados.

O Direito do Trabalho não está em vias de desaparecimento. Tem ele um futuro, pois as idéias e as suas funções podem ser realizadas por outras disciplinas. Todavia, no futuro, o direito do trabalho terá um outro aspecto para sobreviver como regramento aplicável, eficaz e razoável. O Direito do Trabalho deverá seguir as mudanças das relações do trabalho. Se essas adaptações não forem realizadas, o direito do trabalho não fará mais parte da realidade do mundo do trabalho. Com frequência se diz que o direito do trabalho está em crise. Mas desafio não significa necessariamente a crise. [...] A determinação concreta sobre as possibilidades de reação são mais uma decisão política.⁷¹

Há, na realidade, uma tendência de transferência da responsabilidade social do Estado para a iniciativa privada, seja pela perda de influência de governos e organizações de trabalho locais no mercado globalizado, seja pela pressão que é exercida pela opinião pública, associações de consumidores, organizações não-governamentais, sindicatos, sobre as grandes empresas multinacionais, exigindo maior responsabilidade quanto ao impacto social e ambiental de operações de empreendimentos transnacionais ou multinacionais de grande porte.⁷²

Portanto, a atuação sincrônica e em sintonia com os objetivos propugnados, seja dos Estados, seja da OIT, seja das grandes empresas e investimentos, para atingir melhores condições de trabalho, em suas respectivas órbitas, trará consequências favoráveis à efetividade dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Para José Afonso da Silva:

O art. 6º menciona o lazer entre os direitos sociais. Lazer e recreação são funções urbanísticas, daí porque são manifestações do direito urbanístico. Sua natureza social decorre do fato de que constituem prestações estatais que interferem com as condições de trabalho e com a qualidade de vida, donde sua relação com o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado. Lazer é entrega à ociosidade repousante. Recreação é entrega ao

⁷¹ BARROS, Cássio Mesquita. Op. cit.

⁷² CARDOSO, Luciane. Códigos de conduta, responsabilidade empresarial e direitos humanos dos trabalhadores. **Revista LTr**. São Paulo, v. 67, n. 8, p. 917-929, 2003.

divertimento, ao esporte, ao brinquedo. Ambos se destinam a refazer as forças depois da labuta diária e semanal. Ambos requerem lugares apropriados, tranquilos num, repletos de folguedos e alegrias em outro.

A Constituição menciona o lazer apenas no art. 6º, e ligeira referência no art. 227, e nada mais diz sobre esse direito social. Como visto, ele está muito associado aos direitos dos trabalhadores relativos ao repouso. Nesse sentido ele fora definido no Anteprojeto da comissão Afonso Arinos, art. 24: “Todos têm direito ao lazer e à utilização criadora do tempo liberado ao trabalho e ao descanso”. É um direito social que vai depender de melhor definição na legislação ordinária.

Direito ao meio ambiente: Este não fora previsto, como tal, no art. 6º, mas um capítulo sobre o assunto integra o título da ordem social, onde se estatui que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225). É um campo que integra, na sua complexidade, a disciplina urbanística, mas se revela como social, na medida em que sua concreção importa em prestação do Poder Público [...].⁷³

Em face da identificação dos Direitos Humanos com o Direito do Trabalho, argumenta-se com a concepção da aplicação progressiva dos direitos sociais, que importa na proibição de reversão dos patamares favoráveis já estabelecidos.⁷⁴

Assegura-se que o princípio da irreversibilidade (ou dever da não-regressividade), irradiação da cultura dos Direitos Humanos, além de toda doutrina e jurisprudência construídas em seu favor, está expressamente consagrado no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e no Protocolo de São Salvador de 1999, ambos ratificados pelo Brasil.⁷⁵

Afirma-se ainda que, no campo dos Direitos Humanos, os direitos e garantias estabelecidos em tratados e convenções fixam autênticos deveres e obrigações, e não meros preceitos de ordem moral ou programática.⁷⁶ Trata-se de um desdobramento do princípio da progressividade das normas sobre direitos humanos.

A Declaração de 1789 trouxe para a norma escrita, positiva — de uma certa forma e em alguns aspectos —, o que, até então, era concebido como direito natural. Das instituições vigentes, a Igreja imaginava-se depositária, intérprete e guardiã suprema da doutrina do Direito Natural. Portanto, também dos Direitos Humanos. Alguns autores consideraram que o nó da relação entre a Igreja e a Declaração teria, entre outros motivos, o seguinte:

⁷³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

⁷⁴ MENEZES, Cláudio Armando Couce de; LOPES, Glaucia Gomes Vergara; CALVET, Otavio Amaral; SIVOLELLA; Roberta Ferme. Op. cit.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ Ibidem.

Os Papas do século XIX condenaram a Declaração porque a viam, por bons motivos, como “um caminho de emancipação da sociedade civil em relação à direção da Igreja sobre a sociedade”. Em síntese, pensavam que os direitos dos seres humanos, necessariamente mutáveis, se opusessem aos de Deus — assentes sobre a verdade e, portanto, eternos — dos quais a Igreja era depositária.⁷⁷

Sucedem que as restrições políticas e econômicas que muitos regimes laicos impuseram recomendaram maior flexibilidade. Os direitos começaram a ser invocados para obter a liberdade religiosa e de ensino. Fundamentalmente, a mudança de concepção para que a Igreja considerasse a positivação dos direitos humanos, porque dependem da lei natural, desejada por Deus, conservada pela instituição, ocorreu com Leão XIII. Abre espaço aos direitos econômicos e sociais, resultantes desse reconhecimento. Prossegue Lucetta Scaraffia:

[...] o desprezo por eles da parte das mesmas ditaduras ateias que contribuiu para o fortalecimento, na cultura católica, da ideia de que só a fundação transcendente da pessoa oferece a possibilidade de atribuir ao homem o valor absoluto que está na base dos direitos. E vemos-lo — embora Menozzi não o observe — já na condenação da eugenia, contida na encíclica *Casti connubii* (1930), única entre as vozes autorizadas dessa época.

As posições católicas a favor dos direitos humanos — a mais relevante foi sem dúvida a de Jacques Maritain — multiplicam-se durante e após a segunda guerra mundial, e desempenharão um papel não secundário na redação da Carta de 1948. Todavia, o verdadeiro obstáculo para a aceitação total por parte da Igreja é a liberdade de consciência, que só será acolhida por João XXIII, com a encíclica *Pacem in terris* (1963): nela os direitos humanos são considerados uma “etapa de aproximação”, válida a nível planetário, para “o modelo ideal de organização da sociedade civil”, proposto pelos católicos.

A partir daquele momento — graças também à contribuição decisiva de Paulo VI — a Igreja torna-se fomentadora sincera dos direitos humanos, considerados “ponto de referência essencial para tutelar a dignidade da pessoa”.⁷⁸

Para o eminente Professor Jorge Souto Maior, que elaborou as razões de manifestação contra o projeto apresentado ao Poder Legislativo para alteração da legislação do Trabalho, “o Direito do Trabalho constitui, de certo modo, a essência dos Direitos Humanos”.⁷⁹

⁷⁷ SCARAFFIA, Lucetta. Igreja e Direitos Humanos. *L'Osservatore Romano*, 15 jun. 2012.

⁷⁸ Ibidem.

⁷⁹ O trecho em questão é o seguinte: “Técnicamente, o Direito não se resume à literalidade da lei, tratando-se, sobretudo, de um conjunto valorativo historicamente construído com o objetivo de permitir a necessária

A evolução histórica dos Direitos Humanos fez com que o Direito positivo brasileiro passasse a contemplar ainda as prescrições com o objetivo de atuar a proteção do trabalhador, tanto física como psiquicamente, na sua individualidade e na vida social.

O disposto no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988 estabelece que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O legislador constituinte consagrou o direito dos trabalhadores urbanos e rurais ao “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa” (art. 7º, inciso XVII, da Carta Política).

A atuação da jurisprudência na proteção dos direitos humanos do trabalhador, desde o início — seja na configuração das lesões de direito, seja na afirmação da competência da Justiça do Trabalho para as causas referidas —, marcou o caminho posteriormente consagrado pelo legislador.

No Direito comparado, a médica psiquiatra francesa Marie-France Hirigoyen, especializada em assédio moral e psicológico, ao falar da experiência em seu país, mencionou a existência de lei a respeito, desde 1988. O assédio moral consta dos Códigos do Trabalho, dos Servidores e Penal. Como penas estão previstas reclusão de um ano ou multa de quinze mil euros.

Na conferência proferida no XVI Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, afirmou que: “A lei foi construída pelos juízes, pela jurisprudência. Eles fizeram a lei como ela é para dar uma melhor proteção aos trabalhadores. Foi graças à jurisprudência que começamos a conhecer aquilo que era preciso fazer”.⁸⁰

Deixou claro que “é um desafio para os magistrados do Trabalho definir o que consiste ou não assédio moral e psicológico e que o caminho é os juízes desenvolverem a sensibilidade”.⁸¹

O caminho para erradicar o assédio moral, na visão de Marie-France, está na

evolução da condição humana. De forma mais restrita, mas sem perder a noção do todo, o Direito do Trabalho volta-se à melhoria da condição social e econômica do trabalhador, constituindo, de certo modo, a essência dos Direitos Humanos no modelo de sociedade capitalista, na medida em que a relação entre o capital e o trabalho é o ponto central desse modelo”. (SOUTO MAIOR, Jorge. **Manifesto de juristas: não ao Projeto de Acordo com Propósito Específico do SMABC**, 8 ago. 2012. Disponível em: <<http://cspconlutas.org.br/2012/08/manifesto-de-juristas-nao-ao-projeto-de-acordo-com-proposito-especifico-do-smabc/>>. Acesso em: 21 nov. 2012.).

⁸⁰ ANAMATRA. **Revista Trabalhista Direito e Processo**, n. 151, maio 2012. Encarte especial relativo ao XVI Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, p. 7.

⁸¹ Ibidem.

prevenção, ideologia que vem ganhando corpo nos países europeus, inclusive na França. “Há obrigação para as empresas de tomar medidas que garantam a saúde e a segurança dos trabalhadores. O Direito francês passou de uma lógica de reparação para uma obrigação de prevenção. A prevenção é uma verdadeira oportunidade de modernização das relações sociais e humanas na sociedade”.⁸²

Segundo a psiquiatra, essa mudança no Direito é resultado das próprias características e exigências do mundo moderno. “As pessoas estão frágeis porque tentam se adaptar como podem ao mundo”. Existe uma insegurança no mercado de trabalho, devido à exigência exacerbada dos tempos modernos:

[...] isso está levando as pessoas a comportamentos desleais para proteger o emprego. É a globalização do sofrimento no mundo no trabalho. A verdade é que a transformação no mundo do trabalho e a preocupação com a eficiência econômica geraram novas patologias. E o assédio moral é apenas um dos aspectos.

[...]

Em muitas empresas há [maior] preocupação com as aptidões técnicas dos profissionais do que com sua capacidade de gestão de recursos humanos. O foco está na produtividade e não nas relações humanas. Os gestores também precisam ouvir mais as pessoas, ou seja, agir preventivamente. Se quisermos que não haja uma queixa injustificada de assédio moral é preciso ouvir mais as pequenas queixas, antes que se tornem graves.⁸³

A psiquiatra esclarece que: “O fato de haver uma lei é um avanço importante para punir os maus gestores e dar recurso às vítimas, que agora têm palavras para lutar. A legislação francesa não pune [apenas] o assédio de cima para baixo, mas também entre colegas e dos subalternos que procuram desqualificar os seus superiores hierárquicos.”⁸⁴

Nos termos da legislação francesa, a lei trabalhista estabelece a configuração de assédio moral independentemente do seu autor e mesmo que não haja intenção de prejudicar. Para a lei penal, porém, é exigida intencionalidade, comportamento consciente. Caberá ao empregador comprovar que a conduta não é assédio e que o empregado não pode ser demitido quando faz uma queixa de assédio moral. Concluiu:

Estamos longe de um mundo de robôs. E queremos pessoas doces, robôs obedientes. Nós recusamos conflitos, mas por outro lado pedimos que as pessoas se adaptem cada vez mais rápido. Queremos indivíduos camaleões. As pessoas precisam ser respeitadas, não importando o

⁸² ANAMATRA, n. 151, Op. cit.

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ Ibidem.

trabalho que desempenham. Não é porque temos um bom salário que temos o direito de ser desrespeitados. Essa utilização das pessoas leva a um desencantamento, uma decepção.⁸⁵

A preservação da dignidade do trabalhador é que se deve ter em mente na análise das questões relacionadas ao trabalho escravo, segundo Luciana Conforti, da Comissão Fiscal e da Comissão de Direitos Humanos da Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas. “Há relação entre o trabalho escravo e terceirização. O problema atinge tanto o meio rural como o meio urbano. E a regulamentação da terceirização nos moldes do que se discute no Congresso Nacional é uma precarização histórica dos direitos dos trabalhadores”, afirmou. “O Estado tem o dever de propiciar que o trabalhador viva de forma digna, sem submeter a condições degradantes”.⁸⁶

Daí, a importância da aprovação da PEC 438/2001, que prevê a expropriação de terras onde for constatada a exploração de trabalho escravo. A PEC se impõe para que aqueles que exploram o trabalho escravo não tenham vantagens pecuniárias. Os empregadores honestos não serão punidos. O Poder Judiciário existe para coibir abusos. Precisamos exterminar essa vergonha nacional.⁸⁷

À indagação sobre *o que é o trabalho humano*, encontra-se, entre as numerosas respostas e manifestações, a seguinte:

A esta interrogação não se pode deixar de dar uma resposta precisa. Ele é antes de tudo uma prerrogativa do homem pessoa, um fator de complemento humano, que precisamente ajuda o homem a ser mais homem. Sem o trabalho ele não só não pode alimentar-se mas nem sequer auto-realizar-se, ou seja, alcançar a sua verdadeira dimensão. Em segundo lugar, e por conseguinte, o trabalho é uma necessidade, um dever, que dá ao ser humano vida, serenidade, empenho e significado. O Apóstolo Paulo recordemo-lo, adverte severamente: “Quem não quiser trabalhar, não tem o direito de comer” (2 Tess. 3, 10). Portanto, cada um é chamado a desenvolver uma atividade qualquer que seja o seu nível, ao passo que são condenados o ócio e a exploração. Além disso, o trabalho é um direito, “é o grande e fundamental direito do homem”, como eu disse há dois anos na Polônia, em Nowy Targ. Como tal, deve ser promovido e salvaguardado pela sociedade mesmo no eventual conflito com outros direitos. Nestas condições, o trabalho torna-se também um serviço, de modo que o homem “cresce na medida em que se doa a si mesmo pelos outros” (aos Agricultores do Legazpi City, 21 de fevereiro de 1981). E

⁸⁵ ANAMATRA, n. 151, Op. cit.

⁸⁶ Ibidem.

⁸⁷ Ibidem.

desta harmonia tira vantagem não só o indivíduo, mas ainda, e diria sobretudo, a própria sociedade.⁸⁸

Tal definição contrasta, frontalmente, com aquela originada da Grécia e mesmo de Roma. Em seu “Econimique”, Xenofonte escreveu:

Os que se entregam aos trabalhos manuais jamais são elevados a qualquer cargo, e há bastante razão para isso. A maioria, condenada a assentar-se pelo dia todo, alguns até mesmo a provar fogo contínuo, terão fatalmente o corpo alterado e é muito difícil que o espírito também não se ressinta.⁸⁹

Cícero, por sua vez, escreveu:

Que pode sair de honroso de uma loja? [...] e o que o comércio poderá produzir de honesto? Tudo que se conhece como comércio é indigno de um homem honesto [...] os comerciantes não podem ganhar sem mentir, e nada há de mais vergonhoso que a mentira! Então, deve-se interpretar como algo de baixo e de vil a profissão de todos os que vendem sua produção e sua fadiga; porque, quem — não importa qual — troca seu trabalho por dinheiro, vende-se, a si mesmo e se classifica entre os escravos.⁹⁰

⁸⁸ JOÃO PAULO II. Na alocução do “Angelus”, 20 set. 1981. **L’Osservatore Romano**, n. 39 (617), 27 set. 1981, p. 1 (437).

⁸⁹ XENOFONTE. **Econômico**. São Paulo, Martins Fontes, 1999.

⁹⁰ CÍCERO. **Dos deveres**. São Paulo: Almedina, 2000, I, tit. II, cap. XL.II.

2 O DIREITO NATURAL

2.1 Introdução

2.1.1 O Direito Natural na Grécia

A literatura da Grécia — portanto, muito antes do período pré-cristão — já trazia referência ao Direito Natural.

Sófocles mencionava o recurso de Antígona ao rei Creonte, invocando “*as leis não escritas e imutáveis*” para satisfazer os deveres de piedade para com seu irmão morto. Seus dois irmãos, Etéocles e Polínice, mataram-se (reciprocamente), no confronto pelo poder. Polínice, que se rebelou, foi condenado às chamas da fogueira. E a ficar insepulto.

Creonte: E, assim, como tu ousas violar as minhas leis?
Antígona: Sim, porque não foi Zeus que as proclamou.
 Nem a Justiça que habita com os deuses de baixo;
 Nem um nem a outra ao estabelecerem entre os homens.
 Eu não penso que os teus decretos sejam tão fortes
 Para que, tu, mortal, posas ir além
 Das leis não escritas e imutáveis dos deuses.
 Elas não existem desde hoje, nem desde ontem, mas sempre:
 Pessoa alguma sabe quando elas apareceram.
 Eu não devia, por temer a vontade de um homem,
 Arriscar que os deuses me punissem.⁹¹

Aristóteles distinguia a lei particular, como aquela que cada grupo de homens determina em relação aos seus membros, e a lei comum, ou seja, aquela que existe conforme a natureza.

Há uma justa e uma injusta, comuns por natureza, que todos reconhecem por uma espécie de divinização, mesmo que não haja nenhuma comunicação, nem convenção mútua. É assim que se vê Antígona de Sófocles declarar que é justo sepultar Polínice, cuja sepultura é proibida, alegando que essa sepultura é justa, porque está conforme a natureza.⁹²

⁹¹ SÓFOCLES. **Antígona**. Tradução J. B. de Mello e Souza. W. M. Jackson, 2005. Coleção “Clássicos Jackson”, v. 22.

⁹² ARISTÓTELES. **Retórica**. Lisboa: Imprensa Nacional; Casa da Moeda, 2005. Coleção “Biblioteca de Autores Clássicos”, I, XIII, 2 (1273 b 4-11). ARISTÓTELES. **Ética a Nicomano**. Tradução Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. Nova Cultural, 1991. Coleção “Os Pensadores”, v. 10.

Bobbio afirma que a sua definição mais célebre é a que se encontra no início do capítulo 7 do livro 5 da “Ética a Nicômanos”, onde se lê:

Da justiça política, uma parte é natural, a outra é legal. A natural tem em qualquer lugar a mesma eficácia, e não depende das nossas opiniões: a legal é, em sua origem, indiferente que se faça assim ou de outro modo, mas, uma vez estabelecida, deixa de ser indiferente.⁹³

E o sempre celebrado autor italiano giza que são duas as características da definição aristotélica: 1) a de estar em vigor “em qualquer lugar”, ou seja, de ter validade universal, independentemente do lugar: é uma característica consistente com o conceito de natureza e com tudo o que é natural — uma coisa tipicamente natural, como o fogo, que queima em toda parte do mesmo modo, dirá Aristóteles, na Grécia como na Pérsia; 2) a de as regras que determina serem extraídas das nossas opiniões e, portanto, estabelecerem o que é justo e injusto por si mesmas, independentemente do que pensam as pessoas.

Também Platão faz referência à “lei da natureza”.

A própria natureza demonstra que é justo que o melhor tenha mais que o mais fraco e o mais poderoso, mais do que o mais impotente. Ela manifesta em diversas circunstâncias que é bem assim, tanto em outros seres vivos quanto em todas as sociedades e raças humanas, e que o justo está assim determinado, pelo fato de que o mais poderoso manda no mais fraco e em maior parte. Por que em qual idéia de justo se baseava Xerxes para fazer guerra contra a Grécia, ou seu pai contra os citas? E poder-se-iam citar inúmeros exemplos similares. Mas, me parece, eles agiram seguindo a lei do justo e, por Zeus, segundo a lei da natureza e, portanto, provavelmente, não aquela instituída por nós.⁹⁴

Ambos sustentavam, portanto, o que aparentava o conteúdo das “leis naturais”, com a prevalência do mais forte. Logo, contra a igualdade política e jurídica dos cidadãos em qualquer sociedade.

Para a Comissão Teológica Internacional,⁹⁵ os filósofos gregos mencionados não opunham Direito Natural e leis positivas. As leis da sociedade são geralmente boas e constituem a prática, mais ou menos bem-sucedida, de um Direito Natural conforme a natureza das coisas.

Para Platão, o Direito Natural é um Direito ideal, uma norma para os legisladores e

⁹³ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômanos*, livro 5, capítulo 7, *apud* BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*. Tradução Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 33.

⁹⁴ PLATÃO. *Gorgias*. (483-c 484-b). Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/gorgias.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2012.

⁹⁵ COMISSÃO TEOLÓGICA INTERNACIONAL. Op. cit., p. 25.

cidadãos, uma regra que permite basear e avaliar as leis positivas. Para Aristóteles, essa norma suprema da moralidade corresponde à realização de forma essencial da natureza. É moral o que é natural.

O Direito Natural é imutável — afirma a Comissão, ao examinar a concepção dos autores mencionados — e o Direito positivo muda conforme os povos e diferentes épocas. O Direito Natural, portanto, integra o Direito positivo. E este consiste na aplicação da ideia geral da justiça à vida social em suas variegadas manifestações.

A procedência do Direito Natural, portanto, é herança do pensamento clássico e do pensamento cristão⁹⁶: Cícero, os estoicos, os grandes moralistas da antiguidade e seus grandes poetas, Sófocles, em particular. Antígona é a heroína eterna do Direito Natural, a que os antigos chamavam a *lei não escrita*.

2.1.2 O Direito Natural na Idade Média

Depois, no arco da história, surgiram Tomás de Aquino, Agostinho, os padres da Igreja (Agostinho, inclusive); Santo Tomás de Aquino e a Escolástica; Suarez e Francisco de Vitória, precedendo Grotius.

A exposição clássica e não superada da concepção cristã do Direito Natural — ensina Bobbio⁹⁷ — está na “Summa Theologica” de Santo Tomás de Aquino.

A *lex aeterna* é a razão divina que governa o mundo: a lei natural é *participatio legis aeternae in rationali criatura*.⁹⁸

A lei natural é o modo como uma ordem cósmica, emanada de Deus, manifesta-se naquele aspecto da criação que é a criatura dotada de razão, isto é, o homem.⁹⁹ A lei natural consta de um preceito único e genérico do qual a razão deduz todos os outros. Esse preceito muito genérico consiste na máxima *bonum faciendum, male vitandum*, que prega fazer o bem e evitar o mal.¹⁰⁰

Bobbio, no trecho acima, conclui com a transcrição de Santo Tomás¹⁰¹: “E sobre isto se fundamentam todos os demais preceitos da lei da natureza, pois tudo o que deve ser feito ou evitado, segundo a razão prática dos homens, está sujeito aos seus princípios.”¹⁰²

⁹⁶ MARITAIN, Jacques. **Os Direitos do Homem**. Op. cit., p. 57.

⁹⁷ BOBBIO, Norberto. **Locke...** Op. cit., p. 38.

⁹⁸ AQUINO Santo Tomás de. **Summa theologiae**, q. 91, art. 2, *apud* BOBBIO, Norberto. **Locke...** Op. cit.

⁹⁹ COTTA, S. **Il Conceto di legge in San Tommaso d'Aquino**. Turim, 1955, *apud* BOBBIO, Norberto. **Locke...** Op. cit.

¹⁰⁰ AQUINO Santo Tomás de. **Summa theologiae**, q. 91, art. 2, *apud* BOBBIO, Norberto. **Locke...** Op. cit.

¹⁰¹ Ibidem.

Logo, a filosofia do século XVIII a propósito dos Direitos Humanos (Direito Natural, lei não escrita) não surgiu do nada.

Para a grande corrente que atualizou o tomismo, Maritain à frente, o ser humano é um ser dotado de inteligência e, como tal, age compreendendo o que faz, tendo assim o poder de determinar por si mesmo os fins que pretende.¹⁰² Cumpre-lhe, pois, ficar de acordo com os fins que são necessariamente exigidos por sua natureza.

Alceu Amoroso Lima, no prefácio à obra de Maritain, salienta que o autor passou da filosofia pura para a filosofia política, “consideravelmente” a pedido do Papa Pio XI, que estava alarmado com a extensão da filosofia política totalitária do fascismo e do nazismo. A grande preocupação foi atualizar os princípios aparentemente contraditórios da filosofia aristotélico-platônica com o *princípio fundamental da primazia da pessoa humana*, como sendo o elemento mais perfeito da criação.

O homem tem objetivos que correspondem a uma constituição natural e que são os mesmos para todos os integrantes da espécie. Como é dotado de inteligência e vontade, determinando seus próprios objetivos, cumpre-lhe ficar de acordo com os fins necessariamente exigidos pela sua natureza.

Há, em virtude da própria natureza humana, uma ordem ou uma disposição que a razão humana pode descobrir, e segundo a qual a vontade humana deve agir a fim de se por de acordo com os fins necessários do ser humano. A lei não escrita, ou o Direito Natural, não é outra coisa.

A natureza deriva de Deus; a lei não escrita deriva da lei eterna, que é a própria Sabedoria criadora. Portanto — para os filósofos da antiguidade e os pensadores que os sucederam, no tempo —, a ideia da lei natural ou da lei não escrita estava ligada (neles e para eles) a um sentimento de piedade natural, ao respeito sagrado expresso por Antígona.

A afirmativa cabal de Maritain é a de que basta acreditar na natureza humana e na liberdade do ser humano para se persuadir de que há uma lei não escrita, e de que o Direito Natural é algo tão real na ordem moral quanto as leis do crescimento e do envelhecimento na ordem física.

O filósofo distingue ainda a lei do conhecimento da lei. A dificuldade está — e aqui é reflexão pessoal — em que se afirma que a lei natural está escrita no coração do homem (em profundidades secretas). Maritain reconhece: essa metáfora tem causado muitos

¹⁰² “*Et super hoc fundantur omnia alia praecepta legis naturae, ut scilicet omnia illa facienda vel vitanda pertineant ad praecepta legis naturae, quae ratio practica naturaliter apprehendit esse bona humana.*”

¹⁰³ MARITAIN, Jacques. **Os Direitos do Homem**. Op. cit., p. 59.

prejuízos. Assim como no positivismo, de afirmação kantiana, o autor menciona que, como preâmbulo e princípio da lei natural, “o único conhecimento prático que todos os homens têm natural e infalivelmente em comum, é que é necessário fazer o bem e evitar o mal”.¹⁰⁴

Mas cabe prosseguir na análise que Maritain menciona:

A lei natural é o conjunto das coisas que se devem e que não se devem fazer, dele decorrentes de uma maneira necessária e pelo fato somente de que o homem é homem, abstraindo de qualquer outra consideração. Que todos os erros e todas as aberrações sejam possíveis na determinação dessas coisas, isso prova somente que nossa visão é fraca e que nosso julgamento pode ser corrompido por acidentes sem conta. Observava Montaigne maliciosamente que o incesto e o latrocínio têm sido considerados ações virtuosas por certos povos, com o que Pascal se escandalizava; e nós nos escandalizamos de que a crueldade, a denúncia dos pais, a mentira ao serviço do partido, o assassinio dos velhos ou dos doentes sejam levados em conta de ações virtuosas pelos jovens educados segundo os métodos nazistas. Nada disso prova contra a lei natural, do mesmo modo que um erro de soma nada prova contra a aritmética, ou que os erros dos primitivos, para quem as estrelas era buracos na tenda, que recobria o mundo, nada provam contra a astronomia.¹⁰⁵

É oportuno mencionar que esse texto foi elaborado em 1943, sob a fortíssima influência social, jurídica e histórica da assim chamada Segunda Grande Guerra Mundial.¹⁰⁶ As alterações da concepção, atualmente, podem ser medidas pelas decisões do

¹⁰⁴ MARITAIN, Jacques. **Os Direitos do Homem**. Op. cit.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 61.

¹⁰⁶ O jornal “Correio da Manhã”, do Rio de Janeiro, em 04 de março de 1964, estampava, na página 4, notícia das agências UPI-AP-CM, oriunda de Limburg e de Varsóvia, na Polônia. Relatava que o médico nazista Hans Hefelman, de 58 anos de idade, que estava sendo julgado no processo de eutanásia, em Limburg, como acusado de haver participado de “assassinios misericordiosos” de 73 mil pessoas durante a guerra, havia declarado na véspera que os doentes mentais deviam ser mortos para dar lugar aos soldados feridos e às vítimas de ataques aéreos. O acusado — prossegue o relatório — não disse em nenhum momento que o objetivo da ação, denominada T-4 no código nazista, fosse “purificar a raça” e afirmou que os seus superiores *havam achado mais humano matar todos os doentes mentais* para impedir que se repetisse a situação criada durante a primeira guerra mundial, quando esses doentes morriam de fome nos hospitais. Hefelman revelou que tinha um interesse filosófico na eutanásia e assinalou que em uma só oportunidade houve complicações no cumprimento de ordem de “assassinio misericordioso”. Adiantou também que todas as pessoas vinculadas ao programa T-4 foram postas sob a lei marcial e não lhes restava assim outro remédio senão acatar as ordens. Hans Hefelman disse ainda que “não redigiu as ordens” para a ação e que isto era atribuição da seção encarregada do programa de “mortes por misericórdia” na chancelaria de Berlim. Informou que Philip Bouhler, chefe da seção, e o professor Karl Brandt, médico pessoal de Adolf Hitler, tinham autorização para selecionar os médicos que teriam o encargo de *decidir quem deveria “ser eliminado como indigno de viver”*. Bouhler se suicidou ao ser preso no fim da guerra e Brandt foi enforcado, em cumprimento de sentença do Tribunal de Nuremberg. Tanto Bouhler como Brandt, segundo Hefelman, discutiram o programa de eutanásia com vários ministros de gabinete e destacados professores, especialmente psiquiatras, e Martin Borman, secretário pessoal de Hitler e um dos homens mais influentes da hierarquia nazista, sugeriu em determinado momento que o programa “mortes por misericórdia” deveria ser supervisionado por *gauleiters* nazistas. O Cardeal Stevan Wysynski, em um sermão feito ontem em Varsóvia, referindo-se às recentes notícias sobre o processo de Limburg, declarou que talvez toda a Alemanha tenha estado enferma sob o nazismo e devesse, assim, ser julgada. Falou sobre o abuso de autoridade e sugeriu um código de ética para os políticos e

e. STF, relativamente ao direito de sobrevivência do nascituro, na hipótese de má-formação congênita. Ou, ainda, na discussão sobre a assim conhecida eutanásia piedosa. Mais: esterilização remunerada; autorizações de procriar negociáveis; autorizações de poluir negociáveis; despejo de lixo nuclear; sangue à venda; mercado de refugiados; direitos de imigração à venda.¹⁰⁷

Já em setembro de 1967, no prefácio à terceira edição da obra, Alceu de Amoroso Lima escreveu que se considerava o filósofo “ultrapassado”. Todavia — afirma Tristão de Ataíde —, o que importa “é a essência do pensamento político de Maritain e suas consequências para a revolução pacífica, mas profunda, a que todos aspiramos na sociedade injusta e obsoleta do burguesismo moribundo em que nos encontramos”.¹⁰⁸

Para o prefaciador referido, sucedem-se as revoluções; sucedem-se os sistemas filosóficos de sinal contraditório. De um lado, o existencialismo, como um subjetivismo total, que acaba no marxismo sartriano, de negação da pessoa humana como entidade substancial. De outro, o estruturalismo como uma subordinação também total das pessoas ao sistema etnológico que a determina e é considerado como um novo eleatismo (a primazia da imobilidade sobre a mobilidade heraclitiana) e um novo conservadorismo, atacado pelos marxistas. Alceu de Amoroso Lima encerra o prefácio com os termos seguintes:

E ao cabo de todas as contendas, o que resta é a perenidade de uma colocação orgânica, equilibrada, racional e humana, como esta que Maritain, magistralmente, analisa, neste livro profético e de atualidade constante, acima das controvérsias ideológicas e das vicissitudes políticas.¹⁰⁹

A indagação sobre o que, afinal, é o naturalismo, encontra, em Vialatoux, a definição seguinte:

O naturalismo é a doutrina filosófica que reduz a natureza interior à natureza exterior, a intenção à existência fenomenal, a finalidade ao mecanismo. Designa-se também, com razão, pelo termo de *naturalismo*, a “mentalidade”, que mais ou menos clara e conscientemente, tende na prática a essa redução. Considerada especialmente na ordem humana, é o

estadistas, afirmando que “o principal fundamento para existência de autoridade é o *objetivo de realizar o bem comum*”. (Cf. SCHREIBER, Bernhard. **Os homens por trás de Hitler**. Disponível em: <<http://conspireassim.wordpress.com/2008/08/06/os-homens-por-tras-de-hitler>>. Acesso em 21 nov. 2012).

¹⁰⁷ SANDEL Michael J. **O que o dinheiro não compra**: limites morais do mercado. Tradução Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

¹⁰⁸ MARITAIN, Jacques. **Os Direitos do Homem**. Op. cit.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 12.

naturalismo a doutrina que reduz a natureza moral a uma natureza física e que coloca sob o império das leis de uma física social (terceiro sentido mencionado, da palavra *lei*) as *leis* políticas e as *leis* morais (primeiro e segundo sentidos da palavra *lei*). Sob esse império, torna-se a Moral uma “ciência dos costumes”, no sentido positivista da palavra *ciência*, isto é, uma física dos *costumes* e, em última análise, um *mecanismo* dos costumes. Sob esse império, ainda, torna-se a Política um técnica natural, uma função de engenheiro, em última análise uma “arte mecânica”, a arte de submeter a sociedade ao governo das leis naturais de uma física social -fisiocracia, empirismo organizador... Integrar a ordem “moral e política”, o direito natural e o direito positivo na ordem física e colocar todas as leis sob o império único das “leis naturais”. Eis a pretensão da filosofia naturalista”.¹¹⁰

2.1.3 Direito Natural: as várias concepções na atualidade

Mauricio de Melo Teixeira Branco, Renato da Costa Lino de Góes Barros e Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho¹¹¹ examinaram exaustivamente a fundamentação material dos Direitos Fundamentais, contemporaneamente. Estabeleceram a superação da concepção jusnaturalista; a existência de um conteúdo material dos Direitos Fundamentais; os fundamentos de materialidade dos Direitos Fundamentais; o princípio da dignidade da pessoa humana; o conceito da dignidade sob a ótica jurídica do ordenamento brasileiro; o conceito da dignidade sob a ótica filosófica e o princípio do Estado Democrático de Direito. E concluíram que o desafio do estudo (na contemporaneidade) é revestir os institutos de conteúdo amplo o bastante para alcançar a eficácia plena, sem que se percam em total subjetividade, sem recorrer à espiritualidade das normas. Ao final, estabeleceram que:

É no próprio ser humano, como pessoa destinatária de dignidade, e no próprio Estado Democrático de Direito, titular do papel de garantidor desta dignidade, que reside a fundamentação e a epistemologia tanto dos direitos fundamentais quanto dos direitos humanos, em qualquer uma das suas acepções.¹¹²

Desenvolveram o tema segundo os capítulos já referidos, sintetizados como segue.

Para Luis Roberto Barroso, o termo jusnaturalismo “identifica uma das principais

¹¹⁰ VIALATOUX, J. *Philosophie economique*. Paris: Desclée de Brouwer, 1933, p. xxii-xxvi, *apud* LIMA, Alceu Amoroso. *Introdução ao Direito moderno*. 3. ed., Rio de Janeiro: Livraria Agir, 1978, p. 139.

¹¹¹ BRANCO, Maurício de Melo Teixeira; BARROS, Renato da Costa Lino de Góes; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga. *Fundamentação material dos Direitos Fundamentais na contemporaneidade*. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=522&tmp_secao=9&tmp_topico=teoriadireito&wi.redirect=p1wco3pkqvni07bpqhdi>. Acesso em: 21 nov. 2012.

¹¹² *Ibidem*.

correntes filosóficas que tem acompanhado o Direito ao longo dos séculos, fundada na existência de um direito natural”,¹¹³ sendo que tal Direito tinha seu valor outorgado por uma ética extraestatal.

Cumprido destacar que, no decorrer da história, o Direito Natural foi visto como uma máxima oriunda da vontade de Deus, e, já na Idade Moderna, como uma lei ditada pela razão natural. Sobre este aspecto, pondera Machado Neto:

Durante toda a idade Média, seja sobre o império da patrística, seja da escolástica, os fundamentos do direito natural jamais deixaram de ser a inteligência e a vontade divinas. Trata-se, portanto, aí, de uma teoria jusnaturalista de conteúdo teológico, unicamente compatível com uma sociedade e uma cultura marcadas essencialmente pela vigência de uma crença religiosa, pelo predomínio da fé.¹¹⁴

É obra do moderno processo de secularização da vida que a ideologia jusnaturalista abandonasse as raízes teológicas que a alimentaram durante toda a Idade Média, para ir buscar, na identidade da razão humana, os fundamentos de sua validade perene e universal.

Nesta concepção, ao considerar-se o Direito Natural, seja como fruto das leis divinas, seja como fruto da racionalidade natural, desprestigiava-se, invariavelmente, as potencialidades humanas, uma vez que se desconsiderava o Direito como um instrumento cultural.

Eduardo Bittar, nesta linha, pontua que, “apesar de sua significação histórica e de sua importância para a formação dos modernos direitos humanos, o jusnaturalismo setecentista e oitocentista não constrói uma discussão inovadora nos meandros teóricos da fundamentação do Direito a partir da natureza (*phýsis*, *natura*)”.¹¹⁵

Em decorrência deste fato, o jusnaturalismo foi perdendo espaço, principalmente no que concerne às discussões sobre os Direitos Fundamentais.

Prosseguindo, destaca Eduardo Bittar que se percebeu a necessidade de ver “o Direito sem recorrer a fundamentos tipicamente medievais, ligados às dimensões espiritual e metafísica (*lex divina*), mas com simples apelo à própria idéia de natureza (natureza humana individual e racional), domínio de estudos filosóficos”.¹¹⁶

¹¹³ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. **Jus Navigandi**. Teresina, v. 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>. Acesso em: 2 jul. 2009.

¹¹⁴ MACHADO NETO, Antonio Luiz. **Compêndio de introdução à ciência do Direito**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1988.

¹¹⁵ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O jusnaturalismo e a filosofia moderna dos direitos**: reflexão sobre o cenário filosófico da formação dos Direitos Humanos. Vitória: Panóptica, 2008, v. 2, n. 13, jul.-out. 2005.

¹¹⁶ Ibidem.

Neste caminho, vale frisar que melhor sorte não assistiu à iniciativa da mera positivação dos direitos naturais em estatutos de direitos humanos, na fase inicial do positivismo, pois tal atitude vacilou ao admitir que o valor deste Direito de índole personalíssima ficasse equiparado aos demais direitos positivados, sem estabelecer um conteúdo diferenciador que expressasse o seu real valor. Mais uma vez, nas palavras de Eduardo Bittar:

A banalização dos direitos naturais em estatutos de direitos humanos positivados torna-os, além de direito positivo (com valor de qualquer outro conteúdo de direito positivo, na medida em que podem ser revogados e substituídos a qualquer tempo), uma experiência trivializada de direitos, para utilizar-me de uma linguagem empregada por Tércio Sampaio Ferraz Junior. A fungibilidade do que se põe como conteúdo de um “direito humano” torna-o tão frágil e tão substituível quanto qualquer outro direito, na medida em que sua difusão não garantiu a salvaguarda real das pessoas contra o arbítrio.¹¹⁷

Sobre esta superação da visão jusnaturalista, ligada à dimensão espiritual e metafísica, bem como da experiência positivista, sem estabelecer critérios que demonstrassem o valor diferenciado deste Direito Fundamental, ensina Luis Roberto Barroso que a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais. Neste mesmo sentido, pondera Machado Neto que:

Assim é que, hoje, de posse das importantes descobertas da fenomenologia e da filosofia dos valores, da existência e da cultura, já é possível dar por superado o jusnaturalismo, como expressão pré-científica de fundamentação da ciência jurídica. Hoje é possível já ver claro nesse setor, e concluir que o direito natural, longe de ser ciência, era apenas ideologia, tolerável num tempo em que os instrumentos teóricos da filosofia não tinham ainda sido convenientemente elaborados para a exploração fecunda do problema dos valores, e hoje inteiramente superada pela fundamentação da axiologia jurídica, que é a tarefa mais premente e grandiosa que os nossos tempos estão a esperar e a exigir dos filósofos do presente.¹¹⁸

Neste novo cenário, tornou-se possível o diálogo do Direito com os valores,

¹¹⁷ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O jusnaturalismo...** Op. cit.

¹¹⁸ MACHADO NETO, Antonio Luiz. Op. cit.

diferentemente do quanto apregoadado pelo positivismo, que previa a separação da ciência jurídica com a axiologia. Explica Luis Roberto Barroso que:

Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a separação dos Poderes e o Estado democrático de direito. Houve, ainda, princípios que se incorporaram mais recentemente ou, ao menos, passaram a ter uma nova dimensão, como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva de justiça.¹¹⁹

Os direitos fundamentais, nesta perspectiva, são enxergados não como valores universais e atemporais, advindos de uma razão natural, mas sim como frutos de uma construção de origem histórico-cultural, baseando-se nos valores expressos através dos princípios. Neste sentido, esclarece Eduardo Bittar:

Não se pode dizer que a pós-modernidade abole a modernidade, e nem mesmo que as distorções no uso dos direitos humanos redundam numa negação desta categoria de direitos. Pelo contrário, seus fundamentos mudaram, não se trata mais de verificá-los como revelações da Razão, como instâncias universais, como valores atemporais, mas como construtos histórico-culturais de profunda significação para a garantia e preservação da dignidade da pessoa humana.¹²⁰

Pelo exposto, evidente é o fato de que não se pode sucumbir, aqui, à tentação de vincular a existência de direitos fundamentais a um valor pré-existente, em resgate de um jusnaturalismo divino e/ou racional, pois se acredita que é possível, sim, esboçar um conceito positivo para os Direitos Fundamentais, baseando-se em valores-guias.

A noção primeira sobre o tema parte da ideia da existência de um conteúdo fundamental destes direitos. Numa entrevista concedida a Napoleão Sabóia, publicada no jornal “O Estado de São Paulo”, em 27 de julho de 2003, Paul Ricoeur respondeu à questão que lhe foi apresentada (levar uma vida ética significa o quê?) da seguinte forma:

Tenho vergonha de propor a resposta contida em meu livro *Ser como Um Outro*, a saber: viver bem, eticamente, significa estar e se preocupar com os outros, ser um entre os outros dentro de um quadro institucional que

¹¹⁹ BARROSO, Luiz Roberto. Op. cit.

¹²⁰ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O jusnaturalismo...** Op. cit.

nos afirme na condição de cidadão, tal como os gregos antigos o definiram. O homem completo é o cidadão, que combina a procura da felicidade pessoal com a exigência interpessoal da amizade, da solidariedade sob a égide de instituições justas.¹²¹

Ao final, cumpre indicar que a genealogia dos Direitos Humanos inclui, também, o período anterior à modernidade. O que indica a exigência do estudo do período. Para Jürgen Habermas “os secularizados não devem negar potencial de verdade a visões de mundo religiosas”:

A história da teologia cristã na Idade Média, especialmente a escolástica tardia espanhola, pertence naturalmente à genealogia dos direitos humanos. Mas os fundamentos da legitimação da violência neutra quanto a concepções de mundo do Estado têm sua origem, no final das contas, nas fontes profanas próprias da filosofia dos séculos 17 e 18. Somente muito mais tarde, a teologia e a igreja dominaram as exigências espirituais do Estado constitucional revolucionário. No século 20, a fundamentação pós-kantiana dos princípios constitucionais liberais ocupou-se menos com os vestígios do direito natural objetivo (como da ética material de valores) do que com formas históricas e empíricas de crítica.¹²²

Portanto, evidencia-se, assim, a extrema atualidade desse tema e as razões para a pesquisa neste trabalho. Ou, como afirma Habermas:

Assim, hoje novamente encontra ressonância o teorema de que uma modernidade contrita só pode ser auxiliada para fora de um beco sem saída por meio de uma orientação religiosa dirigida para um ponto de referência transcendental.¹²³

2.2 O Direito Natural na Patrística e na Escolástica

2.2.1 Definição do tema; autores

Cumpre esclarecer que, por “Escolástica”, entende-se o conjunto de elaborações filosóficas dos chamados doutores da Igreja, ao longo da história, notadamente na Idade Média (do século IX ao século XVII), que buscam conciliar as verdades de fé (as verdades

¹²¹ RICOEUR, Paul. Cruzada de heróis anônimos pelo planeta. Entrevista realizada por Napoleão Sabóia. **O Estado de São Paulo**, 04 fev. 2001.

¹²² HABERMAS, Jürgen. Teologia da Idade Média e genealogia dos Direitos Humanos. **O Estado de São Paulo**, 24 abr. 2005.

¹²³ Ibidem.

reveladas) com a razão humana. Dessas elaborações, a Igreja seleciona aquele conjunto de doutrinas que compõem a chamada filosofia perene; sempre sob a autoridade do seu magistério supremo, o Santo Padre e o Colégio Episcopal.

Alguns importantes nomes do pensamento escolástico que engrandeceram sobremodo a doutrina da Igreja merecem referência, como, por exemplo: Alcuíno de York (735-804), Santo Anselmo (1033-1109), Pedro Lombardo (1100-1160), São Bernardo (1090-1153), Santo Alberto Magno (1200-1280), São Boaventura (1217-1274), São Tomás de Aquino (1225-74) e João Duns Scotus (1308), entre outros grandes filósofos.

A literatura patrística (ou, Patrística, singelamente) constitui o conjunto dos escritos dos primeiros autores da era cristã. A partir de 95 d.C., foram conhecidos como “pais da Igreja”, em face à sua lealdade à doutrina. Defendiam a fé, a liturgia, os costumes e os dogmas cristãos.¹²⁴

É dividida em três períodos, considerando-se como marco histórico o Concílio de Nicéia (324 d.C.).

Geralmente são incluídos os autores seguintes: Abécio de Hierápolis (século II); Aristides de Atenas (século II); Atenágoras de Atenas (século II); Boécio (século VI); Evágrio Pôntico (século IV); Hermas de Roma (século II); Pápias de Hierápolis (século I); S. Agostinho de Hipona (século IV); S. Ambrósio de Milão (século IV); S. Arsênio da Capadócia; S. Atanásio de Alexandria (século IV); S. Basílio de Cesaréia (século IV); S. Bento de Núrsia (século VI); S. Cipriano de Cartago (século III); S. Cirilo de Jerusalém (século IV); S. Clemente I de Roma (século I); S. Efrém da Síria (século V); S. Gelásio I, papa (século V); S. Gregório de Nissa (século IV); S. Hipólito de Roma (século III); S. Inácio de Antioquia (século II); S. Ireneu de Lião (século II); S. Jerônimo (século IV); S. João Damasceno (século VIII); S. Justino de Roma (século II); S. Leão Magno (século V); S. Pacômio de Tabenési (século III); S. Policarpo de Esmirna (século II); S. Teófilo de Antioquia (século III); S. Urbano I, papa (século III); S. Zeferino, papa (século II); Taciano da Síria (século II); Tertuliano de Cartago (século III).

O “Dicionário Patrístico” assim esclarece:

Foi o título de “Pai” (“Padre”) que forjou o termo “patrologia”, depois, o de “patrística”, dois termos vizinhos, mas que tendem a distinguir-se. O criador do termo “patrologia” foi o luterano J. Gerhard (1637) em seu estudo póstumo *“Patrologia sive de primitivae ecclesiae christianae*

¹²⁴ VERITATIS SPLENDOR: memória e ortodoxia cristã. Disponível em: <<http://www.veritatis.com.br>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

doctorum vita ac lucubrationibus opusculum” aparecido em Jena em 1653; o livro vai de Hermas a Belarmino.

I. Significado dos termos. 1) O termo “patrologia” quer expressar sobretudo o estudo histórico e literário (vida e obras) dos escritores antigos. Certo número de historiadores, a fim de incluir todos os autores da Igreja, sejam ortodoxos sejam heterodoxos, preferem falar de “História da literatura cristã” (Harnack) ou “eclesiástica” (Berdenhewer), título adotado por numerosas obras contemporâneas, de origem e tendências diversas (Batiffol, Puech, Labriolle, Bardy, Moricca, Pellegrino). Na origem, “patrística” era um adjetivo, subentendendo teologia. Apareceu no século XVII entre os teólogos luteranos e católicos, que distinguiram a teologia em “bíblica, patrística, escolástica, simbólica, especulativa”. Aqueles que hoje lhe dão preferência estudam as idéias e as doutrinas mais do que o aspecto filológico e literário. Basta folhear as novas edições dos textos patrísticos, como as *Sources chrétiennes*, para perceber esta mudança. 2) Os antigos não traçaram uma fronteira rígida entre a antiguidade cristã e a Idade Média; com facilidade deram eles o nome de “Padres” aos escritores posteriores, como no caso das antigas *Bibliothecae Patrum*, que vão até o séc. XV e XVI. Até mesmo Mabillon ainda considera S. Bernardo como “o último Padre”. Migne seguiu este exemplo em sua *Patrologia* (para grande desespero de J. B. Pitra). Os modernos fixam limites mais precisos. Para eles em geral os Padres terminaram com Gregório Magno ou Isidoro de Sevilha para os latinos, com João Damasceno para os gregos. Alguns desejam incluir também Beda o Venerável e o Bizantinismo.¹²⁵

À força de repetição, entende-se como verdadeiro truísmo a consideração da Idade Média, como a “Idade das Trevas”. E, conseqüentemente, visualiza-se que foi período histórico de grande retrocesso; pobreza; ignorância e todo cortejo que segue às desgraças (peste, fome, etc.).

Todavia, surgem estudiosos que *concluem pela utilidade das crenças, que encorajam as pessoas a trabalhar duro e enriquecer*. A religião não sufocou as ideias econômicas e científicas — ela as nutriu.

Para o sociólogo Rodney Stark, “a Igreja reconheceu a dignidade do trabalho livre antes da maioria das outras culturas. Ela valorizou a propriedade privada e sublinhou a igualdade essencial dos seres humanos, a despeito de suas rendas e situações desiguais”.¹²⁶

Assim escreveu David Brooks:

O que explica o sucesso? Que forças levam algumas nações e indivíduos a avançar e enriquecer, enquanto outros ficam estagnados? Estas são as questões mais importantes nas ciências sociais hoje. Na arena acadêmica, estudiosos gladiadores brandem livros e oferecem teorias.

De um lado estão os deterministas materiais. Jared Diamond, com seu

¹²⁵ BERARDINO, Ângelo Di. **Dicionário patrístico de antiguidades cristãs**. Tradução Cristina Andrade. Petrópolis-RJ: Vozes, 2002. Verbete “Patrologia-Patrística”, p. 1.103.

¹²⁶ STARK, Rodney. **The Victory of Reason**. Berkeley: Random House, 2005.

popular Armas, Germes e Aço, diz que o Ocidente ficou rico não por causa de alguma superioridade inata, mas porque os europeus tinham, por acaso, os tipos certos de plantas. Felipe Fernández-Armesto, com seu tomo *Civilizations* (Civilizações), argumenta que o sucesso é determinado pelo clima e pela geografia. (Jared Armond, em Armas, Germes e Aço, encontrou no determinismo geoecológico as fontes da hegemonia mundial européia a partir da Idade Moderna).

De outro lado estão os deterministas culturais. Thomas Sowell argumenta que os grupos étnicos desenvolvem suas próprias habilidades e valores e prosperam ou sofrem à medida que competem, conquistam e migram. Em sua grande obra, “A Riqueza e a Pobreza das Nações”, David Landes mostra como os costumes culturais moldaram os impérios europeus e a Revolução Industrial. (Victor Davis Hanson, em Por Que o Ocidente Venceu traçou uma linha de continuidade entre a Grécia clássica e os EUA para explicar o sucesso militar das sociedades ocidentais com base nas idéias de individualismo e liberdade).

Agora, outro peso pesado acadêmico entrou na arena. Em seu novo livro, “*The Victory of Reason*” (A vitória da razão), o sociólogo Rodney Stark, da Universidade Baylor, argumenta que o Ocidente enriqueceu porque inventou o capitalismo. Isto não é novo. O inusual é sua descrição de como o capitalismo se desenvolveu.

A visão convencional, adotada pela maioria de seus colegas deterministas culturais, é a de que, durante o Renascimento e a Reforma, os europeus se livraram da autoridade da Igreja Católica. Quando um mundo secular foi criado ao lado do mundo sagrado, quando a liberdade intelectual substituiu a obediência à autoridade, o resultado foram o capitalismo e os avanços científicos.

Essa teoria, diz Stark, não se encaixa nos fatos. Na verdade, o capitalismo se desenvolveu na Idade Média e as inovações importantes foram obra de pessoas no âmago da fé. A religião não sufocou as idéias econômicas e científicas — ela as nutriu.

Stark baseia-se nas recentes pesquisas que reverteram antigos preconceitos sobre a chamada Idade das Trevas. Ainda em 1983, o estimado historiador Daniel Boorstin pôde escrever um capítulo sobre a Idade Média intitulado “A Prisão do Dogma Cristão”.

No entanto, quanto mais aprendemos, mais percebemos que a maior parte do progresso que associamos ao Renascimento ou a épocas posteriores na verdade aconteceu durante a Idade Média. Um século antes de Copérnico, Jean Buridan (cerca de 1300-1358) escreveu que a Terra era uma esfera girando em torno de um eixo. Buridan, um reitor da Universidade de Paris, foi sucedido por Nicole d’Oresme (1323-1382), que explicou por que a rotação da Terra não produz vento. Outros escolásticos medievais fizeram descobertas semelhantes em economia e tecnologia. Quinhentos anos antes de Adam Smith, Santo Alberto Magno explicou o mecanismo de preços como aquilo que “os bens valem segundo a estimativa do mercado na hora da venda”.

Mosteiros e conventos católicos surgiram como empreendimentos capitalistas, servindo não apenas como centros de manufatura e comércio, mas também como casas de investimento. E engenheiros inventaram ou comercializaram uma vasta série de tecnologias: a bússola, o relógio, o barco de fundo redondo, a carroça com freio e eixo dianteiro, a roda hidráulica, os óculos e assim por diante.

Estas inovações e descobertas, argumenta Stark, não foram obra dos novos seculares, e sim de pessoas com um senso do sagrado claramente cristão. A teologia católica lhes ensinara que Deus havia criado o

Universo segundo leis universais que a razão podia descobrir.

Ensinar que o conhecimento e a História avançam progressivamente, e por isso as pessoas deveriam olhar para o futuro, não para o passado.

A Igreja reconheceu a dignidade do trabalho livre antes da maioria das outras culturas. Ela valorizou a propriedade privada e sublinhou a igualdade essencial dos seres humanos, a despeito de suas rendas e situações desiguais.

Essa história é importante hoje (*e não só porque Alberto Magno sabia mais sobre reconciliação de fé e razão, há 700 anos, do que os falsos guerreiros culturais sabem agora*). Ela é importante porque, lidemos com a pobreza no mundo ou em casa, não basta simplesmente libertar as pessoas e supor que elas buscarão automaticamente a prosperidade econômica. As pessoas precisam ser imbuídas de certas crenças, como as de que o futuro pode ser melhor que o presente e os indivíduos têm o poder de moldar o próprio destino.

As idéias e a cultura impulsionam as civilizações. A Igreja Católica nutriu um dos mais impressionantes saltos econômicos da história humana. Hoje, enquanto o catolicismo se espalha pela África e pela China, é importante compreender as crenças que encorajam as pessoas a trabalhar duro e enriquecer.¹²⁷

2.2.2 Direito Natural: concepção dos autores mencionados

Em linhas gerais, a decorrência da criação divina (nunca é demasiado utilizar o pleonismo: realizada por Deus), a partir do nada, por livre e soberana manifestação da Sua vontade, os fatos naturais e suas leis são entendidos como integrando um plano divino supremo para a realidade criada em seu conjunto.¹²⁸

Assim, há um destino sobrenatural para o universo e para o homem (nos termos doutrinários católicos). À indagação de como, no período anterior ao do Iluminismo, era enunciada a assim chamada lei moral natural, responde-se com a visão dos então doutores da Igreja.

Santo Agostinho, o bispo de Hipona, defendia a existência de normas de caráter universal; utiliza a expressão “lei eterna” para se referir à lei moral natural que se encontra gravada no coração de todos os homens. A lei eterna manda conservar a ordem natural e proíbe perturbá-la. As leis temporais, ou civis, devem fundar-se nas leis eternas, respeitando-as.

São Tomás de Aquino, afirma a existência de uma lei universal que regula o comportamento de todos os seres, incluindo o comportamento humano. O homem, em decorrência da liberdade de sua vontade, está submetido também às leis morais, as quais na

¹²⁷ BROOKS, David. **Os santos capitalistas**. O Estado de São Paulo, Economia, 18 dez. 2005. O autor é colunista do jornal The New York Times.

¹²⁸ JOBIM, Everton. **Teoria política e sociológica**. Disponível em: <<http://politicassociologia.blogspot.com.br/2009/03/teoria-sociologica-e-politica.html>>. Acesso em: 21 nov. 2012.

sua totalidade são denominadas “Lei Natural”.

O Aquinate afirma que o ser humano, como qualquer ser, tem certas tendências inerentes à sua natureza. Tomás busca a síntese de Aristóteles. O homem distingue-se dos demais animais pela faculdade da razão, e por ser capaz de reconhecer as suas próprias tendências naturais e de procurar adequar a sua conduta às mesmas.

Nessa ordem, são três os princípios que informam a Lei Natural: a conservação da existência (e a reprodução), o conhecimento da verdade e a necessidade da vida em sociedade. A partir desses princípios, resulta um conjunto de normas complementares que devem ser codificadas pela lei civil.¹²⁹

Os homens, não obstante, no uso indevido da vontade, podem contrariar a lei moral e incidir no que se conhece como pecado. Tanto em termos individuais quanto em termos coletivos.

Consoante Tomás de Aquino, as leis civis sujeitam-se aos preceitos do Direito Natural (expressão da natureza racional do homem). As leis civis devem estar em harmonia com as leis de Deus inscritas na realidade criada.

Na existência de conflito entre ambos, existe o direito de resistência, a reivindicação pelos homens de seus direitos naturais frente à arbitrariedade dos governantes. Ou seja, a exigência de elaboração e aplicação de leis civis compatíveis com a dignidade humana é, portanto, possuidora de legitimidade moral.

A Lei Natural, enquanto princípio ordenador da conduta humana, está em harmonia com a ordem geral do universo, baseada, em última instância, na Lei Eterna ou Divina. Nos Dez Mandamentos Deus confirma a existência da Lei Moral Natural que assume contornos de Lei Transcendente ou Revelada.

A Lei Moral Natural enuncia os seguintes princípios: a existência da família como sociedade natural; o direito à constituição de família pelo indivíduo; o respeito aos pais e aos mais velhos; o respeito ao próximo e a seus direitos; a existência do Estado; o Estado como a mais perfeita das instituições naturais; a obrigação do Estado de zelar pela paz, promover a justiça, a moral e o bem comum; o direito à vida da pessoa humana; o direito à propriedade; o direito de professar fé religiosa; o direito de defender-se de agressões e violações de direitos individuais e coletivos; e o respeito às autoridades civis.

Toda sociedade possui um grau de liberdade para organizar suas leis civis. Entre as

¹²⁹ JOBIM, Everton. Op. cit. Tais conceitos são ministrados pelo professor Everton Jobim. É professor de Ciência Política e Antropologia Social do Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro e da Fundação Ford. São aqui admitidos em face da clareza e objetividade com que foram enunciados.

Leis Naturais e as leis civis existe efetivamente um grau de autonomia e liberdade, mas há limites que a lei civil deve respeitar obrigatoriamente. O Direito positivo, assim, exige (nos termos da conceituação escolástica) ponderação sobre o valor moral das leis e das instituições sociais e políticas que são elaboradas.

Todos os homens, independentemente de religião, raça, sexo ou demais diferenças devem respeitar a Lei Moral Natural, como forma de obedecer a Vontade de Deus e, assim, permitir a consecução digna da vida humana em sociedade. A Igreja admite que aquelas pessoas que nunca tenham ouvido falar de Cristo, caso tenham vivido segundo a Lei Moral Natural, ou seja, sob princípios éticos, amando a Deus e fazendo a caridade, podem encontrar a salvação, através do fenômeno extraordinário do “batismo de desejo”. Elas não têm culpa própria por não conhecer e, conseqüentemente, não acolher a mensagem salvífica de Cristo.

Nos documentos oficiais da Igreja, sobretudo na Constituição do Concílio Vaticano II sobre a Igreja no mundo de hoje, conhecida como “*Gaudium et Spes*”, a questão é apresentada nos termos seguintes:

16. No fundo da própria consciência, o homem descobre uma lei que não se impôs a si mesmo mas a qual deve obedecer; essa voz, que sempre o está a chamar ao amor do bem e fuga do mal, soa no momento oportuno, na intimidade do seu coração: faz isto, evita aquilo. O homem tem no coração uma lei escrita pelo próprio Deus; a sua dignidade está em obedecer-lhe, e por ela é que será julgado.¹³⁰

O que diferencia a Lei Natural e a Lei Moral Natural da Lei Divina é a forma da revelação. A Lei Natural, ainda que também criação divina, é acessível ao conhecimento puramente natural do homem, ao passo que a Lei Sagrada é tornada conhecida por revelação sobrenatural, ou seja, é necessária a ação divina para que o homem possa conhecê-la. Nem tudo que é revelado na Lei Divina é diferente do que o homem já conhecia através da Lei Natural. O objetivo da reiteração é reafirmar a vontade divina manifestada na criação da lei e dos determinismos naturais, para que não haja dúvidas quanto aos propósitos divinos inscritos na Lei Natural.

Para Reale, com Tomás de Aquino:

[...] *aperfeiçoa-se a teoria da justiça em termos de Direito Natural*, tal como já havia sido formulada por Aristóteles em razão do binômio *bom* –

¹³⁰ PAULO VI. **Gaudium et Spes**: Constituição Pastoral do Concílio Vaticano II sobre a Igreja no mundo de hoje. 12. ed., São Paulo: Paulinas 2002, p. 21.

justo, assinalando esses termos uma correlação essencial, visto como o homem somente deve agir de conformidade com o que lhe parece justo como expressão em si do bem e, notadamente, do bem de todos que é o objeto da Política, assim como a virtude de justiça é o elemento fundamental da Ética.¹³¹

Os padres da Igreja em geral adotam a ideia estoica segundo a qual a natureza e a razão nos indicam quais são os deveres morais. Portanto, segui-los é seguir o *Logos* pessoal, o Verbo de Deus.¹³² Todavia, modificam e desenvolvem aquela ideia: antropologicamente, consideram o ser humano *imago Dei*, o que proíbe a redução da pessoa humana a simples elemento do cosmo. A harmonia da natureza e da razão não está mais na visão imanentista de um cosmo panteísta, mas sobre a comum referência a uma sabedoria transcendente do Criador. Assim, agir contra a razão é falta contra as orientações que o Criador colocou na razão humana.

Refere Santo Agostinho que as normas de uma vida reta e justa estão expressas no verbo de Deus que as imprime depois no coração do homem “à maneira de um timbre, que do anel passa à cera, mas sem deixar de ser anel”.¹³³

Tal doutrina patrística passou à Idade Média, tanto como o conceito do *ius gentium*: há princípios universais de Direito, que regulam as relações entre os povos e são obrigatórios para todos.¹³⁴

Estes fundamentos persistiram ao longo da Idade Média e, na fase da alta Idade Média, antecedendo o Renascimento, passaram à interpretação estrita da *voluntas Dei*.

A ideia de um Direito Natural fora poderosamente afirmada na corrente socrático-aristotélica e na estoica, assim como na obra de Cícero e de jurisconsultos romanos, ensina Reale.¹³⁵ Mas na cultura cristã adquire um sentido diverso porque se torna uma lei da

¹³¹ REALE, Miguel. **Nova fase do Direito moderno**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 12.

¹³² COMISSÃO TEOLÓGICA INTERNACIONAL. Op. cit., p. 31.

¹³³ AGOSTINHO. **Contra Faustum**, XXII, c. 27 (PL 42, col. 418): “*Lex vero aeterna est, ratio divina vel voluntas Dei, ordinem naturalem conservari iubens, perturbare vetans*”. Também no “De Trinitate”, XIV, XV, 21 (“Corpus christianorum”, série latina, 50ª, p. 451): “Onde estas regras estão escritas, onde o homem, mesmo injusto, reconhece o que é justo, onde vê que necessita ter aquilo que ele não tem? Onde estão inscritas, senão no livro daquela luz que se chama a Verdade? Lá está escrita toda lei justa, e dali ela passa ao coração do homem que pratica a justiça, não que ela emigre nele, mas ela aí põe a sua marca, à maneira de um timbre, que do anel passa à cera, mas sem deixar de ser anel” (*Ubinam sunt istae regulae scriptae, ubi quid sit iustum et iniustus agnoscit, ubi cernit habendum esse quid ipse non habet? Unib ergo scriptae sunt, nisi in libro lucis illius quae veritas dicitur unde omnis lex iusta describitur et in cor hominis que operatur iustitiam non migrando se tanquam imprimendo transfertur, sicut imago ex anulo et in ceram transit et anulum non reliquit?*). (Cf. COMISSÃO TEOLÓGICA INTERNACIONAL. Op. cit., p. 32-33).

¹³⁴ GAIO, **Institutas**, 1.1: “*Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocatur que ius gentium, quae quo iure omnes gentes utuntur. Populus itaque romanus partim suo próprio, partim communi hominum iure utitur*”. (Cf. COMISSÃO TEOLÓGICA INTERNACIONAL. Op. cit., p. 33).

¹³⁵ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 4. ed.. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 549, § 226.

consciência, uma lei interior, e porque é considerada inscrita no coração do homem por Deus.

O Direito Natural destinava-se a representar a afirmação da nova Lei contra a Lei velha, a mensagem instauradora de uma nova forma de vida.

Para o saudoso professor, a noção ou chave mestra da doutrina moral e jurídica de Tomas de Aquino é a de *lex*. Lei e ordem são conceitos que se completam e se exigem em sua doutrina.

E, por lei, entende ele “uma ordenação da razão no sentido do bem comum, promulgada por quem dirige a comunidade”.¹³⁶

2.2.3 Bem comum: o significado

O conceito de *bem comum* (que também é chave para a compreensão do Direito Natural), na concepção tomista, é bem esclarecido por Maritain. O bem comum é estabelecido por três caracteres essenciais: a redistribuição; a autoridade na sociedade e a moralidade intrínseca:

O fim da sociedade é o seu *bem comum*, o bem comum do corpo social. Sem se compreender, porém, que este bem do corpo social é um bem comum de *pessoas humanas*, do mesmo modo como o próprio corpo social é um todo de pessoas humanas, esta fórmula, por sua vez, conduziria a outros erros, de tipo estatista ou coletivista. O bem comum da cidade não é nem a simples coleção dos bens privados, nem o bem próprio de um todo (tal como por exemplo a espécie em relação aos indivíduos ou como a colméia em relação às abelhas) que somente diz respeito a si próprio e sacrifica as partes em seu proveito; é a boa vida humana da multidão, de uma multidão de pessoas, isto é, de totalidades a um tempo carnis e espirituais, principalmente espirituais, embora lhes aconteça viver mais freqüentemente na carne que no espírito. O bem comum da cidade é sua comunhão no bem-viver; é pois comum *ao todo e às partes*, quero dizer às partes como todas elas próprias, porquanto a noção mesma de pessoa significa totalidade; é comum ao todo e às partes, sobre as quais ele transborda e as quais devem tirar proveito dele. Sob pena de desvirtuar a própria natureza, ele implica e exige o reconhecimento dos direitos fundamentais das pessoas (e o dos direitos da sociedade familiar, na qual as pessoas são comprometidas mais primitivamente do que na sociedade política); e comporta como valor principal a mais larga possibilidade de acesso (isto é, compatível com o bem do todo) das pessoas à sua vida de pessoa e à sua liberdade de expansão — e às comunicações de bondade que por sua vez daí procedem.¹³⁷

¹³⁶ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. Op. cit., p. 549, § 226.

¹³⁷ MARITAIN, Jacques. **Os Direitos do Homem**. Op. cit., p. 21 *et seq.*

Como o bem comum é o *fundamento da autoridade*, a fim de conduzir uma comunidade de pessoas humanas para seu bem comum, para o bem do todo como tal, é mister que alguns em particular sejam encarregados dessa tarefa, e que as direções que eles imprimem, as decisões que tomem a este respeito sejam seguidas ou obedecidas pelos outros membros da comunidade.

Finalmente, um terceiro caráter diz respeito à *moralidade intrínseca* do bem comum, que não é somente um conjunto de vantagens e utilidades, mas essencialmente retidão de vida, boa e íntegra vida humana da multidão. A justiça e a retidão moral são assim essenciais ao bem comum.

A atualidade dessa concepção é afirmada por Reale:

[...] em face da existência de uma aspiração salutar no sentido de uma visão integral da vida individual e coletiva levando-se em conta os diversos fatores que a determinam, sem esquecer jamais a condicionalidade histórico-social em que eles operam. Daí a importância do conceito de “conjuntura” mediante o qual Fernand Braudel descerrou novos caminhos às pesquisas históricas.

[...] o antigo conceito de bem comum, admiravelmente analisado por Tomás de Aquino e demais mestres da Escolástica, adquire um sentido por assim dizer “existencial” e dinâmico, uma vez que implica o reconhecimento de um conteúdo multifário de finalidades e opções, que não pode ser expresso numa fórmula fixa e definitiva, visto ser própria do processo democrático a diversidade dos “discursos comunicativos” (para empregarmos um termo caro a Habermas) que leva em conta tanto as igualdades como as diferenças existentes na vida dos indivíduos e dos grupos.¹³⁸

Cabe a advertência de Maria Helena Diniz, ao comentar o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.¹³⁹ Para a autora, a opção de “bem comum” é bastante complexa, metafísica e de difícil compreensão, e o seu conceito dependerá da filosofia política e jurídica adotada. Tal noção se compõe de múltiplos elementos ou fatos, o que dá origem a várias definições.

Historicamente, Giovanni Pico della Mirandola representou uma transição no conceito da dignidade da pessoa humana, influenciando no tempo seguinte. A doutrina do Direito Natural “fundamenta” de certa forma a moral bíblica. Permite explicar, independentemente da revelação bíblica, a concepção moral positiva também aos que não creem.

¹³⁸ REALE, Miguel. Justiça social e bem comum. *O Estado de São Paulo*, p. A2, 30 maio 1995.

¹³⁹ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva. 1994, p. 162.

2.2.4 Direito Natural: a relevância do princípio da dignidade da pessoa humana

No contexto da concepção do Direito Natural, é de se reafirmar a importância do princípio da dignidade da pessoa humana. Tal princípio encontra fundamento no que se conheceu como Direito Natural, anteriormente à positivação da Declaração de 1789.

Preleciona Maria Cristina Irigoyen Peduzzi que cabe referência à Encíclica *Rerum Novarum*, “considerada a sua importância como instrumento de valorização do trabalhador, no contexto da Revolução Industrial”.¹⁴⁰ Claro que limitada ao âmbito religioso. Mas de inegável repercussão geral inclusive nas concepções doutrinárias e no Direito positivo das nações então vigentes.

Os efeitos nefastos das revoluções industriais — no sentir da autora —, sobretudo a precariedade das condições de trabalho dos operários, exigiu a edição da encíclica, “conforme o ideário político liberal do seu tempo, propugnando direitos sociais mínimos”.

O homem econômico se orienta para a utilidade (*ophélimos*) que é valorizada nos diversos momentos e em ambientes diversos: valoração esta *quantitativa*, mas que deve estar subordinada a outra valoração *qualitativa*; em torno da qual é estabelecida a diferenciação fundamental de endereço prático e da doutrina.

Em percuciente análise, esclarece Mangano¹⁴¹ que a doutrina liberal considera o cumprimento do contrato econômico como fato que se exaure em si. Logo, não tem em conta outros elementos, sobretudo o substrato ético, do qual a escola social cristã toma o movimento. Tal escola considera sempre a natureza ética do sujeito (e também do objeto, no contrato de trabalho) e da eticidade do sujeito deduz a norma necessária para que o ato econômico, jurídico, político, não cause ofensa à suprema lei ética, mas antes com esta permaneça em conformidade, tanto quanto possível.

A lei hedonística de procurar a maior vantagem com o mínimo esforço é considerada prescindindo de todo e qualquer valor ético, ao qual o homem econômico não deve ser subtraído. Em nada difere da tese socialista da “maximização da utilidade” proclamada no Manifesto do Partido Comunista, de Marx e Engels. Contudo, se deve reconhecer que a lei hedonística permanece lei fundamental do fato econômico enquanto resultado, produto, uma utilidade que está economicamente medida segundo seja obtido o

¹⁴⁰ PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do Direito como integridade**. São Paulo: LTr., 2009, p. 25.

¹⁴¹ MANGANO, Vincenzo. **Il pensiero Sociale e Político di Leone XIII**. Isola Del Liri, Itália: Soc. Tip. A. Macioce & Pisani, 1931, p. 65-67.

máximo, ou médio, ou mínimo meio. Este mínimo no foro externo, ou seja, em face da sociedade civil, deve conservar o caráter de meio legal; mas no foro interno, ou seja, no campo da consciência, deve satisfazer a exigência do justo e do honesto. Significa que deve não ter superado os limites do respeito ao fundamental direito do outro.

A doutrina leoniana, com a necessária ampliação e aplicação exigida pelas novas condições, coincide com a doutrina tomística e aquela dos escritores escolásticos, das quais é derivada.

O ser humano, enquanto tal e porque tal, não poderia ser medido com régua idêntica à dos demais viventes sem diminuição do seu valor sociológico e da sua dignidade ética. Isto porque há um sistema de Direito aplicável ao ser humano, que decorre tão somente da sua humanidade, sistema este bastante diverso e muito mais amplo do que aquele que (admitindo-se que se possa falar de Direito relativo aos seres irracionais) possa ser atribuído e reconhecido a todo vivente e que não vai e não pode ser outro senão o do imediato direito à vida, vale dizer, à conservação desta, também com a forma compreensiva da reprodução.

Como o ser humano tem uma finalidade que deve ser alcançada e uma função para preencher, que não é material, é necessário que lhe sejam asseguradas todas as condições e todas as possibilidades por essa exigência: condições e possibilidades que, relativamente ao sujeito, tornam-se matéria e objeto de direito natural subjetivo, ao qual não há o direito de renúncia, mesmo que para o fim de ordem mais elevada, e menos ainda de alienar, e ainda de limitar o dos outros ou de privar ou limitar de quem quer que seja.

Prossegue Mangano afirmando que o mesmo “*jus persistendi in esse suo*”, que compreende o mínimo e fundamental termo da expressão para todos os viventes, quando se trata do ser humano, ressoa-se da extensão e ampliação da natureza peculiar do homem e compreende imediatamente o direito ao progresso, ao buscar melhoria, que se encontra sobre a linha que conduz ao fim imediato e à ordem superior dessa mesma finalidade.

A objetividade do autor já mencionado encontra-se nas afirmações seguintes.

Trata-se, então, relativamente ao terreno prático da aplicação, de precisar quais são esses direitos naturais do ser humano com referência ao indivíduo e, portanto, na referência desses em face da sociedade doméstica, da sociedade civil e da sociedade política.

Gioacchino Pecci (Leão XIII) não demorou a enfrentar essa obra grandiosa e difícil, para precisar ao século XX todos aqueles conceitos éticos e toda aquela doutrina que no pensamento católico vinham sendo formuladas e desenvolvidas, para esclarecer ainda mais, especialmente em confronto com toda aquela série de erros e desvios, que, do século

XVI até nossos dias, se sucediam com negação, ofensa e limitação dos direitos dos indivíduos.

A noção fundamental desses direitos naturais do indivíduo importa imediatamente outra, de igual condição, da possibilidade de exercitá-los, de modo que ao fim desse primeiro e remoto momento conceitual encontramos a igualdade, que é igualdade de direito e que corresponde a uma desigualdade de fato. Esta só é, portanto, admissível no terreno jurídico e ético desde que não venha a constituir-se em dificuldade gravíssima ou impedimento invencível para se conseguir, por ordem da finalidade, aquele melhoramento ao qual qualquer indivíduo tem direito.

Diz o Catecismo da Igreja de 1992 sobre a lei moral natural:

1954 - O homem participa da sabedoria e da bondade do Criador que lhe confere o domínio de seus atos e a capacidade de governar-se com vistas à verdade e ao bem. A lei natural expressa o sentido moral original que permite ao homem discernir mediante a razão o que são o bem e o mal, a verdade e a mentira:

A lei natural está inscrita e gravada na alma de todos e cada um dos homens porque é a razão humana que ordena fazer o bem e proíbe pecar... Mas esta prescrição da razão humana não poderia ter força de lei se não fosse a voz e o intérprete de uma razão mais alta a que nosso espírito e nossa liberdade devem estar submetidos. (Leão XIII, enc. “*Libertas praestantissimum*”).

1955 - A lei “divina e natural” (GS 89) mostra ao homem o caminho que deve seguir para praticar o bem e alcançar seu fim. A lei natural contém os preceitos primeiros e essenciais que regem a vida moral.

De conformidade com a publicação do jornal L’Osservatore Romano, de 6 de fevereiro de 2004, na audiência que concedeu à Congregação para a Doutrina da Fé, o Papa João Paulo II destacou a necessidade de *recuperar a importância da lei natural como fonte de certeza moral para toda a humanidade*.

Segundo o Papa, a lei moral natural “pertence ao grande patrimônio da sabedoria humana, que a Revelação, com sua luz, tem contribuído para purificar e desenvolver ulteriormente”. “A lei natural, acessível por si mesma a toda criatura racional, indica as normas primeiras e essenciais que regulam a vida moral”, acrescentou.¹⁴²

O Pontífice lembrou que “hoje, como consequência da crise da metafísica, em muitos ambientes já não se reconhece que haja uma verdade gravada no coração de todo

¹⁴² JOÃO PAULO II. Discurso aos participantes na Sessão Plenária da Congregação para a Doutrina da Fé. **L’Osservatore Romano**, n. 47, 6 fev. 2004. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/speeches/2004/february/documents/hfjp-ii_spe20040206_congr-faith_po.html>. Acesso em: 21 nov. 2012.

ser humano”. “Assistimos por um lado à difusão entre os fiéis de uma moral de caráter fideísta, e por outro, falta uma referência objetiva para as legislações que frequentemente se baseiam somente no consenso social”, explicou.¹⁴³

O Papa convidou a promover “iniciativas oportunas a fim de contribuir para uma renovação construtiva da doutrina sobre a lei moral natural, buscando também convergências com representantes das diversas confissões, religiões e culturas”.¹⁴⁴

A crítica contundente que se costuma formular a propósito da concepção eclesiástica do Direito Natural é exposta por Luiz Felipe Pondé:

É comum apontar para uma crise na “qualidade intelectual” das camadas recém-chegadas ao clero, e muitos afirmam que essa “carência intelectual” serve à revolução conservadora estabelecida desde 1978. Em meio a escândalos de pedofilia e posturas intransigentes com relação a “evidentes avanços modernos” (direito ao aborto, ao uso de contraceptivos, ao casamento do clero, à “eutanásia carinhosa”, à abertura para o outro, etc.), a igreja estaria imersa num momento de escuridão. Muita gente bem intencionada e com razoável repertório cultural percebe que a Igreja Católica e seu oficialato está aquém das demandas de um mundo que se revira no abismo de mudanças vertiginosas, oferecendo nada mais além de variedades de “marxismo à la Cristo” ou de “aeróbicas de Jesus”, fincada numa espiritualidade preocupada com o “marketing do contentamento”.¹⁴⁵

Pondé acrescenta que a “pobreza de espírito” não é exclusiva daqueles que atuam frente à Igreja católica, mas que esse fato pode ser constatado em qualquer instituição que apresente vocação formadora, seja ou não de caráter religioso. Para Pondé, o problema não é desta ou daquela religião, mas reside na “grosseira e risível ideologia da felicidade”, da qual padeceriam desde o metafísico até o professor, passando pelo psicoterapeuta — “todos querem agradar”, completa:

É como se o árduo trabalho da inteligência estivesse órfão. Talvez fosse interessante pensar que o freio que parece ter significado este longo papado (na realidade, tudo que se refere à Igreja Católica e seus 2.000 anos pede cuidado e lentidão na apreciação dos fatos) representa um excelente momento para nos indagarmos sobre algumas dessas “obviedades conservadoras”, principalmente quando grande parte das atitudes “progressistas” fazem uso da mesma violência ideológica discriminatória no plano da militância.¹⁴⁶

¹⁴³ JOÃO PAULO II. Discurso aos participantes na Sessão Plenária da Congregação para a Doutrina da Fé. Op. cit.

¹⁴⁴ Ibidem.

¹⁴⁵ PONDÉ Luiz Felipe. Momento pode expor progressismo risível. **Folha de São Paulo**, 4 abr. 2005.

¹⁴⁶ Ibidem.

Entre as correntes que digladiam, o autor indicado afirma que vivemos num mundo dramático. E os adeptos das diversas opções não apresentam qualquer linha de pensamento ou sistema filosófico apto a fundamentar soluções. Conclui que a tendência é ficar na anomia ou no ecletismo retórico. Ou assumir que não dá para fazer diálogo só em festa.

2.3 O positivismo jurídico e o Direito Natural

2.3.1 Os precedentes históricos

Ao examinar a corrente positivista na Filosofia, Reale¹⁴⁷ afirma que a publicação do “Curso de Filosofia positiva”, de Augusto Comte (1830-1842), marca momento relevante na história do pensamento europeu e americano, possuindo ainda entre nós continuadores entusiastas, sem falar no neopositivismo contemporâneo, que invoca também outras fontes inspiradoras, apesar de coincidir com a Filosofia positiva em vários pontos essenciais.

Comte era de formação matemática; estava “animado do propósito de dar à Filosofia uma certeza igual àquela que as ciências exatas possuem ou pretendem possuir”. Para Comte, a Filosofia só é digna desse nome enquanto não se diversifica da própria ciência marcando uma visão orgânica da natureza e das sociedades, fundada nos resultados de um saber que se atenha à esfera objetiva dos “dados” ou das suas relações. Era declarada sua aversão à Metafísica e a quaisquer formas de conhecimento *a priori*.¹⁴⁸

Entre Ciência e Filosofia haveria diferença de grau ou de generalidade: não de essência ou de qualidade. O objetivo da Filosofia seria um trabalho de composição unitária das pesquisas de cada um e de todos os cientistas; tal esforço fundamental de unificação dos resultados das pesquisas particulares basear-se-ia, de um ponto de vista estático, sobre a hierarquia das ciências, a unidade do método e a homogeneidade do saber e, do ponto de vista dinâmico, na convergência progressiva de todas as ciências no sentido da *Sociologia*, ciência final e universal.

De forma resumida e à vista da consideração da gênese dessa corrente, é de se concluir que, em suma, o positivismo reduz a Filosofia a uma enciclopédia das ciências. Essa é, de certa forma, a gênese da escola neopositivista de Viena, no campo do Direito.

¹⁴⁷ REALE, Miguel. **Filosofia...** Op. cit., p. 14.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 13.

Bobbio traz, em longas exposições,¹⁴⁹ as origens históricas do positivismo jurídico. Examina ainda as origens na Alemanha; na França, com o Código de Napoleão; e na Inglaterra, com o utilitarismo de Bentham e Austin.

Para o objetivo deste trabalho, é oportuno o exame das origens do positivismo jurídico na França, em face da inegável repercussão e influência no Direito brasileiro e na Filosofia do Direito no Brasil.

As codificações de Justiniano e de Napoleão trouxeram elementos fundamentais para nossa cultura e pensamento jurídicos, além de influência em numerosos países.

A ideia de codificação surgiu da cultura racionalista, trazida pelo iluminismo. E a Revolução Francesa resultou das forças históricas e políticas exatamente movidas pelo ideal dos iluministas.

Bobbio ensina¹⁵⁰ que os juristas dessa época eram guiados pela exigência de realizar um Direito *simples* e *unitário*, nascida da convicção da existência de um legislador universal, ou seja, um legislador que dita leis válidas para todos os tempos e para todos os lugares.

Entre outras condicionantes, havia a situação histórico-geográfica porque a sociedade francesa não possuía um único ordenamento jurídico, seja civil, seja penal, seja processual, mas existia a multiplicidade de direitos territorialmente limitados. Na parte setentrional prevalecia o costume local e, na meridional, o Direito comum romano.

Para os iluministas, o Direito simples e unitário substituiria as velhas leis e seria ditado pela ciência da legislação. O verdadeiro Direito estaria fundado na natureza das coisas cognoscíveis pela razão humana. A natureza profunda, a essência verdadeira da realidade é simples e suas leis são harmônicas e unitariamente coligadas. Sobressai a figura e a obra de Rousseau. Assim o Direito também deveria ser. O lema: *poucas leis*.

Imaginava-se que, com a vigência do código, o Direito se tornaria simples, claro e acessível a todos, o que foi expresso num debate de 1790, na Assembleia Constituinte, sobre os jús populares.

Para Sieyès, no dia em que a codificação vigesse, o procedimento judiciário consistiria somente de um juízo de fato (ou seja, verificação dos fatos já previstos na lei). A questão de direito, ou seja, a determinação da norma jurídica a ser aplicada no caso em exame, não apresentaria qualquer dificuldade.

¹⁴⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de Filosofia do Direito. Compilação Nello Morra; Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 64 *et seq.*

Do clima da convenção surgiram projetos de Código Civil, de inspiração iluminista, que nunca foram aprovados. Cambacérès apresentou três projetos.

O projeto definitivo resultou da comissão instalada por Napoleão, composta por quatro juristas: Tronchet, Maleville, Bigot-Préameneu e Portalis. Coube ao jurista e político Jean-Étienne Marie Portalis (1746-1807), liberal moderado, o papel mais importante. Robespierre determinou sua prisão, mas durante o Diretório retornou à ribalta. Exilou-se em 1797, por três anos, em face da acusação de contato com emigrados. Retornou, assumindo a antiga posição. Durante o exílio escreveu “Do uso e do abuso do espírito filosófico durante o século XVIII”. Contesta o pensamento kantiano.

Em 102 sessões do Conselho de Estado, 57 das quais presididas por Napoleão, foram examinadas e discutidas todas as disposições do Código.

É comum a afirmativa de que Napoleão resolvia todas as controvérsias jurídicas que surgiam entre os integrantes da Comissão, juristas notáveis. E o ditador o fazia com argúcia em face da sua percepção brilhante. Mas — como observa argutamente Bobbio¹⁵¹ — a boa disposição do Primeiro-Consul em resolver controvérsias jurídicas se devia, também (ou principalmente, acrescento), ao fato de *sua palavra ser lei*.

Aos primeiros intérpretes (e não aos redatores) é que se deve atribuir a adoção do princípio da onipotência do legislador, princípio que é um dos dogmas fundamentais do positivismo jurídico.

O código adotou, no art. 4º,¹⁵² a solução da *autointegração*. O dogma da *onipotência do legislador* é complementado por outro dogma: o da *completitude* do ordenamento jurídico. O juiz deve buscar a regra no interior do próprio sistema legislativo, recorrendo à aplicação analógica ou aos princípios gerais do ordenamento jurídico. Portanto, não é válido o recurso ao exterior desse sistema (equidade, etc.).

O objetivo dos redatores era o de escoimar o costume anterior (prática judiciária durante a Revolução), quando devolviam os atos ao poder legislativo para obter disposições, abstando-se de julgar.

Bobbio assegura¹⁵³ que, ao se examinar a interpretação autêntica (ou seja, aquela contida no discurso feito por Portalis para apresentar o Código diante do Conselho de Estado), a solução que os redatores tinham em vista era a de deixar aberta *a possibilidade da livre criação do Direito por parte do juiz*.

¹⁵¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico...** Op. cit., p. 72.

¹⁵² “O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada.”

¹⁵³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico...** Op. cit., p. 75.

Para o estudo do Código, surgiu a escola da exegese. Tratava-se de adoção de técnica, pelos primeiros estudiosos e expositores, consistente na assunção pelo tratamento científico do mesmo sistema de distribuição da matéria seguido pelo legislador, reduzindo o tratamento a um comentário, artigo por artigo, do próprio diploma.

Bugnet, um dos expoentes dessa escola, teria dito: “Eu não conheço o Direito Civil, eu ensino o Código de Napoleão”.

2.3.2 Direito Natural: a modernidade e o período precedente

A concepção jurídica da Idade Média estava fundamentada, essencialmente, na concepção do Direito, em sua fonte divina.

Assim, aos poucos, surgiu a necessidade de encontrar fundamento *natural*, secularizado e nacionalizado, de forma a fornecer base sólida, tanto quanto a que constava do conceito que até então vigia, ou seja, esteio na divindade.

Para Habermas, “A história da teologia cristã na Idade Média, especialmente a escolástica tardia espanhola, *pertence naturalmente à genealogia dos direitos humanos*”¹⁵⁴ (itálico nosso).

Após o exame de algumas obras, encontro em manifestação eclesiástica um dos enunciados sintéticos que esclarecem os postulados básicos do Direito Natural, assim como a distopia/confronto das noções de Direito Natural e positivismo. A transcrição *ad litteram* afigura-se indispensável:

A concepção positivista do direito, juntamente com o relativismo ético, não só privam a convivência civil de um seguro ponto de referência, mas aviltam a dignidade da pessoa e ameaçam as próprias estruturas fundamentais da democracia. Estou persuadido de que, com coragem e clarividência, cada um saberá realizar o que lhe é possível, a fim de que as leis civis respeitem a verdade da pessoa, a sua realidade de indivíduo inteligente e livre, como também a sua dimensão espiritual e o caráter transcendental do seu destino.

A centralidade da pessoa humana no Direito é expressa eficazmente pelo aforismo clássico: “*Hominum causa omne ius constitutum est*”. Isto equivale a afirmar que o Direito é tal se e na medida em que tiver como próprio fundamento o homem na sua verdade. Quem é que não vê como este princípio basilar de todo o justo ordenamento jurídico é seriamente ameaçado por concepções redutivas da essência do homem e da sua dignidade, como o são as de inspiração imanentista e agnóstica? Concepções semelhantes ofereceram, no século que se está para concluir,

¹⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. Os secularizados não devem negar potencial de verdade a visões de mundo religiosas. **Folha de São Paulo**, 24 abr. 2005.

legitimação a graves violações dos direitos humanos, em particular do direito à vida. [...]

Os postulados do Direito natural são válidos, com efeito, em todos os lugares e para todos os povos, hoje e sempre, porque são estabelecidos pela *recta ratio* na qual, como explica S. Tomás, reside a essência do Direito natural: “*Omnis lex humanitus posita intantum habet de ratione legis, inquantum a lege naturae derivatur*” (Summa Theol., I-II, q. 95, a 2) (AAS 86 [1994], 248). Este conceito já fora compreendido muito bem, precedentemente, pelo pensamento jurídico clássico. Cícero assim o exprimia: “*Est quidem vera lex recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnibus, constans, sempiterna quae vocet ad officium iubendo, vetando a fraude deterreat, quae tamen neque probos frustra iubet aut vetat, nec improbos iubendo aut vetando mover*” (De republica, 3, 33; LACT. Inst. VI, 8 6-9).

Os elementos constitutivos da verdade objetiva sobre o homem e sobre a sua dignidade arraigam-se profundamente na *recta ratio*, na ética e no direito natural: são valores que precedem todo o ordenamento jurídico positivo e que a legislação, no Estado de direito, deve tutelar sempre, subtraindo-os ao arbítrio das pessoas individualmente e à arrogância dos poderosos.¹⁵⁵

Um dos princípios em que o conceito de Direito Natural da pré-modernidade está assentado — senão o único princípio, fundamental — é o de que o homem é naturalmente capaz de conhecer determinado procedimento (ou ação) como verdade, isto é, aquilo que o homem conhece e assimila independentemente de qualquer esforço de aprendizado formal. Portanto, também sabe o que é justo porque a noção do reto e do justo é aptidão natural do homem.

O Direito Natural é proveniente da natureza racional das coisas. Seu conteúdo independe, em princípio, da vontade humana. Isto porque a vontade e o agir humanos estão incorporados à ordem natural das coisas por concepção divina.¹⁵⁶

A pergunta essencial — como adverte Bobbio¹⁵⁷ — consiste em esclarecer o que se entende por natureza (o que é a natureza?).

A resposta é examinada através do estudo de três definições: a de Aristóteles; outra, de Tomás de Aquino; e, a última, de Hobbes. São três períodos importantes para a história da Filosofia (e do Direito) e trazem três conceitos essenciais para exame das relações entre Direito Natural e Direito positivo.

¹⁵⁵ JOÃO PAULO II. Discurso aos participantes no simpósio sobre “*Evangelium vitae* e Direito”, 24 maio 1996. *L’Osservatore Romano*, n. 22 (1.382), p. 8-9 (272-273).

¹⁵⁶ NUNES, Cláudio Pedrosa Nunes. A supremacia do Direito Natural e a pirâmide normativa kelseniana. *Revista Complexus*. Natal, v. 1, n. 1, p. 30. O autor é Juiz do Trabalho Substituto da 13ª Região. Doutor em Direito do Trabalho e Seguridade Social pela Universidade de Salamanca.

¹⁵⁷ BOBBIO, Norberto. *Locke...* Op. cit., p. 27 *et seq.* Cf. o capítulo “Algumas observações sobre o conceito de natureza”.

A distinção entre direito natural e direito positivo tem a ver, segundo a doutrina de Aristóteles, sobretudo com respeito ao seu conteúdo. Na doutrina de Santo Tomas, essa distinção concerne principalmente ao autor. Na doutrina de Hobbes, especialmente à função.¹⁵⁸

Para os objetivos deste trabalho, urge estabelecer o conceito do segundo período, já referido.

Na Idade Média, considerava-se a natureza como produto da inteligência e da potência criadora de Deus: é categoria abrangente, portanto, reunindo tudo que não depende do homem.¹⁵⁹ E o Direito Natural é tanto a lei inscrita por Deus no coração humano como o é a lei comunicada aos homens por Deus, por meio da razão.

A exposição clássica do conceito de Direito Natural, deste período, é a da *Summa Theologica* (q. 91). Quatro são as formas de lei:

1. *aeterna*;
2. *naturalis*;
3. *humana*;
4. *divina*.

A primeira é a razão divina, que governa o mundo; a segunda é a manifestação daquela, *lex aeterna*, no ser humano, criatura dotada de razão. Há um preceito único e genérico: *bonum faciendum, male vitandum*.¹⁶⁰ Pela razão, o ser humano deduz todos os outros.

A *lex humana (humanitas posita)* é constituída de todos os preceitos particulares, elaborados para diferentes situações criadas no relacionamento entre os seres humanos, todos originados da lei natural.

O Direito positivo é o desenvolvimento interno, adaptação gradual à situação

¹⁵⁸ BOBBIO, Norberto. **Locke...** Op. cit., p. 32.

¹⁵⁹ É indispensável anotar que Bobbio, na obra mencionada, esquematizou o conceito. Estabeleceu que, nos primórdios da especulação, pelo homem primitivo, quando ele começa a tomar consciência de sua posição no mundo, uma das primeiras descobertas que faz é justamente que todos os seres e todos os eventos podem ser divididos em duas grandes categorias: 1) A primeira, englobando tudo o que existia antes do homem e que continuará a existir sem o homem — como o Sol, as estrelas, a Terra, as plantas, os rios —; 2) A segunda diz respeito às coisas que só existem porque foram produzidas pelo homem: as casas, as armas, os utensílios, as roupas. *Natureza*, portanto, é o conceito *generalíssimo* que serve para designar tudo o que pertence à primeira categoria, em contraposição aos conceitos de arte ou de técnica.

¹⁶⁰ E sobre este se fundamentam todos os demais preceitos das leis da natureza, pois tudo o que deve ser feito ou evitado, segundo a razão prática dos homens, está sujeito aos seus princípios. “*Et super hoc fundantur omnia alia praecepta legis naturae, ut silicet omnia illa facienda vel vitanda pertineant ad praecepta legis naturae, quae ratio practica naturaliter apprehendit esse bona humana.*”

concreta, já que todos os aspectos do procedimento estão submetidos à lei natural.

Finalmente, cumpre trazer a lição de Bobbio¹⁶¹ quanto ao aspecto essencial que confronta a doutrina positivista do Direito e a lei natural.

Para a corrente positivista, a lei positiva é válida ainda que não seja justa. Para o jusnaturalismo, ora sob exame, para ser válida a lei positiva deve também ser justa, adequada à lei natural.

A condição de validade da lei positiva é a sua adequação ao Direito Natural. Esta é a distinção básica entre o Direito positivo e o jusnaturalismo de que se trata, e, ainda, em confronto com as subsequentes concepções naturalistas.¹⁶²

Resumindo o pensamento de Hobbes sobre a validade da lei natural e da lei civil, Bobbio afirma¹⁶³ que a lei natural põe toda a sua força a serviço do Direito positivo e, desta forma, morre ao dar à luz o seu filho.

Hobbes assim distingue os vários tipos de leis:

Todas as leis podem ser divididas, em primeiro lugar, em leis divinas e humanas. As leis divinas são de duas espécies, conforme os dois modos como Deus pode manifestar sua vontade aos homens: natural (ou moral) e positiva. Natural é aquela que Deus manifestou a todos os homens por meio da sua palavra eterna, neles inata, isto é, por meio da razão natural. Positiva é aquela que Deus revelou mediante a lavra dos profetas [...] Todas as leis humanas são leis civis.¹⁶⁴

O Renascimento e, sobretudo, o período subsequente, procurou fundar o Direito (Natural) na visão idílica do *bom selvagem*, ou seja, na própria natureza, concebida como espécie de paraíso terrestre. E independentemente da atuação da *recta ratio*. A partir do século XVIII, nos albores do espírito moderno, manifestou-se fonte mais estreita, o *indivíduo*.

Segundo Alceu Amoroso Lima,¹⁶⁵ Rousseau (1712-1778) e Kant (1724-1804) foram os primeiros e grandes precursores imediatos do materialismo jurídico, que se iniciou por essa *individualização* do conceito de Direito.

A influência histórica da teoria do contrato social foi incomensurável, embora tenha

¹⁶¹ BOBBIO, Norberto. **Locke...** Op. cit., p. 39.

¹⁶² Qualquer lei estabelecida pelos homens é autêntica na medida em que deriva da lei da natureza: se discordar desta, já não será uma lei, mas corrupção da lei. “*Omnis lex humanitas posita intantum habet de ratione legis inquantum a lege naturae derivatur; si vero in aliquo a lege naturali discordet, iam non erit lex, sed legis corruptio.*”

¹⁶³ BOBBIO, Norberto. **Locke...** Op. cit., p. 44. Cf. o capítulo “O Direito Natural segundo Hobbes”.

¹⁶⁴ HOBBS, Thomas. **De cive**. Petrópolis: Vozes, 1993, p. 181, *apud* BOBBIO, Norberto. **Locke...** Op. cit., p. 41.

¹⁶⁵ LIMA, Alceu Amoroso. Op. cit., p. 169.

falhado ao seu objetivo de construtora do Estado (segundo Jellinek).

A ideia de contrato social, de secundária que era, tornou-se fundamental em Rousseau. A teoria do consensualismo jurídico alcançou a repercussão mais ampla e a expressão mais pura. Na liberdade natural, o ser humano desconhecia regras de justiça. A associação originou o Direito, como livre criação da vontade dos indivíduos. Livrementemente decidiram a submissão à vontade coletiva, “vontade de todos”, vontade geral, ou vontade do povo.¹⁶⁶

O predomínio absoluto da razão subjetiva, como única forma do Direito, é a manifestação do individualismo jurídico, em Kant. O mundo moral e jurídico gira em torno da liberdade. Esta é o único “direito inato” do homem.

O Direito Natural (Kant) repousa sobre o conceito de liberdade individual e está, como amoral, subordinado à sua concepção geral da autonomia da razão e da vontade, independentemente de qualquer finalidade.

Para Amoroso Lima,¹⁶⁷ a origem consensual da sociedade — e o estado pré-jurídico, como foi estabelecido por Rousseau — e a “escola de Direito Natural” são aceitos por Kant, que atribui ao Direito uma origem também racional, e não apenas consensual.

Kant foi o “primeiro grande sistematizador” do esvaziamento do Direito de seu conteúdo espiritual superior, desespiritualização jurídica esta que foi ampliada no século XIX. E, desse tronco comum que era o Direito Natural autônomo, individualizado e arrancado das fontes originárias, estas de referência à instância da divindade, é que tiveram origem as demais correntes.

2.3.3 A extrema consequência do positivismo jurídico: Kelsen. Críticas

Ao enunciar a *Teoria pura do Direito*, Hans Kelsen buscou escoimar a Ciência Jurídica da Psicologia, da Economia, da Política e da Sociologia. “As demais ciências seriam integrantes de categoria jurídica dotada de valor lógico próprio, irreduzível ao problema do conteúdo psíquico ou do processo de aferição de interesses”.¹⁶⁸

Cabe mencionar algumas conclusões de Reale:

O apego a construções lógico-formais corresponde a um relativismo filosófico fundamental, a uma certa incompreensão dos valores da

¹⁶⁶ LIMA, Alceu de Amoroso. Op. cit., p. 170.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 175.

¹⁶⁸ REALE, Miguel. *Filosofia...* Op. cit., p. 399.

existência concreta, apresentando a sua teoria rigorosamente trabalhada, um caráter de abstração ou de a-historicidade, que parece ter sido sentida pelo próprio autor na fase mais recente de suas pesquisas fecundas.

[...]

Ciência Jurídica ou Teoria Pura do Direito é uma ciência do *dever ser* e, assim sendo, sua natureza é puramente normativa. [...] A Ciência Jurídica propriamente dita desenvolve-se no plano do *dever ser* lógico, em função de exigências operacionais.¹⁶⁹

Para bem situar o conceito, entendo indispensável a transcrição literal de parte da obra de Kelsen:

O princípio lógico segundo o qual a validade de uma norma não pode ser fundamentada sobre um fato da ordem do ser vale igualmente quando este fato é um ato de vontade cujo sentido subjetivo seja o de que nos devemos conduzir de certa maneira. O argumento muito divulgado segundo o qual nos devemos conduzir de certa maneira porque o legislador ou Deus querem, isto é, ordenam que assim nos conduzamos, é uma falsa ilação. A conclusão tão-só é possível se pressupomos a norma segundo a qual nós nos devemos conduzir como o legislador quer ou como Deus quer.

Já a outro propósito fizemos notar (*Teoria Pura do Direito*, vol. II, pp. 1 e ss.) que do fato de um salteador de estradas nos ordenar que devamos dar-lhe o nosso dinheiro, que devamos obedecer ao seu comando; e não o fazemos porque na verdade não pressupomos qualquer norma por força da qual o sentido subjetivo do ato do salteador de estradas seja também o seu sentido objetivo. O fundamento de validade de uma norma positiva, isto é, de uma norma posta através de um ato de vontade, não é o ato que põe essa norma ou põe uma norma superior quer dizer o ato cujo sentido objetivo é a norma inferior ou a norma superior, mas a norma superior que é pressuposta como objetivamente válida e que opera a fundamentação da validade da norma inferior precisamente pelo fato de legitimar o sentido subjetivo do ato que põe essa norma como seu sentido objetivo, isto é, como norma objetivamente válida.

O processo da fundamentação normativa da validade conduz, porém, necessariamente, a um ponto final: a uma norma suprema generalíssima, que já não é fundamentável, à chamada norma fundamental, cuja validade objetiva é pressuposta sempre que o dever-ser que constitui o sentido subjetivo de quaisquer atos é legitimado como sentido objetivo de tais atos. Se fosse de outra maneira, se o processo da fundamentação normativa da validade, tal como o processo da explicação causal — que, de acordo com o conceito da causalidade, não pode levar a qualquer termo, a qualquer causa última —, fosse sem fim, a pergunta de como devemos atuar permaneceria sem resposta, seria irrespondível. Consideramos um determinado tratamento de um indivíduo por parte de outro indivíduo como justo quando esse tratamento corresponde a uma norma por nós havida como justa. A questão de saber por que é que nós

¹⁶⁹ REALE, Miguel. *Filosofia...* Op. cit., p. 402 *et seq.*

consideramos esta norma como justa conduz, em último termo, a uma norma fundamental por nós pressuposta que constitui o valor justiça.¹⁷⁰

É procedente (ao juízo deste expositor) a crítica do tradutor, João Baptista Machado, ao afirmar, no prefácio da última obra citada, que o grande feito e mérito de Kelsen é o de ter contribuído para o amadurecimento de um erro, transformando-o de erro indistintamente formulado, ambíguo, em erro refutável — em ter conduzido o clássico positivismo jurídico, com inteiro rigor lógico, àquela sua extrema consequência em que uma exigência de superação se torna patente. É certo, ainda, que a teoria normativista forneceu ao positivismo jurídico a sua fundamentação epistemológica, superando o psicologismo e o sociologismo de que se enfermava.

Procedente ainda se afigura a crítica de Maritain:

Nos tempos modernos fez-se uma tentativa no sentido de basear a vida da civilização e da comunidade terrena em fundamentos exclusivamente da razão — razão separada da religião e do Evangelho. Essa tentativa despertou imensas esperanças nos dois últimos séculos — mas fracassou rapidamente. A razão pura se revelou mais incapaz do que a fé de assegurar a unidade espiritual da humanidade, e o sonho de um credo “científico” que viesse a unir os homens na paz e em convicções comuns sobre os objetivos e princípios fundamentais da vida e da sociedade humana, desvaneceu-se em nossas catástrofes contemporâneas. À medida que os acontecimentos trágicos das últimas décadas provavam a falsidade do racionalismo burguês nos séculos XVIII e XIX, impunha-se-nos o fato de que a religião e a metafísica constituem parte essencial da cultura humana, e incentivos primários e indispensáveis para a própria vida da sociedade.¹⁷¹

Para alguns estudiosos e, entre eles, Pablo Blanco Sarto, “A pós-modernidade nos fez notar que os sonhos da razão moderna — uma razão sem religião — produziram também monstros. Auschwitz, Hiroshima, Chernobyl seriam apenas alguns nomes de certos infelizes experimentos.”¹⁷²

O que não é de ser negado é que a amplitude da concepção do Direito Natural — que relega a sanção a outra instância — faz carecer de efetividade a aplicação das normas ditadas pela consciência.

¹⁷⁰ KELSEN, Hans. **A Justiça e o Direito Natural**. Tradução e prefácio João Baptista Machado. Coimbra: Almedina, 2009, p. 50-51.

¹⁷¹ MARITAIN, Jacques. **O homem e o Estado**. Tradução Alceu de Amoroso Lima. 2. ed., Rio de Janeiro: Agir, 1956, p. 128.

¹⁷² SARTO, Pablo Blanco. **Discurso do papa em ratisbona**: apologia da razão, dois anos depois. Pamplona, Espanha, 17 set. 2008. Disponível em: <<http://www.zenit.org/rssportuguese-19497>>. Acesso em: 21 nov. 2012.

Segundo Boaventura,¹⁷³ o positivismo, ao declarar que é a vontade da maioria dos cidadãos a fonte formal das leis teria “entregue tudo ao arbítrio de maiorias manipuláveis quanto à composição e à natureza das leis a serem elaboradas, fizera-o baseado em erros crassos — como, por exemplo, serem maiorias fontes necessárias de verdade”.¹⁷⁴ E conclui:

O que realmente desejavam, e conseguiram, era empolgar as rédeas do processo histórico, de vez que os que comandam a nação pluriestatal a que já nos referimos dispõem dos meios para, pela manipulação das emoções populares, tangerem as multidões para as urnas, de sorte a fabricarem as maiorias de que precisam.¹⁷⁵

Giordano Bruno também afirmara, séculos antes, que: “É prova de mente limitada e desprezível pensar com as massas ou com a maioria, isto simplesmente porque a maioria é a maioria. A verdade não muda porque ela é ou não é acreditada pela maioria do povo”.

Como já se escreveu, por detrás de todo o ordenamento jurídico está uma certa mundividência. Temos de admitir que, em último termo, a igualdade jurídica normativa, verdadeira ou materialmente determinismo gnosiológico jurídico, há de substanciar-se e relevar-se apenas na dinâmica da inserção dessa intencionalidade no processo histórico concreto. Há de ser essa intencionalidade normativa na sua projeção dinâmica, num esquema estratégico de realização, que nos fornecerá o termo de comparação com referência ao qual poderemos considerar duas situações como iguais. A igualdade material revela-se sempre como produto de uma integração orgânica das situações de vida na unidade de intencionalidade normativa de um ordenamento.

O *nexus moralis* só se ata e se discerne na perspectiva teleológica. E, com efeito, só nesta perspectiva o homem se radica ético-existencialmente — pelo que também os valores hão de surgir e avultar apenas à luz de uma teleologia, já que eles falam diretamente ao nosso destino pessoal.

A aptidão cognoscitiva do desenvolvimento natural de uma forma em direção ao seu termo perficiente supõe a superação do determinismo gnosiológico de fonte kantiana

¹⁷³ BOAVENTURA, Jorge. A volta da barbárie. **Folha de São Paulo**, 27 jan. 2004.

¹⁷⁴ O autor mencionado afirma: “Quando, no coroamento de um esforço multissecular, os homens fizeram inscrever na Declaração Universal dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos, consequente à Revolução Francesa de 1789, que ‘a lei é a expressão da vontade geral, manifestada diretamente ou por intermédio de representantes’, a que se acrescentou adiante ‘que ninguém seria obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa, a não ser em virtude de lei’, por detrás de aparência tão nobre e que hoje constitui a espinha dorsal do que vem sendo chamado de democracia — e, já agora, tornou-se objeto de implantação obrigatória, à força, se necessário, a ser aplicado pelos da nação pluriestatal, de poderio hegemônico, constituída pelos verdadeiros bárbaros contemporâneos —, o que se fez foi desvincular a civilização da sua fonte cultural.”

¹⁷⁵ BOAVENTURA, Jorge. Op. cit.

pela dinamização e dialetização da epistemologia das ciências.

Na raiz do agnosticismo axiológico de Kelsen está esse determinismo gnosiológico. Tal determinismo impede a visualização do Direito Natural no seu momento instaurativo, dinâmico, para concebê-lo apenas racionalisticamente na sua estática transcensão ao Direito positivo, o que conduz Kelsen necessariamente a afirmar o caráter dualista das por ele chamadas doutrinas idealistas do Direito e a tese de que, pela aceitação de uma doutrina jusnaturalista, se conclui por recusar toda a validade ao Direito positivo enquanto tal.

Carnelutti exalta o mérito do positivismo no âmbito metodológico. Afirma que:

[...] o mérito do positivismo, tanto no campo do direito como em outro qualquer, é, sobretudo, metodológico. Não acreditar senão naquilo que se vê, era uma heresia, mas tinha, ao menos, de bom concentrar a atenção naquilo que se vê. Ora, a observação daquilo que se vê é o ponto de partida para chegar àquilo que se não vê. Neste sentido, a positividade que se encontra no coração do positivismo consolidou a base ao caráter natural do direito. E, se hoje a ciência do direito retoma, serena, ao direito natural, fá-lo com uma consciência muito mais profunda do que a que tinha antes de cair no erro. Retoma, como o filho pródigo, depois de ter andado errante cem anos; mas, se o filho pródigo, ao voltar, não estivesse melhor do que na hora da partida, a alegria do pai não teria sido aquela que o Mestre nos revelou.¹⁷⁶

Todavia, não deixou de pugnar contra o acendrado ânimo de considerar o Direito apenas no aspecto da validade, ou seja, o Direito positivo, em si mesmo. E indicou, na obra referida, que o golpe contra essa interpretação estrita estava na própria pretensão de completude. Fez referência às lacunas da lei e à forma de colmatar essas imprevisões. Sobretudo, a invocação ao recurso à analogia e aos princípios gerais de Direito.

Esse resultado pode chamar-se, e muitas vezes se chama, codicismo. O codicismo é uma identificação exagerada ou exasperada do direito com a lei, ou, por outras palavras, uma concepção materialista da lei; poderia dizer-se a sua concepção documental: lei são as palavras escritas num documento (no código, dizia-se, e diz-se ainda); enfim, uma folha de papel escrita, e nada mais.

A manifestação culminante (ou escandalosa, se se prefere dizer) do codicismo foi a pretensão, efetivamente divulgada após a promulgação do código civil francês (o código de Napoleão), de que as leis contidas nesse código não deveriam ser interpretadas: julgava-se suficiente a sua leitura para que os homens soubessem regular-se. Corresponde a este modo de ver o fato bastante significativo de o código de Napoleão não ter previsto, já não a probabilidade, mas nem mesmo a possibilidade daquelas lacunas

¹⁷⁶ CARNELUTTI, Francesco. Balanço do positivismo jurídico. In: **Heresias do nosso tempo**. Porto: Livraria Tavares Martins, 1956, p. 267-291. Disponível em: <www.berardo.cirejus.com.br>. Acesso em 21 nov. 2012.

a que nos referiremos brevemente.

Foi esse, dizíamos, o momento em que se afirmou, claramente, o que hoje se costuma chamar a instância positivista; o direito é aquilo que se vê, isto é, as leis que se lêem nos códigos ou, em geral, nos documentos em que estão escritas; tudo o mais, em particular aquela voz da consciência, de que acima falamos, se não é uma fábula, é qualquer coisa de que o jurista em geral, e o homem de ciência em particular, não deve ocupar-se.¹⁷⁷

Para que se verifique a importância que deve ser atribuída ao Direito positivo, basta examinar o que era almejado em países que, até então, não eram democráticos (senão e apenas nominalmente).

Assim é que, na intervenção de abertura, feita pelo secretário-geral do Partido Comunista da União Soviética, à XIX Conferência Nacional do referido partido, ocorrida em 28 de junho de 1988, Mikhail S. Gorbatchov disse, no capítulo “A formação de um Estado Socialista de Direito”, o seguinte:

Não posso deixar de sublinhar o interesse que suscitou o parágrafo das Teses do Comitê Central a respeito do fato de o processo de democratização consequente da sociedade soviética dever ser concluído pela criação de um Estado Socialista de Direito. Sucintamente, *o essencial, para caracterizar um Estado de direito, consiste em garantir nos fatos a permanência da lei*. Nenhum órgão do Estado, nenhum funcionário, nenhum coletivo, nenhuma organização do partido ou social, nenhum indivíduo são isentos da obrigação, que lhes é imposta, *de se submeterem à lei*. Tal como os cidadãos são responsáveis para com o seu Estado de todo o povo, o poder do Estado é responsável para com os cidadãos. Os seus direitos devem ser protegidos de maneira segura contra todo e qualquer arbítrio da autoridade e dos seus representantes.

A *perestroika* pôs em evidência com particular clareza o conservadorismo do sistema jurídico em vigor entre nós, o qual, em boa parte, é de momento, centrado não em métodos democráticos e econômicos de direção, mas em métodos administrativos autoritários de chefia, combinados com numerosas interdições e uma regulamentação emaranhada. Por isso, bom número dos atos jurídicos em vigor se tornou um freio ao desenvolvimento social. [...] *A renovação da legislação deve respeitar estritamente este princípio: é autorizado tudo o que não é proibido por lei*.

Há que insistir na enorme importância das atividades dos órgãos judiciais. A sorte de muitas pessoas, a defesa dos seus direitos, a inevitabilidade do castigo daqueles que infringiram a lei, dependem da precisão da balança da justiça. [...]

A opinião pública exige que seja aumentada a responsabilidade motivada pela falta de respeito a um tribunal, por uma ingerência na sua atividade, e que *seja garantido o mais estrito respeito pelos princípios democráticos do processo judicial* como o debate contraditório e a igualdade das partes, o caráter público dos debates e a abertura, a

¹⁷⁷ CARNELUTTI, Francesco. Op. cit.

exclusão de qualquer opinião preconcebida, de toda subtração dos fatos à acusação e o respeito intocável da presunção de inocência.¹⁷⁸ (o *italico* não é do original).

Cabe recordar que, do ponto de vista do materialismo histórico, nas teses sobre o Estado, não existe um tratamento específico do Direito a ponto de fazer que ele apareça como um tema distinto do tema do Estado. Parece — segundo Bobbio — que o Direito não tem qualquer autonomia com respeito ao Estado no momento da superestrutura:

[...] como demonstra a famosa e citadíssima passagem do Prefácio a *Para a crítica da economia política*, no qual Marx fala de “uma superestrutura jurídica e política” sem distinguir as instituições jurídicas das políticas, e tratando-as portanto como *unum et idem*, e, como também demonstra o fato bem conhecido de que, nos juristas soviéticos e dos países socialistas, teoria do direito e teoria do Estado formam um todo único. [...] Parece que o direito, diferentemente do Estado, também pertence ao momento da estrutura econômica, isto é, seja um dos elementos que servem para caracterizar uma forma de produção juntamente com as forças produtivas.¹⁷⁹

Bobbio afirma ainda que não exclui uma teoria de justiça em Marx, para quem (como Marx escreveu, numa passagem):

“É justo aquilo que corresponde ao modo de produção [...] e injusto tudo aquilo que se encontra em contradição com ele” (Marx, 1965, p. 405) — deva ser considerado uma aplicação da redução do conceito de justo àquele de útil, feita mais com objetivos polêmicos do que para enunciar uma tese sobre justiça. Desta redução o exemplo clássico é o dito de Trasímaco — “é justo aquilo que é útil ao mais forte”, seguido por um cortejo de não sei quanto outros ditos análogos, tipo “é justo aquilo que é útil à revolução”, “é justo aquilo que é útil ao partido” etc. todos igualmente válidos em um contexto e inválidos fora de seu contexto e por isso, digamo-lo também, de escasso interesse teórico.¹⁸⁰

2.4 A dignidade da pessoa humana

2.4.1 A dignidade da pessoa humana como princípio

A inclusão do princípio da dignidade da pessoa humana e dos valores do trabalho e

¹⁷⁸ GORBATCHOV, Mikail S. Discurso à XIX Conferência Nacional do Partido Comunista da União Soviética. In: **Perestroika**: a renovação do socialismo. São Paulo: Novos Rumos, 1988, p. 65.

¹⁷⁹ BOBBIO, Norberto. **Nem com Marx, nem contra Marx**. Organização Carlo Violi. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Unesp, 2004, p. 208-209.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 215.

da livre iniciativa, entre outros, como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º e incisos), na Constituição Federal — positivando-os na instância normativa por excelência —, e a constante invocação de tais princípios nas lides ocorrentes indicam a oportunidade do exame.

Assim, o estudo é exigência e reúne grande e inegável utilidade em temas jurídicos atuais. De certa forma, foi consagrada a categoria jurídico-normativa até mesmo do Direito Natural.

Afirma-se que a dignidade concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e nação, em detrimento da liberdade individual. Trata-se de valor espiritual e moral inerente à pessoa. Constitui um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar.¹⁸¹

Diz-se que atua como fundamento do princípio estruturante do Estado Democrático de Direito. Impregna a totalidade da ordem jurídica, atingindo todo Direito positivo, incluindo-se a atividade legislativa e judiciária.¹⁸² É núcleo axiológico da Carta. E, conseqüentemente, da legislação positiva.

Verifica-se que o legislador consagrou um princípio,¹⁸³ que exige verificação — ainda que não exaustiva — para que o conceito seja compreendido.

Como “princípio”, a dignidade da pessoa humana não é tratada, por certa corrente doutrinária, como um direito, pois ela não é assim referida pelo ordenamento jurídico. Trata-se de um atributo que todo ser humano possui independentemente de qualquer requisito ou condição, seja ele de nacionalidade, sexo, religião, posição social, etc. É considerada como o nosso valor constitucional supremo, o núcleo axiológico da constituição. Atua, assim, como princípio, pois é uma norma que vai apontar um fim a ser alcançado, uma diretriz de atuação para o Estado, ditando os deveres para promover os meios necessários a uma vida humana digna.

Note-se que, para Reale,¹⁸⁴ os princípios são verdades fundantes de um sistema de conhecimentos, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas,

¹⁸¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed., São Paulo. Atlas, 2009, p. 21-22.

¹⁸² ROMITA, Arion Sayão. Op. cit., p. 251.

¹⁸³ “Em vários ramos do Direito, discute-se o que é princípio e o que é norma cogente de Direito. Para alguns juristas, que este modesto articulista aplaude, essa distinção é menos importante porquanto atribui aos princípios uma força cogente tal que nenhuma norma ou fato social se interpreta contra o que neles esteja enunciado. Mas há os que situam os princípios como meros objetos de desejo continuamente pendentes de concretização.” (MORI, Celso Cintra. Op. cit., p. 53 *et seq.*).

¹⁸⁴ REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1980.

mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.

2.4.2 A dignidade da pessoa humana nas convenções internacionais e no Direito positivo

O art. 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, já mencionava, no art. 6º, o princípio da dignidade, embora não fizesse referência explícita (“sendo todos os cidadãos iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, postos e empregos públicos, segundo sua capacidade e sem nenhuma outra distinção que as de suas virtudes e talentos”).

A Carta da ONU, de São Francisco, de 26 de junho de 1945, traz, no preâmbulo, que os povos das Nações Unidas, decididos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, reafirmam: “[...] a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim, como das nações grandes e pequenas [...]”.

Também é no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em 10 de dezembro de 1948, bem como nos *consideranda* do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado na XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em New York, no dia 19 de dezembro de 1966, que se lê a remissão à Carta da ONU, já transcrita.

Pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, foi promulgada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969. O texto foi aprovado pelo Decreto Legislativo n. 27, em 26 de maio de 1992.

No preâmbulo foi reconhecido que “[...] os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ele ser nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional”. Definiu ainda, no primeiro artigo, inciso II: “pessoa é todo ser humano”. Há, no artigo 5º, a afirmativa de que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”. E o artigo 11 dispõe que: “Toda pessoa tem direito à sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade”.

Impende notar que o legislador consagrou a dignidade da pessoa humana como princípio. É sempre oportuno repetir e renovar.

Está no art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento a *dignidade da pessoa humana* (entre outros).

2.4.3 Elementos para a definição da dignidade da pessoa humana

Para Moraes,¹⁸⁵ a dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Por esse fundamento — tudo segundo o publicista mencionado — é afastada a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e nação, em detrimento da liberdade individual.

Portanto — no escólio do mencionado autor —, a dignidade é um valor não somente espiritual como também moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Assim como a definição de “moral”, a dignidade da pessoa humana, na época moderna, para alguns autores, pode estar reservada ao tipo de normas e valores herdados do passado e da tradição, ou então da religião.¹⁸⁶ Em sociedades com uniformidade de crença, somente a religião define o que seja dignidade. Neste caso, não há como refletir. O conceito já é dado, presente e conhecido. Não está para ser elaborado ou construído.

Entendo que *a dignidade está ligada ao fato de existir e não à mera capacidade biológica, psicológica ou a qualquer outra avaliação social. Está baseada na ética ontológica, de natureza universal. Logo, não é fundada em mera ética dos direitos ou da utilidade, sujeita a valorações externas, de natureza social.*

A realidade do ser humano é que ele é possuidor de plena qualificação antropológica e ética. O ser humano traz impressos em si a própria dignidade e o próprio

¹⁸⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed., p. 21.

¹⁸⁶ POL DROIT, Roger. **Ética: uma primeira conversa**. Tradução Natália Correia Rios. São Paulo: WMF-Martins Fontes, 2012.

valor. Há nexos intrínsecos entre a dimensão ontológica e o valor específico de cada ser humano.

2.4.4 As diversas concepções da dignidade da pessoa humana. Dificuldades estruturais para um conceito único. Evolução histórica

A história da humanidade manifesta um real progresso na compreensão e no reconhecimento do valor e da dignidade de cada pessoa, fundamento dos direitos e dos imperativos éticos, com que se procurou e se procura construir a sociedade humana. Foi precisamente em nome da promoção da dignidade humana que se proibiu todo o comportamento e estilo de vida lesivos da mesma dignidade. Assim, por exemplo, as proibições jurídico-políticas, e não apenas éticas, das diversas formas de racismo e de escravidão, das injustas discriminações e marginalizações das mulheres e crianças e das pessoas doentes ou com grave deficiência, são testemunho evidente do reconhecimento do valor inalienável e da intrínseca dignidade de cada ser humano e sinal de um progresso autêntico que percorre a história da humanidade. Por outras palavras, a legitimidade de cada proibição funda-se na necessidade de tutelar um bem moral autêntico.¹⁸⁷

Numa sociedade desenvolvida, contemporânea, porém, o conceito é menos claro. Há várias maneiras de concepção. As respostas são diversas. Há pluralidade de visões, segundo os estamentos sociais, segundo as diversas correntes religiosas, filosóficas e jurídicas.

O princípio da dignidade humana pode justificar tudo. Quando empregados e empregadores, por negociação, fixam metas de produção para orientar a distribuição de lucros ou resultados, muitas vezes são surpreendidos com reclamações trabalhistas alegando que as referidas metas representam formas de assédio. Ações desse tipo deságuam em milionárias indenizações por dano moral. A interferência ocorre em todos os campos.¹⁸⁸

Está claro que também com relação ao empregador — sobretudo no âmbito doméstico — há alegação de dano moral.

Elmar Altvater entende que o conceito de dignidade é “faca de dois gumes”:

¹⁸⁷ INSTRUÇÃO “Dignitas personae”. Disponível em: <http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20081208_dignitas-personae_po.html>. Acesso em: 8 out. 2012.

¹⁸⁸ PASTORE, José. Trabalho decente. **O Estado de São Paulo**, 14 ago. 2012.

O conceito de “dignidade” é uma faca de dois gumes, por isso ele não foi usado aqui (n.b.: no livro mencionado: *O fim do capitalismo como o conhecemos*). Tal conceito foi introduzido pelos zapatistas no debate político da esquerda. Foi absorvido muito rapidamente, p. ex., por Holloway (2002). O *Movimiento de Trabajadores Desacupados* na Argentina também segue o lema “trabalho, dignidade, transformação social” (Dinerstein, 2003). Mas o conceito também é usado por direitistas, por exemplo, para fazer uma guerra “patriótica” contra todos os que violam a dignidade do “povo sérvio”. O conceito de dignidade só é aceitável se ele se refere a todas as pessoas, não a um grupo de pessoas, quer se trate de etnias, religiões ou classes.¹⁸⁹

A reflexão como pesquisa torna-se indispensável. Trata-se de examinar a evolução histórica e trazer lindes indispensáveis à compreensão do princípio que ora está constitucionalmente consagrado. É parte e núcleo, portanto, do Direito positivo brasileiro.

Há o desafio de examinar tanto quanto possível essa pluralidade de concepções, para conhecê-las melhor, e indicar caminhos para a viabilidade de esclarecimento do que é disposto no art. 1º da Constituição Federal.

Para alguns autores — e, entre eles, Luiz Felipe Pondé,¹⁹⁰ este ao fazer uso de breve análise da história das origens da modernidade — o conceito (de modernidade) nasceu na época em que os filósofos (como Pico della Mirandola, no século XV) passaram a afirmar, contra a teoria do pecado original na época, que a natureza humana não era definida em princípio por pecado algum. Podia “criar a si mesma”. Na origem de tal otimismo estava na vontade de crer num homem livre e autônomo.

Vigorava, na Idade Média, o conceito derivado da teologia: o sistema medieval de pensamento estava centrado na noção de pecado. O ser humano era como os pais, Adão e Eva, orgulhosos, viciados em sexo, mentirosos, invejosos e outras coisas.

A ideia de Pico della Mirandola é fruto do processo de nascimento do mundo burguês pautado para a necessidade de crermos na capacidade livre e infinita do homem de criar e de produzir, daí que um pessimismo com relação às potências humanas seria uma má ideia, como no caso do pecado (palavras de Pondé¹⁹¹).

E prossegue: ciência, enquanto conhecimento seguro do futuro humano sob controle das experiências, degenerou no culto do ser humano como tendo controle do que ele é e do que ele pode vir a ser.

Esse cenário de fé no humano marcou o nascimento do Estado moderno e na sua

¹⁸⁹ ALTVATER, Elmar. **O fim do capitalismo como o conhecemos**: uma crítica radical do capitalismo. Tradução Peter Naumann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 319.

¹⁹⁰ PONDÉ, Luiz Felipe. **Guia politicamente incorreto da Filosofia**. São Paulo: Leya, 2012, p. 18.

¹⁹¹ Ibidem, p. 136.

burocracia de controle do cotidiano, na medida em que a experiência da organização da vida carrega em si um sentimento de potência positiva.

Giovanni Pico della Mirandola,¹⁹² com suas reflexões, marcou a transição entre a filosofia medieval e o iluminismo. A filosofia pré-moderna, tanto a do medievo quanto a socrática, identificava a dignidade ou o valor do homem com a razão, isto é, com a capacidade humana de ordenar e conhecer o que está no mundo.¹⁹³

Na obra mais conhecida de Giovanni Pico della Mirandola,¹⁹⁴ que melhor espelha suas teses, verifica-se que o autor estabelece que Deus não podia oferecer ao ser humano nada mais *específico*. Depois da criação das demais criaturas, os lugares do universo foram ocupados. Assim, determinou o Criador que ao ser humano fosse comum tudo o que houvera sido parceladamente dado aos outros. O homem foi criado como ser de “natureza indefinida” e colocado “no meio do mundo”.

Para realizar-se a si mesmo, para se determinar, o ser humano foi colocado no centro do mundo, em posição que lhe permite buscar o mais adequado para definir sua própria essência.¹⁹⁵ Segundo Giovanni:

Coloquei-te no meio do mundo para que daí possas olhar melhor tudo o que há no mundo. Não te fiz celeste nem terreno, nem mortal nem imortal, a fim de que tu, árbitro e soberano artífice de ti mesmo, te plasmasses e te informasses, na forma que tiveres seguramente escolhido. Poderás degenerar até aos seres que são as bestas, poderás regenerar-te até às realidades superiores que são divinas, por decisão do teu ânimo.¹⁹⁶

No sentido ontológico, o ser humano está no meio, para tomar qualquer direção. Pode escolher o seu caminho e a sua direção, tornando-se aquilo que quiser ser. É criatura de Deus, nada obstante o antropocentrismo. É emancipado. É livre para escolher, dentre as diversas opções e possibilidades que se lhe apresentam. Logo, tais possibilidades podem ser realizadas. Ou não. Caberá ao homem a escolha.

¹⁹² PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Tradução e introdução Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 2001.

¹⁹³ LACERDA, Bruno Amaro. A dignidade humana em Giovanni Pico Della Mirandola, **Revista Legis Augustus**, v. 3, n. 1, p. 16-23, set. 2010. O autor é Mestre e Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG.

¹⁹⁴ Giovanni Pico Della Mirandola nasceu em Mirandola, norte da Itália, em 24 de fevereiro de 1463. Faleceu em Florença, em 17 de novembro de 1496. Portanto, com apenas trinta e três anos. Abandonou o estudo do Direito Canônico, em Bolonha, para onde fora enviada pela genitora. Foi para Ferrara. Orientado por Battista Guarino, passou à leitura dos clássicos gregos e latinos. Residiu em Pádua, entre 1480 e 1482. Em Florença, em 1484, em contato com o platonismo, sobretudo com as lições de Marsílio Ficino, buscou a concórdia doutrinária entre os clássicos e as concepções filosóficas então vigentes. Em Paris, em 1485, passou a dedicar-se exclusivamente à filosofia.

¹⁹⁵ LACERDA, Bruno Amaro. Op. cit.

¹⁹⁶ PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. Op. cit, p. 53.

Portanto, o ser humano, animal racional, está destinado a escolher. Encontra, então, a sua própria essência. Está acima dos animais porque a razão o impende em direção a algo que nenhum animal pode conseguir, ou seja, a determinação do seu próprio ser.

Para Maria de Lurdes Sirgado:

Tal questão inscreve-se na dignidade do homem, enquanto ser capaz de encontrar, pela razão, a íntima harmonia do universo, dominando o seu poder, colocando-o a seu serviço e desvendando os seus mais arcanos segredos. Tal concepção e magia seria a antecessora da ciência experimental moderna e da ciência tecnológica contemporânea. Daí algumas referências a Pico, antecipando intuitivamente a concepção de um homem tecnológico, enquanto defensor de uma ciência de domínio da natureza.¹⁹⁷

Segundo Bruno Amaro Lacerda (ao estudar Mirandola), a *dignidade do ser humano decorre da capacidade criadora e inovadora* que o torna imagem de Deus, microcosmo que reflete, em escala menor, o poder divino da criação. Com efeito. O homem, ser livre, é capaz de atos de criação, de transformação de si mesmo e do mundo onde vive. Capacidade de autodeterminação e criação a partir da transformação da natureza. Trata-se de alcance de produção e fabricação (*poésis*) da razão e inteligência do homem, além do alcance ético. Em suma, a liberdade é o dom que o homem recebeu. Sua dignidade está em saber utilizar a liberdade na mutação do mundo na rota de aperfeiçoamento.

Mirandola, na transcrição de Lacerda, faz a seguinte exortação: “Que a nossa alma seja invadida por uma sagrada ambição de não nos contentar com as coisas medíocres, mas de anelar às mais altas, esforçando-nos para atingi-las, com todas as nossas energias, desde o momento em que, querendo-o, isso é possível.”¹⁹⁸

Na realidade, há que se atentar para que toda tradição cultural e filosófica repousa na ideia de uma *continuidade* entre a nossa cultura, a cultura europeia moderna e a cultura antiga, que se desenvolveu em torno da bacia mediterrânea há dois ou três mil anos.¹⁹⁹

Afirma Boulnois²⁰⁰ que a Idade Média constitui um aspecto essencial de nossa

¹⁹⁷ Cf. prefácio à obra citada (PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. Op. cit., p. 30).

¹⁹⁸ LACERDA, Bruno Amaro. Op. cit., p. 55

¹⁹⁹ BOULNOIS, Olivier. O que há de novo na Idade Média? **Revista Dicta & Contradicta**. Tradução de Marcelo Consentino. São Paulo: Civilização Brasileira, n. 8, p. 10-30, dez. 2011, Civilização Brasileira, 2011. Revista do Instituto de Formação e Educação, associação sem fins lucrativos que visa a estudar, criar e divulgar no Brasil conhecimento nos campos das Humanidades, das Artes e da Filosofia. O autor é diretor de estudos da École Pratique des Hautes Études e professor do Institut Catholique de Paris. Especialista em filosofia medieval, sobretudo em Duns Scoto e Santo Agostinho. Publicou recentemente, entre muitas obras e artigos “Généalogies du sujet: de Saint Anselme à Malebranche”, Paris: Vrin, 2007 e “Au-delà de l’image”, Paris: Seuil, 2008, recebendo por este último o Grand Prix de Philosophie da Académie Française.

²⁰⁰ Ibidem.

identidade moderna, pura e simplesmente porque é graças a ela — ao menos em Filosofia — que nós nos apropriamos do antigo. E, precisamente em razão do esquema moderno, ela constitui um continente submerso, inexplorado. Mal começamos a ver como contribuiu para nossa identidade moderna, a nossa modernidade. A Idade Média não é *menos* moderna que os tempos que levam o nome, mas o é *de outra forma*.

E — sempre segundo Boulnois — a afirmação da dignidade do homem, longe de ser uma novidade do século XVI, é tão antiga quanto o pensamento grego, sendo retomada pela teologia cristã e ilustrada pela patrística e pela teologia medieval. Houve um debate que causou furor, em torno à interpretação de Pico della Mirandola, mais sobre os motivos ideológicos dos intérpretes que sobre a obra do florentino.

As interpretações racionalistas, marxistas, existencialistas, e outras, que se referem a suposta ruptura de Mirandola, não consideram que o autor é bastante clássico. Em seu “Discurso sobre a dignidade do homem”, ele entrelaça inúmeras citações filosóficas, patrísticas e escolásticas. Ele se apoia nos maiores teólogos escolásticos: Alberto Magno, Tomás de Aquino, Duns Scotus, etc. A dicotomia entre escolástica e humanismo é falsa. A ideia de que o humanismo foi um movimento filosófico fundamentalmente novo é contrassenso moderno.

E não há como afirmar que concepção da dignidade do homem é “resolutamente moderna”. A elaboração de uma dignidade, filosoficamente, é enquadrada por uma reflexão teológica, mais rica que nunca na Renascença, sobre a dignidade do homem em seu destino sobrenatural.

Como escreveu Boulnois,²⁰¹ a variação do tema humanista tem uma estrutura e um modelo: o homem à imagem de Deus. O ser humano é um indivíduo universal, um indivíduo cuja liberdade o torna universal. Por conseguinte, a transcendência do homem é a liberdade. A célebre prosopopeia do “Discurso sobre a dignidade do homem” de Pico Della Mirandola oferece a prova:

Não te dei nem um lugar determinado, nem um rosto próprio, nem um dom particular, ó Adão, a fim de que teu lugar, teu rosto e teus dons, tu os queiras, conquistes e possuas por ti mesmo. A natureza encerra as outras espécies em leis estabelecidas por mim. Mas tu, a quem fronteira alguma limita, por teu próprio arbítrio, entre as mãos do qual de pus, tu hás de definir-te a ti mesmo. Eis que te pus no centro do mundo, a fim de que posas melhor contemplar em torno a ti tudo aquilo que ele contém. Não te faço nem celeste nem terrestre, nem mortal nem imortal, a fim de que, soberano de ti mesmo, chegues à tua própria forma livremente, à maneira

²⁰¹ BOULNOIS, Olivier. Op. cit.

de um pintor ou escultor. Poderás degenerar em formas inferiores, como as das bestas, ou, regenerado, atingir as formas superiores, que são divinas.²⁰²

A tese de Boulnois — que também sufrago, embora sem a erudição do referido autor — é a de que não houve ruptura entre os diversos períodos da história, tanto em Filosofia como nos demais ramos do saber.

A Modernidade construiu-se a si mesma num antagonismo contra a Idade Média. Todavia, não teria sido possível sem ela. O filósofo sabe hoje que as filosofias modernas da consciência, longe de destronarem a metafísica medieval, apoiam-se de fato sobre as estruturas metafísicas elaboradas durante a Idade Média.

A filosofia medieval nos traz uma atenção particular à linguagem, uma vez que, na esteira de Aristóteles, todos os autores medievais consideram que a filosofia repousa sobre as artes da linguagem, que toda a tese filosófica pertence a uma teoria de enunciados. Segue o autor²⁰³ afirmando que, ao reencontrar a tradição anterior às filosofias da consciência, damos com uma das grandes preocupações da filosofia analítica: considerar o pensamento como um sistema de jogos de linguagem. Estudar a Idade Média, enfim, não é simplesmente entregar-se a considerações inaturais, mas sim municiar-se dos meios para superar a crise dos conceitos fundamentais da Modernidade, a crise da própria filosofia contemporânea.

Claro está que, tais considerações, apropriadas, especificamente, para a Filosofia, são aplicáveis também ao Direito. São categorias similares, senão idênticas, quanto às ciências especulativas, de especial compartilhamento de conceitos. Também é evidente que os institutos e ramos do Direito passaram a novas definições, com a modernidade. Outros institutos foram criados, porém, sem o rompimento específico com os princípios oriundos da idade anterior, sobretudo e máxime com relação ao Direito romano.

A concepção oriunda desse otimismo inicial alcançou Hobbes e Rousseau, quando passaram a indagar sobre a natureza humana e suas possibilidades políticas de organização, ou no contrato social. Para Rousseau, a natureza é pura porque o homem nasce bom.

O antropocentrismo — que é originário, em larga escala, da pré-modernidade — foi levado ao paroxismo nos tempos atuais. Leva à destruição do próprio habitat. Como escreveu Graziano:

²⁰² BOULNOIS, Olivier. Op. loc. cit. A transcrição, como se vê, é pouco mais extensa do que aquela que foi anteriormente (e acima) referida e mencionada em outra obra.

²⁰³ Ibidem.

O intelecto, alimentado pela ciência, livrou o homem do desígnio divino, subjugado pela natureza bruta. Seu destino começou a ser moldado com a ajuda da tecnologia, representando [...] passo fundamental da civilização. A revolução tecnológica combinada com a explosão populacional gerou, séculos depois, um crescimento econômico agressivo aos recursos naturais. O homem, que pensava tudo poder, começou a sofrer as consequências da destruição de seu próprio habitat. [...]. Os problemas ecológicos afetam, e comprometem, isso sim, o futuro da humanidade. A pressão sobre os recursos naturais, se continuar aumentando, trará reveses na qualidade da existência humana.²⁰⁴

Para o referido autor, querer “salvar o planeta” exhibe uma soberba incomparável na história da humanidade. Tal ideia, absurda, radicaliza a visão antropocêntrica, creditando-se ao ser humano uma prepotência acima de qualquer outra atribuída a ele, dono do universo e dos planetas.

Pela abundância, apenas, é oportuna a reflexão e o apelo para que haja atenção para o meio ambiente, como escreveu Novais:

No momento em que tantos estudos mostram o momento difícil que vivemos por causa das várias crises globais, incluindo a da finitude de recursos naturais, é preciso entender muito mais não apenas da relação humana com os ecossistemas, biomas, áreas específicas, mas também do significado, em cada um deles, das muitas espécies, sua importância para a conservação — e para a sobrevivência humana. É espantoso: na hora em que cientistas afirmam que toda a superfície de gelo acumulada no Ártico pode derreter-se (nos meses de verão) em quatro anos (guardian.co.uk, 17/9), liberando quantidades assombrosas de metano acumuladas sob a camada até aqui permanente, é preciso ter consciência da gravidade da situação. E da necessidade de levar os comportamentos sociais a serem adequados às novas questões.²⁰⁵

São numerosos os exemplos de atuação política que geram perplexidade, nesse âmbito.

Eliana Cardoso²⁰⁶ faz referência a três posições éticas importantes no mundo moderno: o consequencialismo, o kantismo e o contratualismo. É tentativa da Filosofia de sistematizar regras oriundas de nossas intuições morais. Indica que crenças comuníssimas, como no dever de cuidar dos filhos, honrar promessas e não matar, mesmo que o assassinato nos traga lucro, são realmente tão comuns que parecem confirmar a

²⁰⁴ GRAZIANO, Xico. Profetas do apocalipse. **O Estado de São Paulo**, 26 jun. 2012.

²⁰⁵ NOVAIS, Washington. Aprendendo com formigas e cupins. **O Estado de São Paulo**, p. A2, 28 set. 2012.

²⁰⁶ CARDOSO, Eliane. Vale tudo: moralidade e filosofia. **O Estado de São Paulo**, 27 jun. 2012. A autora é PhD pelo MIT e professora titular da FGV-SP. Site: <www.elianacardoso.com.br>.

objetividade da intuição moral, independentemente das circunstâncias históricas e sociais. E prossegue:

Situações mais complicadas testam essa objetividade. Como você responderia à seguinte questão? Você acionaria um interruptor, redirecionando um trem desgovernado, para salvar cinco pessoas numa pista, embora soubesse que, na outra pista, uma pessoa morreria em consequência da sua decisão? Um grande número de pessoas responde sim a essa pergunta. Mas o que você diria se a escolha fosse empurrar para a morte um homem da plataforma da estação, de forma a acionar o freio automático do trem, para salvar outras cinco pessoas? A maioria das pessoas acha que isso seria errado. Qual a diferença entre os dois atos?²⁰⁷

Os consequencialistas não encontram diferença em ambas as situações. As regras morais são efeitos dos nossos atos. Salvar o maior número de vidas possível não seria justificativa suficiente para matar um paciente para retirar os órgãos que salvariam cinco vidas. Seria repugnante a sociedade na qual os médicos podem matar um paciente para salvar outros.

Na ordem do “consequencialismo” há a corrente do utilitarismo, de longa vida na história. Henry Sidgwick, filósofo britânico, afirma que ações e leis são corretas na medida em que maximizem o bem-estar comum. A teoria econômica da “escolha racional” é variação da corrente.

O critério para a ética, de Kant e do contratualismo, não admite a ordem do consequencialismo porque é dever incondicional a obediência à moralidade, quaisquer que sejam nossos desejos e interesses. O “imperativo categórico” kantiano “estabelece nunca tratar o outro apenas como meio, mas sempre como fim em si mesmo”.

A autora assim encerra suas considerações:

Em *Uma Teoria da Justiça* (1971), John Rawls estabelece os princípios do contratualismo moderno. Por meio de um experimento mental, ele deriva as regras justas para a sociedade. Elas resultam do acordo unânime entre pessoas livres, sob um “véu de ignorância”, que não lhes permite conhecer os fatos de seu nascimento, porque eles poderiam influenciar a posição do indivíduo na sociedade e, portanto, suas decisões. T. M. Scanlon, filósofo de Harvard, modifica o contrato social de Rawls e o aplica aos direitos individuais. O contratualismo de Scanlon diz que devemos honrar as nossas promessas e agir para não prejudicar os outros. Ele se aproxima de Kant: o certo e o errado resultam do reconhecimento do estatuto de igualdade entre as pessoas. Ao pensar a ética como fundamentada nas relações entre pessoas e como o conjunto de direitos que devemos uns aos outros — e não como

²⁰⁷ CARDOSO, Eliane. Op. cit.

relações de pessoas com um conjunto de coisas desejáveis —, o kantismo e o contratualismo se unem em oposição ao consequencialismo.

O economista tenta fugir das críticas ao utilitarismo, argumentando que sua tarefa é explicar e não justificar comportamentos. Diz que tenta entender as razões que movem as pessoas e evitar conotações morais. Mas a verdade é que, todos os dias, conscientemente ou não, faz a transição de análises causais para o uso normativo da teoria, ao ditar regras para a política econômica. Quantas vezes os políticos justificam uma lei com o argumento de que melhora o bem-estar da sociedade?

Já nos acostumamos a andar de braços dados com o utilitarismo, do qual seria difícil escapar, pois parece humano colocar as consequências de nossos atos na balança, mesmo quando pesamos o que é eticamente correto e tentamos seguir a regra de Kant. Mas não acredito que tenha sido o cálculo utilitarista que motivou a indignação de Luiza Erundina ao ver Lula e Maluf de mãos dadas. Ao rejeitar o cinismo desavergonhado de muitos políticos, agiu como a maioria da população, cuja intuição moral combina de forma nem sempre consciente as teorias de Kant e do contratualismo.²⁰⁸

A grande dificuldade de se conceituar corretamente o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser constatada pelas ocorrências policiais. Repercutiu na sociedade o caso dos jovens integrantes de classes média e alta que passaram à prática de crimes. Em notícia de jornal, foram ouvidos especialistas a respeito do acontecimento.

Segundo o psiquiatra Ivan Mario Braun, médico do Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP), os *valores sociais* são determinantes para quem escolhe partir para o crime. Logo, não se cuida de questão psicológica.

De modo geral, podemos dizer que essas quadrilhas de classe média existem por causa de certos valores sociais, que mudaram muito de um tempo para cá. Os valores da sociedade estão direcionados para o dinheiro. É preciso avaliar quais foram os valores nos quais esses jovens foram educados, quais foram as questões psicológicas, sociais, familiares. Esse tipo de situação tem mais uma causa sociológica do que psiquiátrica.²⁰⁹

O psiquiatra Daniel Martins de Barros, coordenador do Programa de Psiquiatria e Psicologia Forense do Instituto de Psiquiatria do HC, disse que as pessoas ficam chocadas quando percebem que um grupo de classe média decide praticar crime. Declarou:

É uma avaliação preconceituosa de que o crime só é praticado por gente pobre, que necessita de dinheiro. O crime é mais um fator social do que

²⁰⁸ CARDOSO, Eliane. Op. cit.

²⁰⁹ O ESTADO DE SÃO PAULO. **Especialista culpa falta de valores sociais por crime**. 31 jul. 2012.

psiquiátrico. O ladrão pode ser de classe média, alta, pobre. Essas pessoas podem ter agido por influência de um grupo, pode haver um desvio de personalidade. É muito mais uma atitude antissocial e sobre o caráter do que questão patológica.²¹⁰

O princípio da dignidade da pessoa humana é também a baliza de todo estamento infraconstitucional. Daí decorre, portanto, a imperiosa necessidade de trazer todos os elementos possíveis para conceituação do princípio em causa. É o que indicam os pedidos de dano moral, frequentes nas reclamações trabalhistas, assim como as decisões discrepantes em torno do tema.

Rizzato Nunes²¹¹ assegura que a dignidade da pessoa humana é o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais. A isonomia serve, é verdade, para gerar equilíbrio real, porém visando concretizar o direito à dignidade. É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete.

Pimentel Gomes²¹² interpreta as lições de Jaspers e de José Afonso da Silva. Faz referência à construção histórica do princípio. Independentemente da constitucionalização, é atributo do homem enquanto homem, criado à imagem e à semelhança de Deus, o que não se confunde com a origem do seu estudo, com a concepção que lhe foi dada pelos ensinamentos cristãos e com a tutela a ela dispensada pelo Direito posto.

A importância da dignidade da pessoa humana na ordem constitucional, em um Estado de Direito, foi sendo construída historicamente, ou seja, pela experiência do próprio homem na sua vida de relações, privadas ou não. É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete.²¹³

Para Pimentel Gomes, o conceito de dignidade da pessoa humana chega ao início deste século como valor supremo, construído pela razão jurídica. Assim, é conquista da razão ético-jurídica, fruto da reação à história de atrocidades que mancham a experiência

²¹⁰ O ESTADO DE SÃO PAULO. **Especialista culpa...** Op. cit.

²¹¹ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 45.

²¹² GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica: problemas e perspectivas**. São Paulo: LTr, 2005, p. 21.

²¹³ “A dignidade da pessoa humana, como fundamento de um Estado de Direito, guarda estreita relação com os direitos da personalidade, para muitos denominados de direitos fundamentais da pessoa. Conforme Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos: ‘Os direitos da personalidade, que têm como objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais, na defesa da essência do ser humano, de início, chegaram a ser negados como direitos subjetivos, sob a alegação de que não poderia haver direito do homem sobre ele mesmo. No entanto, com a evolução da ciência jurídica, impôs-se o reconhecimento dos direitos da personalidade, que transcendem o ordenamento positivo, por encontrarem a ratio essendi no direito natural.’” (BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. Prefácio, *apud* GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Op. cit).

ao longo das vicissitudes. A experiência de tantas violações faz verificar que a dignidade nasce com o indivíduo. “*O ser humano é digno porque é*”. E conclui:

Destarte, se pode ser considerada correta a afirmação de que a dignidade da pessoa humana não é e nunca foi uma criação constitucional, não menos verdade é que seu significado para o Direito posto teve origem, se ampliou, evoluiu e chegou à concepção hoje conhecida em virtude das próprias experiências do homem, de atrocidades e violações aos atributos que lhe são inerentes (como as lesões que podem ser identificadas no regime escravocrata, na perseguição e extermínio das minorias e na discriminação racial), derivados de sua condição humana, como ser inteligente, livre e superior às demais criaturas (vida, liberdade, igualdade, integridade psicofísica etc.), por conduta própria ou de outrem, de tal forma que hoje a dignidade ocupa lugar de destaque em todos os ordenamentos civilizados, colocando o homem no centro da tutela jurídica, assegurando-lhe não apenas o direito à vida, mas à vida digna.²¹⁴

Também não se afigura demasiada a transcrição — o que se faz pelo apego à imperiosa obrigação de trazer tantos esclarecimentos doutrinários para melhor exame — do que escreveu Bonavides:

A dignidade da pessoa humana, desde muito, deixou de ser exclusiva manifestação conceitual daquele direito natural metapositivo, cuja essência se buscava ora na razão divina, ora na razão humana, consoante professavam em suas lições de teologia e filosofia os pensadores dos períodos clássico e medievo, para se converter, de último, numa proposição autônoma do mais subido teor axiológico, irremissivelmente presa à concretização constitucional dos direitos fundamentais.²¹⁵

Seguramente, de uma perspectiva crítica, a dignidade da pessoa humana somente terá lugar se houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, em que condições mínimas para uma existência digna sejam garantidas, onde haja limitação do poder e onde a ordem constitucional reconheça e assegure a liberdade, a autonomia, a igualdade e os direitos fundamentais.

Retomo a indicação de fundamento transcendente:

O homem é centro e vértice de tudo o que existe na terra: nenhum outro ser visível possui a sua mesma dignidade. Como sujeito “consciente e livre”, ele nunca pode ser limitado a simples instrumento. *A dignidade inviolável da pessoa deve ser hoje mais afirmada com vigor e coerência como nunca!* Não podemos falar de seres humanos que já não são pessoas

²¹⁴ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Op. cit.

²¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Prefácio Paulo Bonavides. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ou que ainda se devem tornar tal: a dignidade pessoal pertence radicalmente a cada ser humano e não é aceitável nem justificável diversidade alguma!

A pesquisa científica, estando por sua própria natureza orientada para o bem do homem, corre o risco de perder a sua vocação originária. Nenhum tipo de pesquisa pode ignorar a intangibilidade de cada ser humano: violar essa barreira significa abrir as portas a uma nova forma de barbárie.²¹⁶

Assim, Arendt, comentando Kant, escreveu²¹⁷ que o homem não é apenas um ser racional, ele também pertence ao mundo dos sentidos, que o tentará a se render às suas inclinações em vez de seguir a razão ou o coração. Por isso, a conduta moral não é natural, mas o conhecimento moral, o conhecimento do certo e do errado, é.

Daí a urgência de se considerar a evolução histórica do princípio, para que, tanto quanto possível, seja apresentada fundamentação adequada na aplicação às lides ocorrentes.

Cabe trazer ao exame a argumentação daqueles que entendem que o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado pela Constituição Federal, carece de normatividade, posto que diz respeito à transposição desavisada de arcabouços ideológicos historicamente datados.

Afirma-se, em favor de tal tese, que a Constituição é concebida como ordem objetiva de valores. Aduz-se ainda que as teorias axiológicas emprestam ao princípio normatividade artificiosa, em face da marca da contemporaneidade, que, ante a enorme pluralidade de formas de vida, constrói modelos de convivência num ambiente universal de dissolução de valores: não há uma concepção de “bem” que seja palatável a todos.²¹⁸

A oposição apresentada, porém, parece consagrar a positividade do Direito, em grau máximo. Ocorre que a insuficiência do Direito positivo, como validade e eficácia da própria norma, é admitida exatamente com a inclusão, na Carta, dos princípios referidos.

2.4.5 O princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência (Direito Civil)

A adoção do princípio, na aplicação jurisprudencial, tem sido constante. Exemplificativamente: “A dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado

²¹⁶ JOÃO PAULO II. Discurso aos participantes na Sessão Plenária da Congregação para a Doutrina da Fé. Op. cit., p. 10.

²¹⁷ ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras. 2004, p. 126.

²¹⁸ PARREIRAS, Rodrigo Moraes Lamounier. A dignidade de todos e de ninguém. **Revista Júris Síntese**, n. 80, nov.-dez. 2009.

democrático de direito, ilumina a interpretação da lei ordinária”.²¹⁹

Outras matérias: fornecimento compulsório de medicamentos por parte do Poder Público,²²⁰ a nulidade de cláusula contratual limitadora do tempo de internação hospitalar,²²¹ a rejeição da prisão por dívida motivada pelo não pagamento de juros absurdos,²²² o levantamento do FGTS para tratamento de familiar portador do vírus HIV,²²³ dentre muitas outras.

Contrariamente: sujeição do réu em ação de investigação de paternidade ao exame compulsório de DNA,²²⁴ com invocação do princípio da dignidade humana.

E, por se tratar de decisão pioneira na matéria, é de se trazer ao exame julgado de primeiro grau, da Justiça Federal em Campinas, de lavra do Juiz Rafael Andrade de Margalho, sobre a concessão de salário-paternidade.²²⁵ Tal benefício não consta de previsão legal.

O direito foi reconhecido em favor do pai, que assumiu, sozinho, a criação do filho. Ele apresentou o pedido de licença-paternidade, pela via administrativa, que foi recusado pelo INSS. Buscou o benefício na Justiça, através da Defensoria Pública, em petição assinada por Fernanda Zanetti. O autor relatou que, após o término do relacionamento, sua ex-namorada soube que estava grávida. Ela não desejava a gravidez, por ameaças a seu futuro profissional. Parou de comer e não queria que seus conhecidos soubessem que estava esperando um filho. Ele então a convenceu a morar com seus pais durante a gestação, em Presidente Venceslau, onde foi feito o exame pré-natal. Após o nascimento, mãe e filho retornaram a Campinas. “A mãe da criança não quis vê-lo nem alimentá-lo”, afirmou o pai, na inicial.

Segundo declarou a defensora pública responsável pelo caso, Fernanda Zanetti, “na falta da mãe, não é razoável que a criança fique sem amparo nos primeiros meses de vida,

²¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 9.892/RJ**. Relator original Ministro Hamilton Carvalhido, Relator para o acórdão Ministro Fontes de Alencar, DJ 26 mar. 2001.

²²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 11.183-PR**. Relator Ministro José Delgado, DJ 04 set. 2000.

²²¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 110.772-4/4-00**. Relator Desembargador O. Breviglieri.

²²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 12.547/DF**. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ 12 fev. 2001.

²²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 249.026-PR**. Rel. Min. José Delgado, DJ 26 jun. 2000.

²²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 71.373/RS**. Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 10 nov. 1994. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Civil n. 191.290-4/7-0**. Relator Desembargador A. Germano.

²²⁵ O ESTADO DE SÃO PAULO. **Juizado Especial Federal de Campinas concede salário-paternidade**. Caderno “Vida”, p. A19, 17 ago. 2012.

sob a alegação de inexistência de previsão legal, ainda mais quando a diferença trata-se de gênero”.

Houve antecipação de tutela, ao fundamento de que o direito é assegurado constitucionalmente. Foi invocado o princípio da igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações, nos termos do art. 5º da Carta. E, ainda, foi mencionado o art. 227 da Constituição, pois “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida”, entre outros direitos.

“Os princípios da *dignidade humana* e da proteção à infância devem preponderar sobre o da legalidade estrita”.²²⁶

Outra publicação trouxe o relatório desse processo nos seguintes termos:

No dia 15.08.2012, o JEF de Campinas decidiu conceder salário-paternidade, em antecipação de tutela, a requerente que teve que se afastar do trabalho para cuidar de filho recém-nascido. O autor da ação alega que, após o término de um breve relacionamento com a mãe da criança, foi surpreendido com a gravidez da moça, que não a desejava, diante da ameaça que a situação poderia representar a seu futuro profissional. O requerente, no entanto, amparou a moça, proporcionando-lhe abrigo na casa de seus pais e a possibilidade de realizar o pré-natal. Após o nascimento da criança, no entanto, a mãe não quis ver o bebê nem amamentá-lo. Dessa forma, o pai teve que assumir os cuidados com o recém-nascido e entrou na justiça alegando que precisa de tempo livre para atender às necessidades do filho, pedindo uma licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade concedida usualmente pelos empregadores à empregada gestante. Antes de procurar a justiça, o autor solicitou a concessão do benefício junto ao INSS, tendo sido informado que, por falta de previsão legal, seu pedido só poderia ser atendido por meio de uma ação judicial. Tentara também obter uma licença-paternidade remunerada, junto ao seu empregador, conseguindo anuência apenas para um afastamento não remunerado. A decisão levou em consideração o princípio da igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações, conforme o art. 5º da CF/1988. Também se baseou em que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito à liberdade e convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, segundo o art. 227 da Carta Magna. O juiz federal adotou ainda como amparo à sua decisão o art. 392-A da Consolidação das Leis do Trabalho e o art. 71-A da Lei nº 8.213/1991. O requerente obteve o direito a manter-se afastado de seu trabalho habitual pelo prazo de 120 dias, facultando ao empregador estender esse prazo para 180 dias, conforme acordo ou convenção coletiva, nos moldes deferidos à gestante do sexo feminino, a contar da intimação do empregador, sem prejuízo de sua remuneração, a qual deverá corresponder ao último salário integral percebido pelo segurado.

²²⁶ O ESTADO DE SÃO PAULO. **Juizado Especial Federal de Campinas...** Op. cit.

O atual empregador está autorizado a realizar as deduções do valor pago a título de salário-paternidade, das contribuições previdenciárias futuramente realizadas sobre a folha de salários.²²⁷

2.5 Direitos Humanos. Dignidade da pessoa humana. Objeção de consciência e Direito positivo. Jurisprudência

O conceito de objeção de consciência não é trazido, pelo Direito positivo, de modo explícito. Está — isto sim — inserido nos princípios consagrados pelo legislador, sobretudo na Carta Política.

A Constituição Federal dispõe, no art. 5º, inciso VI, que: “é inviolável a *liberdade de consciência* e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

O conceito de “liberdade de consciência”, portanto, é de ser considerado também (e especialmente) com a possibilidade de estabelecimento de limites, pelo próprio cidadão.

Para a Escolástica, a consciência é faculdade que o Ser divino concedeu ao ser humano, em face do Direito Natural, ínsito à própria natureza. Diz a cada homem, independente de raça, nação, país ou época: “evite o mal, faça o bem”.

Portanto, não é lícito ao Estado interferir nessa esfera particular de cada cidadão. A objeção de consciência indica o grau de consciência social em um Estado, a liberdade dos cidadãos desse mesmo Estado.

Reale,²²⁸ ao examinar a constitucionalização do Direito Civil (particularmente na Constituição Federal de 1988), faz referência à “consequencialização experiencial” dos valores sociais básicos.

Menciona que os adeptos do Direito Natural clássico, especialmente da escola aristotélico-tomista, já admitiam a existência de direitos inatos e eternos, aos quais se deveriam submeter os dispositivos da Lei Civil, mas já agora valores há que se universalizaram como expressão da própria experiência social.

E esses valores adquiriram tamanha força que eles, na imanência mesma da vida coletiva, já atuam “como se” fossem inatos. O autor faz referência aos valores da pessoa humana e da democracia. Mais recentemente, ao valor da ecologia.

Nomeia tais valores como “invariantes axiológicas”, que é o superamento do relativismo pelo reconhecimento de que há valores que se projetam no cenário cultural

²²⁷ SÍNTESE: Newsletter Jurídica, n. 3.004, 22 ago. 2012.

²²⁸ REALE, Miguel. A Constituição e o Direito Civil. **O Estado de São Paulo**, 19 jun. 2005.

como algo de estável e definitivo, não sujeito à erosão do tempo.

A supremacia de tais valores consta de várias disposições da Carta. E, quanto à pessoa humana, há, no art. 5º, inciso X, a consagração da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem.

Na doutrina, considera-se a objeção de consciência sob dois aspectos: como derivação evidente do direito de todo ser humano à liberdade de consciência ou simples exceção à norma, exigindo restrição.

Para a primeira corrente, o direito de objeção de consciência traz a imagem de “ilegalidade mais ou menos consentida”. Navarro-Valls declarou o seguinte:

Só numa concepção totalizante do Estado a objeção de consciência pode ser vista com desconfiança, precisamente porque ocupa um lugar central, não lateral, no ordenamento jurídico, pela mesma razão e da mesma forma como é central a pessoa humana.

Os poderes públicos são obrigados a promover uma adaptação razoável aos deveres de consciência dos cidadãos sem prejudicar o interesse público superior. O Tribunal Supremo dos Estados Unidos expressou isto muito bem: “Se existe uma estrela fixa em nossa constelação constitucional, é que nenhuma autoridade, do patamar que seja, pode determinar o que é ortodoxo em política, religião ou em outras matérias opináveis, nem pode forçar os cidadãos a confessar, de palavra ou de fato, a sua fé nelas”.²²⁹

Há jurisprudência. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos decidiu (em 1982) que, para que se considere uma objeção de consciência, é indispensável que a convicção ou a crença que a motiva proceda “de um sistema de pensamento suficientemente estruturado, coerente e sincero”.²³⁰ Na Inglaterra, a Câmara dos Lordes, na sentença do caso Williamson (2005), aduz que uma crença, religiosa ou não, para ser considerada como objeção de consciência válida, tem que ser “coerente com padrões elementares de dignidade humana”, e se referir a “problemas fundamentais” e não a “questões triviais”; precisa de um “certo grau de seriedade e importância”.²³¹

Estas características existem mais facilmente em crenças de fundo religioso, já que implicam um sistema coerente de crenças. Talvez por isso a objeção de consciência caminhou, historicamente, em paralelo com a liberdade religiosa, constituindo uma das suas dimensões mais destacadas. Naturalmente, a liberdade de consciência não se esgota no

²²⁹ NAVARRO-VALLS, Rafael. **A objeção de consciência e a dignidade da pessoa**. Entrevista em 1º mar. 2011. Disponível em: <<http://www.zenit.org>>. Acesso em: 21 nov. 2012.

²³⁰ Ibidem.

²³¹ Ibidem.

âmbito das convicções religiosas. Existem outras de caráter filosófico, deontológico etc., que também alimentam as objeções de consciência.²³²

Há de se considerar, ainda, a possibilidade de adoção de outros critérios, quanto aos limites de objeção de consciência. Navarro menciona “*o nível potencial de perigo social dos comportamentos*”.²³³ Na hipótese de omissão em face da norma (que obriga a fazer ou a deixar de fazer), representa perigo social menor. São indicadas, entre outras ações: não abortar, não integrar júri; não assistir a certas aulas, etc. Todavia, não é o que acontece com as objeções que conduzem a procedimentos comissivos, ou seja, a atitude positiva, ativa (que proíbe a ação ou comportamento).

Há exemplo sempre citado: a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no caso *Reynolds v. United States*, 98 U.S. (8 Otto.) 145 (1878).

Discutiu-se a alegação de não incidência das leis penais, por motivo de consciência, aos adeptos da Igreja Mórmon, que praticavam a poligamia. A Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Reynolds*, rejeitou a pretensão deste — que invocou razões de consciência —, no sentido de que as leis penais sobre a poligamia não teriam vigência para os fiéis cuja religião admitisse tal prática. A poligamia, conforme o tribunal, “contradiz a ordem pública ocidental que exige que o casamento seja monogâmico”.²³⁴

George Reynolds era membro da Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos Últimos Dias — The Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints (LDS Church) — e foi acusado de bigamia, durante a vigência do Morrill Anti-Bigamy Act. Convolou matrimônio com Amelia Jane Schofield, embora estivesse ainda casado com Mary Ann Tuddenham, no então território de Utah.

Reynolds arguiu, perante a Suprema Corte que a sua convicção, para a bigamia, estava fundamentada em quatro razões: o *grand jury* não fora legalmente constituído; as impugnações que apresentou contra a atuação de dois jurados foram impropriamente rejeitadas; não foi permitido o depoimento de Amelia Jane Schofield porque esta também fora indiciada e, finalmente (mas importantíssimo), era sua convicção religiosa a da possibilidade de casar-se por muitas vezes, ao mesmo tempo.

Os mórmons, acreditando que a lei era inconstitucional, privando-os da livre prática de sua religião, escolheram ignorar o Morrill Anti-Bigamy Act. Esforços foram realizados,

²³² NAVARRO-VALLS, Rafael. Op. cit.

²³³ Ibidem.

²³⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **Reynolds v. United States**. 98 U.S. 145, out. 1878. Disponível em: <<http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/reynoldsvus.html>>. Acesso em: 29 ago. 2012.

nos subsequentes anos da promulgação do referido Ato, contra as leis que não permitiam a bigamia. A Presidência da Igreja concordou em indicar uma pessoa para um *test case*, que seria levado perante a Suprema Corte, para determinar a constitucionalidade da lei antibigamia. Reynolds, que era secretário no escritório do Presidente da Igreja, concordou em assumir o encargo, na condição de acusado. O advogado providenciou numerosas testemunhas para poderem afirmar que era casado com duas esposas. Foi indiciado pelo crime de bigamia perante o grande júri, em 23 de outubro de 1874. Foi condenado à prisão; ao cumprimento de trabalho pesado e à multa de quinhentos dólares. A Corte do território de Utah manteve a condenação.

Reynolds foi indiciado na Corte Distrital, no Terceiro Judicial District do Território de Utah, sob a seção 5352 dos Revised Statutes, que dispunha:

Toda pessoa que tenha esposo ou esposa viva, que se casar com outra(o), seja esta solteira ou casada, no Território, ou em qualquer outro local sob jurisdição dos Estados Unidos, é culpada de bigamia, e será punida com multa de não mais de quinhentos dólares, e será presa por não mais que cinco anos.²³⁵

O fundamento essencial da Suprema Corte, para manter a condenação — já que os demais argumentos que foram mencionados pelo recorrente não apresentam interesse para a finalidade deste estudo — é o da rejeição da tese sustentada pelo acusado, de convicção religiosa ou objeção de consciência. Reynolds alegou que era mórmon e era seu dever religioso, como membro masculino da Igreja, praticar a poligamia, se possível.

A Corte reconheceu que, sob a Primeira Emenda, o Congresso não poderia votar leis que proibissem o livre exercício da religião. Afirmou que, nada obstante, a lei que proíbe a bigamia não estava incluída entre aquelas que limitam o referido exercício. O fato que era admitido (o de um cidadão casar-se com apenas uma pessoa) provinha desde o tempo do Rei James I, da Inglaterra, no Direito consuetudinário. E a Lei dos Estados Unidos baseou-se no Direito britânico.

Nada obstante a Constituição não definir religião, a Corte investigou a história da liberdade religiosa nos Estados Unidos. Nessa ordem, a Corte mencionou carta de Thomas Jefferson, na qual havia distinção entre crença religiosa e ação que resultou da crença

²³⁵ “Every person having a husband or wife living, who marries another, whether married or single, in a Territory, or other place over which the United States have exclusive jurisdiction, is guilty of bigamy, and shall be punished by a fine of not more than \$500, and by imprisonment for a term of not more than five years.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Op. cit.).

religiosa. Ao antecedente “*permanece unicamente entre o homem e o seu Deus*” segue que: “*o poder legislativo do governo atinge ações, somente, e não opiniões*”.

A Corte argumentou que se a poligamia fosse permitida, alguém poderia, eventualmente, também aduzir que o sacrifício humano seria parte necessária de sua religião, e “*permitir isso seria fazer acreditar que doutrinas religiosas professadas seriam superiores às leis do país, resultando que cada cidadão pudesse legislar para si*”.

A Corte afirmou que o significado e o verdadeiro espírito da Primeira Emenda é o de que o Congresso não poderia legislar contra opinião, mas poderia legislar contra ação.

Navarro-Valls afirma ainda que, em princípio, a objeção de consciência é um direito fundamental que, inclusive, ampara a chamada consciência errônea. O Estado não é competente para avaliar as motivações que movem as consciências dos seus cidadãos.

Mas é evidente que, em muitos casos, o objeitor age movido por uma lei natural que está acima da lei positiva. Isso não é uma anomalia. Quando fez meio século do início daquele drama judicial que foram os julgamentos de Nuremberg, discutiu-se e observou-se que, ao se rejeitar a tese da “obediência devida” à lei nacional-socialista e às autoridades quando ordenam atrocidades, o que se potencializou foi a função ética, que, na teoria clássica da justiça, corresponde à consciência pessoal. Nuremberg demonstrou que a cultura jurídica ocidental se fundamenta em valores jurídicos radicais, por cima de decisões de eventuais maiorias ou imposições plebiscitárias.²³⁶

A elaboração jurídica de um direito humano é um processo longo e, às vezes, doloroso. Aconteceu com as liberdades de expressão e religiosa, com o direito à não discriminação por questões raciais e, agora, está acontecendo com o direito à objeção de consciência.

Enfim, por mais elevada que seja a sensibilidade que um determinado Direito tenha para com o respeito à liberdade de consciência, é claro que, em alguns casos, não poderão conciliar-se por completo os bens jurídicos em conflito; ou seja, a norma jurídica não poderá ser adaptada, na sua totalidade, às exigências morais de consciência de todos os cidadãos. Nesse tipo de situação, o ideal é evitar respostas simplistas de caráter negativo. O poder político deve fazer um esforço de flexibilização para encontrar as soluções menos lesivas para a consciência do objeitor.

No âmbito europeu, a Resolução n. 1.763 (2010) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa estabelece a clara proibição de coagir ou discriminar pessoas ou

²³⁶ NAVARRO-VALLS, Rafael. Op. cit.

instituições que se recusem, por qualquer razão, a participar ou colaborar num aborto voluntário, eutanásia ou em qualquer ato que cause a morte de um feto ou embrião humano. Ao mesmo tempo, convida os Estados-membros a desenvolverem uma normativa que tutele em sua plenitude a objeção de consciência ao aborto, garantindo aos profissionais de saúde o direito de se absterem em todo tipo de práticas abortivas ou de eutanásia.

A ementa da Resolução estabelece, com clareza impar, a objeção de consciência: “O direito de objeção de consciência na assistência médica oficial, legal”.

1. Nenhuma pessoa, hospital ou instituição poderá ser coagida, responsabilizada ou discriminada, de qualquer forma, pela recusa no atendimento, acomodação, assistência ou submissão ao aborto, procedimento abortivo, eutanásia ou qualquer ato que poderia causar a morte do feto ou embrião, por qualquer razão.
2. A Assembleia Parlamentar enfatiza a necessidade de afirmar o direito à objeção de consciência juntamente com a responsabilidade do Estado, em assegurar, em tempo hábil, que os pacientes tenham acesso à assistência médica oficial. A Assembleia está preocupada com o fato de que a utilização não regulamentada da objeção de consciência pode afetar de modo desproporcional as mulheres, notadamente aquelas de baixa renda ou de áreas rurais.
3. A grande maioria dos membros do Conselho da Europa regulamentou adequadamente o direito à objeção de consciência. A prática da objeção de consciência pelos profissionais da saúde está submetida a enquadramento jurídico e político exaustivo e preciso, garantindo que os interesses e direitos dos usuários individuais dos serviços médicos legais são respeitados, protegidos e satisfeitos.
4. À vista da obrigação dos estados-membros de assegurar o acesso ao atendimento médico oficial, legítimo, e de proteger o direito à saúde, assim como a obrigação de garantir o respeito à liberdade de pensamento, consciência e religião dos profissionais da saúde, a Assembleia convida os estados-membros do Conselho Europeu a desenvolver regras abrangentes e claras que definam e regulamentem a objeção de consciência no sentido da saúde e dos serviços médicos, que contenham:
 - 4.1 garantia do direito de objeção de consciência relativamente à participação no procedimento médico em questão;
 - 4.2. garantia de que os pacientes sejam informados de qualquer objeção de consciência em tempo hábil, e encaminhados a outro profissional da saúde;
 - 4.3 garantia de que os pacientes recebam tratamento apropriado, particularmente nos casos de emergência.^{237, 238}

²³⁷ EUROPA. Conselho Europeu. **Resolução n. 1763**: the right to conscientious objection in lawful medical care. 7 out. 2010. Disponível em: <<http://www.assembly.coe.int/asp/doc/xrefviewhtml.asp?fileid=17909>>. Acesso em 21 nov. 2012. Segue o texto no original em inglês: “1. No person, hospital or institution shall be coerced, held liable or discriminated against in any manner because of a refusal to perform, accommodate, assist or submit to an abortion, the performance of a human miscarriage, or euthanasia or any act which could cause the death of a foetus or embryo, for any reason. 2. The Parliamentary Assembly emphasises the need to affirm the right of conscientious objection together with the responsibility of the state to ensure that patients are able to access lawful medical care in a timely manner. The Assembly is concerned that the

No Brasil tramita, na Câmara, o Projeto de Lei n. 6.335/2009, do deputado Gonzaga Patriota (PSB-PE), que regulamenta o direito de uma pessoa se negar a praticar ato contrário a suas convicções morais, éticas e religiosas, inclusive no ambiente de trabalho. É o que se chama objeção de consciência. Aguarda Parecer na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Foi apresentado em 4 de novembro de 2009.

Dispõe sobre o direito à objeção de consciência como escusa ao princípio constitucional insculpido no inciso II do art. 5º da Constituição Federal.

Considera objeção de consciência a possibilidade de recusa por um indivíduo da prática de um ato que colida com suas convicções morais, éticas e religiosas, por imperativo de sua consciência, inclusive no campo do exercício profissional.

Para o deputado Gonzaga Patriota, é direito fundamental da pessoa não ser obrigada a agir contra suas próprias crenças.

O projeto baseia-se no inciso II do artigo 5º da Constituição, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa que não seja obrigatória por lei. A Constituição também estabelece, no inciso VIII do mesmo artigo, que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política.

“É direito fundamental de toda pessoa não ser obrigada a agir contra a própria consciência e contra princípios religiosos. O direito de liberdade de consciência e de crença deve ser exercido concomitantemente com o pleno exercício da cidadania”, acredita Gonzaga Patriota.

Apesar da premissa, a proposta permite que se exijam da pessoa que alegar objeção de consciência provas de seu envolvimento com uma religião ou causa moral. “A objeção de consciência não pode ser utilizada de forma indiscriminada e por motivo banal. Cada

unregulated use of conscientious objection may disproportionately affect women, notably those with low incomes or living in rural areas. 3. In the vast majority of Council of Europe member states, the practice of conscientious objection is adequately regulated. There is a comprehensive and clear legal and policy framework governing the practice of conscientious objection by health-care providers ensuring that the interests and rights of individuals seeking legal medical services are respected, protected and fulfilled. 4. In view of member states' obligation to ensure access to lawful medical care and to protect the right to health, as well as the obligation to ensure respect for the right of freedom of thought, conscience and religion of health-care providers, the Assembly invites Council of Europe member states to develop comprehensive and clear regulations that define and regulate conscientious objection with regard to health and medical services, and which: 4.1. guarantee the right to conscientious objection in relation to participation in the medical procedure in question; 4.2. ensure that patients are informed of any conscientious objection in a timely manner and referred to another health-care provider; 4.3. ensure that patients receive appropriate treatment, in particular in cases of emergency.”

²³⁸ O texto do relatório elaborado por Christine McCafferty, do United Kingdom Socialist Group, que ensejou a Resolução, pode ser encontrado aqui: MCCAFFERTY, Christine. **Women's access to lawful medical care: the problem of unregulated use of conscientious objection**. Disponível em: <<http://www.assembly.coe.int/asp/doc/xrefviewhtml.asp?fileid=12506>>. Acesso em: 21 nov. 2012.

ser humano deve agir com base na sua própria consciência, sendo responsável por suas decisões individuais”, explica o deputado.

Segue a íntegra da proposta:

PROJETO DE LEI Nº , DE 2009
(DO SR. GONZAGA PATRIOTA)

Dispõe sobre o direito à objeção de consciência como escusa ao princípio constitucional insculpido no inciso II do artigo 5º, da Constituição Federal.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta lei dispõe acerca do direito a objeção de consciência como escusa ao disposto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal.

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se objeção de consciência a possibilidade de recusa por um indivíduo da prática de um ato que colida com suas convicções morais, éticas e religiosas, por imperativo de sua consciência.

Art. 3º A objeção de consciência pode se dar no campo do exercício profissional, por motivos de religião, ou por qualquer outro que agrida os princípios e o foro íntimo do indivíduo.

Art. 4º No exercício da objeção de consciência, além dos argumentos éticos, morais ou religiosos, pode ser exigida do cidadão a apresentação de histórico que comprove seu envolvimento com a convicção alegada, a fim de fundamentar sua recusa à prática do ato.

Art. 5º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

O postulado central da objeção de consciência é o de que o indivíduo pode livremente não participar de ações que podem ferir suas convicções filosóficas, éticas, morais, religiosas. É direito fundamental de toda pessoa não ser obrigada a agir contra a própria consciência e contra princípios religiosos.

O direito de liberdade de consciência e de crença deve ser exercido concomitantemente com o pleno exercício da cidadania. A objeção de consciência, entretanto, não pode ser utilizada de forma indiscriminada e por motivo banal. Cada ser humano deve agir com base na sua própria consciência, sendo responsável por suas decisões individuais. A consciência reta se perfila à verdade objetiva, acolhida pelo coração humano. É a reta razão que deriva da dignidade da consciência individual. Aliado a isso, o indivíduo deve comprovar o seu envolvimento com a questão que está sendo alvo da objeção de consciência.

Todos os seres humanos têm direitos e liberdades fundamentais inerentes à condição humana, e toda nação tem a obrigação de respeitar os direitos fundamentais de seus cidadãos. Nada mais antidemocrático e antiliberal do que obrigar o cidadão a praticar uma ação que sua consciência condena. Este é um direito previsto na Constituição brasileira e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário. Caso alguma atividade não esteja de acordo com a consciência do indivíduo e não seja obrigatória por lei, este pode objetar-se.

Assim dispõe O artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal: “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”. A Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe em seu Artigo XXIV, 2, que “*No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática*”.

Dispõe, ainda, o § 2º do artigo 5º, da Constituição Federal, que: “*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”.

As pessoas têm reservas pessoais sobre determinados assuntos e não podem ser obrigadas a agir contra sua consciência. Não se trata de discriminação, e por isso não podem ser constrangidas a agir contra seus princípios e sua natureza. Além disso, quando um profissional se recusa a prestar atendimento a determinada pessoa por questões de foro íntimo, esta não tem seu direito tolhido, uma vez que pode buscar outro profissional que preste o mesmo atendimento.

A essência ou natureza do ser humano sofre influência de valores morais, religiosos, culturais, filosóficos, éticos, etc. A dignidade do ser humano consiste em sua autonomia, que é a aptidão para formular as próprias regras de vida, ou seja, sua liberdade individual ou livre arbítrio.

Daqui se conclui que não é lícito ao poder público impor aos cidadãos por força, medo ou qualquer outro meio, que ajam contra os seus princípios morais e éticos, obrigando-os a realizar conduta contrária à sua consciência.

Além disso, uma vez que a sociedade civil tem o direito de se proteger contra os abusos que, sob pretexto de liberdade religiosa, moral, ética, etc., se poderiam verificar, é sobretudo ao poder civil que pertence assegurar esta proteção. Isso deve ser feito segundo as normas jurídicas, conforme a ordem objetiva, postulada pela tutela eficaz dos direitos de todos os cidadãos e sua pacífica harmonia. Deve-se manter o princípio de assegurar a liberdade integral na sociedade, segundo o qual se há de reconhecer ao homem o maior grau de liberdade, só restringindo esta quando e na medida que for necessário.

Todos têm a liberdade de fazer e de não fazer o que bem entender, salvo quando a lei determine em contrário. Assim, a liberdade só pode ser condicionada por um sistema de legalidade legítimo. Na dúvida acerca da legitimidade da lei, prevalece a liberdade, porque é direito que não se restringe por suposições ou arbítrios.

A autoridade é indispensável à ordem social (condição inclusive a liberdade), de modo que um mínimo de coação há sempre que existir. O problema está em estabelecer, entre a liberdade e a autoridade, um equilíbrio tal que o cidadão possa sentir que dispõe de campo necessário à perfeita expressão de sua personalidade. A liberdade consiste na ausência de toda coação anormal, ilegítima e imoral.

Os cidadãos estão cada dia mais conscientes da dignidade da pessoa humana e, cada vez mais reivindicam a capacidade de agir segundo a própria convicção e com liberdade responsável, não forçados por coação, mas levados pela consciência do dever. Os homens de hoje estão sujeitos a pressões de toda a ordem e correm o perigo de se ver privados da própria determinação; por isso não devem ter violados sua consciência, seu foro íntimo, sua natureza e seus princípios morais, éticos, religiosos e

filosóficos.

Diante do exposto, faz-se necessária a previsão legal e expressa do instituto da objeção de consciência, que pode ser exercido como escusa ao princípio constitucional de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, permitindo-se, assim, que o poder público seja delimitado juridicamente, a fim de que a honesta liberdade das pessoas não seja restringida mais do que é devido. Nesse sentido, solicito a atenção dos nobres pares em toda a tramitação da presente proposição nesta Casa.

Sala das Sessões, em de novembro de 2009.

Deputado GONZAGA PATRIOTA

Em que pese a argumentação trazida pelo proponente, verifica-se que o direito de objeção de consciência não é constituído, de modo direto, como “escusa” de cumprimento da lei. Trata-se, na realidade, de emanção clara do princípio adotado pelo legislador constituinte — o princípio da dignidade da pessoa humana, adotado como pilar, fundamento e esteio sólido e válido da República.

Ademais, o fato de o interessado poder buscar outro profissional, que não apresente a mesma objeção de consciência para negar atendimento, afigura-se provar em demasia.

A definição legal de objeção de consciência, constante do art. 1º, como a “*possibilidade de recusa por um indivíduo da prática de um ato que colida com suas convicções morais, éticas e religiosas, por imperativo de sua consciência*”, afigura-se, numa primeira análise, como restritiva. Primeiro, porque somente a recusa de prática de ato não abrange a tipologia integral. Sempre há a possibilidade de o agente entender estar obrigado a praticar o ato, contra a vontade do interessado. Depois, porque a referência a “convicções morais, éticas e religiosas” é demasiadamente ampla. Assim, não há distinção clara entre convicção moral e convicção ética ou convicção religiosa.

A Consolidação das Leis do Trabalho traz, de modo expresso, referência ao Direito Natural. Logo, também, à objeção de consciência. Diz respeito à recusa de cumprimento de ordem emanada do empregador, determinações essas que contrariem princípios éticos.

O art. 482, alínea “h”, da CLT, estabelece que: “Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho, pelo empregador [...] ato de indisciplina ou de insubordinação”.

Embora capituladas na mesma alínea, as faltas trazem conotações diversas.

A indisciplina é o ato do empregado que resulta em violação deliberada dos princípios de ordem geral, que resultam das normas estabelecidas pela lei, pelas

convenções ou acordos coletivos ou pelo contrato individual (ou pelo regulamento interno da empresa).

A insubordinação é o descumprimento de ordem específica, individualizada, emanada de superior hierárquico competente, dirigida ao trabalhador, relativa ao trabalho.

O ponto comum da origem de ambas as faltas é a violação, intencional e deliberada, da disciplina que deve reinar na organização empresarial. A primeira, de caráter de resistência a ordem geral; a segunda, específica, ordem determinada, expedida em face do poder diretivo do empregador.

Há possibilidade de recusa em face de flagrante ilegalidade ou impossibilidade de execução, tanto dos princípios de ordem geral como de ordem específica.

Cabe temperamento na recusa. Em certa reclamação trabalhista, o empregado, único motorista de uma escola, negou-se a transportar para o hospital aluno que se acidentara gravemente no equipamento, durante o recreio. Alegara que o fato ocorreu fora da jornada (ou além do expediente). Foi dispensado sob a alegação de justa causa (insubordinação), o que foi confirmado pelo acórdão.

O juiz deve avaliar as razões da recusa, a forma como foi manifestada, enfim, todas as circunstâncias do ato, além daquelas usuais (gravidade, imediatidade, etc.).

A cautela indica que o ex-empregador mencione ambas as faltas, em sua defesa, já que caberá ao juiz a qualificação jurídica do pedido.

A recusa de cumprimento de ordem imoral não configura falta punível. A honra, o pudor, os sentimentos do empregado são tão dignos de respeito quanto os do empregador. Ou mais ainda. A personalidade do empregado não se anula pela subordinação a um empregador e este tem o dever de respeitá-lo.²³⁹

A contingência dos princípios éticos dificulta a apuração da falta. Os costumes são mutáveis de caso para caso, de empresa pra empresa, de local para local e de homem para homem, pelo que se constata a impossibilidade de fixação de normas apriorísticas orientadoras. Dorval de Lacerda conclui:

A recusa de cumprir ordens, baseada em razões de ordem moral, não constitui, igualmente, motivo justo para a rescisão do contrato, por parte do empregador, porque, como é lógico, a disciplina, fator social e *consequentemente moral, tem os seus limites naturais nesta última*. Não me referi, por certo, às ordens contrárias aos bons costumes e à honra do prestador, porque, nesse caso, tão evidente é o direito de recusar o seu cumprimento, que qualquer dissertação ou justificação a respeito poderia

²³⁹ GIGLIO, Wagner D. **Justa Causa**. 4. ed., São Paulo: LTr., 1993, p. 184.

ser qualificada de ociosa. Mas, às ordens que, não tão flagrantemente imorais, possam ferir a dignidade, os sentimentos e as opiniões do prestador.²⁴⁰

Neste ponto, a legislação trabalhista brasileira faz remissão, expressa, ao Direito Natural. Logo, também à objeção de consciência.

²⁴⁰ LACERDA, Dorval de. **A falta grave no Direito do Trabalho**. 2. ed., p. 71, *apud* GIGLIO, Wagner D. Op. cit., p. 184.

3 A DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM COMO PRIMEIRO ELENCO E MANIFESTAÇÃO POSITIVA. ANTECEDENTES

3.1 A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789

3.1.1 Objetivo do capítulo

O objetivo deste capítulo é trazer elementos históricos para melhor situar, tanto quanto possível, na vicissitude cotidiana, as ocorrências que precederam a Declaração: os personagens intervenientes; os interlocutores; os debates; enfim, o contexto fático.

A importância atribuída à Declaração resulta, essencialmente, do fato de tornar os direitos reconhecidos como Direito positivo.

Traz ainda referência histórica, relativamente à Declaração de 1948.

3.1.2 Situação histórica

O apogeu da Revolução Francesa é exatamente a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Conhecer sua história ajuda a sua compreensão.²⁴¹ E, assim, também contribui para melhor situar os direitos humanos e a dignidade da pessoa, no amplo arco histórico, um dentre os desideratos propostos para a realização deste trabalho.

A pretensão de universalidade gravou a Declaração Americana, posto que esta foi acompanhada por uma Declaração de Independência cujas ideias básicas eram a concretização de alguns dos ideais do século XVIII: o direito à vida, à liberdade, à felicidade e a igualdade entre os homens. É uma declaração dos direitos civis dos homens, sem qualquer tipo de distinção, pertençam não importa a que país, a que povo ou etnia.

A França, em 1789, foi abalada por colheitas insuficientes, em face da inclemência do tempo. Grassava a fome, agravada pelos impostos, inclusive o famoso imposto do sal, dos quais clero e nobreza estavam isentos.²⁴² Resultou em conflitos, anarquia, matança

²⁴¹ ODÁLIA, Nilo. A liberdade como meta coletiva. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Coord.). **História da cidadania**. São Paulo: Contexto. 2008, p. 165.

²⁴² Simon Schama traça um quadro assustador (cf. SCHAMA, Simon. **Cidadãos: uma crônica da Revolução Francesa**. Tradução Hildegard Feist. São Paulo: Schwarcz; Companhia das Letras, 1989, p. 258). Em janeiro de 1789, o degelo provocou outros males, além de homens mortos de frio e de fome, e no meio do trigo, que não se transformara em farinha, pois todos os moinhos estavam congelados. O degelo repentinamente

indiscriminada nas ruas, pressionando o poder real, incapaz de controlar tal situação. O rei convocou então os chamados Estados Gerais, compostos pelo clero, pela nobreza e pelo terceiro estado, este amálgama de integrantes do povo: advogados, médicos, a burguesia, profissionais liberais, baixo clero, comerciantes, operários, artesãos, etc.

Schama transcreve, em sua obra magistral²⁴³ – que é uma crônica da Revolução Francesa —, a carta do marquês de Ferrières para madame de Ferrières, que bem traça o panorama social então vigente.

Charles-Elie de Ferrières Marsay, fidalgo fazendeiro e *amateur des lettres*, homem de meia-idade e temperamento tranquilo, iniciou uma correspondência de mais de cem cartas com sua esposa Henriette. Ela ficou em seu castelo de Poitou desde a primavera até o final de outono, para supervisionar a colheita, e depois seguiu para Paris, onde encontrou o marido. Durante dois anos Ferrières esteve engajado na vida política de seu país.

Do marquês de Ferrières à madame de Médel, em 28 de junho de 1789, domingo:

Só te direi uma palavra, querida irmã, pois talvez estejas preocupada comigo e com d'Iversay. Chegamos perto da mais sangrenta catástrofe, uma repetição dos horrores da Noite de São Bartolomeu. Parece que a fraqueza do governo permite qualquer coisa [...] A *séance royale* só serviu para provocar um triunfo do Terceiro Estado. Na mesma noite o rei teve de mudar sua declaração, embora a tivéssemos acatado [...] Na sexta-feira cinquenta membros da nobreza, a cuja frente se achava o duque d'Orléans, juntaram-se ao Terceiro Estado, embora a maioria de seus eleitores expressamente os proibisse de votar por cabeça. Por certo eu teria feito a mesma coisa com maior justificativa, pois meu *cahier* não dizia nada estrito sobre votar por ordem ou por cabeça e sou totalmente indiferente à forma da deliberação [...] Mas achei que não devia abandonar minha ordem nas circunstâncias críticas em que se encontrava. No Palais-Royal fala-se abertamente em nos massacrar, nossas casas estão marcadas para esse crime e minha porta foi marcada com um “P” preto (de *proscrit*). Essa matança deveria ocorrer na noite de sexta-feira ou sábado. Para dizer a verdade todo mundo em Versalhes é cúmplice. A corte esperava ser atacada a qualquer momento por quarenta mil bandidos armados, que, dizia-se, haviam partido de Paris. As *gardes françaises*, recusaram-se a obedecer ordens. Companhias inteiras desertaram e foram para o Palais-Royal, onde receberam bebidas e gelados e desfilaram em triunfo. Felizmente o homem em cujo nome se urdiu essa trama infernal (Orléans) é muito covarde para ser vilão. Assim,

inundou campos e pastagens até as ruas de Blois e Tours, protegidas por diques rudimentares. Oitenta anos antes houve fome: as estradas ficaram cobertas de cadáveres, gente que morrera à míngua. Em 1789 houve escassez — *disette* —, irmã caçula da fome, e foi catastrófico. Os dois quilos de pão que constituam o principal alimento de três quartos dos franceses adultos, e que em época normal consumiam a metade de seus salários, passaram de oito soldos, no verão de 1787, para doze, em outubro de 1788, para e quinze, na primeira semana de fevereiro. Uma família de quatro pessoas consumia cerca de quatro quilos de pão por dia, mas um trabalhador braçal ganhava em média de vinte a trinta soldos e um pedreiro recebia no máximo quarenta. O aumento do preço do pão — e também da lenha — significava miséria.

²⁴³ SCHAMA, Simon. Op. cit, p. 305.

as noites de sexta-feira e sábado transcorreram tranqüilas e no sábado, 27, o rei nos escreveu através de nosso presidente, monsieur de Luxembourg, para que nos uníssemos ao Terceiro Estado [...].

Agora parece que está tudo tranqüilo; mas as *gardes françaises* já não reconhecem seus oficiais: a deserção das tropas é geral e tudo anuncia uma grande revolução [...]. Os Estados Gerais de 1789 serão celebrados, mas com uma bandeira de sangue que será levada a todas as partes da Europa [...].

Adeus, minha queira e boa irmã; a situação não é muito confortante. Se houvesse pelo menos um homem (confiável), eu não acharia as condições tão desesperadoras, porém os ministros são muito incompetentes.²⁴⁴

Para alguns autores — entre os quais está François Furet —, as promessas da Revolução Francesa (sobretudo quanto a igualdade, liberdade e fraternidade) constituíram mera expectativa, irrealizável na vida prática.

A liberdade, a igualdade: promessas ilimitadas cujo caráter problemático a revolução mostrou, uma vez que a queremos limitar ao Estado social, sem, contudo, diminuir no mínimo que seja sua chama nos espíritos. Pois essas promessas arbitrárias criam um espaço inultrapassável entre as expectativas dos povos e o que a sociedade pode lhes oferecer. Elas tornam ipso facto caduco todo debate ou todo acordo sobre os limites da democracia. Elas até infirmam o seu conceito, que implicaria um futuro fechado e associados satisfeitos.²⁴⁵

Schama registra que foi a aliança entre a fome e a fúria que possibilitou a Revolução. Mas essa aliança também programou a Revolução para que explodisse em função de expectativas grandes demais.

Foram criados *cahiers* para registro e comunicação. Sieyès elaborou uma cartilha para as assembleias locais que foi impressa aos milhares e distribuídas a toda a Île-de-France. Sugeria, com ênfase, não só o que se podia dizer como a ordem e a forma como se devia registrá-lo nos *cahiers*. Outros *cahiers* se tornaram famosos como manifestos exemplares do futuro liberal — nenhum mais do que o enorme documento escrito por Du Pont de Nemours para o terceiro estado de Nemours.

Numerosos *cahiers* identificavam especificamente o poder legislativo com uma assembleia nacional e insistiam, à maneira inglesa, na separação dos poderes. Praticamente todos exigiam que qualquer tributação nova fosse submetida à aprovação da assembleia. Dever-se-ia assegurar a liberdade pessoal, de pensamento e expressão, que significava a abolição das *lettres de cachet*, quaisquer formas de justiça arbitrária (como os tribunais

²⁴⁴ SCHAMA, Simon. Op. cit, p. 305.

²⁴⁵ FURET, François. **O passado de uma ilusão**. São Paulo: Siciliano, 1995, p. 27.

militares) e virtualmente toda censura. Incontáveis *cahiers* definiam a violação de correspondência como um ataque direto à liberdade pessoal.²⁴⁶

3.1.3 Instrumentos jurídicos no Antigo Regime: as *lettres de cachet* e a organização judiciária

3.1.3.1 Instrumentos jurídicos

As “Cartas” (*lettres de cachet*) constituíam ordens reais escritas, também assinadas pelo Ministro. Tinham por objetivo, usualmente, a prisão ou outra providência de caráter penal.

Quétel afirma²⁴⁷ que eram apresentadas, frequentemente, como emanção da vontade pura do rei e, portanto, constituíam símbolo do poder absolutista da monarquia. Foram qualificadas por Mirabeau como “a arma mais segura do poder arbitrário”.²⁴⁸

As cartas eram, no início, emitidas por razões políticas, intervindo em questões particularmente delicadas. Passou-se a estender seu império, progressivamente, na maior parte dos domínios e eram liberadas segundo a conveniência pessoal do rei. Mas as cartas poderiam escapar da iniciativa real do soberano passando para a de um ministro que estivesse atuando em nome do rei e, para os casos graves, pelo menos, com o régio assentimento final. A carta era cômoda. Discreta, rápida e eficaz, permitia subtrair certas pessoas à ação da justiça, notadamente em razão do nascimento, na alta nobreza. Também funcionava, igualmente, como “extintor”, com o objetivo de se evitar escândalo ou de sufocar um caso sensível.

Em tais condições, a prática não poderia senão generalizar-se, especialmente com a aparição do superintendente geral de polícia de Paris, que se tornou um dos personagens centrais. Com d’Argenson, a carta tornou-se recurso ordinário. Banalizou-se com envio e intervenção para perseguições religiosas, internação dos loucos, ou ainda, a libertinagem. Da mesma forma, num século onde o mundo literário estava em efervescência, os libelistas, os romancistas e outros panfletários são os réus privilegiados do temível papel.

As consequências de uma carta, numa gama variada de sanções, resultavam, em sua

²⁴⁶ SCHAMNA, Simon. Op. cit., p. 261.

²⁴⁷ QUÉTEL, Claude. **Les lettres de cachet**: une légende noire. Paris: Perrin, 2011. Reedição de: “De Par le Roy: essai sur les lettres de cachet.” Paris: Privat, 1981. Premiado pela Academia Francesa.

²⁴⁸ MIRABEAU. **Des lettres de cachet et des prisons d’état**. In: **Oeuvres de Mirabeau**. Paris, 1835, p. 5, apud QUÉTEL, Claude. Op. cit.

maioria, na prisão, como sequência natural. As prisões do Estado não eram as únicas que acolhiam as vítimas das cartas. Eram numerosos os conventos que recebiam esses prisioneiros estranhos.

Quétel esclarece, com espírito crítico, que, entre os paradoxos desse meio escrito que era utilizado pelo rei, verifica-se que frequentemente as cartas eram solicitadas pelos próprios familiares. Na maioria, eram os casos das províncias. A carta era socorro precioso quando se procurava o desembaraço de um herdeiro inoportuno ou para evitar o compromisso de um filho apaixonado. A ideia de correção paterna é instalada: “torna-se caso de família numa sociedade patriarcal onde o pai, o mais humilde, pode se dirigir a este pai histórico, que é o rei”.²⁴⁹ Assim, a carta, longe de chocar, como o raio em populações espantadas, estava, pelo contrário, perfeitamente integrada à mentalidade do “francês médio”, à maioria das famílias do *Ancien Régime*. Da arbitrariedade do rei à arbitrariedade das famílias, a percepção da carta evoluiu. Toda a população servia-se dela, num momento ou outro. Mesmo Voltaire — que também foi vítima, muitas vezes — apelou à carta para se desembaraçar de um vizinho muito barulhento.

Um segundo paradoxo resultou da regulamentação das cartas, notadamente com a circular Breteuil de 1784. O rei procurou regulamentar a prática. Estas ordens reais assemelhavam-se “a garantia contra a arbitrariedade das famílias”. Puderam se entender, como num convento. Os intendentess foram encarregados de instruir e verificar as demandas.

A história da carta, portanto, não é necessariamente aquela em que sempre se acreditou. Se as “*lettres*” foram, de modo incontestável, instrumento de manifestação arbitrária do poder real, eram, igual e perfeitamente, admitidas pela população francesa do século XVIII. A utilização pelas famílias era edificante. No âmbito de princípio, as cartas eram condenadas por todos. Por outro lado, sua banalização era evidente.

3.1.3.2 Organização judiciária

Fazer justiça era prerrogativa régia. O princípio segundo o qual toda justiça emana do Rei foi desde logo imposto pela dinastia dos Capetos. Era atributo simbolizado no momento da sagração, pela outorga papal. Esta retomada em mãos, pelo Rei, era feita em detrimento das jurisdições que foram desenvolvidas durante o feudalismo. Assim, buscava-

²⁴⁹ QUÉTEL, Claude. Op. cit.

se limitar as competências da justiça senhorial. Havia, então, uma justiça municipal que foi retirada pelo édito de Moulins de 1566. O édito de Saint Maur de 1580, da mesma forma, retirara certas competências de ordem criminal.

Havia ainda uma justiça eclesiástica, cuja competência estava reduzida aos bens dominiais. A oficialidade diocesana era competente apenas para as questões relativas ao matrimônio.

Havia ainda duas espécies de competência: a competência retida e a competência delegada.

Na primeira (*justice retenue*), o próprio rei julgava. Havia a possibilidade de encaminhar ao rei *placets*, documentos escritos em que um encarregado da justiça expunha diretamente ao rei os principais elementos de uma causa e solicitava ao rei a decisão.

Havia também as cartas (*lettres de cachet*), que eram fechadas, assinadas pelo rei e contra-assinadas por um dos secretários de Estado cujo objeto era, segundo o caso, o exílio, a prisão ou a liberação de determinada pessoa. Há legenda negra das cartas, desenvolvida pouco antes ou durante a Revolução, divulgadas pelo curso de gerações. As cartas testemunhavam a arbitrariedade real.

Hoje há estudos históricos sobre as cartas do final do *Ancien Régime*, graças aos arquivos das prisões do Estado. Ainda que tenham ocorrido motivos religiosos, políticos, sobretudo no reinado de Luis XV, ao final do *Ancien Régime*, cerca de 80% das cartas eram constituídas de solicitações das famílias, e não de qualquer autoridade, na grande maioria por disputas familiares. As cartas exprimiam uma espécie de autoridade, de justiça paternal ao rei; certo segredo devia ser guardado.

Em matéria de justiça paternal, as penas infligidas eram constituídas, frequentemente, na prisão, mas eram com maior clemência que as da justiça de direito comum. As cartas credenciais (*lettres de créance*) foram abolidas pela revolução. Foram instituídos tribunais de família no início da revolução que prolongaram esse tipo de justiça (competência).

As cartas eram sempre liberadas depois de investigação minuciosa conduzida pelos intendentos nas províncias ou pelo inspetor geral da polícia na capital. O tempo de detenção variava de um ofício a outro, mas geralmente era breve. De 1776 a 1784, em 82% dos casos, foi inferior a cinco anos.

O rei podia estabelecer regras para o julgamento (processuais); podia resolver conflito de competência dos tribunais. Podia modificar as regras normais de competência e determinar o julgamento dos processos ditos sensíveis politicamente pelos comissários.

Podia igualmente organizar os *grandes dias*, ou seja, enviar para uma província conturbada juízes particulares para, com os julgamentos, apaziguar a situação local. Podia avocar processo para seu conselho, ou seja, retirar processo de jurisdição de direito comum para que ele mesmo julgasse (em sua jurisdição própria), como um recurso à cassação, perante o rei.

Integravam a competência própria para a concessão das cartas de graça e das cartas de reabilitação (banimento, exílio, galeras, comutação de penas — que poderiam diminuir ou agravar).

A competência delegada (*justice déléguée*) era atribuída aos juízes, para substituição do rei. A jurisdição de Direito comum estavam organizadas ao final do *Ancien Régime*. No primeiro grau, havia os juizados atendidos por prepostos (juizados esses conhecidos como *Prévôts*). Reuniam competência vasta em matéria civil e criminal, exceto em se tratando de matéria real, tais como casos reais e processos relativos à nobreza. O julgamento era paritário.

Em segundo grau, havia os tribunais dos bailios ou tribunais dos senegais. Ao final do *Ancien Régime* os tribunais eram presididos por um superintendente geral, assistido por intendente particular para os processos civis e por outro intendente para os processos criminais em matéria penal. Havia ainda conselheiros. Na competência originária estavam incluídos os casos reais e jurisdição para os nobres (em primeiro grau), ou apelação, relativamente às sentenças dos prepostos e para os juízos senhoriais e municipais.

Enfim, havia cortes soberanas, que atuavam essencialmente em matéria jurisdicional dos tribunais de apelação. Cada corte tinha sua organização interna que foi copiada pelas posteriores cortes de apelação. Havia um primeiro presidente, um presidente para cada câmara, conselheiros, o ministério público (*gens du roi*, no *Ancien Régime*) compreendendo um procurador geral e substitutos e advogados gerais.

3.2 Precedentes históricos da Declaração de Direitos. Verificação de alguns artigos

Uma vez que foram trazidos alguns aspectos do quadro histórico então vigente, cabe o exame dos termos da Declaração.

Em face da importância da Declaração de Direitos, na Revolução Francesa, não há possibilidade de se negar a influência avassaladora que tal ato e documento exerceu em todo o mundo.

Em nosso país, particularmente, seja em face da cultura europeia, então

predominante, seja frente ao mundo jurídico nacional, a Declaração trouxe novos elementos ao Brasil colônia.

Trata-se da positivação de direitos reconhecidos que os documentos anteriores, de outros países (refiro-me, de modo particular, à Declaração de Independência dos Estados Unidos da América), não lograram provocar tamanho e tanto interesse.

Portanto, é de rigor a verificação histórica da declaração de alguns direitos, mediante exame de alguns dos artigos da referida Declaração.

Antes da elaboração da nova Constituição francesa, o terceiro estado, em 26 de agosto, proclama a Declaração dos Direitos do Homem.

Essa Declaração, de 17 artigos e um preâmbulo, por seu caráter universal, é um passo significativo no processo de transformar o homem comum em cidadão, cujos direitos civis lhe são garantidos por lei, que não deixa de ser obra de circunstância, segundo Alberto Soboul.

Esse caráter lhe advém do fato de não ser tão abrangente ao definir os direitos civis do cidadão, ou, em alguns casos, de dar com uma mão e retirar com a outra, ou de assegurar o direito de alguns, à propriedade, por exemplo, sem que nada seja dito em relação aos miseráveis sem propriedade.²⁵⁰

O circunstancial e, mesmo, o casuístico, na Declaração, suas dubiedades e contradições, suas restrições, ausências e precauções foram apontadas desde logo por jornalistas e pensadores, como mostra Mirabeau.

3.2.1 A igualdade de direitos: igualdade formal e igualdade material

A paixão pela igualdade, na França de 1789, assim como no resto do mundo, não era ideia nova. Transformou-se em *reivindicação política* ao longo do século chamado “das Luzes”, posto que sempre fora tema de meditação religiosa.

A Revolução legou ao nosso tempo a igualdade dos cidadãos ao unificar os povos, as medidas, as leis e os direitos. O nivelamento do destino comum dos seres humanos já fora considerado pelos filósofos como resultante da idade de ouro ou do país da Utopia. Por Rousseau, inclusive.²⁵¹ Mas todos concordaram em rejeitar a utopia, ou a nostalgia de uma idade de ouro, a ideia de uma sociedade puramente igualitária onde não haveria nem

²⁵⁰ ODÁLIA, Nilo. Op. cit., p. 164.

²⁵¹ ROUSSEAU. *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, 1754. Disponível em: <<http://eet.pixel-online.org/files/etranslation/original/Rousseau%20JJ%20Discours%20sur.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2012.

“o meu” nem “o teu”.

Exprime-se aos poucos, pela afirmação do mérito pessoal (em oposição ao nascimento, e pela rejeição dos direitos senhoriais), a reivindicação de uma nova igualdade. Tudo, segundo afirma Jean Ehrard.

Todavia, a oscilação entre o igualitarismo vigoroso dos descamisados e a “meritocracia” também nos transmitiram um problema para solucionar, que é, talvez, não somente um *caso social*, mas também um imperativo moral, qual seja, o da igualdade entre as pessoas. Tal igualdade não se ampara somente na esfera de *meu direito*. Para o filósofo Vladimir Jankélévitch, a hipótese de uma relação moralmente equitativa pode ser revelada no âmbito dos *meus deveres para com os demais*.

A discussão da Assembleia resultou na declaração enfática, constante do primeiro artigo: a igualdade absoluta entre os cidadãos. Todavia, no último, consagrou a sacralidade do direito de propriedade, que, de alguma forma, ou de todos os modos, manteve o *status quo*, relativamente aos possuidores. Inclusive aqueles possuidores integrantes do *tiers*, ou seja, da burguesia florescente.

Para Philippe Raynaud,²⁵² a proclamação do primeiro artigo, em 26 de agosto de 1789, constituiu uma declaração de guerra: “todos os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”. E guerra contra os fundamentos do que constituía, então, a ordem social europeia. Tal consideração no contexto da revolução que se iniciava (ou seja, afirmação de igualdade diante da lei e rejeição de diferenças pelo nascimento e pela posse dos bens) explodiu como verdadeira bomba.

A fórmula lapidar do primeiro artigo resume os ideais da Revolução Francesa e deixa entrever os conflitos que deveria suscitar, tanto em se tratando de relações de liberdade política e da esfera privada, como da apresentação social da exigência “formal” da igualdade. Tal dialética foi interpretada por muito tempo como se fosse à luz das divisões sociopolíticas dos séculos seguintes: 1789 exprimia as aspirações da burguesia à igualdade civil, enquanto 1793 seria dominado pelas preocupações sociais mais audaciosas. Já o período pós-termidoriano marcaria um recuo da elite burguesa, terrificada pelas consequências não previstas da própria audácia.

O lugar da “igualdade” no elenco dos “direitos do homem” e do cidadão pode ser mais bem compreendido a partir do sentido que os autores da declaração pretendiam

²⁵² BURKE, Edmund. *Réflexions sur la Révolution de France et autres oeuvres*. Reedição comentada Philippe Raynaud. Paris: Hachette-Pluriel, 1989. In: LE MONDE DE LA RÉVOLUTION FRANÇAISE. *Journal des Droits de l'Homme*, n. 8.

imprimir à igualdade, situando-a entre os “*direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem*”, e o modo pelo qual essa obra foi recebida então na velha Europa, aristocrática e monárquica.

Hoje percebemos melhor até qual ponto o texto final da Declaração de 1789 é o resultado de um compromisso, *a priori* muito *improvável*, entre tendências violentamente opostas, nada obstante a vontade comum de romper com os “abusos” do Antigo Regime.

As divergências podem ser estabelecidas e compreendidas entre o alinhamento de Sieyès e Mounier, em suas profundas convicções. Tais divergências sobre o problema da igualdade exprimem perfeitamente as ambiguidades do texto fundamental da Revolução.

Sieyès trazia, já à abertura dos Estados Gerais, pensamento formado, em face de longo trabalho de estudo das doutrinas inglesa e escocesa, dos fisiocratas, da tradição do Direito Natural moderno e da autoria de série de brochuras. Considerava ainda a necessidade do combate político. Teoricamente, não há qualquer contradição entre igualdade civil, ou igualdade diante da lei, e a liberdade, porque esta última não é possível senão mediante a exclusão de toda dominação pessoal, em benefício do *reinado da lei*. “Imagino a lei no centro de imenso globo”, escreveu em 1789. “Daí, o que é o terceiro estado? Todos os cidadãos sem exceção estão à mesma distância sobre a circunferência e ocupam lugares iguais”.

Sieyès toca num ponto crucial no tema da igualdade. Sua concepção de igualdade civil mencionava também outra pedra angular da burguesia então ascendente (burguesia esta que era rejeitada pelo primeiro e segundo estados, em face dos privilégios concedidos ao clero e à nobreza): a propriedade. Ao final, no 12º artigo da declaração, a propriedade foi admitida e (com)sagrada como direito sagrado.

Sieyès preocupa-se, até de forma demasiada, com a distinção das reivindicações do terceiro estado quanto ao ideal de nivelar: “As desigualdades da propriedade e da indústria, escreveu ainda, são como as desigualdades de idade, de sexo, de tamanho físico, etc. Tais desigualdades não desnaturam em nada a igualdade do civismo.”

Cabe à lei garantir os resultados do jogo livre dos talentos, sob a única condição de reprimir os atos daqueles que tentam ou buscam dominar os demais, ou de atentar contra a propriedade de outrem. Logo, não cabe à lei criar privilégios ou estabelecer igualdade artificial, que ultrapasse a igualdade civil. A racionalidade intrínseca da lei consiste na generalidade da regra estabelecida.

As fórmulas de Sieyès ensejam teorias menos liberais estritamente, quando cuidam de definir as condições da defesa dos interesses comuns. Atribui à lei a definição do

momento onde a desigualdade de fato se volta contra a igualdade dos direitos. O autor reivindica desde então o “socorro” para os desprovidos, de um Estado que não é simplesmente protetor da propriedade: “Os cidadãos em comum têm o direito a tudo o que o Estado possa fazer em benefício deles”.

A transformação pretendida por Sieyès (relativa ao estabelecimento de um regime de igualdade civil, e não social), não seria possível senão mediante a radical ruptura com a sociedade de ordens — então vigente na consolidação dos três estados, separados e com privilégios bem distribuídos e determinados entre o primeiro e o segundo —, passando pela destruição completa das hierarquias tradicionais e das projeções políticas destas. O que se traduz pela oposição, também radical, entre a “nação” e a minoria privilegiada.

O teórico liberal representou as tendências de valorização sistemática do poder legislativo; a obsessão do adversário “aristocrático”; a busca de garantias “sociais” que vão além da garantia da igualdade civil ou jurídica. Tais tendências se fazem presentes nas discussões que precederam a adoção da Declaração, senão na própria Declaração.

Mounier redigiu os três primeiros artigos da Declaração. Onde fez consignar que “os homens nascem livres e iguais, em direitos”, seus colegas escolheram escrever: “os homens nascem e *permanecem* livres e iguais em direitos”. O enunciado de Mounier, ao assegurar o valor genérico do princípio da igualdade, deixava às desigualdades hereditárias da história um lugar no Direito positivo, foi substituído por aquela finalmente adotada, que enseja campo mais vasto à reivindicação igualitária.

Mounier era quem melhor corporificava a corrente mais afastada do radicalismo de Sieyès. Desconfiava da ideia de uma declaração de direitos e desejava que fosse articulada de forma suficiente apenas para se considerar a recordação de todos os subsídios trazidos pela história e pela sociedade, e para que se pudesse ver claramente que no estado civil não se reencontraria a totalidade dos direitos do homem — notadamente *a igualdade natural* — ou o estado da natureza.

Analogamente, quando se passou a discutir o sexto artigo, que afirma a igualdade na admissão de todos aos empregos públicos, Mounier pretendia temperar o princípio precisando: “segundo a capacidade de cada um”. A assembleia escolheu, finalmente, a adoção de outra expressão de Mounier, a fórmula “sem outra distinção, exceto às relativas às virtudes (habilidades) e talentos”. A “moderação” de Mounier deixou alguns traços no texto final: este afirma persistir a igualdade natural no estado civil, que não é desconsiderada com a designação dos “direitos naturais e imprescritíveis do homem”,

definidos no segundo artigo, que são “a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”.

O texto de 1789 resultou do compromisso entre tendências opostas, guardando certa unidade, em parte atribuída à falha global dos elementos “moderados” da constituinte. Sirva como exemplo a fórmula “as distinções sociais somente encontram fundamento na utilidade comum”. Isoladamente considerada, poderia ser interpretada num sentido moderado. No caso, porém, marcou simplesmente a vitória das ideias das Luzes, que exigiam, seguramente, que todas as autoridades tradicionais fossem julgadas segundo sua utilidade social (e não de conformidade com suas pretensões a uma superioridade natural). As ideias das Luzes se guardavam, porém, de atacar frontalmente as elites aristocráticas ou sua monarquia: nada de proibir, exemplificativamente, o fundamento da legitimidade da nobreza sobre a utilidade comum de uma classe devotada à guerra ou ao serviço do Estado.

O posicionamento dessa interpretação no contexto da declaração resta problemático — pelo menos —, já que, segundo consta do primeiro artigo, os homens *permanecem* livres e iguais em direito, a lei é “igual para todos” e “todos os cidadãos são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos”.

Compreende-se, pois, porque a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi recebida como declaração de guerra por todas as forças sociais aderidas à defesa social europeia. A Declaração imprimiu princípios liberais (a “*rule of law*”, a igualdade perante a lei, a carreira aberta ao talento) e formulação vigorosa que parece excluir a possibilidade de compromisso, e que abre, ao contrário, caminho para a supervalorização igualitária virtualmente indefinida.

Para Burke, a concepção francesa dos direitos do homem arrisca a ruína da ordem social da própria civilização, rompendo com a continuidade da história, e atribuindo aos povos um Direito ilimitado para designar a mudança dos governantes. Em tal crítica aos “direitos do homem”, o problema da igualdade é evidentemente central: o erro dos franceses foi o de *absolutizar* os princípios liberais da igualdade em face da lei ou da “carreira aberta ao talento” e de ter assim provocado conflito inapagável entre a “revolução” e a “aristocracia” (ou Igreja).

As declarações posteriores, de 1793 e 1795, mantiveram a igualdade de direitos, guardando-se de garantir contra as confusões entre igualdade jurídica e igualdade social.

Diante disso, sem dúvida — e além da própria Revolução Francesa —, a “igualdade” é o princípio mais evidente dos Direitos Humanos, cuja interpretação e atuação permanecem indefinidamente problemáticas.

As correntes contrárias à concepção de igualdade, legado da Revolução Francesa, surgiram ao final do século XVIII com as teorias de Renan e de Taine, desaguando na assim chamada revolução darwiniana.

O darwinismo impregnou profundamente a atmosfera intelectual da segunda metade do século XVIII. Na revolta contra a Revolução Francesa, na reação antiliberal, antirracionalista e anti-individualista deste período, o darwinismo social — trata-se, com frequência, de uma forma fortemente pervertida e depravada do darwinismo — desempenha papel maior.

Os discípulos de Darwin passaram a aplicar a teoria do mestre não somente ao ser humano como também ao ambiente. Entendiam (inclusive os vulgarizadores das doutrinas dos pensadores de envergadura) que as teorias do professor eram universalmente válidas. Desde então, as concepções do princípio da evolução e da seleção natural são utilizadas com abundância tanto na história e na política como na literatura.

Como escreveu Zeev Sternhell,²⁵³ trata-se de ataque global contra a psicologia das Luzes, contra a concepção do indivíduo como um ser racional, livre e parecido — em decorrência dessa racionalidade — a todos os outros seres humanos.

Na inflexão das discussões e na agitação, os descamisados passaram a perseguir a igualdade por traços menos nebulosos. Sem desenvolver, sobre a propriedade, visão muito diferente daquela dos jacobinos, mas animados também pela preocupação de “abolir estes interstícios imensos até a felicidade que então separaram homens dos homens”, passaram à aplicação concreta: a pilhagem das mercearias (considerada apenas como simples restituição ao povo); as visitas domiciliares; a partilha dos mantimentos das carroças que chegavam às barreiras; a reclamação por um pão da mesma farinha para todos, o “pão da igualdade”; os banquetes carnavalescos onde os ricos servem aos pobres sentados. Passaram até mesmo à destruição dos campanários, cujo ímpeto vertical insultava a igualdade. Todas essas práticas conferiram vigorosa fisionomia à igualdade, segundo os descamisados.

Enfim, e sobretudo, a possibilidade de extensão ilimitada da exclusão — posto que a linha demarcatória entre os cidadãos iguais e estrangeiros (à nação) é uma fronteira interior, deslocável à vontade — será suficiente para definir os homens que devem ser excluídos, não mais pelo privilégio do nascimento, da ordem, mas por aquele da fortuna,

²⁵³ STERNHELL, Zeev. Naissance du fascisme. Paris: Fayard, 1989. In: LE MONDE DE LA REVOLUTION FRANÇAISE. *Journal des Droits de l'Homme*, n. 5, p. 24. O autor é da Universidade Hebraica de Jerusalém.

para criar no corpo social novas capacidades de disjunção; fazer pairar nova ameaça de nova guerra civil, mais difícil ainda de conjurar. Desde 1792, o opúsculo de Lequínio, que o consagra aos “preconceitos destruídos”, traz escrito: “Vejo e atesto que três quartos dos homens opulentos têm ainda toda a aristocracia que outrora tinha a nobreza”.

As discussões chegaram à Convenção. Entende-se a dificuldade de considerar o direito igual dos homens quando os bens são desiguais; pressente-se a fecundidade da igualdade “formal”. A igualdade formal camufla sem dúvida as desigualdades reais, mas não as protege por muito tempo. Pelo contrário. Evidencia a imensa mensagem da sociedade pela referência ao princípio sobre o qual se apoia.

A igualdade introduz, na vida social — como bem compreendeu Tocqueville —, gérmen de mudança infinita. A grande tarefa do século XIX vai ser a de fazer coincidir a realidade da igualdade com seu anúncio revolucionário.

Se bem que a propriedade, a liberdade, a igualdade sejam inseparáveis, podem, entretanto, ser fortemente consideradas de maneira desigual pelas nações, e ser também fortemente partilhadas, com existência mais ou menos perfeita [...] Entre a igualdade dos direitos e a igualdade real, e entre as superioridades reais e de opinião — cuja pretensão igualitária resultaria da igualdade de direitos —, há grandes intervalos.²⁵⁴

Mona Ozouf²⁵⁵ menciona que essa conclusão é de Roederer, que publicou em 1831 o “L’Esprit de la Révolution”. E indica que a conclusão do referido autor resultou do sentimento de que cada qual dos valores celebrados pela Revolução pode conflitar com os demais; que os franceses aderiram desigualmente; que dedicaram a um desses princípios, o da igualdade, predileção tão marcante que se prontificaram a pagar pela renúncia à liberdade.

Roederer agrega esta paixão pela igualdade à história e à psicologia nacionais. À história, porque a marcha das Luzes partiu do século XI, pelo “primeiro toque de sino nas cidades e nos burgos pelos homens livres”, ou seja, pelo estabelecimento das comunas. Parece-lhe que as representações da igualdade foram mais vantajosas que a igualdade real. “As servidões da propriedade rural, os empecilhos da indústria estremeceram o povo menos como onerosas mais como injuriosas.”²⁵⁶

Roederer abre a questão vertiginosa dos vínculos e relacionamentos entre igualdade

²⁵⁴ OZOUF, Mona; FURET, François (Coord.). **Dictionnaire critique de la Révolution Française**. Paris: Flammarion, 1988. In: LE MONDE DE LA REVOLUTION FRANÇAISE: Journal des Droits de l’Homme, n. 5, p. 22-23.

²⁵⁵ Ibidem.

²⁵⁶ Ibidem.

formal e igualdade *real*. Segundo ele, os homens da Revolução demonstram descontentamento com a *igualdade de fato*, real, que parece prometer uma humanidade idêntica e que faz pouco caso dos “espíritos superiores”. Mas adoraram a *igualdade de direitos*, que consiste em admitir “os esclarecimentos herdados muito longe e atrás dos esclarecimentos adquiridos”. Ao expor a abertura indefinida da igualdade de direitos, o autor sugere, portanto, a natureza não compreensível e eminentemente desejável da igualdade e, como consequência, o caráter interminável de uma revolução que fez dela sua bandeira.

Nos albores da Constituinte, em 4 de agosto, o presidente da Assembleia resumia as matérias principais do debate. Caíram as imunidades, as exceções fiscais ou judiciárias, exonerações, que eram “objeto de ódio violento e inextinguível”, cuja herança afigurava-se a própria irracionalidade até mesmo para os homens imbuídos totalmente da igualdade meritocrática. Com a extinção das ordens desaparecia a desigualdade que caracterizava o estado das pessoas sob o antigo regime.

Passou-se, com Mirabeau principalmente, à preocupação pela proporcionalidade, em face da afirmação de uma sociedade homogênea. Esta obsessão pela “justa proporcionalidade”, que é o próprio espírito de igualdade do século, é encontrada nos relatórios do Comitê de mendicância, até nos debates da divisão departamental, em que a proporcionalidade equilibrava o princípio da igualdade geométrica.

A imensa empresa da demolição da desigualdade aristocrática desaguou também no debate sobre a abolição da nobreza hereditária. Lameth disse que não haveria outra dignidade para os homens senão aquela agregada “às funções que lhes são confiadas”. Tudo indica que tal concepção triunfou até mesmo entre os adversários da abolição.

Entre estes, o argumento forte — pois não sabiam qual futuro estava prometido — é levantado com referência à igualdade: “destruí as distinções da nobreza mas conservais os dos banqueiros e usurários”, dizia Faucigny-Lucinge.²⁵⁷

A promessa dos constituintes era a de igualdade perante a lei e, também, de igualdade na elaboração da lei — a igual participação de todos na formação da vontade geral. Mas, aqui, fica claro que os constituintes derogaram os princípios: introduziram a desigualdade entre representantes e representados.

Essa primeira infração ao princípio da igualdade política tornar-se-ia mais evidente ainda: o direito de eleger os representantes seria limitado pelas disposições censitárias, que

²⁵⁷ OZOUF, Mona; FURET, François (Coord.). Op. cit, p. 22-23.

faria reviver a desigualdade das ordens. A contradição flagrante entre a declaração dos direitos e o censo — que não era outra coisa, segundo Angel, senão um modo de excluir os homens do contrato social — foi percebida e denunciada por vozes isoladas à esquerda da Assembleia.

Os constituintes criaram a igualdade jurídica, mas recuaram, na marcha incerta em torno do princípio, diante da igualdade política, e não se desgrudaram, nunca, do princípio da propriedade. A igualdade formal foi ajustada para melhor recusar a igualdade real, segundo a interpretação de Georges Lefebvre. A determinação dos constituintes para excluir da Declaração a menção à felicidade geral (que manifestava o primado da comunidade sobre o interesse individual) pareceu-lhe significativa: pretendiam impedir que se invocasse a igualdade para exigir a melhora da sorte dos deserdados da fortuna, e marcar a fronteira entre a igualdade jurídica e a igualdade social.

Clermont-Tonnerre sintetiza, em sua hostilidade à igualdade de direitos, as derrogações que os constituintes permitiram ao referido princípio. Coloca o dedo sobre o problema central: fundamentar as distinções sociais sobre “a utilidade comum”, o que é muito bom, mas — indaga — quem julgará tal utilidade que justifica as desigualdades?

É ele — ainda e muito antes dos socialistas — quem dá a melhor definição de igualdade formal: “Dizer que a igualdade de direitos se reduz a possuir com direito igual a porção bastante desigual de liberdade e de propriedade, que pertence a cada qual (é formular), uma abstração de tal sutileza, de tamanha ingenuidade, que é absolutamente inútil”.

A igualdade jurídica é ilusão quando não existe igualdade material. E o povo esquece (diante do conceito) que se trata de “ficção filosófica”, segundo Delandine. Mas os constituintes não cessaram de julgar a possibilidade da extensão da igualdade formal para a igualdade material.

Dimensionaram perfeitamente o conflito que poderia ocorrer entre a liberdade e a igualdade. Veem-se os constituintes tão apegados ao princípio de um direito de propriedade livre e absoluto, a imaginar uma jurisdição atenta para proteger a igualdade da partilha, condição, aos seus olhos, de igualdade de direitos. A preferência que os constituintes demonstraram pela liberdade sobre a igualdade não foi exclusiva nem durável.

3.2.2 Direito à liberdade: liberdade da imprensa (liberdade de comunicação e liberdade de opinião)

A dominação inglesa (que cessou, nos Estados Unidos, em 1776), levou os americanos a proclamarem, oficialmente, a liberdade da imprensa. Dos treze Estados, oito inscreveram tal liberdade nas declarações de direitos e, em 1791, a Primeira Emenda estabeleceu que: “O Congresso não elaborará lei restringindo a liberdade de culto, de reunião ou da imprensa”.

O sistema preventivo do Antigo Regime, na França, foi revogado no verão de 1789. O fim dos privilégios, votado em 4 de agosto, suprimiu o regime de autorização prévia e a Declaração dos Direitos do Homem de 26 de agosto proclama, no artigo XI: “A livre comunicação de ideias e de opiniões é um dos direitos mais sagrados do homem. Todo cidadão pode, então, falar, escrever, imprimir livremente, salvo a prestação de contas dos abusos desta liberdade nos casos previstos na lei”.

Na realidade, algum tempo antes, no mês de maio, os jornais eram criados livremente, publicados e difundidos sem contrariedade. Mas tal liberdade, proclamada solenemente, foi respeitada por poucos anos. Depois de 10 de agosto de 1792, o Terror e, depois, as crises da Convenção e do Diretório, submeteram os jornais, novamente, à arbitrariedade do poder.

O Primeiro Império ofereceu, em seguida, o modelo quase perfeito de um sistema totalitário onde a informação divulgada foi orientada no sentido da propaganda para a defesa dos interesses do Estado.

Este esforço histórico, traçado por Pierre Albert,²⁵⁸ bem estabelece a evolução do direito à liberdade de imprensa e de opinião.

É relevante salientar que — segundo o autor referido —, para frear a difusão do direito à livre imprensa, o Diretório utilizou, inicialmente, o *selo*, em 1797: invenção inglesa, essa taxa, que aumentava o preço de venda do jornal de um terço à metade, tinha por objetivo reservar a leitura apenas aos poucos anciãos notáveis, eleitores censitários, e excluir a pequena e média burguesias. Ademais, o selo proibía vender por número, exceto em torno dos cafés, círculos ou gabinetes de leitura, para que as classes dos pobres e a média pudessem ter acesso ao jornal. O selo existiu de 1797 a fevereiro de 1848 e de julho de 1850 a setembro de 1870.

²⁵⁸ ALBERT, Pierre. Tables du journal Le Temps. In: LE MONDE DE LA REVOLUTION FRANÇAISE. *Journal des Droits de l'Homme*, n. 1, jan. 1989, p. 26.

Para controlar o conteúdo redacional, os governos tinham outros meios para inspirar os jornalistas, de manejo mais pesado (além da censura). Inicialmente, constituem a fonte principal das notícias numa época em que os jornais ainda não tinham meio de fazer reportagens. A agência Havas, criada em 1832, passou à tutela das autoridades. A repressão judiciária foi, em seguida, a arma mais utilizada, ainda que de eficácia variável, em face da concordância dos cidadãos que, com frequência, simpatizavam com os jornalistas “mártires da liberdade”.

Nada obstante os esforços do poder político para frear a expansão do mercado da imprensa e reduzir o quarto poder, o poderio do jornalismo, submetido às crescentes demandas do público, acabou por triunfar.

Os republicanos chegaram ao poder e puseram fim a um século de lutas e dotaram a imprensa da lei mais liberal do mundo, em 29 de julho de 1881. O sistema repressivo era bastante leve: simples declaração e algumas formalidades para o depósito legal eram suficientes desde então para satisfazer as exigências administrativas. A lei atribuía a responsabilidade principal do jornal a apenas um gerente, homem de palha (ou “laranja”), que com frequência acobertava os verdadeiros proprietários.

Na França de entreguerras, a esquerda e os democratas cristãos denunciaram as insuficiências da lei de 1881: esta assegurou a liberdade, rompendo com a tutela do Estado. Mas não assegurou aos jornais a plena independência econômica.

Com a liberação no pós-guerra, as *ordonnances* instauraram sistema totalmente novo. Depois de rude depuração de títulos e interesses da antiga imprensa, puseram os novos jornais sob o regime de autorização prévia e suprimiram o julgado pelo júri. Estatuíram as empresas de imprensa.

Pierre Albert conclui que é reconfortante constatar que, atualmente, muitas das reivindicações nos países assim chamados de terceiro mundo, são apresentadas como questões que já o foram em termos comparáveis aos dos ancestrais em 1789, para as quais foi necessário quase um século para encontrar conveniente resposta.

Quanto à *liberdade de opinião*, cabe aqui, inicialmente, a indagação também mencionada por Jacques Derrida.²⁵⁹ Como identificar a opinião pública? Tem ela lugar? Onde a opinião pública se apresenta como tal? O erradio de seu corpo próprio é também a ubiquidade de um espectro. Mas está presente como tal em alguns desses espaços. Desbordando da representação eleitoral, a opinião pública não é nem a vontade geral, nem

²⁵⁹ DERRIDA, Jacques. La démocratie ajournée. In: LE MONDE DE LA RÉVOLUTION FRANÇAISE. *Journal des Droits de l'Homme*, n. 1, jan. 1989, p. 27.

a nação, nem a ideologia, nem a soma das opiniões particulares, privadas, analisadas pela sociologia ou pelos institutos de pesquisa. Ela não é falada na primeira pessoa; não é sujeito nem objeto (nós, se), citamo-la, “ventriloqua-mo-la” (“país real”, “maioria silenciosa”, “maioria moral” de Nixon, “main-stream”, de Bush, etc.), mas este “meio” guarda o poder de resistir aos modos “próprios para dirigir a opinião pública”, à “arte de mudá-la” que não tem, disse-o ainda Rousseau, “nem a razão, nem a eficácia ou força, nem as leis”.

Derrida prossegue: o ritmo quotidiano (da opinião pública) pressupõe a difusão massiva, algo como um jornal. Este poder tecnoeconômico permite a aparição de uma opinião pública. Nada obstante sejam hoje tais categorias pouco adequadas, o jornal é pressuposto para assegurar um lugar de visibilidade pública, próprio para informar, formar, refletir ou exprimir; o jornal está a representar uma opinião que encontra nele o meio de sua liberdade. Esta correlação entre o quotidiano — escrito ou audiovisual — e a opinião pública representa largamente o que chamamos de “imprensa de opinião”.

A opinião pública é “fenômeno”. Por outras palavras: não se exprime (se é que se entenda por isso que ela existe em algum foro interno antes de se manifestar a lume, como tal na sua fenomenalidade). Ela não é produzida ou formada, mas refletida ou representada pela imprensa.

Tais interpretações ingênuas estão enraizadas em poderoso discurso filosófico. Trata-se do futuro da democracia. A dimensão do espaço *público* chegou à modernidade com as Luzes, as revoluções francesa ou americana, ou discursos como aqueles de Kant que ligam o progresso das Luzes ou do dia à liberdade de utilizar o uso *público* da razão em todos os domínios (embora a razão não se reduza à “opinião” que a própria razão deva, também, criticar).

3.2.3 Direito de livre associação; liberdade de religião

Prossegue-se, neste capítulo, o exame da Revolução Francesa. De certa forma, é o ponto de partida, em sede constitucional, de toda a evolução de conceitos de liberdade religiosa que, em sua maioria, continuam em vigor.

Assim, ninguém deve ser importunado pelas suas opiniões, ainda que sejam religiosas, sob a condição de que tal manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei: “Artigo 10 - Ninguém deve ser perturbado por suas opiniões, ainda

que religiosas, desde que a manifestação não cause distúrbio na ordem pública estabelecida pela lei.”²⁶⁰

O art. 10 da Declaração dos Direitos do Homem estabeleceu que a liberdade religiosa não era apenas questão de mera tolerância, mas, sim, um direito.

As primeiras etapas da guerra implacável a que se entregaram a religião e a revolução pelo domínio e controle da representação política foram marcadas pela Constituição Civil do Clero e pela descristianização. Os fundamentos de um reino “cristianíssimo” foram, então, cercados de fossos, trincheiras e armamentos enterrados.

Ao sacralizar o Estado de Direito, os cidadãos do século XVIII inventaram uma sociedade nova fundada sobre os indivíduos e não mais sobre uma ordem divina.

A religião católica viu-se, num só golpe, relegada à esfera privada e deslocada para o mesmo plano dos outros cultos. A dificuldade para a Igreja em aceitar esta história suscitou uma luta bicentenária com a revolução.

A fusão do trono e do altar, que foi por muito tempo o cimento do reino da França, foi minada largamente em 1789. A reforma, já mencionada, e, posteriormente, o jansenismo, passaram a minar as bases da aliança do Estado absolutista com a Igreja.

Havia um reino, o dos costumes, no qual a Igreja dominava, sem partilhar esse domínio com qualquer outra entidade, em meados do século XVIII.

O desenvolvimento do direito à liberdade religiosa na França — direito este inserido no art. 10 da Declaração — merece algumas considerações. E assim ocorre porque nas demais nações do mundo dito ocidental houve a consagração do direito à liberdade religiosa de forma sensivelmente parecida.

O rei, senhor absoluto das pessoas e dos bens de seu reinado, investido de verdadeiro “sacerdócio real”, tinha direito de verificar negócios e ocupações eclesiásticas. E assim agia não somente do ponto de vista temporal, mas, em certa medida, também sob o ponto de vista espiritual. Poderia, notadamente, recusar a recepção de decisões episcopais consideradas contrárias às liberdades da Igreja da Gália.

O rei da França e seu reino eram designados, ao fim da Idade Média, com as expressões “Rei católico” e “filho mais velho da Igreja” (*La France, fille aînée de l'Église*). Com isso, demonstra-se o liame quase substancial entre a monarquia francesa e a religião católica. A plenitude dos poderes do rei era conferida na cerimônia religiosa da

²⁶⁰ “Article. 10 Nul ne doit être inquieté pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi.”

sagração. O arcebispo de Reims ungia o soberano, então, com o óleo utilizado desde a época de Clóvis, conservado na santa ampola.

Era estreita a união, portanto. Resultava na cristianização da sociedade francesa, por inteiro: do berço à tumba; do batismo à exumação final no cemitério paroquial. A vida do cidadão da França desenvolvia-se sob o signo da religião. Dessa união também ocorria a estreita e complexa relação entre o rei e o papa, este chefe da Igreja. E mesmo, no interior do reino, com o clero, que constituía a primeira ordem das três, em que a sociedade era dividida.

Tal relacionamento entre o rei e o papa foi difícil por muito tempo — e também conflituoso —, o que levou a uma concordata. Francisco 1º, jovem vencedor de Marignan, e Leão X, assinaram em Bolonha, em 1516, três anos antes da excomunhão de Martinho Lutero, por esse mesmo Leão X.

Em abono do procedimento do clero (na circunstância histórica que se estuda), Alexis de Tocqueville escreveu que, em última análise, não sabia se houvera no mundo clero tão notável, extraordinário, como o clero católico da França. E acrescentou: “Comecei o estudo da sociedade antiga, cheio de preconceitos contra o clero. Terminei com integral, amplo e total respeito”.

A mais visível consequência que resultou da vigência do art. 10 da Declaração foi a adoção, em 12 de julho de 1790, da Constituição Civil do clero. Houve, obviamente, cerrada oposição, de forma específica, por Roma. Discute-se, por isso, se a Declaração resultou numa descristianização. O termo, carregado de ambiguidade, é seguramente inadequado. Trata-se, em todo caso, de vitória em profundidade das ideias filosóficas das Luzes. Esse ideal satisfazia apenas parte da população e se apresentava ainda para alguns como parcialmente compatível com o cristianismo. É melhor considerar como início de debate a respeito de um catolicismo fortemente clerical (ou clericalizado), e em proveito de laicização de comportamento e de ética pessoal.

O erro dos deputados em tal assunto (qual seja, a adoção da Constituição Civil do clero) foi o de imaginar, com a boa fé dos espíritos sistemáticos, que se poderia limitar a questão ao terreno meramente disciplinar. Deveriam saber que tocaram, imprudentemente, num emaranhado fechado, complexo e vivo, que misturava intimamente religião e poder civil, sagrado e profano, direitos de consciência individual e deveres do novo cidadão. A união entre trono e altar era muito antiga e muito sagrada nos costumes para que o questionamento brutal e as discussões acirradas não provocassem reações em cadeia.

Para Yann Fauchois,²⁶¹ a antinomia entre catolicismo e a revolução posta pela Constituição Civil do clero não parece ser encontrada na afirmação dos grandes princípios revolucionários que, para outros, teriam precipitado o referido conflito.

Tais discussões, assim como aquela de 23 de agosto de 1789 (artigo 10 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão), revelam a insolubilidade das aporias teóricas dos constituintes tomadas na tensão entre a afirmação da liberdade individual privada e a instituição da soberania pública, entre o rancor com a religião católica e seu aparelho e o sentimento de que eles tinham necessidade da religião para a vida em sociedade.

Ao longo do período de 1789-1791 foram desenhadas as projeções da modernidade política sob a ótica religiosa. Nesse interstício é que se encontra o ponto nodal da ruptura entre a Igreja e o Estado, do divórcio entre a religião e a revolução. A laicidade do Estado e a remessa da religiosidade à esfera privada, vistas como modos de limites do conflito, saíram da adaptação dos atores da crise e de suas estratégias. Particularmente, do clero refratário, do qual o Estado valeu-se das vantagens que pode retirar.

Nada exprime melhor que a apresentação, por Boissy d'Anglas, do decreto de 21 de fevereiro de 1795, que inaugura realmente o primeiro regime de separação conhecido na França: “Cuidai bem de fazer praticar com entusiasmo nos subterrâneos o que se praticava com tédio e indiferença, com enjoo mesmo, numa casa particular”.²⁶²

A Revolução impôs à religião a remessa à esfera particular, privada: acomodou-se, sem satisfazer-se.

Ao final — e como esclarece François Furet²⁶³ —, a Igreja Católica pagou tardiamente, mas a um preço alto, em 1791, a fatura de seu pacto com o Estado absolutista. Aliou-se estreitamente, ao final do século XVIII, à monarquia, que restabeleceu a unidade do culto cristão. Um século mais tarde, o conjunto de seus pastores e padres foi posto e intimado à escolha entre Paris e Roma, universalidade da Igreja e cidadania, convicção interior e autoridade do Estado. E seguindo o clero, ou com ele, os milhares de fiéis desse país católico compreenderam e se adaptaram a tal dilema, inseparavelmente religioso e político.

²⁶¹ FAUCHOIS, Yann. **Religion et France révolutionnaire**. Paris: Hercher, 1989. Coleção “Art et spiritualité”. FAUCHOIS, Yann. Religion, révolution et réaction. In: LE MONDE DE LA REVOLUTION FRANÇAISE. **Journal des Droits de l'Homme**, n. 11, p. 18-19.

²⁶² FAUCHOIS, Yann. Religion, révolution et réaction... Op. cit.

²⁶³ FURET, François. Le bon Dieu e les mauvais prêtres. In: LE MONDE DE LA REVOLUTION FRANÇAISE. **Journal des Droits de l'Homme**, n. 11, nov. 1989.

A Revolução provocou uma febre de descristianização²⁶⁴ e procurou substituir a religião por outros simulacros.

Poder-se-ia seguir passo a passo através da França as “*aventuras da razão*”, no período do vindimário ao germinal. Houve o fechamento de igrejas e a abertura de templos da Razão, com a celebração de seu culto em grandes festas. Essa liturgia regeneradora foi aplicada inicialmente aos cálices, purificados pelas libações cívicas como muitos explicaram. Em Rambouillet, “brindou-se à saúde da República em cibórios e cálices”. Em Thonon, “os vasos da superstição ditos sagrados” foram purificados por libações cívicas ou republicanas. Frequentemente é a Igreja que se encontra “regenerada”: transformada em um “Templo da Razão”, para que possa, então, conjurar o “fanatismo”.

Há impossibilidade de falar de direitos sem o conteúdo moral (*Parler des droits est impossible sans le contenu d’une morale*).²⁶⁵

3.2.4 Direito à educação

A figura-chave — por assim dizer — voltada para a instrução, no período da Revolução Francesa, pode ser indicada como Marie Jean-Nicolas Caritat, o marquês de Condorcet. O exame, ainda que superficial, da atuação de Condorcet durante a Revolução bem estabelece a filosofia e os rumos da Revolução, quanto à educação.

Para Elisabeth Badinter,²⁶⁶ o autor, último dos Enciclopedistas, é o que melhor encarna a convicção de que a ignorância é a pior das servidões e a primeira causa da desgraça humana, o que não cessava de proclamar.

Condorcet fora educado pelos jesuítas em Reims. Posteriormente, passou ao colégio de Navarra, em Paris. Como aluno brilhante conheceu sucessivamente a dura pedagogia então aplicada, e a felicidade sempre renovada da abstração intelectual. Essa dupla experiência da juventude determinou sua carreira de matemático e suas opções filosófica e moral.

Deplorava o ensino do latim (oito horas diárias); da mitologia, apenas violência; da Bíblia, de modo o mais dogmático; a retórica latina (*estuda-se pelo coração o que nada se*

²⁶⁴ VOVELLE, Michel. La révolution contre l’Eglise: de la raison à l’Etre suprême. Complexes, 1988. In: LE MONDE DE LA REVOLUTION FRANÇAISE. **Journal des Droits de l’Homme**, n. 11, p. 18 -19.

²⁶⁵ LUSTIGER, Jean-Marie. L’Eglise, la Révolution et les droits de l’homme. In: LE MONDE DE LA REVOLUTION FRANÇAISE. **Journal des Droits de l’Homme**, n. 11, p. 27. Entrevista do cardeal Lustiger. Transcrição da revista Le Débat.

²⁶⁶ BADINTER, Elisabeth. **Correspondence inédite de Condorcet et Mme. Suard, 1771-1791**. Paris: Fayard, 1988, p. 22.

entende). Compreende-se melhor a ambição de Condorcet, de lançar as bases de pedagogia da liberdade, acrescentando que a pedagogia dos jesuítas era baseada na constante vigilância, na delação erigida como princípio e na difundida aplicação de punições corporais.

Sua identificação com os sofrendores e sua reflexão filosófica o inclinam a se tornar advogado de todos os excluídos, sem exceção: protestantes e judeus, mas também, bem antes que os demais, negros e mulheres. Como Turgot e Malesherbes, pleiteia nos votos uma Constituição fundada sobre os direitos naturais, aplicáveis a todos os “seres sensíveis, capazes de raciocinar e de ter ideias morais”.

Em 1790, sublinhará ainda mais a universalidade desses direitos, declarando: “Todo indivíduo da espécie humana tem os mesmos direitos ou não terá verdadeiros direitos: quem vota contra direito de outrem, qualquer seja sua religião, sua cor ou seu sexo, abjura desde então dos seus próprios”.²⁶⁷

A primeira reforma que deveria ser completada — segundo Condorcet — seria a de laicizar o ensino, retirando-o do clero, e confiando a instrução do povo aos professores leigos. Estava convencido, como Turgot, da perfectibilidade do espírito humano. Acreditava que os homens, cada vez mais instruídos, chegariam, um dia, a se identificar com as convicções ditadas somente pela razão.

Apresentou, desde então, *o princípio da educação que seria o fundamento racionalista da escola republicana*: “Ensine-se às crianças apenas verdades [...] e não mais haverá espíritos falsos [...]”. E acrescenta: “É possível fazê-lo, de tal modo que todos os homens, instruídos sobre o que devem saber, estejam ao abrigo dos prestígios da charlatanaria”.

Foi eleito deputado de Paris, ao Legislativo, em 20 de setembro de 1791. Inscreveu-se no comitê de instrução pública, como primeiro ato. Foi eleito presidente, de imediato, com um completo plano de organização e um resumo dos princípios gerais. Publicara, já em 1791, “Cinq Mémoires sur l’instruction publique”, que se tornara modelo inigualável da ideologia republicana. Trata de teoria da soberania, teoria do voto (sufrágio) e teoria da instrução.

²⁶⁷ BADINTER, Elizabeth. **Correspondence...** Op. cit. BADINTER, Elizabeth. Condorcet, un intellectuel em politique. Paris: Fayard, 1988. *In*: LE MONDE DE LA REVOLUTION FRANÇAISE. **Journal des Droits de l’Homme**, n. 3, p. 22.

Vai à tribuna em 20 de abril de 1792, depois da aprovação dos colegas, para submeter o plano à Assembleia. Por ironia da história, era o dia de decisão sobre a guerra e ninguém prestou atenção à proposta.

Nos dias seguintes, o plano foi exposto em minúcias. O projeto foi qualificado de muito ambicioso e muito caro. Ninguém compreendeu que a instrução gratuita, leiga e universal, proposta pelo grande sábio, é o mais sólido fundamento da república que iria ser votada cinco meses mais tarde. O projeto aguardou Jules Ferry para ser proclamado.

A instrução, dizia Condorcet, deve ser igual, universal e completa, tanto quanto possível. Deve assegurar não a igualdade natural, que não existe, mas a igualdade de oportunidades de acesso ao conhecimento: “Não queremos que um único homem no império possa dizer, doravante: a lei me assegura igualdade integral de direitos, mas recusa os meios de conhecê-los”. Instrução universal para as crianças, igual para todos, homens e mulheres, pobres e ricos, permanente para os adultos; assim deve ser a educação numa nação livre.

Condorcet foi obrigado a refugiar-se por nove meses, na casa de mulher admirável, porque, em 8 de julho de 1793, Chabot obteve junto a alguns deputados presentes à Convenção decreto de sua prisão.

Faleceu em 29 de março de 1794, na cela em que foi preso, depois de deixar o abrigo para não comprometer sua hospedeira. E não sem, antes, elaborar, em três meses, “L’Esquisse d’un tableau historique des progrès de l’esprit humain”.

Elisabeth Badinter conclui que Condorcet não traiu os ideais de sua juventude: *razão, instrução e justiça*.

Em nome da igualdade se pretendia reduzir o nível dos estudos e orientar a escola para fins concretos. O conceito de “cidadão”, utilizado por Le Peletier e Bouquier, é deduzido do ideal que eles faziam do republicano: o modelo é social e não jurídico. A nação será forte, fraternal e igualitária: o cidadão, então superior, insensibilizado, pensará nos outros. Então, o doce ideal da “felicidade comum” revela sua ferocidade: perseguir a singularidade, reclamar a abnegação constante. Grande força espartana de altruísmo desenraiza o amor à abstração, adapta os estudos às necessidades políticas, carrega a cada qual a renúncia ao cultivo dos talentos que não possam ser diretamente úteis à sociedade e admite sua envergonhada instância: que ninguém seja, na indistinção fraternal, mais inteligente, mais sábio, mais hábil que eu! Tal igualdade não é senão o nome do ódio

votado à excelência — concluiu Catherine Kintzler²⁶⁸ no primeiro volume da reedição comentada dos textos de Condorcet sobre a instrução pública.

Ainda segundo a referida autora, a questão pedagógica surgia através do “entusiasmo”, do lugar a reconhecer à efetividade. A educação, pelos meios sentimentais, se propõe a depositar, sobre cada qual, desde a mais jovem idade, a marca da lei. É necessário apropriar-se do homem, “*transformar o povo pelo entusiasmo*”, convidá-lo a uma verdadeira conversão. Medidas espetaculares, emoções coletivas impregnadas do simbolismo republicano: templos, cerimônias, desfiles, festas, jogos, exercícios militares. Tudo é feito para que ninguém fique só...

O direito à educação constitui, sem dúvida, um dos mais difíceis de contestar, teoricamente. Mas é dos mais difíceis de impor, de fato. É o que escreveu Pierre Bourdieu.²⁶⁹

A história dos dois séculos que nos separam da Revolução Francesa e das primeiras grandes afirmativas solenes do direito universal ao saber é também a da demolição progressiva da ilusão, generosa, do comunismo cultural: “A instrução [...] é um direito comum dos associados: ninguém pode ser excluído, legitimamente; quem é proprietário de poucos bens, tem maior direito à participação nessa propriedade comum”. Este texto de Talleyrand — prossegue Bourdieu —, como todas as declarações que fazem da instrução “um patrimônio comum de toda a sociedade” (ou a negação, presente em Condorcet, das funções de domínio do saber), repousa na fé nas virtudes libertadoras da escola, que o funcionamento ulterior da instituição escolar veio a desmentir. A instituição escolar sem que a consciência das funções conservadoras da Escola progridam paralelamente é o que se registra ainda durante todo o século XIX e, sobretudo, na ocasião dos grandes progressos da escolarização, com a instauração da escolaridade obrigatória. Os protestos e a prevenção (contra os perigos da instrução, contra os “bacharéis grevistas”, etc.) atestam que os predominantes e seus porta-vozes não compreenderam ainda a verdadeira função da instituição escolar.

O mito da escola libertadora é o coração do ideal republicano, e os fundadores da Terceira República puderam colocar a mesma confiança nos efeitos intelectuais e nas virtudes sociais da instituição escolar, confundindo na mesma mística racionalista o progresso da razão e da ciência e o progresso do movimento social. Compreende-se que os

²⁶⁸ CONDORCET, Marie Jean Antoine Nicolas de Caritat, Marquês de. **Folio-Essais**: vl. 1: cinq mémoires sur l’instruction publique. Reedição comentada Catherine Kintzler; Charles Coutel. Paris: Edilig, 1987.

²⁶⁹ BOURDIEU, Pierre. La noblesse d’État: grandes écoles et esprit de corps. Minuit, 1989. In: LE MONDE DE LA REVOLUTION FRANÇAISE. **Journal des Droits de l’Homme**, n. 3, p. 25.

analistas científicos que trouxeram à luz a contribuição da Escola à conservação da ordem social não tenham suscitado menos embaraço entre os defensores da escola pública que seus adversários.

Amálgama confuso de imagens edificantes é o mito da escola libertadora, o da ascensão social em três etapas: avô camponês, pai instituidor e filho professor; ou a do nepotismo e do favoritismo aplainado pelo concurso anônimo. O mencionado mito da escola libertadora se apoia sobre a comparação, quase sempre implícita, entre as taras da transmissão hereditária dos cargos, associada ao Antigo Regime, e as virtudes da meritocracia escolar, capaz de abrir os mais altos destinos a todas as crianças “dotadas”. Pode-se assim esquecer que o saber garantido pela escola é também um poder, e que a nova “elite” dos eleitos da escola têm todas as propriedades outrora atribuídas à nobreza, à qual amam opor-se.

Para Bourdieu, atrás do direito formal à instrução se esconde o privilégio: o título escolar está próximo ao título nobiliárquico, no que assegura ao seu detentor um monopólio legal garantido e protegido pelo Estado para certos postos. Distingue-se, evidentemente, naquilo que não pode ser legado como herança e na sua aquisição, que está subordinada à aquisição de competências técnicas. Resta, de certa forma, transmissível, já que as oportunidades de obtenção são estreitamente ligadas à pertença a uma família que é provedora.

3.2.5 Direito de propriedade

O último artigo foi redigido considerando a propriedade como direito inviolável e sagrado do qual ninguém pode ser privado. Única exceção, bem delimitada: exigência da necessidade pública, constatada legalmente, e sob condição de prévia e justa indenização. (Artigo 17 – “Ninguém pode ser privado da propriedade, que é direito inviolável e sagrado, salvo se, por força da necessidade pública, constatada pela lei e evidente exigência, e sob condição de justa e prévia indenização”).²⁷⁰

A inclusão do direito de propriedade, na Declaração, resultou de longos debates na Assembleia. E também fora do âmbito da reunião. Tanto que foi inserido como último artigo.

²⁷⁰ “*La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.*”

A gênese do reconhecimento desse direito foi contrariada pelos estudos efetuados posteriormente (cerca de 1900).

Para Jellinek, o grande jurista germânico, a genealogia da Declaração de 1789, de forma geral, é encontrada nas primeiras declarações americanas, estas, produzidas pela Reforma protestante. É apenas filha, portanto, das declarações dos Estados Unidos da América. O modelo de todos os direitos do homem resultou da liberdade de consciência.

Jellinek buscava demonstrar que a Declaração de 1789, da qual a Terceira República era fiadora, descendia, em linha direta, da Reforma protestante, agradando-lhe considerar que fora inicialmente fruto do espírito germânico.

Emile Boutmy, porém, reivindicava, em oposição a Jellinek, a maternidade da Declaração para as Luzes. Pretendia simplesmente afirmar a originalidade radical da Declaração francesa em face das predecessoras americanas. Logo, não o afirmava em hostilidade à Reforma.

Com o passar do tempo e o progresso do conhecimento, cabe assegurar que as afirmações de ambos, muito sumárias, estão fora de considerações. Atualmente, e por primeiro, cabe notar que as declarações dos dois lados do Atlântico são frutos de ideologia idêntica em boa parte, que muito devem ao grande filósofo britânico John Locke. Ao depois, os textos americanos marcaram a Revolução Francesa. E, por último, sob certo aspecto as duas tradições declaratórias divergem sensivelmente.

A conclusão de Stéphane Rials²⁷¹ é a seguinte: como quer que seja, a controvérsia que opôs Boutmy e Jellinek ressalta a questão maior das origens do discurso moderno dos direitos do homem. Hoje, a filiação da noção de direitos do homem é mais bem conhecida que no início do século XX. Jellinek não estava tão fora quando pesquisou a questão, sob o aspecto religioso. Sua visão era simplesmente muito curta.

Para Rials, a matriz dos direitos do homem não foi o reconhecimento da liberdade de consciência. E prossegue: convém a procura de tais raízes no calor das grandes controvérsias teológicas da Europa medieval e do Renascimento.

A redescoberta da Aristóteles no século XII resultou no desenvolvimento da filosofia cosmocentrista, admitindo autonomia relativa da ordem do mundo; do mundo entendido como ordem (do grego “*kosmos*”), e formulando a regularidade de causas e de efeitos e a possibilidade de conhecer as leis naturais. Em meados do século XIII, a obra de

²⁷¹ RIALS, Stéphane. **La Declaration des Droits de l'Homme et du Citoyen**. Paris : Hachette, 1989. Coleção “Pluriel”. In: LE MONDE DE LA REVOLUTION FRANÇAISE. **Journal des Droits de l'Homme**, n. 8, p. 19.

Santo Tomás de Aquino é apenas a mais conhecida — não a mais radical — daquelas que ilustram tais tendências. Esta primeira modernidade vai, entretanto, chocar bastante. E é de uma reação teocêntrica contrária que nascerá a verdadeira modernidade.

A reação é a dos filósofos voluntaristas do final do século XIII e do início do século XIV, sucessivamente Iohannes Duns Scotus e, de certo modo mais radical, Ockham.

Scotus negava uma distinção real entre essência e existência, opondo-se, portanto, à doutrina tomista, que primava pela lei da analogia. Para ele, não podemos conceber o que é ser algo sem conceber este algo existindo realmente. Não se faz distinção entre se uma coisa existe (*si est*) e o que ela é (*quid est*). Scotus negava uma distinção real entre essência e existência, opondo-se, portanto, à doutrina tomista, que primava pela lei da analogia. Para ele, não podemos conceber o que é ser algo sem conceber este algo existindo realmente. Não se faz distinção entre se uma coisa existe (*si est*) e o que ela é (*quid est*).

Os voluntaristas, de modo geral, contestam a ideia de uma *potentia Dei ordinata*, ou seja, de um poder ordenado de Deus: exaltam, conforme está no Credo, a onipotência divina. Consequentemente, daí não existir ordem natural do mundo, porque seria contrário à liberdade divina, à *potentia Dei absoluta*, ao poder absoluto de Deus. A ordem que se pensa descobrir em dado momento histórico é contingente como tudo porque é exterior ao próprio Deus. Caso houvesse uma ordem natural, ela seria imposta ao intelecto divino, e a Vontade divina não seria mais toda poderosa: a vontade divina estaria, então, subordinada a esta ordem natural.

Essa reação traz em si mesma, num primeiro momento, o individualismo, pelo menos teoricamente. Na ordem natural tomista, as comunidades, que englobam o indivíduo, a começar pela Cidade, são consideradas naturais, pelo menos em parte, mas o indivíduo não é única realidade. Ao contrário. Desde quando o mundo cessa de ser um *kosmos*, há, apenas, indivíduos isolados. Esta proposição é de conteúdo completamente geral. Mas politicamente ela desfaz a ideia de que a sociedade possa ser um todo orgânico; a sociedade simplesmente agrega uma parte do indivíduo. Há, portanto, que se acautelar aqui: os grandes nominalistas dos séculos XIV e XV, a começar por Ockham, não vieram romper com as representações orgânicas da sociedade. O nascimento do indivíduo virá mais tarde, como veremos.

Os teólogos da *potentia absoluta* terminarão — com a junção e mistura dos dois meios — por reencontrar o *dominium* dos juristas. Para traduzir o poder de Deus sobre o mundo, apresentar-se-ão logo como um *dominium*. É imagem não muito cômoda. A noção de *dominium* irá dar conta da propriedade de Deus sobre o mundo, de forma que (ou do

direito pelo qual) o mundo pertence a Ele. O *dominium* diz que Deus é o *Dominus* do mundo, que o mundo está sob Seu domínio. Aos poucos, este domínio divino é caracterizado como um *jus*, um direito. Direito de Deus, este direito deverá ser entendido, seguramente, com particular intensidade.

Bem parece, por outro lado, que o conceito de direito seja contaminado por uma tal utilização. O *jus* clássico — caso sigamos Michel Villey — seria uma coisa, a coisa resultante da participação de conformidade com a Justiça, a cada qual sua parte. Doravante o *jus* tende a ser compreendido como um poder da pessoa — da pessoa divina inicialmente, depois da pessoa humana —, uma faculdade inerente a ela, o que, posteriormente, conceber-se-á como *direito subjetivo*.

Porque, aos poucos, o *dominium* divino vai tornar-se *dominium* humano. Deus, diz o livro do Genesis, doou o mundo ao homem. Não será necessário, pois, considerar desde então, o domínio humano, a instar do domínio divino, do qual ele participa e que ele prolonga, como um poder-direito sem limite, inato e universal, um poder-direito agregado à natureza do homem?

É certo que, no quadro de tal passo, o domínio humano, excluído seu poder do domínio divino, deveria encontrar aí em princípio seu limite. Pode-se então indagar se o pagão ou mesmo o pecador tem vocação para possuir. O dom feito ao homem não é o de participação a uma prerrogativa fundamentalmente divina?

A partir de então o domínio não deveria pertencer ao homem já que está justificado pela graça e não em razão somente da natureza? Alguns pensam assim desde antes da crise religiosa do século XVI.

A reforma, no início, era poderosamente sobrenaturalista. Ela inscreveu na posteridade pensadores da *potentia Dei absoluta*. Condena a orgulhosa pretensão de uma razão humana apta para descobrir uma ordem natural que poderia parecer restringir o todo-poderoso divino. Ela exalta de um lado a Lei divina, posta pela Vontade de Deus, e de outro lado a lei positiva, instrumento providencial de castigo para os homens pecadores.

E é na contrarreforma que certas questões das mais importantes da modernidade estarão em curso de elaboração. É o que se conhece como a segunda escolástica — principalmente a espanhola, da qual um dos mais altos lugares é a Universidade de Salamanca —, que tenta superar os conflitos teológico-filosóficos do fim da Idade Média modernizando com Santo Tomas, mas concedendo também com frequência lugar aos seus adversários.

A escola moderna de Direito Natural (Grotius, Pufendorf, Cumberland, etc.) deve

boa parte de seus temas à segunda escolástica, que nutriu largamente sua modernidade e, ao mesmo tempo, assinalou certos limites.

Locke — cujo pensamento irrigou com largueza o movimento das ideias que culminaram nas declarações do século XVIII — realizou síntese soberba no apagar do século XVII. Seu posicionamento pode ser resumido em três pontos:

1. Conhecemos a lei natural pela razão, esta “poderosa faculdade de argumentação”, a partir da experiência sensível. Tal lei natural traz a igual liberdade de cada um, acontecimento espesso do qual a razão nos atesta a legalidade.
2. Este primeiro passo naturalista é duplicado por um passo teológico que os comentaristas geralmente negligenciaram, até recentemente. Locke observa que, como criaturas relevantes de propriedade de Deus, nós não somos aptos à pertença de qualquer outro (proibição da escravidão) nem gozar de outra coisa senão do que o usufruto sobre nós mesmos (proibição do suicídio). Este usufruto, ao olhar de Deus, pode, entretanto, ser oposto ao de outros homens como se se tratasse de verdadeira propriedade, e é efetivamente o termo que Locke emprega.
3. De um direito-dever igual para cada qual se conservar vivo e livre, ele infere, ao termo de demonstração sutil, um direito de propriedade fundado sobre uma onto-antropologia do trabalho profunda e bela. O mundo é concedido à comunidade dos homens. Mas a passagem deste domínio comum ao domínio privado é legítima: o trabalho atribui os bens à sua comunidade original mudando sua natureza, e impregnando-os da liberdade, da “criatividade” da pessoa. Pelo trabalho, assim, a propriedade das coisas é inscrita no prolongamento da propriedade de si mesmos. Despojar o trabalhador de sua obra é privá-lo não somente de um bem maior que a propriedade, mas de sua pessoa. Ai está toda a riqueza da noção lockiana de “*property*”.

No movimento de seu pensamento, o grande liberal nos diz quais as origens verdadeiras de nossos modernos direitos do homem, primeiramente teológicas, dos quais, assegura — como se dirá em 1789 —, é a primeira “*exposição racional*”.

Para François Furet, a burguesia assumiu as funções da aristocracia, porém, de forma sofisticada. Foi o resultado da consagração da propriedade, como “*direito inviolável e sagrado*”. Mera substituição de dogmas, pois, em favor dos proprietários.

A burguesia é o outro nome da sociedade moderna. Ela designa essa classe de homens que foi progressivamente destruindo, com sua atividade livre, a antiga sociedade aristocrática, baseada nas hierarquias de nascença. Ela já não é definível em termos políticos, como o cidadão antigo ou o senhor feudal. O primeiro era o único a ter o direito de participar dos debates da Cidade, o segundo tinha muito exatamente o quantum de dominação e de subordinação que lhe conferia seu lugar numa hierarquia de dependências recíprocas. Ora, a burguesia não tem mais um lugar definido na ordem do político, ou seja, da comunidade. Ela cabe inteira no econômico, categoria esta que, aliás, ela inventa ao vir ao mundo: na relação com a natureza, no trabalho, no enriquecimento. Classe sem estatuto, sem tradição fixa, sem contornos estabelecidos, ela só tem um título frágil à dominação: a riqueza. Frágil, porque pode pertencer a todos: aquele que é rico poderia não sê-lo. Aquele que não é poderia sê-lo.

De fato, a burguesia, categoria social definida pelo econômico, ostenta em suas bandeiras valores universais. O trabalho define não mais os escravos, como na Antiguidade, ou os não-nobres, como nas aristocracias, e sim a humanidade inteira. Constitui o que é possuído pelo homem mais elementar, o indivíduo em sua nudez primeira frente à natureza; supõe a liberdade fundamental de cada um desses indivíduos, e igual em todos, de conseguir uma existência melhor, aumentando suas propriedades e suas riquezas. Assim, o burguês se julga liberto da tradição, religiosa ou política, e indeterminado como pode sê-lo um homem livre e igual em direito a todos os outros. Ele regula sua conduta relativamente ao futuro, pois deve inventar-se a si mesmo e ao mesmo tempo à comunidade de que é membro.²⁷²

3.2.6 Cidadania: conceito revolucionário

A Revolução atribuiu à palavra “nação” sua sinergia e sua energia: nisso todos hão de convir. Nela foram condensados três sentidos: o sentido social, como um corpo de cidadãos iguais perante a lei; um sentido jurídico, o poder constituinte, como referência ao poder constituído e, finalmente, o sentido histórico, ou seja, coletivo de homens unidos pela continuidade, um passado e um futuro. À Revolução também, atribui-se ter dado seu dinamismo próprio a este conjunto doravante impossível de distinguir da constelação de seus nomes: “reinado”, do qual ela procede mas contra o qual ela foi construída; “república”, por muito tempo marcada pela forma de regime; “Estado”, sempre contaminado pelo mercantilismo monárquico; “pátria”, às conotações mais emotivas e sentimentais; “France”, enfim, cuja identidade permanece pétrea em longa história, na cultura e na vontade.

²⁷² FURET, François. *O passado...* Op. cit., p. 23.

Para Pierre Nora,²⁷³ num movimento amplo e sobre perfil de longa duração, pode aparecer como a precipitação rápida e a politização de duas acepções diferentes, vindas de idades longínquas: a acepção vasta, religiosa e bíblica, veiculada pela vulgata e pela língua erudita, que faz da nação apenas uma das grandes divisões da espécie humana saída das mãos do Deus criador. A acepção estreita, que religa ao contrário a Nação à sua raiz — *nasci*, nascer — e liga a noção à comunidade pequena, à família e ao seu lugar; acepção vivida, experimentada, que ligara definitivamente a nação ao sentimento de pátria, oásis de liberdade no deserto hostil do grande mundo.

Noção ambivalente, às vezes muito vasta e conhecida, estreita e popular, longe do moderno sentido que imprimimos, mas no qual já estão presentes os três componentes que a Revolução amalgamará porque se tornaram repentinamente atuais e necessários: um componente geopolítico, neutro e plural, que supõe a coexistência de outras nações no quadro da cristandade; um componente evangélico, de potencialidade universal e religiosa; um componente carnal e próximo, como bem sublinha o Dictionnaire de l'Académie (1694): “todos os habitantes de um mesmo Estado, num mesmo país, que vivem sob as mesmas leis e usam da mesma língua”. Definição muito próxima daquela de Furetière (1690): “Diz-se de um povo grande que habita na mesma extensão de terra, encerrada em certos limites ou mesmo sob certa dominação”, e que será retomada ainda integralmente por Trévoux, em 1771.

Tais noções, portanto, constituem já no século XVIII objeto de elaboração mais impulsionada, para a qual contribuíra, nos anos de 1750, a controvérsia entre Voltaire e Rousseau.

Este último não cessou de defender a ideia de um “caráter nacional” de cada povo. E avançou até a necessidade de um juramento cívico, como defendeu, por exemplo, no seu projeto de constituição para a Córsega.

Voltaire, que desconfiava, cuidava que a pátria fosse como que portadora de estreiteza nacional e pura ilusão sob o despotismo. Escreveu mesmo que “há pátria sob um bom rei: não a encontramos sob um perverso”.

Na França, a transformação dos Estados Gerais em Assembleia Nacional, rompendo definitivamente com o Antigo Regime, deixou clara a noção de cidadania. A

²⁷³ NORA, Pierre. Nation. In: OZOUF, Mona; FURET, François (Coord.). **Dictionnaire critique de la Révolution Française**. Paris: Flammarion, 1988. In: LE MONDE DE LA REVOLUTION FRANÇAISE: Journal des Droits de l'Homme, n. 9, p. 18.

ideia de Sieyès,²⁷⁴ que trazia a medida da profundidade de um ressentimento histórico, gizava um dos aspectos da discussão que se travou: “O terceiro estado constitui uma nação completa!”. Assim, quando os Estados Gerais rejeitaram a designação com que, por séculos, eram assim denominados, e extravasaram as limitadas razões motivadoras da convocação, deram à luz a Nação, como tal considerada. A autoinstituição está inscrita no discurso de Mirabeau à Assembleia, em 15 de junho de 1789. Em 17 de junho, por moção de Sieyès, os Estados Gerais renunciaram à sua denominação de origem para instituir a Assembleia Nacional.

Em 4 de agosto foram abolidos os direitos feudais e todas as formas de privilégios. De forma lapidar, o terceiro artigo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão fixou a reversão do negativo em positivo: “O princípio de toda soberania reside essencialmente na Nação”.

Com essa transferência radical da soberania, a essencial armadura da nação é definitivamente adquirida. A Assembleia poderá resilir, revogar, alterar mandatos; as constituições poderão transformar as referências dos poderes e as figuras da nação, sua própria existência como quadro de referência e a forma pensável de coexistência não será desde então objeto de questionamento.

Fronteiras territoriais passaram a definir claramente um espaço de soberania. Fronteira jurídica, que define claramente a população, conjunto de indivíduos iguais em direitos e em obrigações. Fronteira psicológica, infinitamente mais sutil e móvel, que faz da nação um valor para abrigo, a extensão da comunidade, o lugar próprio, um símbolo de pertença e de reunião, um instrumento para se enraizar à terra e ao sol, de que Mirabeau ditou sua fórmula: “A pátria não se leva na palmilha dos sapatos”.

A França conheceu duas versões sucessivas, ambas completas. Cada qual poderia pretender originalidade absoluta entre a outra: a nação monárquica, que fora beneficiada pela excepcional longevidade dinástica, desde Hugo Capeto, em 987, cuja expressão plena ocorreu na sua forma absolutista, com Luís XIV; a nação de tipo revolucionário, que se distinguiu de todas as precedentes, inglesa, holandesa ou americana, pela radicalidade absoluta de seus princípios e pela capacidade de expansão.

A instauração brutal do princípio abstrato de soberania “nacional”, que postulava impessoalidade do poder, inaugurou longuíssima derivação das formas de sua representação, com as quais os franceses jamais souberam se satisfazer, entre as quais

²⁷⁴ SIEYÈS. *Qu'est-ce que le Tiers Etat?* Paris: Flammarion, 1988. Originalmente publicado em 1789.

nunca puderam escolher, e que oscilaram entre dois polos possíveis: a impotência ou a ditadura. Do governo das elites censitárias da Constituinte à monarquia napoleônica, a Revolução percorreu toda gama de experiências possíveis de representação nacional e todas as figuras provisórias da nação.

Diante do vulcão histórico que o fenômeno fez irromper, das forças que desencadeou, da hecatombe que provocou e dos sacrifícios que se fizeram reconhecer, o historiador se inclina, como que diante do monumento do Trágico moderno. Mas o cidadão se regozija ao ver o historiador endereçar ao museu de antiguidades nacionais, consciente de que é o que deve ser feito e, portanto, sem retorno.

3.3 A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 20 de dezembro de 1948

Os primórdios da declaração — vale dizer, as gestões iniciais — foram testemunhados por Stéphane Hessel, então diretor administrativo do secretariado geral das Nações Unidas, que, à época, tinha sede em Paris. Ocupou esse cargo de 1946 a 1950. Foi também antigo embaixador da França em Israel.²⁷⁵

O depoimento de Hessel foi prestado por ocasião do aniversário de sessenta anos da Declaração, em 10 de dezembro de 2008. O depoente — um dos últimos intervenientes na elaboração do documento, ainda vivo — contava então com 91 anos.

Ao fazer as declarações, se perguntou se não estaria sendo grandiloquente, pois em 1948 fora apenas pequeno ator. Sua idade era, então, cerca de trinta anos. Ao retornar dos campos de concentração de Buchenwald e de Dora, o jovem integrante da resistência foi aprovado no concurso do Quai d'Orsay e estreou em seu primeiro posto, em Nova Iorque.

O novo diplomata recordou-se de ter vivido uma época de entusiasmo no seio da ONU, quando foram, então, criadas as estruturas sempre vivas, como Unesco, OMS, FAO. “Pense, então, fez remarcar, no conselho econômico e social das Nações Unidas, a França era representada por Pierre Mendès France”.²⁷⁶

A força do novo texto — afirma ele — está no termo “universal”. A Declaração de 1789 não mencionou a universalidade porque não se pensou em levá-la além dos limites do país (“nós, os franceses, não pensáramos que nosso texto de 1789 pudesse ser levado para

²⁷⁵ MASSON, Marie-Françoise. **Jornal La Croix**, 5 dez. 2008.

²⁷⁶ Ibidem .

fora do país”, como consta do depoimento).²⁷⁷ Somente em 1946, em Nova Iorque, após os horrores da guerra, pretendeu-se fazer grandes coisas em matéria de relações internacionais.

A comissão para a redação foi presidida por Eleanor Roosevelt, viúva do Presidente dos Estados Unidos da América. Foi composta por cinco, nove e depois doze grandes juristas internacionais.

René Bassin, um dos redatores da declaração, fez prevalecer a indicação de Eleanor Roosevelt como presidente da comissão. E, segundo o testemunho de Hessel, fez igualmente subsistir duas coisas: pôr no mesmo plano os direitos civis e políticos, de um lado, e de outro os direitos econômicos — para os quais os soviéticos teriam de redigir um texto com número limitado de artigos (trinta).

Os britânicos preferiam um documento mais condensado.²⁷⁸ A Declaração foi redigida inicialmente em francês — porque a leitura era melhor nessa língua. O primeiro artigo “Todos os seres humanos nascem livres e iguais...”, quase retoma o de 1789 — os “homens” foram substituídos por “seres humanos”.

O trabalho durou três anos, dez grandes sessões, tanto em NY como em Genebra. Progredia-se artigo por artigo. O preâmbulo foi objeto de debates apaixonados. O libanês Charles Malik obteve, assim, que fosse evocada a descolonização, na última frase, apesar da oposição do governo da França.

Fez-se de tudo para que os russos assinassem e até o último momento se acreditou. Às vezes, avançava-se. Outras, havia bloqueio sobre certos artigos. Mas desencorajar, jamais. A função e o desempenho de Eleanor Roosevelt foi muito importante. Esta mulher humanista, de cortesia e elegância extremas, falava francês. Era afetuosa para Cassin, nada obstante as posições às vezes contrárias. O russo Alexandre Bogomolov, homem inteligente, jogou o jogo. O chinês Peng Chung Chang foi modesto. A função do canadense John Humphrey, diretor da divisão dos direitos humanos (e, se bem que na sombra), foi crucial.

A sessão final da Assembleia Geral deveria ter sido realizada em Nova Iorque. Mas a sede da ONU estava em plena construção. Como os redatores quisessem trabalhar tranquilamente nos últimos ajustes, a França candidatou-se. No Trocadero, as construções pré-fabricadas estavam previstas para abrigar a futura Otan e estavam disponíveis.

O texto foi adotado pelas diferentes comissões, a partir de setembro, em Paris, para

²⁷⁷ “*Nous, Français, n’aurions pas pensé que notre texte de 1789 pouvait avoir une portée en dehors du pays*”.

²⁷⁸ O texto original, em francês, menciona o verbo “*alambiquer*”.

chegar à plenária no sábado, 10 de dezembro, às 21 horas. “Estava lá, juntamente com cerca de trezentas outras pessoas. Ouvi o americano Andrew Cordier, secretário geral adjunto, chamar os Estados, um por um, e solicitar o voto — sim, não ou abstenção”.²⁷⁹

Os russos fizeram suspense. Aguardava-se um voto positivo; duvidava-se de um voto negativo. Abstiveram-se. Como os sul-africanos (em razão do *apartheid*) ou a Arábia Saudita (por motivo da ausência de igualdade homens-mulheres). Pelo menos, não houve voto negativo. Por 48 votos e oito abstenções a declaração foi adotada. Aos dez minutos depois da meia noite a sessão foi suspensa.

Ao contrário do que se diz, a imprensa noticiou e falou bastante. Mas é verdade que, com toda certeza, para o grande público, a declaração pareceu menos importante que a adoção da Convenção sobre o genocídio assinada na véspera ou a criação do Estado de Israel, alguns meses após — o que não impediu que, após os anos, essa declaração ocupasse o primeiro plano.

Sessenta anos depois, aliás, Stéphane Hessel afirma que mantém todos os artigos, mesmo que, depois de 1948, tenham ocorrido bons e maus períodos. O melhor período foi o da descolonização, acompanhado quase sempre da adoção, pelos novos Estados, da Declaração Universal. Até mesmo pelas ditaduras.

Mas o texto o diz, os direitos humanos são um ideal a ser alcançado e a Declaração é apenas uma etapa. Deveria segui-la um pacto de medidas para a operacionalização. O pacto veio tardiamente. Ou, talvez, dois pactos: um para satisfazer o Este sobre os direitos econômicos, e outro, para a atenção do Oeste, sobre os direitos políticos. Quanto às estruturas (para a atuação desses ideais), sempre se aguarda.

Os anos que vão de 1980 a 1990 e os posteriores a 2001 foram dos maus períodos. Arcaram com os conflitos mais violentos — guerras Iraque-Irã, Afeganistão. Felizmente os progressos voltaram, novamente, no início dos anos 1990 até 11 de setembro de 2001. Em 1993, os americanos aceitaram a ideia de direito inalienável ao desenvolvimento. E em 1998 foi adotada uma Declaração sobre a proteção que deve ser dedicada aos defensores dos Direitos Humanos. Porque os Estados não são mais as únicas instâncias interessadas. As organizações não-governamentais devem ser protegidas das pressões.

Atualmente, com a Internet e a mundialização, o texto de 1948 não é mais suficiente. Para Stéphane Hessel, dois novos direitos devem ser incluídos. O primeiro, relativo à noção de relações humanas com o planeta: “uma preocupação que não tínhamos

²⁷⁹ MASSON, Marie-Françoise. Op. cit.

em 1948”. O segundo, direito é mais complexo. Como se proteger em face do terrorismo?

“A resposta é ajuda substancial ao desenvolvimento e um conselho de segurança econômica e social reunindo de vinte a vinte e cinco países do globo. Gorbachev e Delors lutaram por essa ideia”.²⁸⁰

Stéphane Hessel foi condecorado com a láurea do prêmio da Unesco. É infatigável defensor dos Direitos Humanos.

Todavia, o que se vê, na atualidade, é que, ao findar o primeiro mandato do atual presidente dos Estados Unidos da América (Obama):

dissiparam-se as ilusões iniciais: não se fechou Guantánamo; *a política de direitos humanos segue seletiva entre inimigos e aliados*; o multilateralismo anunciado era o da colaboração de aliados confiáveis, Otan, Japão e Coreia do Sul, não o da ONU e agências internacionais, entregues a subservientes.²⁸¹

Ao final, é trazida a Declaração, como Anexo III, integralmente.²⁸²

3.3.1 Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Cabe referência ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Criado nos anos

²⁸⁰ MASSON, Marie-Françoise. Op. cit.

²⁸¹ RICUPERO, Rubens. Sonho truncado. **Folha de São Paulo**, 23 jul. 2012. O autor é diretor da Faculdade de Economia da Faap; foi secretário-geral da Unctad (Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento), ministro da Amazônia e do Meio Ambiente, ministro da Fazenda (governo Itamar), embaixador em Genebra, Washington e Roma.

²⁸² “*Préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Ce préambule est suivi de trente articles exposant les différents droits. Considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde. Considérant que la méconnaissance et le mépris des droits de l'homme ont conduit à des actes de barbarie qui révoltent la conscience de l'humanité et que l'avènement d'un monde où les êtres humains seront libres de parler et de croire, libérés de la terreur et de la misère, a été proclamé comme la plus haute aspiration de l'homme. Considérant qu'il est essentiel que les droits de l'homme soient protégés par un régime de droit pour que l'homme ne soit pas contraint, en suprême recours, à la révolte contre la tyrannie et l'oppression. Considérant qu'il est essentiel d'encourager le développement de relations amicales entre nations. Considérant que dans la Charte les peuples des Nations unies ont proclamé à nouveau leur foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité des droits des hommes et des femmes, et qu'ils se sont déclarés résolus à favoriser le progrès social et à instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande. Considérant que les États membres se sont engagés à assurer, en coopération avec l'Organisation des Nations unies, le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Considérant qu'une conception commune de ces droits et libertés est de la plus haute importance pour remplir pleinement cet engagement. L'Assemblée générale proclame la présente Déclaration universelle des droits de l'homme comme l'idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations afin que tous les individus et tous les organes de la société, ayant cette Déclaration constamment à l'esprit, s'efforcent, par l'enseignement et l'éducation, de développer le respect de ces droits et libertés et d'en assurer, par des mesures progressives d'ordre national et international, la reconnaissance et l'application universelles et effectives, tant parmi les populations des États membres eux-mêmes que parmi celles des territoires placés sous leur juridiction.*”

1960 no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), o Sistema têm uma comissão e uma corte independentes, que complementam a ação dos Estados. Por meio de medidas de urgência, tem salvado muitas vidas.

Permitiu a desestabilização dos regimes ditatoriais, exigiu justiça e o fim da impunidade nas transições democráticas e agora demanda o fortalecimento da democracia, contra as violações de direitos, e proteção aos grupos mais vulneráveis.

Tem prestado uma extraordinária contribuição para a promoção dos direitos humanos, do Estado de Direito e da democracia na região.

No Brasil, vítimas e organizações sociais brasileiras recorrem com frequência ao sistema. Entre 1998 e 2011, o Brasil foi alvo de 27 “medidas cautelares” (recomendações com caráter de urgência) da comissão. Já a Corte, desde 1998, proferiu quatro sentenças condenatórias ao Brasil.

Até Belo Monte, o governo brasileiro parecia se esforçar no cumprimento de tais recomendações e sentenças. O caso Maria da Penha — que resultou em uma lei sobre a violência contra a mulher — é um exemplo.

Por causar constrangimento internacional aos Estados, o Sistema Interamericano foi alvo de ataques de diferentes países durante toda a sua história. Os EUA, por exemplo, jamais aceitaram a jurisdição da Corte e nunca ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos.

A propósito, não se pode confundir a OEA com o sistema. A OEA possui 35 membros. Apenas 25 deles são signatários da convenção, dos quais 21 aceitam a jurisdição da Corte.

Hoje, entre as maiores ameaças, destacam-se propostas que: restringem o poder da comissão de adotar medidas cautelares (único instrumento previsto para casos de urgência e gravidade), suprimem a possibilidade de analisar detidamente casos de países com violações massivas e limitam as faculdades das relatorias especiais, como a de liberdade de expressão e acesso à informação.

Cada país ou bloco tem interesse particular em um desses pontos. O Brasil tem procurado abertamente limitar as medidas cautelares. Sua atitude tem encorajado posições ainda mais extremas, sobretudo do Equador e da Venezuela, há pouco questionados em casos de direitos políticos e liberdade de expressão.

4 OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS. INCLUSÃO NO DIREITO POSITIVO. EXAME DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS, PELA JURISPRUDÊNCIA

4.1 Acesso à justiça como direito fundamental. Conceito. Acesso à Justiça do Trabalho, no Brasil. Acesso à justiça na Itália. Acesso à justiça em Portugal

4.1.1 Resumo

Neste capítulo busca-se desenvolver o tema do acesso à justiça, sob a perspectiva dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Examina-se o conceito de acesso à justiça, para os fins propugnados, tanto no direito comparado quanto à luz da Constituição Federal de 1988.

4.1.2 Direitos fundamentais e processo

“Impulsos teóricos” — assim denominados por Canotilho²⁸³ — são desenvolvidos pela doutrina com o objetivo de demonstrar que o *procedimento* e/ou o *processo* postulam uma imbricação material com os direitos fundamentais.

Enumera três perspectivas: 1) *procedimento/processo*, reconduzíveis a instrumentos de proteção e realização dos direitos fundamentais; 2) *procedimento/processo*, configurados como instrumentos “adequados e justos” para a limitação ou restrição dos direitos fundamentais; e 3) *procedimento/processo*, proclamados como locais ou espaços de exercício dos direitos, liberdades e garantias.

Sob a ótica da modernidade o cidadão, ao utilizar instrumentos jurídico-processuais possibilitadores de influência direta no exercício das decisões dos poderes públicos que afetam ou podem afetar os seus direitos, “garante a si mesmo um espaço de liberdade e de efetiva autodeterminação no desenvolvimento de sua personalidade”.²⁸⁴

Na objetivação da modernidade, o *status activus processualis* representa a participação no procedimento da decisão da competência dos poderes públicos.

É a leitura dos direitos fundamentais de acordo com o sentimento da estadualidade

²⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais; 2. ed., Coimbra: Coimbra, 2008, p. 72.

²⁸⁴ Ibidem, p. 72.

da década de 1970. Para Peter Habermas este “pano de fundo” político-social explicita claramente a “triade” subjacente à teoria dos direitos fundamentais: *a dignidade da pessoa humana, a democracia igualitária e o Estado de Direito Social*.²⁸⁵

A orientação doutrinária, na década de 1980, continua a valorar a dimensão indissociável dos direitos fundamentais, mas a participação tornou-se “dimensão intrínseca” dos referidos direitos.²⁸⁶

Na pós-modernidade passaram a ser concebidos, essencialmente, como *direitos de defesa*. O interesse do procedimento/processo, enquanto direitos fundamentais, está lastreado como direitos de defesa. Os direitos fundamentais postulam espaço de autorrealização e de liberdade de decisão procedimental/processualmente garantido perante os poderes públicos. Resumem-se na fórmula *status negativus*: liberdade perante o Estado; procedimentos e processos de defesa.

No Estado Democrático de Direito, assinala Bezerra Leite,²⁸⁷ o processo pode ser definido como o “direito constitucional aplicado” e *o acesso à justiça passa a ser, a um só tempo, em nosso ordenamento jurídico, direito humano e direito fundamental*.

Entre as finalidades do Estado, assim considerado e definido (ou seja, democrático de direito), o autor menciona a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, a correção de desigualdades sociais e regionais, a promoção do bem-estar e da justiça social para todas as pessoas, o desenvolvimento socioambiental, a paz e a democracia.

E a garantia dos direitos sociais, como direitos humanos, recai sobre o processo, na promoção da defesa dos direitos fundamentais e da inclusão social.

Logo, o exame do acesso à justiça constitui chave para exatamente a efetivação de tal garantia, conferido eficácia à normatização dos referidos direitos.

A evolução do Estado Social para o Estado Democrático teria resultado da superação da inegável influência, na fase anterior (ou seja, no Estado Social), do positivismo jurídico, impedindo, assim, a admissão das fontes do direito de forma ampla, incluindo mesmo os princípios gerais, como fez, posteriormente, a Constituição Federal de 1988.

Para Bezerra Leite, o Estado Social foi compelido a adotar políticas públicas destinadas à melhoria das condições de vida dos mais pobres, especialmente dos

²⁸⁵ HABERLE, Peter. Grundrechte in Leis Listungsstaat. **VVDSTRL**, n. 30, 1972, p. 30, *apud* CANOTILHO, **Estudos...** Op. cit.

²⁸⁶ CANOTILHO, **Estudos...** Op. cit., p. 74.

²⁸⁷ BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **O acesso à justiça como direito humano e fundamental**. São Paulo: LTr., 2008. ANAMATRA. **Revista Trabalhista Direito e Processo**, n. 26, abr.-maio-jun. 2008, p. 21.

trabalhadores, como forma de compensar as desigualdades originadas nos novos modos de produção.

Cuidava o Estado Social de estabelecer igualdade substancial, real, entre as pessoas, através da positivação de direitos sociais mínimos. Era marcado pelo constitucionalismo social; função social da propriedade; participação política dos trabalhadores na elaboração da ordem jurídica; intervencionismo, ou dirigismo, estatal na economia mediante prestações positivas (*status positivus*) por meio de leis que criam direitos sociais.

Os dois pilares fundamentais do Estado Social (segundo Bezerra Leite) eram saúde e previdência. Com os dois choques do petróleo de 1970, a expansão desordenada do Estado, a explosão demográfica e o envelhecimento populacional decorrentes dos avanços na medicina e no saneamento básico geraram perigosa crise no financiamento desses pilares.

Todavia, a tese de Bezerra Leite não se afigura pacífica. Para Célia Lessa Kerstenetzky,²⁸⁸ “Mais do que nunca, o Estado do Bem-Estar é necessário para garantir direitos diante dos novos riscos sociais, ao mesmo tempo que é chamado a imaginar soluções que garantam sua sustentabilidade financeira e política”.

A última obra referida, da professora Célia Lessa Kerstenetzky, é um trabalho engajado, “assumidamente uma defesa do Estado do Bem-estar, do seu valor histórico e sua contemporaneidade”.

Buainain escreveu que:

As notícias da crise europeia são alarmantes e transmitem a imagem de rápida desconstrução do Estado do Bem-estar Social, marca de civilização que vem orientando as tentativas de desenvolvimento ao redor do mundo. [...]

“Se o Estado Social está em crise e seu fim parece iminente nos países que foram seu berço, que perspectivas de enraizamento tem em países periféricos, como o Brasil?”, pergunta a professora Célia Lessa Kerstenetzky. [...]

O livro retira o debate sobre o Estado do Bem-estar da esfera contábil e, sem desconsiderar a importância do financiamento e das restrições de recursos, o põe no elevado plano da construção e dos rumos da civilização.²⁸⁹

Cabe citar que, segundo Kerstenetzky:

²⁸⁸ KERSTENETZKY, Célia Lessa. **O Estado do Bem-Estar Social na Idade da Razão**. São Paulo: Campus, *apud* BUAINAIN, Antonio Márcio. **Reinvenção do Estado Social**. O Estado de São Paulo, 4 set. 2012.

²⁸⁹ BUAINAIN, Antonio Márcio. Op. cit.

A noção de bem-estar social como uma condição geral que se alcança pela prevenção de patologias sociais, como pobreza e desigualdade, mais do que pela cura; pela oferta de oportunidades gerais, mais do que pela assistência; e por meio de ações que promovam as condições sociais do autorrespeito e da integração social, sem gerar diferenciações e alienação.²⁹⁰

Buainain conclui:

Eis um novo desafio: transformar a construção do Estado Social em alavanca desenvolvimentista, dando novo sentido a muitas das ações tão custosas como ineficazes, que não resistiriam à análise da “coerência da intervenção pública” a que se refere a professora na defesa do Estado do Bem-estar.

Os tempos são difíceis, exigem e provocaram mudanças qualitativas e quantitativas tanto no alcance das intervenções quanto no financiamento. Mas as mudanças não são lineares, pois, ao lado de “cortes em programas e privatização de políticas sociais”, registra-se também “expansão significativa de outros programas, principalmente em serviços”. A pesquisa não confirmou o desmonte e mostrou que as respostas têm sido de fato afetadas pela economia política dos países, mas “que houve expansão em áreas novas” e que o Estado do Bem-estar segue vivo e é hoje mais necessário do que antes para assegurar inclusive o bom funcionamento da economia. Precisa continuar se reinventando.²⁹¹

A matéria em discussão (Estado Social e Estado Democrático de Direito) envolve distinções de natureza econômica e social, juntamente com os aspectos jurídicos.

Assim, não se distingue, fundamentalmente, divergência quanto à definição das providências, inclusive jurídicas, senão mero debate quanto à nomenclatura de natureza do Estado (Social ou Democrático de Direito).

O processo pode ser definido como “o direito constitucional aplicado”, e *o acesso à justiça passa a ser* a um só tempo, em nosso ordenamento jurídico, *direito humano e direito fundamental*.

É direito *humano*, porque consta de tratados internacionais de direitos humanos e tem por objeto a dignidade, a liberdade, a igualdade e a solidariedade entre as pessoas humanas, independentemente de origem, raça, cor, sexo, crença, religião, orientação sexual, idade ou estado civil.

Está na Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Toda pessoa tem direito a

²⁹⁰ KERSTENETZKY, Célia Lessa. **O Estado do Bem-Estar Social na Idade da Razão**. São Paulo: Campus, *apud* BUAINAIN, Antonio Márcio. Op. cit.

²⁹¹ BUAINAIN, Antonio Márcio. Op. cit. O autor é professor do Instituto de Economia da Unicamp.

recurso efetivo para as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei” (art. 8º).

O acesso à justiça é também direito fundamental no Brasil. Consta do Título II da Constituição Federal, que relaciona os direitos e deveres individuais e coletivos: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, inciso XXXV). “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, inciso LXXVIII).

Ademais, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 2º, CF).

4.1.3 Conceito de acesso à justiça

As dimensões do direito e da Justiça nas sociedades contemporâneas podem ser resumidas em três visões: uma dimensão constitucional, uma dimensão transnacional e uma dimensão social.²⁹²

4.1.3.1 Dimensão constitucional

Esta dimensão pode ser compreendida no reencontro com alguns valores fundamentais que muitos ordenamentos modernos afirmaram como normas com força de *Lex superior* (como a jurisprudência constitucional).

4.1.3.1.1 Garantias constitucionais

Em virtude do princípio da supremacia da Constituição, o comportamento dos órgãos jurisdicionais, durante o desenvolvimento dos processos e o julgamento das causas, há, sem dúvida, de ter como ponto de partida a observância das garantias constitucionais do moderno “processo justo”.²⁹³

A visão sintética e universal do moderno processo constitucionalizado (processo

²⁹² CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à Justiça como programa de reformas e método de pensamento. Tradução de Hermes Zanetti Júnior. **Revista Forense**, v. 395. Atualização do livro “Acesso à Justiça”, escrito em coautoria com Briant Garth.

²⁹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direito Processual Constitucional. **Revista Trabalhista Direito e Processo**. São Paulo, n. 27, 2008, p. 35 *et seq.*

justo) é dada por Mauro Bove, para quem o Estado Democrático de Direito não pode apenas garantir a tutela jurisdicional, mas tem de assegurar uma tutela qualificada pela fiel observância dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.²⁹⁴

4.1.3.2 Dimensão transnacional

Trata-se de tentativa de superar os rígidos critérios da soberania nacional com a criação de um primeiro núcleo de “governo universal”, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948.

A economia; o intercâmbio de pessoas e de culturas; as grandes migrações de trabalhadores; o turismo; a poluição; a ecologia e a proteção do meio-ambiente não se limitam aos lindes territoriais dos Estados artificialmente traçados e reconhecidos. Exigem expansão transnacional do direito mediante disciplina jurídica abrangente.

Organizações supranacionais surgem, como a União Europeia; o Conselho da Europa; a Conferência sobre Segurança e a Cooperação na Europa (CSCE); a Organização dos Estados Americanos (OEA). Novos instrumentos são incluídos no mundo jurídico: a Convenção Europeia para a proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos; a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos; a Declaração Universal dos Direitos Humanos; o Pacto Internacional sobre Direitos Políticos e Cíveis e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Os numerosos instrumentos regionais tomam forma e exigem atuação dos juízes nacionais.

4.1.3.2.1 Ordenamentos diversos

A pluralidade dos ordenamentos e os problemas que derivam do inter-relacionamento entre distintos ordenamentos é tema de crescente importância dada a transnacionalização e a internacionalização do mundo, que vem, por obra dos processos de globalização, diluindo o papel das fronteiras no âmbito interno das quais incide a validade e a eficácia dos ordenamentos jurídicos nacionais.²⁹⁵

O exame e o estudo dos institutos dos ordenamentos diversos é fator de

²⁹⁴ BOVE, Mauro. Art. 111 cost. e “giusto processo civile”. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 57, s. 2, 2002, p. 482, *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit.

²⁹⁵ LAFER, Celso. Ensinamentos de Norberto Bobbio, na 10ª edição. *O Estado de São Paulo*. Caderno 2, Cultura, 27 ago. 2000.

aproximação e aperfeiçoamento do Direito em face da imperiosa necessidade que resulta da intercomunicação — agora em tempo real — e da eliminação do tempo que era despendido no percurso de longas distâncias entre continentes e países.

No último capítulo do livro de Norberto Bobbio, “Teoria do ordenamento jurídico”,²⁹⁶ o jusfilósofo estuda detidamente as questões que emergem dessa proximidade. Afirma que os problemas que nascem no exterior de um ordenamento é questão pouco tratada até agora, do ponto de vista da teoria geral do Direito.

O objetivo deste trabalho, obviamente, não é buscar o aprofundamento de tais questões. Mas toca, ainda que incidentalmente, em alguns pontos, posto que o desiderato é de *comparar* alguns dos institutos, em face do tema que foi proposto, relativo ao acesso à justiça. Daí resulta a referência, para melhor compreensão.

4.1.3.2.2 Ideologia universalista

O ideal de ordenamento jurídico único persistiu no pensamento jurídico ocidental. O prestígio do Direito romano, primeiro, e o do Direito Natural, depois, determinaram o surgimento e duração da ideologia de um único Direito universal, do qual os direitos particulares não eram outra coisa senão especificações históricas.²⁹⁷

Um dos problemas mais discutidos no âmbito da ideologia universalista do Direito foi, justamente, o das relações entre Direito positivo e Direito Natural. Os processos através dos quais a ideologia universalista do Direito decaiu são dois, principalmente, e sucederam-se no tempo. Se chamarmos de “monismo jurídico” a ideia universalista, com base na qual existe um só ordenamento jurídico universal, e de “pluralismo jurídico” a ideia oposta, poderemos dizer que o pluralismo jurídico percorreu duas fases.

A primeira corresponde ao nascimento e ao desenvolvimento do *historicismo* jurídico que, sobretudo através da escola histórica do Direito, afirma a nacionalidade dos direitos que emanam direta ou indiretamente da consciência popular. Desta forma, ao Direito Natural único, comum a todos os povos, se contrapõem tantos Direitos quantos são os povos ou as nações.

A segunda fase do pluralismo jurídico é aquela que podemos chamar de *institucional* (para distingui-la da primeira, que podemos chamar de estatal ou nacional).

²⁹⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 161 *et seq.*

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 61.

Aqui “pluralismo” tem um significado mais pleno (tanto que, se se fala de “pluralismo”, sem maiores especificações, nos referidos a esta corrente e não à precedente): significa não somente que há muitos ordenamentos jurídicos, mas outras dimensões.

4.1.3.3 Dimensão social

Trata-se de manifestação mais avançada que pode ser explicada na fórmula do acesso ao Direito e à Justiça. Há vasta literatura internacional sobre o tema, ressaltando-se a pesquisa mais ampla com seu centro em Florença e que foi concluída com a publicação de quatro volumes, em seis tomos, dos quais participaram uma centena de especialistas (juristas, sociólogos, economistas, antropólogos e psicólogos) dos cinco continentes.

As duas primeiras dimensões representam o propósito de dar uma resposta aos grandes problemas da liberdade do indivíduo frente ao Poder Público.

O dogmatismo jurídico é forma degenerativa do positivismo jurídico,²⁹⁸ que levou à simplificação irrealística do aspecto normativo e à simplificação de deveres e responsabilidades daqueles que atuam o direito.²⁹⁹

Norberto Bobbio faz referência³⁰⁰ à tarefa dos sociólogos do direito no que diz respeito à aplicação das normas jurídicas, ou ao fenômeno cada vez mais estudado sob o nome de *implementation*. E afirma que a proteção dos direitos sociais requer intervenção ativa do Estado, que não é requerida na mesma intensidade para a proteção dos direitos de liberdade. Estes últimos nascem contra o superpoder do Estado, ou para a limitação de tais poderes, enquanto os direitos sociais exigem, para a sua *realização prática*, a ampliação dos poderes do Estado. Essa realização prática é a passagem da declaração puramente verbal para a proteção efetiva.

Houve mudança de foco, no plano de pensamento. Passou-se a ter em vista o “consumidor” do Direito, ou seja, as partes e administrados. Entre outros meios: a simplicidade e racionalização dos procedimentos, mais econômicos, eficientes e especializados para certos tipos de controvérsia; acessibilidade a um tipo de justiça baseada na conciliação e mediação e sobre critérios de equidade social distributiva, na correlação

²⁹⁸ Urge, porém, bem distinguir, como faz Norberto Bobbio, os três aspectos fundamentais do positivismo: como *método* para o estudo do Direito, como *teoria* do Direito e como *ideologia* do Direito. No primeiro sentido é acolhido integralmente por Bobbio. Como teoria, é repelido, em sentido estrito. E, enquanto ideologia, Bobbio é totalmente contrário à versão forte do positivismo ético.

²⁹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. **Revista de Processo**, v. 16, n. 61, p. 144-160, 1991, p. 144 *et seq.*

³⁰⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos...** Op. cit., p. 73-74.

entre indivíduos e grupos; formas de Justiça mais acessíveis; descentralizadas e “participativas” com a presença de membros dos grupos sociais e comunidades diretamente envolvidas nas controvérsias.

4.1.3.4 Atuação constitucional: exemplos

Como exemplos de atuação no âmbito constitucional cabe a citação dos que seguem.

No Direito da Itália, em 1990 foi impressa nova redação ao art. 111, da Constituição da República: *“La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizione di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge le assicura la ragionevole durata.”*³⁰¹

Em 24 de março de 2001 foi aprovada a Lei n. 89, com a previsão da justa reparação em caso de violação do prazo razoável de duração do processo e de modificação do art. 375 do Código de Processo Civil.

O art. 2º do referido diploma dispõe que se trata da mesma indenização a que o cidadão teria com base na Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

O *“diritto all’ equa riparazione”*, estabelecido no artigo mencionado, resulta de violação da Convenção. O juiz deve considerar a complexidade do caso e, em relação à duração, o comportamento das partes e do juiz do procedimento, assim como o de qualquer outra autoridade chamada a concorrer ou a contribuir para a definição. O dano não patrimonial é reparado, além de soma em dinheiro, também através de adequada forma de publicidade da declaração da violação que foi reconhecida.

Diante da ausência de fundamento constitucional e legal para o pedido de indenização, na Itália, os cidadãos passaram a socorrer-se da possibilidade de recurso à Corte Europeia, apoiados na referida Convenção. E, em face dos transtornos causados ao governo italiano, a Itália viu-se obrigada a alterar a Constituição e aprovar a lei já mencionada.

A Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà Fondamentali, de 4 de novembro de 1950, subscrita pela Itália, adotou princípios norteadores do convívio em sociedade, como respeito mútuo, veto a condições ou situações

³⁰¹ Tradução livre: “Atua-se a jurisdição mediante o justo processo regulado pela lei. Todo processo é desenvolvido mediante observância do contraditório entre as partes, em condição de paridade, ante juiz (terceiro) imparcial. A lei assegura a duração razoável.” (HOFMMAN, Paulo. **Razoável duração do processo**. São Paulo: Quartier Latin, 2006).

indignas e determinações de ordem jurídica para proteção da pessoa humana em seu próprio país ou no exterior.

Foi instituída a Corte Europeia, com sede em Estrasburgo, para interpretação e aplicação da Convenção. Conferiu legitimidade aos Estados-membros e a pessoas físicas, a organizações não-governamentais e a empresas para salvaguarda e atuação de direito individual que não tenha sido atendido pelos Estados convenientes.

A Corte Europeia, ao julgar os casos de infração por duração exagerada do processo, não estabelece um tempo mínimo ou máximo. Para Paulo Hofmman, um processo adequado e justo deve demorar exatamente o tempo necessário para a sua finalização, respeitados o contraditório, a paridade, o amplo direito de defesa, o tempo de maturação e compreensão da lide, a realização de provas úteis e eventuais imprevistos.

E, no Direito pátrio, dispõe o art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

No Brasil, há recente consideração segundo a qual a Justiça deve ser ministrada pela própria sociedade civil. A Constituição Federal de 1988 estabelece, no art. 98, que cabe criação de juizados especiais, providos tanto por juízes togados como leigos, para conciliação, julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante procedimentos sumaríssimos e sempre orais.

Traz previsão, ainda, para o exercício de atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, pelos juízes de paz, cidadãos eleitos pelo voto direito, universal e secreto, com mandato de quatro anos.

Escreveu Roberto Ferrari de Ulhôa Cintra:

Em meu livro *A Pirâmide da Solução dos Conflitos* (Editora do Senado Federal, 2008), defendo a tese de que à própria sociedade civil — por intermédio dos seus mais variados profissionais, e não só os advogados — cabe a função da pacificação social, dirimindo os conflitos nascidos no seio da sociedade por meio da ação de pacificadores, moderadores, mediadores, árbitros e conciliadores. Imaginei-os dispostos em patamares de uma pirâmide de 12 degraus, em que o Poder Judiciário ocuparia os dois últimos patamares, no cume dessa pirâmide, onde, ali, sim, os advogados e juízes, em última instância, se incumbiriam de fazer a distribuição final da justiça. Todo o restante da pirâmide — seus dez outros patamares — seria administrado pela sociedade civil, sem ingerência do Estado.

[...]

Em meu trabalho concluí que, realmente, perto de um terço das ações que correm nos Foros de São Paulo diz respeito a controvérsias cíveis entre cidadãos e empresas, passíveis todas de ser pacificadas por ouvinte

paciente, respeitado pelas partes e por elas indicado. Tais pacificadores teriam a missão de aproximar novamente os distanciados pelo conflito e conduzi-los a uma solução negociada.

[...]

Não é necessário que tais pacificadores sejam advogados. Muitas vezes o economista, por exemplo, poderá discernir melhor a natureza da controvérsia do que o próprio advogado e obter um acordo conveniente para os conflitantes. E, assim, vale o raciocínio para dezenas de ocupações, atividades e profissões “legalmente regulamentadas”. Todas poderão, com seus talentos próprios, ajudar a solucionar o conflito. Devemos estar conscientes, desde logo, de que somente a conciliação fará com que as partes efetivamente se reaproximem; a sentença judicial frustrará, se não uma, as duas partes. E o ideal de pacificação social jamais será atingido pela ação judicial. Ao contrário, vencido e vencedor ficarão inimigos até o fim de seus dias, seja qual for a sentença, na maior parte dos casos.

[...]

Mas volto, aqui, objetivamente, aos 6,5 milhões de processos cíveis que se acumulavam nos tribunais de São Paulo em 2006, cuja sentença final será dada após anos e mais anos, intoxicando o fígado e os nervos das partes e trazendo, muitas vezes, sofrimento desmesurado para o resultado obtido. Pelo estudo que realizei, cada estágio da pirâmide, com seu especializado pacificador, teria condição de “coar” cerca de 30% dos conflitos que lhe são submetidos, mandando para o degrau de cima os 70% remanescentes de questões não solucionadas. Dessa maneira, num sistema de acumulação negativa, chegaria aos dois patamares no ápice da pirâmide, aqueles onde se administra a justiça pela sentença — o sistema estatal —, perto de 10% do volume de processos cíveis que hoje congestionam os tribunais, aqueles que efetivamente restariam insolúveis nos dez patamares mais baixos da pirâmide. No caso do Estado de São Paulo, isso significaria que em 2006 “apenas” 650 mil ações seriam resolvidas pela Justiça estatal, e não mais os 6,5 milhões que se acumulam até hoje.

Habermas, em sua *Teoria da Ação Comunicativa*, preleciona que os homens devem se entender pelo diálogo incessante. Nada mais fiz, pois, do que estabelecer degraus onde isso possa ocorrer e sugerir um novo tipo de profissional para conduzir o processo: o pacificador, incumbido da pacificação, uma nova atividade para o advogado, mas não só para ele.³⁰²

4.1.4 Acesso à justiça no Direito Processual do Trabalho do Brasil

O Supremo Tribunal Federal decidiu a respeito da amplitude do direito de acesso à justiça, em matéria específica do Direito Processual do Trabalho.

Trata-se da ADI n. 2.160-MC/DF, em que era questionada a constitucionalidade do art. 625-D, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho (entre outros parágrafos do referido artigo).

³⁰² ULHÔA CINTRA, Roberto Ferrari. Advogar: por que só o advogado? **O Estado de São Paulo**, p. A2, 21 ago. 2009.

A redação foi incluída pela Lei n. 9.958, de 12 de janeiro de 2000.

Art. 625-D. Qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria. (Incluído pela Lei nº 9.958, de 12.1.2000)

§ 1º A demanda será formulada por escrito ou reduzida a tempo por qualquer dos membros da Comissão, sendo entregue cópia datada e assinada pelo membro aos interessados. (Incluído pela Lei nº 9.958, de 12.1.2000)

§ 2º Não prosperando a conciliação, será fornecida ao empregado e ao empregador declaração da tentativa conciliatória frustrada com a descrição de seu objeto, firmada pelos membros da Comissão, que deverá ser juntada à eventual reclamação trabalhista. (Incluído pela Lei nº 9.958, de 12.1.2000)

§ 3º Em caso de motivo relevante que impossibilite a observância do procedimento previsto no caput deste artigo, será a circunstância declarada na petição da ação intentada perante a Justiça do Trabalho. (Incluído pela Lei nº 9.958, de 12.1.2000)

§ 4º Caso exista, na mesma localidade e para a mesma categoria, Comissão de empresa e Comissão sindical, o interessado optará por uma delas submeter a sua demanda, sendo competente aquela que primeiro conhecer do pedido. (Incluído pela Lei nº 9.958, de 12.1.2000).

Entendo oportuno trazer ao exame os precedentes da alteração (ou inclusão), na Consolidação das Leis do Trabalho, do texto do art. 625-D.

Trata-se de resenha elaborada por Jamille Moraes Silva:

1. NOTAS BREVES SOBRE A INSTITUIÇÃO DAS COMISSÕES DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA NO BRASIL

A Lei n. 9.958/2000 alterou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) - acrescentando os artigos 625-A a 625-H e 877-A e modificando a redação do art. 876 - para instituir as Comissões de Conciliação Prévia (CCP).

O mencionado diploma legal resultou do Projeto de Lei n. 4.694/1998, de iniciativa do Poder Executivo Federal, cujo nítido objetivo era desafogar o Judiciário Trabalhista. Pretendia-se, por meio da composição dos conflitos no âmbito das empresas, não só evitar a chegada ao Poder Judiciário de demandas trabalhistas, mas também obter “soluções de composição mais próximas à realidade do que as que adviriam de uma decisão judicial de caráter impositivo”.

Insta salientar que o anteprojeto de lei foi elaborado por comissão de ministros do TST composta por João Oreste Dalazen, José Luciano de Castilho Pereira e Vantuil Abdala, acatado pela presidência do Tribunal. Na ocasião, o Ministro João Oreste Dalazen publicou artigo esclarecendo o posicionamento dos magistrados, afirmando:

“[...] o escopo do anteprojeto é obter solução negociada, rápida e acessível para o litígio individual trabalhista, no próprio local de trabalho, a um custo patronal praticamente inexpressivo, eis que sequer contemplados com estabilidade provisória os integrantes da Comissão (desnecessária, eis que desprovidos de poderes decisórios).”

Vale dizer que a Organização Internacional do Trabalho (OIT), na Recomendação n. 94, de 1952, já propunha a criação de organismos de consulta e colaboração entre empregadores e trabalhadores, no âmbito da empresa, para prevenir ou conciliar as respectivas controvérsias. Nessa linha, vários países adotam a tentativa de conciliação extrajudicial do conflito individual trabalhista, ou de forma obrigatória, ou de forma facultativa.

Na Argentina, por meio da Lei n. 25.573/1995, institui-se um regime de conciliação obrigatório para promover a “desjudicialização” do conflito individual trabalhista. Igualmente, na Espanha, a Lei de Procedimiento Laboral de 1995 (arts. 63 a 73), sob o sugestivo título de la evitación del proceso, considera obrigatório o intento de conciliação “perante o serviço administrativo correspondente”, como requisito prévio para a tramitação do processo.

Em países como Alemanha, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Grã-Bretanha, Suíça, Suécia e Estados Unidos da América do Norte, os conflitos trabalhistas, em grande proporção, são dirimidos por meio de procedimentos acordados pelas partes.³⁰³

Os informativos do STF noticiaram as decisões da seguinte forma:

CLT: Procedimento Sumaríssimo e Comissão de Conciliação Prévia - 2

Por reputar caracterizada, em princípio, a ofensa ao princípio do livre acesso ao Judiciário (CF, art. 5º, XXXV), o Tribunal, por maioria, deferiu parcialmente medidas cautelares em duas ações diretas de inconstitucionalidade — ajuizadas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio – CNTC e pelo Partido Comunista do Brasil – PC do B, pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB, pelo Partido dos Trabalhadores – PT e pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT — para dar interpretação conforme a Constituição Federal relativamente ao art. 625-D, introduzido pelo art. 1º da Lei 9.958/2000 — que determina a submissão das demandas trabalhistas à Comissão de Conciliação Prévia — a fim de afastar o sentido da obrigatoriedade dessa submissão — v. Informativos 195 e 476. Vencidos os Ministros Octavio Gallotti, relator, e Cezar Peluso, que indeferiam a liminar. ADI 2139 MC/DF, rel. orig. Min. Octávio Gallotti, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 13.5.2009. (ADI-2139). ADI 2160 MC/DF, rel. orig. Min. Octávio Gallotti, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 13.5.2009. (ADI-2160).³⁰⁴

CLT: Procedimento Sumaríssimo e Comissão de Conciliação Prévia

O Tribunal retomou julgamento de medidas cautelares em duas ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio – CNTC e pelo Partido Comunista do Brasil – PC do B, pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB, pelo Partido dos Trabalhadores – PT e pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT. A CNTC impugna o inciso II do art. 852-B da CLT (introduzido pelo art. 1º da Lei 9.957/2000), que excluiu do procedimento sumaríssimo trabalhista

³⁰³ SILVA, Jamille Moraes. A obrigatoriedade de submissão da demanda trabalhista à comissão de conciliação prévia e o princípio do acesso à justiça: a constitucionalidade do art. 625-D (ADI 2160/2139). **Jus Navigandi**, Teresina, v. 17, n. 3.229, 4 maio 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21685>>. Acesso em: 8 set. 2012.

³⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo Semanal do STF**, n. 546.

a citação por edital, e dispositivos da Lei 9.958/2000, que altera e acrescenta artigos à Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, dispondo sobre as Comissões de Conciliação Prévia. Os referidos Partidos impugnam somente dispositivos desta última lei — v. Informativo 195. O Min. Sepúlveda Pertence, em voto-vista, relativamente ao art. 625-D da CLT (Lei 9.958/2000, art. 1º), que estabelece que qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia, acompanhou o voto do Min. Marco Aurélio, deferindo, em parte, a medida cautelar, para assegurar, com relação aos dissídios individuais do trabalho, o livre acesso ao Judiciário, independentemente de instauração ou da conclusão do procedimento perante a comissão de conciliação prévia, no que foi acompanhado pelos Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Eros Grau. Em seguida, pediu vista dos autos o Min. Joaquim Barbosa. ADI 2139 MC/DF, rel. Min. Octavio Gallotti, 16.8.2007. (ADI-2139). ADI 2160 MC/DF, rel. Min. Octavio Gallotti.³⁰⁵

O e. STF entendeu afastar a obrigatoriedade da submissão das demandas trabalhistas à comissão de conciliação prévia, de que trata o art. 625-D da CLT. ADI-2160. É oportuna a transcrição das ementas:

JUDICIÁRIO – ACESSO – FASE ADMINISTRATIVA – CRIAÇÃO POR LEI ORDINÁRIA – IMPROPRIEDADE. Ao contrário da Constituição Federal de 1967, a atual esgota as situações concretas que condicionam o ingresso em juízo à fase administrativa, não estando alcançados os conflitos subjetivos de interesse. Suspensão cautelar de preceito legal em sentido diverso.

DECISÃO: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, que redigirá o acórdão, deferiu parcialmente a cautelar para dar interpretação conforme a Constituição Federal relativamente ao art. 625-D, introduzido pelo art. 1º da Lei nº 9.958, de 12 de janeiro de 2000, vencidos os Senhores Ministros Relator e Cezar Peluso. Não participaram da votação o Senhor Ministro Menezes Direito e a Senhora Ministra Ellen Gracie por sucederem aos Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Octavio Gallotti. Ausentes o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Presidente), em representação do Tribunal no exterior, e o Senhor Ministro Celso de Mello, licenciado (art. 72, inciso II, da Lei Complementar nº 35/1979 – LOMAN). Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente). Plenário, 13.05.2009.

O voto vencedor, do Ministro Marco Aurélio, traz fundamentos que placitam, à saciedade, as manifestações doutrinárias que foram anteriormente mencionadas.

Quanto à Lei nº 9.958, de 12 de janeiro de 2000, há de proceder-se à reflexão maior. Outrora, possível era condicionar-se, mediante norma legal, o ingresso em juízo ao esgotamento das vias administrativas. Dispunha a Carta anterior, de 1969:

³⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo Semanal do STF**, n. 476.

A Lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido (artigo, 153, § 4º, da Constituição Federal de 1969).

Pois bem, a disciplina do acesso ao Judiciário, com a Carta de 1988, veio a ganhar contornos próprios, distintos daqueles observados sob a égide da Constituição substituída. No inciso XXXV do art. 5º, previu-se que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Poder-se-ia partir para a distinção, colocando-se, em planos diversos, a exclusão propriamente dita e a condição de esgotar-se, antes do ingresso em juízo, uma determinada fase. Todavia, a interpretação sistemática da Lei Fundamental direciona a ter-se o preceito com outro alcance, o que é reforçado pelo dado histórico, ante a disciplina pretérita. O próprio legislador constituinte de 1988, limitou a condição de ter-se o exaurimento da fase administrativa, para chegar-se à formalização de pleito no Judiciário. Fê-lo no tocante ao desporto, ao dispor, no § 1º do artigo 217, que “o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei”. Vale dizer que, sob o ângulo constitucional, o livre acesso ao Judiciário sofre uma mitigação e, aí, consubstanciado o preceito respectivo exceção, cabe tão-só o empréstimo de interpretação estrita. Destarte, a necessidade de esgotamento da fase administrativa, está jungida ao desporto e, mesmo assim, tratando-se de controvérsia a envolver disciplina e competições, sendo que a chamada justiça desportiva há de atuar dentro do prazo máximo de sessenta dias, contados da formalização do processo, proferindo, então, decisão final - § 2º do artigo 217 da Constituição Federal. Também tem-se aberta exceção ao princípio do livre acesso no campo das questões trabalhistas. Entrementes, a norma que versa sobre o tema está limitada aos chamados dissídios coletivos, às ações coletivas, no que se previu, no § 2º do artigo 114 da Constituição Federal, que, “recusando-se qualquer das partes a negociação ou a arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho”. Constata-se, no entanto, que não se chegou a exigir, em si, a tentativa de solução da pendência, contentando-se a norma com a simples recusa de participação em negociação ou envolvimento em arbitragem.

Pois bem, ninguém coloca em dúvida a valia, sob o ângulo da preservação da paz social, do entendimento direto entre os titulares dos direitos envolvidos na relação jurídica. Esforços devem ser direcionados no sentido da solução dos conflitos que se apresentem, sem chegar-se ao litígio, à formalização de demanda, aos ares, que, indubitavelmente, levam ao acirramento dos ânimos, passando, por vezes, o réu a ver no autor um inimigo, quando este simplesmente aciona direito inerente á cidadania, como ressaltado pela proficiente Carmen Lúcia Antunes Rocha, em verdadeira resistência à tentação humana de vir a exercer autotutela:

“[...] O direito à jurisdição é a garantia fundamental das liberdades constitucionais. Sem o controle jurisdicional, todos os agravos às liberdades permanecem no limbo político e jurídico das impunidades. Todas as manifestações da liberdade, todas as formas de seu exercício asseguradas de nada valem sem o respectivo controle jurisdicional. A liberdade sem a garantia do pleno exercício do direito à jurisdição é

falaciosa, não beneficia o indivíduo, pois *não passa de ilusão do direito*, o que sempre o acomodamento estéril e a desesperança na resistência justa e necessária. *Não é por acaso que os regimes políticos antidemocráticos iniciam suas partes e manhas políticas pela subtração ou pelo tolhimento do direito à jurisdição.* É que sem este direito plenamente assegurado e exercitável o espaço para as estripulias dos ditadores é mais vasto e o descontrolo de seus comportamentos confere-lhes a segurança de que eles se vêem necessitados de continuar no poder.”

Caminhe-se, assim, para a melhor equação da espécie. Osa dispositivos atacados não chegam, de forma clara, precisa, direta, a revelar o obrigatório esgotamento da fase administrativa. É certo, versam sobre a atividade a ser desenvolvida pela Comissão de Conciliação Prévia, aludindo, até mesmo, à juntada do documento que venha a ser elaborado, no caso de insucesso na tentativa de conciliação, à petição inicial da ação trabalhista. Dispensável é esforço maior para atribuir-se ao que se contém no novo artigo 625-D interpretação conforme o texto constitucional. Faço-o para assentar que as normas inseridas em nossa ordem jurídica pelo artigo 1º da Lei nº 9.958, de 12 de abril de 2000,³⁰⁶ interpretação conforme a Constituição Federal, no que assegurado, sob o ângulo dos dissídios individuais do trabalho, o livre acesso ao Judiciário. Nesses termos é o meu voto.³⁰⁷

O acesso à justiça foi objeto de r. acórdão do Supremo Tribunal Federal (Agravamento Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206/7). Foram questionados, *incidenter tantum*, os dispositivos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei da Arbitragem), sob o aspecto da constitucionalidade, em face do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988. Cuidava-se, então, de pleito de homologação de laudo arbitral, para que valesse como título executivo judicial no Brasil.

O relator, Ministro Sepúlveda Pertence, concluiu (f. 967), com fundamento no art. 35 da referida Lei (*para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal*), que:

Sendo válida a equiparação legal, no plano interno, da sentença arbitral à judiciária, *a fortiori*, nada impede a outorga de qualificação de sentença ao laudo arbitral estrangeiro, de modo a admitir a sua homologabilidade pelo Supremo Tribunal, para que, no foro, ganhe a eficácia própria das decisões judiciais.³⁰⁸

³⁰⁶ Abril, no original do voto; na realidade, 12 de janeiro de 2000.

³⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2160/DF**. Relator para o acórdão Ministro Marco Aurélio, T.P., j. 13 maio 2009, DJU 23 out. 2009.

³⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravamento Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206/Espanha**. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, j. 12 dez. 2001, DOU 20 mar. 1970.

A *discussão incidental*, entretanto — que versa exatamente sobre o acesso à justiça e a possibilidade de limitação ao direito de invocar a jurisdição —, exigiu do Ministro Relator os fundamentos seguintes:

Não creio que — com relação às sentenças arbitrais brasileiras — a sua equiparação às sentenças judiciais se possa opor à **garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário**. [negrito nosso].

O que a Constituição não permite à lei é vedar o acesso ao Judiciário da lide que uma das partes lhe quisesse submeter, forçando-a a trilhar a via alternativa da arbitragem (Hamilton de Moraes e Barros, *Comentários ao C. Pr. Civil*, Forense, v/d IX/377).

O compromisso arbitral, contudo, funda-se no consentimento dos interessados e só pode ter por objeto a solução de conflitos sobre direitos disponíveis, ou seja, de direitos a respeito dos quais podem as partes transigir.

Ora, acentuou o saudoso J. Frederico Marques (Instituições de Direito Processual Civil, 1960, n. 1.330, v/423) — “*assim como o Estado, por estar em foco direito disponível, deixa que os interessados solucionem, através da transação, suas desinteligências recíprocas, nada há de estranhável que, também, autorize esses mesmos interessados a submeterem a resolução do conflito a outras pessoas, em lugar de o levarem, através da propositura de ação, a juízos e tribunais*”.

Em síntese: da licitude da transação sobre os direitos materiais objeto da lide, surge, sem violência à Constituição, a legitimidade da renúncia em relação a eles, do **direito de ação que, embora autônomo, tem caráter instrumental**. [negrito nosso]

Dispõe a Lei de Arbitragem:

“Art. 38. Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que:

- I - as partes na convenção de arbitragem eram incapazes;
- II - a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida;
- III - não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa;
- IV - a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem;
- V - a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória;
- VI - a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada.

Art. 39. Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal constatar que:

- I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;
- II - a decisão ofende a ordem pública nacional.

Parágrafo único. Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.”

Nenhum desses óbices se apresenta no caso à homologação.

O laudo arbitral estrangeiro decidiu o conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis: a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresas brasileiras no exterior.

A requerida firmou o compromisso e, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação.

Desse modo, dou provimento ao agravo – que trouxe ao Plenário à vista da novidade da questão – homologo o laudo arbitral, para que valha, no Brasil, como título executivo judicial: é o meu voto.

Cabe ressaltar, entretanto, que, no âmbito da Justiça do Trabalho, a admissão do juízo arbitral para a solução de contraditório trabalhista é ainda foco de numerosa divergência. A arbitragem é admissível apenas supletivamente nas ações individuais que versem sobre direitos disponíveis.³⁰⁹ E, para alguns autores, nem isso. Há incompatibilidade do instituto com o processo trabalhista e com a própria existência da Justiça do Trabalho. O empregado subordinado não teria liberdade para escolher o árbitro, como ocorre com o empregador.³¹⁰

Em sua essência — menciona Wagner D. Giglio —, a arbitragem não passa de uma forma primitiva de justiça privada, cujos integrantes não gozam de qualquer garantia contra pressões e influências. Nas condições vigentes, em que prevalece claramente o interesse econômico e em que o próprio Estado, que deveria ser neutro, revela favorecer a produção, em detrimento das condições dos trabalhadores, incentivando flexibilizações, terceirizações e redução de direitos, parece uma utopia pretender que os árbitros atuem com isenção de ânimo.³¹¹

Os créditos trabalhistas não se inserem naqueles de âmbito puramente patrimonial. Em face da sua natureza alimentar, são direitos pessoais e indisponíveis. Daí, os litígios que deles decorrem não podem ser abstraídos do controle jurisdicional, pelo que descabida a sua solução por meio da arbitragem prevista na Lei 9.307/96.³¹²

³⁰⁹ MENEZES, Cláudio Armando Couce de. São Paulo: **Revista LTr**. 61/331.

³¹⁰ GIGLIO, Wagner D. A Lei da Arbitragem. São Paulo: **Revista LTr**. 64/03/312.

³¹¹ *Ibidem*.

³¹² SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Processo n. 01933200205502001**. Revista Equilíbrio, 09/2006, p. 61, verbete 325.

O procedimento de arbitragem adotado pela comissão de conciliação prévia intersindical, que consigna a quitação geral e irrestrita do extinto contrato de trabalho, bem como impede o ingresso de ação na Justiça do Trabalho ante o simples pagamento das verbas rescisórias, configura repugnante e fraudulenta manobra que impõe ao trabalhador a inaceitável renúncia de direitos.³¹³

O acordo celebrado com quitação plena não se sustenta. É que atuando o Tribunal de Arbitragem como mero órgão homologador da rescisão contratual, a avença, quando muito configuraria ato jurídico de efeito liberatório restrito, nos mesmos moldes dos atos homologatórios praticados perante a autoridade administrativa do Ministério do Trabalho, não possuindo o alcance da quitação extintiva com eficácia liberatória plena, pretendida pelo empregador e muito menos ostentaria afeição e ato jurídico perfeito ou de coisa julgada.³¹⁴

Sentença arbitral. Renúncia. A arbitragem não se aplica no âmbito dos direitos individuais trabalhistas. Mais que ausência de previsão legal, há incompatibilidade insanável da arbitragem com os princípios norteadores do Direito do Trabalho, especialmente os da irrenunciabilidade e indisponibilidade dos direitos trabalhistas. A doutrina e a jurisprudência trabalhistas tem se pautado pela necessidade de interpretação restritiva dos atos de renúncia a direitos trabalhistas no curso da relação de emprego. Parte-se da presunção de que enquanto o contrato perdura, além da subordinação ao empregador o empregado, na maioria das vezes, dele depende economicamente, situação que o coloca em permanente estado de coação, o que invalida o ato jurídico.³¹⁵

O Direito do Trabalho tem como característica a proteção do trabalhador, com a adoção de normas e princípios que objetivam superar a fragilidade do empregado frente a seu empregador. Mais que isso, dentre os direitos conferidos aos trabalhadores há aqueles que são indisponíveis. *Impossível conferir, pois, legitimidade ao acordo celebrado perante a Câmara Arbitral*, instituto eficaz e célere para solução de controvérsias civis e comerciais, onde há igualdade das partes e somente direitos disponíveis em litígio.³¹⁶

A solução dos conflitos através de arbitragem, nesta Justiça Especializada, limita-se às demandas coletivas, nos termos do § 1º, do art. 114, da Constituição Federal, que dispõe, expressamente, que “*frustrada a negociação coletiva, as partes poderá eleger árbitro*”. No âmbito do Direito Individual do Trabalho a arbitragem não encontra respaldo legal. Nem se alegue a aplicação subsidiária da Lei n. 9.307/96, considerando-se que ela só autoriza a arbitragem em relação a direitos patrimoniais disponíveis. Logo, não abrange os direitos individuais trabalhistas que são tutelados por normas de ordem pública, imperativas e cogentes;

³¹³ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Processo n. 02766200305202008**. Revista Equilíbrio, 09/2006, p. 66, verbete 354.

³¹⁴ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Processo n. 01758200402402006**. Revista Equilíbrio, 08/2006, p. 71/72, verbete 381.

³¹⁵ DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. **Processo n. 390/2002**. Revista Synthesis n. 36, 2003, p. 269-270.

³¹⁶ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Processo n. 01074.2006.317.02.00-2**. Relator Juiz Orlando Apuene Bertão.

portanto, inderrogáveis e irrenunciáveis. Deste modo, nenhum efeito pode advir da renúncia exarada no termo de arbitragem, por atingir direito indisponível. O acordo celebrado em tais condições não traduz ato jurídico perfeito e, tampouco, acarreta em coisa julgada no âmbito trabalhista.³¹⁷

O TRT da 3ª Região, ao proferir decisão no RO nº 1232/2009-129-03-00.5, entendeu que o acordo realizado perante o Tribunal de Arbitragem não tem eficácia plena quanto às verbas rescisórias. O cerne da discussão, tem como base o § 1º do art. 114 da CF/1988 o qual proclama que, frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros, e o art. 1º da Lei nº 9.307/1996, que regula o referido instituto, restringe sua utilização para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Os direitos trabalhistas são indisponíveis e irrenunciáveis, por força do princípio de proteção ao hipossuficiente da relação, bem como em razão do desequilíbrio entre as partes.

São trazidos, a seguir, duas notícias acerca de julgados do TST que rejeitaram a possibilidade do juízo arbitral em matéria trabalhista.

A Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho deu provimento parcial ao recurso de um trabalhador, ao concluir pela não validade de “cláusula compromissória arbitral”, inserida em seu contrato de trabalho com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, mediante convênio com a União. A referida cláusula – artigo 4º da Lei nº 9.307/96 – é a convenção através da qual as partes em um contrato assumem compromisso de submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

De acordo com a ministra Maria Cristina Peduzzi, relatora da matéria na Oitava Turma do TST, a cláusula em questão é anterior ao litígio e acarreta renúncia prévia a direitos indisponíveis, mas, no presente caso, ocorreu no ato da contratação, momento de desproporção de forças entre o empregador e o trabalhador.

Não foi esse o entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (DF/TO) que, antes, havia reconhecido a validade da cláusula compromissória arbitral e, por essa razão, julgou extinto o processo sem apreciar o mérito. Entre outras razões, pela previsão no capítulo ‘Resolução dos Conflitos’, item XII, de que quaisquer conflitos originados da interpretação ou execução, que não possam ser resolvidos amigavelmente entre as partes, devem ser objeto de arbitragem. Para tanto, a composição do painel de arbitragem seria: um representante da Agência de Implementação do Projeto, da Agência Brasileira de Cooperação (ABC/MRE) e de um representante do PNUD. Segundo o Regional, a existência dessa previsão demonstrou que as partes concordaram espontaneamente com a adoção da arbitragem antes que surgisse qualquer controvérsia, e não quando de sua ocorrência, o que torna a observância da cláusula obrigatória.

No recurso ao TST, o empregado insistiu na inaplicabilidade dessa cláusula aos dissídios individuais do trabalho, além de sua ineficácia, por limitar o gozo de direitos indisponíveis (são os direitos dos quais a pessoa

³¹⁷ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Processo n. 02559.2008.070.02.00-0.**

não pode abrir mão) e um dos mais destacados no Direito do Trabalho. A ministra Peduzzi observou que o § 2º do art. 4º da Lei 9.307/96 já limita a aplicabilidade da regra do caput ao dispor as condições especiais para a fixação dessa cláusula em contratos de adesão. Mas, para ela, limitação maior é dada pelo artigo 1º que prevê o uso da arbitragem para ‘dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis’, que a seu ver não é o caso dos direitos sociais do trabalho, que são indisponíveis. E ainda, que a autorização constitucional dada para a arbitragem no Direito Coletivo do Trabalho, não pode ser interpretada de forma extensiva de modo a permitir a renúncia prévia ao acesso à Justiça do Trabalho.³¹⁸

Outra decisão, contrária à atuação de Câmara Arbitral ou atividade de árbitro, em matéria trabalhista:

A Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho decidiu, por unanimidade, devolver um processo ao Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (BA) e declarar a nulidade de acordo firmado entre a Jovil Varejo de Presentes Ltda. e uma ex-empregada, no Juízo Arbitral de Lauro de Freitas (BA), para o recebimento de verbas rescisórias. O contrato de trabalho continha cláusula compromissória pela qual as partes se comprometiam, previamente, a submeter à arbitragem os conflitos que possam vir a surgir, relativamente ao contrato.

A Sexta Turma considerou que, embora prevista na Lei nº 9.307/1996 (Lei da Arbitragem), a cláusula compromissória não é admissível no contrato de trabalho, devido à posição desvantajosa do trabalhador no momento da contratação. “Ainda que se recepcione, em diversos ramos do direito, a arbitragem como solução de conflitos, é preciso enfrentar que o ato de vontade do empregado não é concreto na sua plenitude, no momento da admissão da empresa, em face da subordinação implícita no contrato de trabalho e à hipossuficiência do empregado”, explicou o relator, Ministro Aloysio Corrêa da Veiga.

A sentença arbitral registrou acordo pelo qual a Jovil pagaria à ex-empregada R\$ 740,00 relativos às verbas rescisórias. O cheque foi devolvido por falta de fundos, e a empresa posteriormente quitou a dívida em espécie. No caso em questão, houve ainda um agravante: o conflito foi submetido ao juízo arbitral em Lauro de Freitas e a comissão de conciliação prévia em Salvador no mesmo dia. No primeiro, houve a sentença e o pagamento (com cheque sem fundo); na segunda, as partes deram quitação das verbas, antes mesmo da compensação do cheque. A Justiça do Trabalho da 5ª Região considerou o acordo como coisa julgada, impedindo o ajuizamento de ação trabalhista com o mesmo objeto.

“É uma situação preocupante, principalmente em face da proliferação desses tribunais arbitrais”, observou o relator na sessão de julgamento. “Há até os que se intitulam ‘tribunal de justiça arbitral’, o que confunde as partes e desvirtua a própria finalidade da arbitragem como método heterônomo de solução de conflitos”. O Ministro Aloysio contou que, no Rio de Janeiro, os integrantes de juízos arbitrais chegaram a criar uma carteira de identidade própria, com o brasão da República, em que se

³¹⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 51085-09.2005.5.10.0014**. Publicado em Informativo do Tribunal Superior do Trabalho sob o título: “Contrato com PNUD: Oitava Turma não reconhece cláusula que submete litígios a comissão de arbitragem”, 05 abr. 2010. Disponível em: <www.tst.jus.br>.

autodenominavam “juiz arbitral”, e ressaltou que se trata de atividade remunerada, o que contraria a gratuidade como princípio processual. “Quem vai pagar? É o empregador, é quem tem o dinheiro.”

Em seu voto, o ministro defendeu a tese de que a arbitragem, no Direito do Trabalho, se aplica somente ao direito coletivo, pois direitos individuais como horas extras, aviso prévio, férias e 13º salário são indisponíveis. Citando o Ministro Maurício Godinho Delgado, também da Sexta Turma, ele ressaltou que as regras do direito do trabalho são “essencialmente imperativas” e não podem, de maneira geral, ser afastadas pela simples manifestação de vontade das partes. Destacou, ainda, a desigualdade e o desequilíbrio de forças inerentes às relações contratuais trabalhistas. “Seja no momento da celebração de convenção de arbitragem, pela inclusão de cláusula compromissória, seja pela instituição de compromisso arbitral, quando findo o contrato, o empregado não estará imune a pressão inerente à sua situação de inferioridade econômica e social na relação”, afirmou Aloysio Veiga. “Elevar a matéria definida em sentença arbitral em nível de coisa julgada, no caso concreto, é o mesmo que negar os princípios fundamentais que notabilizam este ramo especial do direito.”

Os Ministros Horácio de Senna Pires e Maurício Godinho Delgado acompanharam o voto do relator. A Turma determinou ainda que o Ministério Público do trabalho seja notificado quanto às irregularidades verificadas no processo, especialmente quanto à simultaneidade de atos no juízo arbitral e na comissão de conciliação prévia, embora em localidades diferentes.³¹⁹

Entre os artigos e exposições que militam em favor da adoção da arbitragem, em questões trabalhistas, entendo oportuno trazer à colação o que escreveu Carlos Eduardo Caputo Bastos:

Não há, nem nunca houve no ordenamento jurídico nacional, a obrigação ou dever legal de qualquer pessoa resolver, em juízo, as questões que envolvam direito patrimonial disponível. A pessoa ajuíza uma ação — provoca a jurisdição — se assim o entender. Também aqui, não se justifica o apelo que se faz ao chamado monopólio jurisdicional estatal, na medida que a Lei de Arbitragem só objetiva facultar seja submetido ao procedimento arbitral essas especialíssimas questões, repita-se, que concernem, exclusivamente, a direitos patrimoniais disponíveis.

Portanto, por ser a arbitragem meio alternativo para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, é que se afirma que a lei não veio restringir ou minimizar a atuação estatal, isto porque, *no que tange aos direitos indisponíveis, onde avulta o interesse público, sobre o tema a lei não dispôs, vale dizer, dispôs no sentido de suspender o procedimento arbitral, ao estabelecer que o árbitro ou tribunal remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, sempre que surgir, no curso da lide, controvérsia sobre direito indisponível.*

Daí porque, com inteira razão, por conseguinte, o eminente procurador-geral da República, Geraldo Brindeiro, quando em parecer exarado nos autos da Sentença Estrangeira nº 5206-8/246 (Agravo Regimental), ao se referir ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, afirmou:

³¹⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 2253/2003-009-05-00**, p. 19 maio 2012.

“Não se estabelece que as partes interessadas excluam da apreciação judicial suas questões ou conflito. Não determinou que os interessados devem sempre levar ao Judiciário suas demandas. Se se admite como lícita a transação relativamente a direitos substanciais objeto da lide, não se pode considerar violência à Constituição abdicar do direito instrumental de ação através da cláusula compromissória”.

Por outro lado, a arbitragem não constitui juízo de exceção, seja porque não tem caráter compulsório, seja porque observa o princípio da reserva legal, seja porque observa o devido processo legal, com garantia do contraditório, seja, finalmente, porque atribui às próprias partes interessadas a escolha ou elaboração do procedimento e das regras que vão presidir a solução do conflito.

Em verdade, por ser uma opção conferida às partes, que, previamente, elegem a arbitragem como forma de solução de seus conflitos, a nova lei, antes de nada, observa o princípio democrático, quer por não se apresentar obrigatória, quer por prestigiar a concreta vontade das partes, quer, finalmente, por se lhes atribuir a escolha do procedimento de composição do litígio a ser seguido.

Por fim, caso ocorram as seguintes hipóteses: uma das partes recusa-se a firmar o compromisso arbitral; estejam, as partes, em desacordo na nomeação de um árbitro neutro; necessidade de condução coercitiva de testemunha; adoção de providências cautelares e outros de caráter coercitivo, e finalmente, o surgimento no curso da arbitragem de controvérsia acerca de direitos indisponíveis, a própria lei já cuidou de disciplinar a atuação estatal, através da obrigatória intervenção judiciária. Além disso, e em havendo execução forçada do laudo arbitral, e em qualquer hipótese na qual se verifique a necessidade de garantir ou preservar interesse de terceiros, está plenamente assegurado o acesso à Justiça, o que resguarda, quantum satis, o binômio direito de ação — monopólio jurisdicional estatal.

Em conclusão, como se vê, a nova lei veio consolidar a arbitragem como meio alternativo de solução de controvérsias, sem, absolutamente, afrontar o balizamento constitucional do acesso à Justiça, do direito de ação e da garantia da ordem pública e de terceiros não envolvidos no conflito, não atitando, por via de consequência, com o espírito e/ou a letra de qualquer preceito da Carta Magna.³²⁰

Em v. acórdãos dos Tribunais Regionais do Trabalho também foi consignada a possibilidade de amplo acesso à justiça. Foram rejeitados numerosos argumentos em sentido contrário. Exemplificativamente:

Agravo de instrumento. Justiça gratuita. Contratação de advogado particular. Requisito não exigido na lei. Do que se depreende do disposto no art. 790, § 3º, da CLT., a contratação de advogado particular não impede a concessão do benefício, pois é requisito que não está na lei. E se não está na lei, não se pode dela extrair interpretação que leve à restrição

³²⁰ CAPUTO BASTOS, Guilherme Augusto. Arbitragem no Direito do Trabalho. **Revista LTr**. São Paulo, v. 63, n. 11, p. 1.462-1.476, nov. 1999. O autor é advogado, membro da Comissão de Relações Internacionais do Conselho Federal da OAB e delegado brasileiro junto ao Colégio e Ordem dos Advogados do Mercosul. Ex-ministro do TSE.

de uma garantia constitucional, que é a do amplo acesso à justiça. Agravo de instrumento do autor a que se dá provimento.³²¹

Veja-se, ainda, o inteiro teor da fundamentação do seguinte julgado:

Há, nos autos (fl. 12), a declaração de que trata o art. 1º da Lei 7115/83. E não há qualquer elemento que infirme a presunção de necessidade, decorrente de tal documento.

Estabelece a Consolidação das Leis do Trabalho, no art. 790, § 3º, o seguinte:

“É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que percebem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família” (redação dada pela Lei n. 10.537, de 27.08.02, DOU de 28.8.02)

Para VALENTIN CARRION (*“Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho 1997”*, 22ª edição, Saraiva, São Paulo) o benefício da justiça gratuita, na forma mencionada pelo legislador do diploma em causa, está superado pela legislação posterior, quanto ao seu conceito e aos seus efeitos.

A assistência judiciária, em sentido amplo, é concedida, envolvendo custas, emolumentos, advogados, peritos, etc., pelo que, o sentido estrito de justiça gratuita, como está mencionado na Consolidação das Leis do Trabalho, está ultrapassado.

E a concessão *não é apenas faculdade do juiz*, pois há hipóteses em que tal deferimento decorre de lei, *“ope legis”*, e independe da vontade do julgador. E o autor menciona o caso do trabalhador com salário inferior a dois valores de referência.

Entende o Juiz do Colendo Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (Santa Catarina) ANTONIO CARLOS FACIOLI CHEDID (*“Duas propostas de Reestudo: As Turmas de Recursos e a Revisão da aplicação da Lei nº 9.139/95, agravo de instrumento, no Judiciário Trabalhista”*, artigo publicado no caderno de estudos nº 5, março de 1997, da Revista *“In Verbis”*) que, na forma da Constituição Federal de 1988, ora vigente, a necessidade de assistência jurídica não pode ser mensurada de forma apriorística e objetiva distante da realidade, como estabeleciam interpretações fixadas apenas em face da legislação revogada pela Carta referida. Tal mensuração tem por base fato já não mais existente e desatende, assim, a regra da Carta.

E indica o art. 5º, inciso LXXIV, segundo o qual: *“O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”*.

Assim, quando o salário, no caso de despedida, deixa de fazer parte do patrimônio do trabalhador, já há elemento para que o exercício do direito de ação — amplitude do direito maior da cidadania — seja reconhecido sem peias ou teias interpretativas.

E prossegue:

“A realidade fala mais. Os fatos revelam-se contra a lei. Miserável, termo pejorativo usado anteriormente, o é, lastimavelmente, na minha Nação,

³²¹ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Processo n. 02997.2003.046.02.00-0.**

quem sobrevive com menos de 10 salários mínimos. Só o endereço do indigitado autor seria suficiente para deferir a gratuidade [...].

Cumpra então indagar: por que o irritante comodismo? Será que é fruto de uma corrente majoritária, ultra-conservadora, que vive as glórias do passado e por isso apregoa, ainda, contra a realidade vivida e sofrida, a manutenção dos institutos e instrumentos alterados pela nova sistemática constitucional e infraconstitucional [...]”.

Escreveu MAURIZIO MARCHETTI (“Assistência Judiciária Trabalhista”, Suplemento Trabalhista LTr. 011/94, págs. 67 a 69):

“O disposto no art. 14 § 2º da Lei n. 5.584/70, que exigia atestado de pobreza fornecido pela autoridade local do Ministério do Trabalho ou pelo Delegado de Polícia, ficou superada pela Lei n. 6.654/79 que passou a exigir tão somente a exibição da CTPS, que, por sua vez, também acabou sendo superada pela Lei n. 7.115/83, que passou a exigir tão somente a declaração de pobreza (art. 1º) com a expressa ciência pelo reclamante da responsabilidade administrativa, civil e penal de sua falsidade (art. 3º), declaração esta que goza de presunção relativa (*juris tantum*) de veracidade”.

E até mesmo a Lei nº 7.115 está superada, para efeito processual-trabalhista, em face da redação agora imprimida ao art. 790, § 3º, da CLT. O que a lei exige para conceder os benefícios da justiça gratuita é a miserabilidade jurídica, que não se confunde com a miserabilidade financeira ou econômica. A teor do artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 1.060/50, miserabilidade jurídica é a impossibilidade de pagar as despesas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família do litigante, o que é diferente da impossibilidade pura e simples de quitá-las, por total carência de recursos financeiros disponíveis. Portanto, o benefício deve ser deferido àquele que, na condição de trabalhador, requer a Justiça Gratuita para não ter de pagar as custas processuais, alegando encontrar-se desempregado e sem recursos para suportar esse encargo. Ainda mais, se sua declaração de pobreza não é impugnada pela parte contrária e não existe no processo nenhum dado concreto que possa invalidá-la.³²²

Na consideração de Georgenor de Sousa Franco Filho, a questão relevante que se costuma apresentar em matéria trabalhista é aquela relativa aos chamados *direitos indisponíveis*, a se admitir que todos os direitos trabalhistas seriam *indisponíveis*. Essa visão — segundo o referido autor — deve ser abrandada considerando, sobretudo, a verdade das relações de trabalho do mundo hodierno. Mas ressalva:

Em caso de direitos verdadeiramente indisponíveis supervenientes, como a garantia do salário mínimo, e não todos aqueles direitos constantes do art. 7º da Constituição, poderá ser suspenso o procedimento arbitral pelo juiz do Estado (a teor do art. 25 da Lei 9.307/96).³²³

³²² MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Processo n. 00267-2008-022-03-00-3**.

³²³ FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. A arbitragem no Direito do Trabalho. In: FREDIANI, Yone; SILVA, Jane Granzoto Torres da (Coord.). **O Direito do Trabalho na sociedade contemporânea**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001, p. 140.

Franco Filho indica experiências, até então, exitosas: Núcleo Intersindical de Conciliação Trabalhista de Patrocínio-MG, criado em 1994 com a participação do Sindicato Rural, da Associação de Cafeicultores e do Sindicato dos Trabalhadores Rurais, bem como da Associação Comercial e Industrial de Patrocínio e do Sindicato dos Trabalhadores no Comércio daquele município, com o apoio direto da Vara do Trabalho local. Menciona, ainda, o Núcleo Intersindical de Conciliação Trabalhista de Maringá, no Paraná, que atua desde 1996, decorrente de convenção coletiva entre os sindicatos patronal e profissional rurais daquela cidade.

Relata ainda acordos coletivos de trabalho que contemplam a arbitragem (entre os Bancários de Campinas e o Banco Itaú S.A., de 1997); na Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social DATAPREV, que criou uma Junta de Mediação e Conciliação de Litígios (JCML) para resolver questões individuais.

4.1.4.1 Da indispensabilidade da razoável tramitação processual (razoável duração do processo) para a realização do direito fundamental

*Une circonstance essentielle à la justice
que l'on doit aux autres, c'est de la faire
promptement et sans différer: la faire
attendre, c'est injustice.
La Bruyère³²⁴*

A Constituição Federal de 1988 recebeu o acréscimo do inciso LXXVIII, no art. 5º, através da Emenda Constitucional n. 45, de 2004: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

O acesso à justiça diz respeito não somente à observância dos princípios que regem o processo, mas também, e sobretudo, à entrega da prestação jurisdicional a tempo e modo. E, com isso, também preencher as exigências dos direitos fundamentais.

Trata-se, portanto, de princípio constitucional que exige a efetivação prática, já que não se cuida, aqui, de mera declaração inócua contida em qualquer outro diploma de natureza meramente literária. A Constituição não se perde entre as produções de natureza meramente poética, embora seja fruto, também, da grande luta de sonhadores com um Brasil grande, forte, democrático, voltado à realização do bem comum.

³²⁴ LA BRUYÈRE. **Les caractères**. Prefácio e notas Georges Mongrédien. Paris: Librairie Garnier Frères, 1948, p. 326.

E entre os *meios que garantam a celeridade de sua tramitação* encontra-se, com certeza, aquele de interpretar a possibilidade de recorrer nos estritos termos estabelecidos pelo legislador infraconstitucional. Vale dizer, em tal matéria a interpretação há de observar a *exegese estrita*.

As prescrições de ordem pública, como o são as normas processuais, buscam estabelecer e salvaguardar o equilíbrio social. Tomadas em conjunto, enfeixam a íntegra das condições desse equilíbrio, o que não poderia acontecer se todos os seus elementos não estivessem reunidos. Atingindo o objetivo, nada se deve aditar, nem suprimir. Todo acréscimo será inútil; toda restrição, prejudicial. Não há margem para interpretação extensiva.³²⁵

Para Mallet, o *acesso efetivo à justiça* compreende também o direito a uma decisão tomada sem grande tardança:

A demora na entrega da prestação jurisdicional pode significar, concretamente, verdadeira denegação de tutela. É inegável, como já ponderou Rui Barbosa, que a justiça, tardiamente alcançada, "não é justiça, senão injustiça, qualificada e manifesta". De fato, a duração excessiva do processo, já se assinalou, com todo acerto, não é apenas indício de ineficiência do aparelho jurisdicional de solução dos conflitos; é, ainda, "um sinal da inacessibilidade da justiça" (MAURO CAPPELLETTI, *"El nuevo Proceso laboral bajo acusación em Proceso"*, Ideologias, Sociedad, Buenos Aires, E.J.E.A., pág. 381).

O acesso efetivo à justiça compreende, portanto, o direito a uma decisão tomada sem grande tardança. E tanto é assim que a Constituição Espanhola de 1978 cuidou de assegurar aos litigantes o direito a "un proceso publico sin dilaciones indebidas", na linha, aliás, da Convenção Européia para a Proteção dos Direitos do Homem e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A primeira Convenção citada preceitua: "*Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial ...*". Já a Convenção Americana dispõe: "Toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente ...".

E a morosidade torna-se ainda mais intolerável por afetar de modo desigual os litigantes. O dano maior recai sempre sobre o litigante pobre, que não pode se permitir "o luxo de uma espera ... prolongada" (CAPPELLETTI, "Por una nueva Justicia del Trabajo", pág. 247).

Por isso, o processo do trabalho, para que não se torne inacessível, especialmente para o litigante pobre, tem de estar aparelhado para remediar os inconvenientes da lentidão, por vezes inevitável, da atividade jurisdicional. Deve dispor de instrumentos destinados a permitir a antecipação da entrega da tutela, sempre que a demora possa lesar o direito de qualquer das partes.

³²⁵ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 223.

O processo do trabalho brasileiro, no entanto, surpreendentemente não se preocupa com as consequências deletérias do tempo [...].³²⁶

A razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação — princípios estes que agora estão consagrados no mais elevado grau legislativo, ou seja, na Constituição Federal —, decorrem do devido processo legal e, ainda, do processo justo.

Assim, já não é suficiente que haja observância da igualdade das partes e de todos os demais princípios e direitos processuais: é imperioso que o tempo de duração do processo seja tolerável e não exceda o estritamente necessário. Tal circunstância intensifica, amplia e faz sobressair a determinação contida no art. 765, da CLT.

A ampla liberdade na direção do processo, conferida aos Juízos e Tribunais do Trabalho pela legislação, obriga a velar pelo andamento rápido das causas, determinando qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

Por conseguinte, o Juiz do Trabalho está obrigado a indeferir requerimentos, petições e pedidos que escancaradamente a nada conduzem senão à intolerável dilação da entrega da tutela jurisdicional.

A natureza alimentar da maioria das verbas postuladas no processo do trabalho — senão de todas — exige atenção do julgador, posto que a sobrevivência do trabalhador e dos seus dependentes não aguarda as filigranas jurídicas e as disputas meramente doutrinárias ou jurisprudenciais.

A cultura jurídica, ultrapassada de se litigar meramente pelas formas, eternizando as lides, procura confundir o processo — que nada mais é que instrumento para a realização do justo —, com a finalidade em si mesma.

É inafastável que o apego excessivo à forma, ao minueto dos ritos e do casuísmo, às canseiras e aos custos das instâncias, não seja sempre mais relevante do que a objetividade dos fatos ou a premência da decisão.

Cabe repetir a indagação do Ministro Armando Brito: “De que adiantaria ao empregado sagrar-se vencedor numa ação trabalhista após a sua morte? *O direito deve ser ágil* e ser aplicado no momento certo, sob pena de tornar-se inócuo”.³²⁷

Celso Ribeiro Bastos também escreveu³²⁸ que a celeridade processual é um valor

³²⁶ MALLET, Estevão. Acesso à Justiça no Processo do Trabalho. **Revista LTr**. São Paulo, v. 60, n. 11, p. 1.469-1.473, 1996.

³²⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 110.056/94.5. Acórdão n. 310/95. SDI.

³²⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. O Judiciário como força democrática. **O Estado de São Paulo**, 29 nov. 1996.

jurídico tão importante quanto a própria justiça. Segundo o referido autor, poderíamos comparar ao caso de um doente que estivesse à espera de um remédio importado do estrangeiro, que o salvaria, mas, infelizmente, só chega no dia seguinte ao da morte do paciente. Uma decisão justa do Poder Judiciário, mas que chegue depois do sacrifício do que clama por justiça, por mais justa que seja, não terá condição de salvá-lo. Seria como alguém pleiteando uma pensão alimentar que só chega depois de sua morte. Condição, portanto, indispensável para que haja *justiça* é que ela seja *tempestiva*, oportuna, *para que não se torne inútil*.

Entre as mais candentes (e numerosas) manifestações a propósito da falta de celeridade processual, seleciono aquela de Lacerda:

Para sermos verdadeiros, boa parte da descrença dos brasileiros no sistema judiciário corre por conta de outra epidemia nacional: o bacharelismo. O apego excessivo à forma, ao minueto dos ritos e do casuísmo, às canseiras e aos custos das instâncias, é sempre mais relevante do que a objetividade dos fatos ou a premência da decisão. Para a população esses excessos bacharelescos chegam às raias da crueldade, os direitos essenciais de milhares de brasileiros não são considerados por uma camada letrada e culta que, com arrogância de seus privilégios, agrava o desespero e a descrença da imensa maioria na possibilidade de justiça neste mundo, ainda que tardia.³²⁹

Ponderadas, porém (e indispensável se torna a transcrição), são as considerações de Veríssimo:

Mas a expectativa mais irreal que o cinema americano nos legou foi a da justiça rápida. Não nos conformamos com a idéia de que o julgamento e a sentença não sigam o crime com a rapidez que se vê nos filmes, e atribuímos a demora à nossa condição de povo atrasado, dado a formalismos anacrônicos que a diferença entre um paramentado tribunal brasileiro e um despojado tribunal americano — ou pelo menos um tribunal americano de cinema — só acentua.

A impaciência com a morosidade da justiça é compreensível mas nem sempre cabe. A demora não é uma peculiaridade brasileira, e é antiga. Hamlet, no seu famoso solilóquio, já listava entre as razões para se suicidar “*the law's delay*”, as delongas da lei. E as instâncias e as idas e vindas de um processo judicial existem para prevenir o erro, proteger do arbítrio e garantir os direitos de todos até o último recurso — pelo menos em tese — por mais que exasperem, nós e o Hamlet, e por mais que favoreçam firulas de advogado e a absolvição pelo esquecimento. E se serve de consolo: a justiça americana, além de também não ser de cinema, peca tanto pela ausência de trâmites quanto a nossa pelo excesso. Com a agravante que lá erros judiciais muitas vezes não recorridos podem

³²⁹ LACERDA, Sérgio. Justiça tardia e falha. **Revista Veja**. São Paulo, n. 1.103, 11 nov. 1989, p. 142.

resultar em sentenças de morte.
 Enfim, há delongas e delongas. São sintomas de um sistema judicial esclerosado, mas também são o que nos protege de uma justiça, digamos, cinematográfica demais.³³⁰

4.1.5 Direito Processual do Trabalho na Itália

4.1.5.1 Visão geral

O processo do trabalho no ordenamento italiano constitui parte do processo civil e um livro próprio do Código de Processo Civil (Segundo Livro do Processo de Cognição).

Oferece aos trabalhadores tutela jurisdicional diferenciada com o objetivo de solucionar a controvérsia do trabalho de outras formas.

É instrumento de atuação da *jurisdição ordinária* e não de *jurisdição especializada*, embora com características e princípios informativos que lhe são próprios. Assim: oralidade; imediatidade; concentração, aplicam-se-lhe, entre outros.

É um processo, portanto, rápido escoimado de preclusões severas que, na intenção do legislador, apresenta-se como elemento de ruptura em face ao andamento usual da justiça civil; também é um processo que — excluídas todas as inspirações autoritárias ou de classe — objetivava recuperar os valores de uma tradição jurídica, liderada sobretudo pela obra de Giuseppe Chiovenda.

Deve-se afirmar, sem sectarismo, que o processo de trabalho, como equilibrado e adequado meio de justiça, foi delineado como modelo convincente para a reforma geral do processo civil.³³¹

4.1.5.2 Formas de resolução dos conflitos trabalhistas

4.1.5.2.1 Conciliação

É sempre obrigatória (art. 410, § 1º): “é obrigatória a tentativa de conciliação em todas as controvérsias do trabalho”.

O art. 412-bis, § 1º, estabelece que a confirmação da tentativa de conciliação *constitui condição de procedibilidade* da demanda.

³³⁰ VERÍSSIMO, Luis Fernando. As delongas. **O Estado de São Paulo**, 29 maio 2008.

³³¹ TARZIA, Giuseppe. **Manuale del Processo del Lavoro**. 4. ed., Milano, Dott. A. Giuffrè, 1999, p. 72. Professor na Universidade de Milão.

A ausência de realização de tentativa de conciliação não impede concessão de provimento judicial especial de urgência ou de cautela, na forma do capítulo III do título I do livro IV.

Caso o juiz verifique que não houve tentativa, suspenderá o curso do processo e fixará às partes o prazo peremptório de sessenta dias para que promovam ou tentem a conciliação. “Art. 412-bis. Decorrido o prazo, considera-se que houve tentativa e o processo tem o curso regular.”

O termo de conciliação tem eficácia de título executivo. Há o prazo decadencial de sessenta dias para impugnação.

Quanto ao objeto da conciliação, o art. 2113, do Código Civil³³² estabelece que a não validade da renúncia e transação, prevista no referido dispositivo, não é aplicável no ato previsto nos arts. 185, 410 e 411 do Código de Processo Civil (ou seja, conciliação na via administrativa ou com assistência sindical). Mas também há previsão do prazo de decadência de seis meses, caso a renúncia ou transação tenha ocorrido, ainda que sem a excludente (nos artigos referidos).

Sobre o aparente conflito entre a indisponibilidade e a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, que resultem de norma cogente (de natureza imperativa, portanto) e a eficácia da conciliação que — também aparentemente —, abrangeria tais direitos, escreveu Giuseppe Ferraro o que segue:

À inderrogabilidade da disciplina do trabalho não corresponde, de fato e automaticamente, a indisponibilidade absoluta dos direitos correlatos, já que a finalidade perseguida pelo legislador é a de garantir a efetiva atribuição dos direitos ao prestador de serviço e o exercício de tais direitos, em relação às funções *que e enquanto as exerce*.

Dessa forma, na constância do contrato de trabalho, todo pacto que derroga a norma legal é nulo, nada obstante tratar-se de um ato negocial contendo renúncia ou transação que supõe, então, a atribuição do direito irrenunciável ao trabalhador e a sucessiva disposição desse direito. Durante o desenvolvimento do contrato a privação ou limitação do poder contratual da parte em presença de um regulamento heterônomo se desprende de todo arco de manifestação negocial possível, determinando a não-validade de todo pacto contrário e a imediata operatividade do

³³² “Art. 2113 *Rinunzie e transazioni* (così sostituito dall’art 6 dalla Legge 11 agosto 1973. n. 533). *Le rinunzie e le transazioni* (1966), che hanno per oggetto diritti Del prestatores di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi concernenti i rapporti di cui all’ art. 409 Cod. Proc. Civi, non sono valide. L’impugnazione deve essere proposta, a pena di decadenza, entre sei mesi dalla data di cessazione del rapporto o dalla data della rinunzia o della transazione, se queste sono intervenute dopo la cessazione medesima. La rinunzie e le transazioni di cui ai commi precedenti possono essere impugnate com qualsiasi atto scritto, anche stragiudiziale, Del lavoratore idoneo a renderne nota la volontà. Le disposizioni Del presente articolo non si applicano allla concilizzazione internvenuta ai sensi delgi artt. 1 Civ.”

tratamento protetivo.

A situação regulamentar descrita muda notavelmente no momento da cessação do contrato, quando passa de um regime de total indisponibilidade a um regime jurídico distinto, com maior elasticidade, que se manifesta na faculdade de não impugnar a renúncia e a transação estipulada na constância da relação jurídica. Em suma, nesta fase, o legislador mais do que vetar em absoluto a indisponibilidade do direito quis garantir ao trabalhador que o ato dispositivo corresponda a uma efetiva e conhecida vontade de negociar; daí a possibilidade de impugnar a renúncia ou transação estipuladas com intervenção do sindicato ou na presença de órgão público.³³³

4.1.5.2.2 Conciliação judicial

Nos termos do art. 420, § 1º, é obrigatória e tem oportunidade mediante iniciativa do juiz no processo. Caso seja alcançada, lavra-se o termo (art. 185, § 3º), com eficácia de título executivo. Tal forma de conciliação é instrumento que nasce no processo, mas se distancia deste para alcançar ponto autônomo de encontro entre empregador e trabalhador. Num segundo momento, a autoridade judiciária dará força executiva ao ajuste.

O juiz deve, no curso do interrogatório da parte, ou ao término do depoimento, tentar a conciliação. A tentativa de conciliação, após o interrogatório, será proveitosa porque o juiz terá, então, mais elementos para compreender os termos da demanda e do contraditório. Esse entendimento não ocorreria — ou aconteceria apenas parcialmente — se o julgador não tivesse possibilidade de ouvir os litigantes. Poderá, então, utilizando a faculdade admitida pela lei (restritivamente) modificar a demanda, a exceção e a conclusão, que as partes já tiverem formulado. Tal modificação poderá surgir do ajustamento da pretensão e da contestação, resultante da exposição oral da parte, na audiência. Entende-se porque é consentida em realidade indispensável a assistência dos defensores, neste momento do processo, pela parte que não conduza pessoalmente a lide.

4.1.5.2.3 Conciliação extrajudicial

É realizável tanto em sede administrativa como em sede sindical:

a) Conciliação com assistência (pela via) administrativa

³³³ FERRARO, Giuseppe. Rinunzie e transazioni del lavoratore. **Enciclopedia Giuridica**. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1991.

Nos termos do art. 410, §§ 3º, 4º, 5º e 6º, ocorre em face de comissão intersindical constituída *ad hoc*, junto à Direção Provincial do trabalho — órgão administrativo — ou na subcomissão indicada pela comissão referida.

A Lei de 1973 atribuiu aos “*Ufficios Provinciales*” o encargo de proceder às conciliações, ab-rogando, implicitamente, a competência do Ministério do Trabalho (“*Ufficio del Lavoro*”) estabelecida pelo art. 12 da Lei n. 628, de 1961, que garantia a estas conciliações o mesmo efeito de inimpugnabilidade previsto no art. 2.113 do Código Civil.

b) Conciliação com assistência sindical

Nos termos do art. 410, § 1º, é aquela prevista e instituída nos contratos coletivos de trabalho com a função de resolver eventuais controvérsias que surgem no âmbito da aplicação dos referidos contratos.

Ainda que haja previsão em norma coletiva de conciliação, o trabalhador, se não pretender valer-se dessa norma, deve promover a tentativa perante comissão de associação sindical em cuja circunscrição esteja situado o estabelecimento do empregador ou onde trabalhava. Também perante a autoridade administrativa. Mas é indispensável que tais comissões sejam constituídas paritariamente: um representante do empregado e outro do empregador. (Art. 410).

A comissão de conciliação deve ser, em cada província, única para toda a categoria de trabalhador e empregador. Mas surgem dúvidas para a identificação das organizações, legitimadas para designar os componentes. Problema de dosagem, sobretudo pela parte dos trabalhadores, pela existência de várias confederações nacionais, divididas por setores, que devem todas estar representadas; mais ainda, problemas de representatividade efetiva, tendo-se em conta que junto a três grandes confederações (CGIL, CISL, UIL) existem uniões sindicais no nível local — que ficam excluídas da fórmula legal — mas também há um sindicato — CISNAL — de representação nacional, representação esta que há muito é contestada.

Parte da doutrina sustenta — e há confirmação pela portaria ministerial — que, para a validade da conciliação, quando realizada com a assistência do sindicato, é necessária previsão no contrato coletivo de trabalho. O procedimento previsto no contrato coletivo — como alternativa àquele previsto no art. 410 do CPC italiano, que trata das conciliações feitas perante as chamadas “comissões de conciliação administrativas” —, como qualquer acordo com conteúdo de negociação (e, portanto, de transação), deve ser entendido como

não impugnável sempre que houver efetiva participação da entidade sindical, durante toda a negociação, ainda que não haja previsão legal.

Quando houver conciliação, o termo deve ser depositado pelo interessado ou pela repartição provincial do trabalho na secretaria do tribunal da circunscrição respectiva. O juiz, sob requerimento do interessado, verificando que há regularidade formal do termo de conciliação, declara-o com força executiva (homologa).

Quando a conciliação for realizada pelo sindicato, o termo é depositado perante a autoridade do trabalho provincial, pelo interessado ou por intermédio de associação sindical. O diretor, ou um delegado seu, verifica a autenticidade e provê o depósito junto à secretaria do tribunal da circunscrição. O procedimento perante o juiz para homologação é idêntico.

Quando não houver conciliação, é lavrado termo (*processo verbale*) com indicação das razões pelas quais não houve acordo (*mancato l'accordo*): as partes podem indicar a solução ainda que parcial, sobre a qual houve acordo, indicando, quando possível, o montante, sobre o qual há constituição de título executivo.

4.1.5.3 Arbitragem (arbitramento)

Instituto privado por meio do qual as partes encarregam um terceiro conferindo-lhe o poder de dirimir a controvérsia, decidindo sobre o mérito. A arbitragem pode estar fundamentada em *compromisso* (806) ou em *cláusula compromissória* (808); são duas formas de acordo entre as partes, com intervenção: uma relativa à controvérsia já iniciada; outra, antes do início da controvérsia.

As controvérsias individuais do trabalho podem ser deferidas ao árbitro somente quando digam respeito à interpretação ou execução de contrato ou acordo coletivo de trabalho, nos quais tenha sido instituída a competência arbitral. O legislador, entretanto, não autorizou, ainda neste caso, que a parte seja privada da faculdade de escolher a tutela judicial. E há previsão, também, de arbitragem facultativa para ambas as partes, as quais podem, cada qual, excluir, ou transferir a lide para o juízo. Fundamento legal: art. 412-ter e art. 412-quarter, ambos do CPC italiano.

A arbitragem pode ser ritual ou não ritual — art. 412-ter: arbitragem irritual prevista nos contratos coletivo.³³⁴ Nas controvérsias do trabalho é comum sujeição não

³³⁴ “Art. 412-ter. Arbitrato irrituale previsto dai contratti collettivi. Se il tentativo di conciliazione non riesce o comunque e` decorso il termine previsto per l'espletamento, le parti possono concordare di deferire ad

somente à previsão no âmbito do contrato coletivo, mas também a regras rígidas, porque o trabalhador é dotado de menor força contratual.

A cláusula compromissória, ou seja, a cláusula incluída no contrato ou num ato sucessivo para estabelecer que a controvérsia, que não deveria surgir, seja decidida por um árbitro somente é válida se se tratar de controvérsia que incida sobre matéria que seja passível de compromisso. Há nulidade, exemplificativamente, da cláusula que não admite a competência do juiz ordinário.³³⁵ Ainda: em matéria que é regulada por acordo coletivo de natureza econômica.

O art. 808, 2º parágrafo, dispõe que a controvérsia mencionada no art. 409 pode ser decidida por árbitro *somente se houver previsão no contrato e acordo coletivo do trabalho*, sem prejuízo da faculdade da parte de recorrer à autoridade judiciária, sob pena de nulidade. A norma coletiva deve prever a regulamentação de todo o procedimento.

A cláusula é nula se há previsão da arbitragem como único remédio para as partes e se autoriza o árbitro a pronunciar-se segundo a equidade ou declara o laudo não impugnável. (Art. 808, 2º parágrafo).

A preocupação do legislador foi a de não consentir que, pela via arbitral, ocorresse elisão à norma que regula a relação de trabalho e à norma da contratação coletiva.

Anteriormente à reforma, o juízo arbitral não era admitido, por variadas razões. Havia a intenção de defesa do trabalhador, como a parte débil nas estipulações do contrato individual de trabalho, motivo válido para não consentir na inserção de cláusula compromissória: inserção (e o relevo é válido, também para o compromisso) sobretudo pela incompatibilidade com a natureza indisponível da maior parte do direito resultante do

arbitri la risoluzione della controversia, anche tramite l'organizzazione sindacale alla quale aderiscono o abbiano conferito mandato, se i contratti o accordi collettivi nazionali di lavoro prevedono tale facoltà e stabiliscono: a) le modalità della richiesta di devoluzione della controversia al collegio arbitrale e il termine entro il quale l'altra parte può aderirvi; b) la composizione del collegio arbitrale e la procedura per la nomina del presidente e dei componenti; c) le forme e i modi di espletamento dell'eventuale istruttoria; d) il termine entro il quale il collegio deve emettere il lodo, dandone comunicazione alle parti interessate; e) i criteri per la liquidazione dei compensi agli arbitri. I contratti e accordi collettivi possono, altresì, prevedere l'istituzione di collegi o camere arbitrali stabili, composti e distribuiti sul territorio secondo criteri stabiliti in sede di contrattazione nazionale. Nella pronuncia del lodo arbitrale si applica l'articolo 429, terzo comma, del codice di procedura civile. Salva diversa previsione della contrattazione collettiva, per la liquidazione delle spese della procedura arbitrale si applicano altresì gli articoli 91, primo comma, e 92 del codice di procedura civile."

³³⁵ "Art. 412-quater. Impugnazione ed esecutività del lodo arbitrale. Sulle controversie aventi ad oggetto la validità del lodo arbitrale decide in unico grado il Tribunale, in funzione del giudice del lavoro, della circoscrizione in cui è la sede dell'arbitrato. Il ricorso è depositato entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del lodo. Trascorso tale termine, o se le parti hanno comunque dichiarato per iscritto di accettare la decisione arbitrale, ovvero se il ricorso è stato respinto dal tribunale, il lodo è depositato nella cancelleria del Tribunale nella cui circoscrizione è la sede dell'arbitrato. Il giudice, su istanza della parte interessata, accertata la regolarità formale del lodo arbitrale, lo dichiara esecutivo con decreto."

contrato, posto que o art. 806 exclui da mesma forma a arbitragem para as controvérsias “que não podem ser objeto de transação”. Nos contratos coletivos, porém, pode-se conseguir a paridade dos contratantes, o que falta no contrato individual.

4.1.5.4 Tutela jurisdicional

Trata-se de processo caracterizado pela imediatidade, concentração e oralidade. Os elementos que distinguem o processo do trabalho de um processo de cognição comum são inerentes: à competência; às regras de procedimento; à imediata publicação da sentença; à estrutura do recurso e à gratuidade judicial.

A Lei n. 533, de 1973, trouxe a disciplina do novo processo do trabalho, atualizando o título que já trazia previsão de tal matéria e atribuindo a competência para as controvérsias trabalhistas a um juiz ordinário, agora *pretore*.

A razão de tutela jurisdicional mais forte e solícita para a matéria do trabalho resulta do disposto no Código Civil, que instrumentalizou os princípios constitucionais. O art. 2.113 dispõe sobre a não validade da renúncia e da transação e tem por objeto direito do trabalhador, e sob tal artigo se funda o poder de rescisão unilateral, pelo trabalhador, quando a transação ou renúncia tenha por objeto um direito resultante de disposição legal ou de contrato coletivo, inderrogável. A força do trabalhador não é equiparada à do empregador, já que este pode interferir, quando lhe interessar, na declaração da vontade do trabalhador.

Houve alteração total relativamente aos servidores públicos, pelo art. 18 do Decreto Legislativo 387, de 29 de outubro de 1998, pelo qual: “são atribuídas ao juiz ordinário, na função de juiz do trabalho, todas as controvérsias referentes às relações de trabalho na dependência da administração pública na forma mencionada no art. 1º, § 2º”, ou seja, “toda a administração do Estado, aí compreendidos os institutos e escolas de toda ordem e grau”. São as regiões, as províncias, os municípios, as instituições universitárias, os institutos autônomos, as câmaras de comércio, as entidades do serviço sanitário nacional.

Também as controvérsias relativas às condutas antissindicais da administração pública. (Art. 28 do Estatuto do Trabalho).

Inovação aprofundada, inspirada na diretiva de equiparação entre trabalho público e privado também sob o perfil da tutela jurisdicional. Vieram a ser atribuídas ao juiz do trabalho e submeteram-se ao rito especial quase todas as controvérsias do trabalho para os entes públicos; e, para afastar qualquer temor de lacunosidade ou de diferimento da tutela,

está expressamente sancionado o poder do juiz do trabalho de não aplicar o ato administrativo ilegítimo, que esteja na base da constituição da relação de trabalho, excluindo que a impugnação do ato administrativo possa comportar a suspensão do processo.

4.1.5.5 Ação e defesa mediante atuação pessoal (*jus postulandi*)

No primeiro grau a parte pode estar em juízo pessoalmente, quando o valor da causa não excede 129,11 €.

A parte que estiver em juízo pessoalmente propõe a demanda na forma do disposto no art. 414 ou constitui com o art. 416 com eleição do domicílio no âmbito do território da República.

Pode propor a demanda verbalmente perante o juiz, que — segundo nossa terminologia — não reduz a termo. Designa audiência A secretaria está obrigada a notificar a parte, quando litiga pessoalmente, dos atos processuais ulteriores.

A regra geral no processo civil ordinário é que a parte não pode estar em juízo senão com a assistência do profissional: é consentida apresentação de defesa pessoalmente, e não técnica, com bem precisos limites, somente nas causas de competência do juiz de paz.

A administração pública pode estar em juízo, em primeiro grau, na pessoa do dependente (preposto).

Há possibilidade de representação processual através de advogado. Há, ainda, possibilidade de representação específica para o depoimento e para a conciliação. Nesta última hipótese, a procuração deve ser conferida mediante ato público ou escritura privada autenticada e deve atribuir ao procurador o poder de conciliar ou transigir. O procurador deve ter conhecimento dos fatos sobre os quais versa a lide. A resposta ao interrogatório voluntário tem o mesmo valor que o da própria parte. O não conhecimento, sem razão grave, dos fatos da causa pelo procurador é avaliado pelo juiz na decisão final.

4.1.6 Direito Processual do Trabalho em Portugal

4.1.6.1 Considerações gerais

O acesso à justiça é regido pelo processo do trabalho, orientado por vários princípios que, mesmo comuns aos processos de natureza civil ou penal, adquirem especial

valor no processo do trabalho.

Assim: hipervalorização do ato conciliatório, baixo custo do processo, a não obrigatoriedade de assistência de advogado, a celeridade processual, a simplicidade na tramitação, a imediação, preconizando-se o contato pessoal entre o juiz e as partes e a possibilidade de condenação *ultra petita*, como reflexo processual da irrenunciabilidade dos direitos do trabalhador.

A Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais estabelece que os tribunais do trabalho têm competência especializada, juntamente com os tribunais de menores, os tribunais de família, etc.

Aplica-se, portanto, o princípio da conciliação. Há audiência denominada “audiência das partes”. Há possibilidade de intervenção das entidades sindicais quando são discutidos interesses individuais dos seus associados. Considera-se ainda a legitimidade para requerer nulidade das normas coletivas, tanto dos trabalhadores como das entidades patronais (sem que essa legitimidade afaste a possibilidade de intervenção do Ministério Público). Há também a regra de atuação do juiz singular.³³⁶

4.1.6.2 Capacidade e legitimidade

Em matéria laboral, os maiores de dezesseis anos podem estar por si em juízo como autores, não necessitando de representação. Aos menores, aplica-se o regime geral de representação legal e, caso o representante legal não acautelar devidamente os interesses do menor, este pode ser representado pelo Ministério Público.

No litisconsórcio — o grupo de trabalhadores, com interesse comum (mesmo trabalho) —, admite-se que qualquer deles faça valer os seus direitos individualmente na sua quota-parte de interesse.

É conferida às associações sindicais e patronais a defesa de interesses coletivos. É admitida legitimidade para a defesa de interesses difusos, permitindo-se a intervenção em juízo dessas associações, não para a salvaguarda dos seus próprios interesses, mas em defesa de interesses coletivos da classe profissional que representam. O art. 5º, n. 2, do CPT estabelece que, em determinadas circunstâncias, os sindicatos podem interpor uma ação judicial em representação e substituição dos trabalhadores, sem mandato judicial

³³⁶ OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de; NAHAS, Thereza Cristina. Direito processual do trabalho em Portugal. In: TOLEDO FILHO, Manoel Carlos; EÇA, Vitor Salino de Moura. (Coord.). **Direito Processual do Trabalho comparado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

nesse sentido: basta a autorização do trabalhador representado, autorização esta que pode ser obtida por via do silêncio (art. 5º, nº 3, do CPT).

4.1.6.3 Representação

O Ministério Público exerce o patrocínio oficioso em relação aos trabalhadores e seus familiares. O juízo não nomeia advogado (oficioso). Há, porém, opção do trabalhador para solicitar a concessão de patrocínio judiciário com a nomeação de um advogado (oficioso) pelo tribunal.

O Ministério Público deve recusar o patrocínio (oficioso) se considerar que são infundadas ou injustas as pretensões que os trabalhadores ou os seus familiares exigem ou se verificar que o trabalhador pode ser representado por um advogado do sindicato em que está filiado, recorrendo aos serviços de contencioso desse sindicato.

4.1.6.4 Outras disposições processuais

É exigido o comparecimento pessoal das partes; não basta que autor e réu se façam representar por mandatário judicial, torna-se necessário que pessoalmente compareçam em juízo, tanto na audiência preliminar como no julgamento. Os empregadores devem ser representados por quem tenha poderes para tal, normalmente com a presença de gerentes e administradores.

4.1.6.5 Conciliação

Há obrigatoriedade da tentativa. A transação ajustada pelas partes, tanto na fase prévia à contestação como depois da abertura da audiência, diferentemente do que ocorre na conciliação no processo especial de acidente do trabalho, não carece de homologação para produzir efeito de caso julgado. Há três tentativas de conciliação no processo do trabalho: uma preliminar, antes da contestação; a segunda na audiência preliminar e a terceira após a abertura da audiência.

4.1.6.6 Arbitragem

Está regulamentada nos arts. 564 e seguintes do Código do Trabalho. Diz respeito às convenções coletivas.

4.2.6.7 Arbitragem facultativa

A todo o tempo as partes podem acordar em submeter à arbitragem, nos termos que definirem ou, na falta de definição, segundo o disposto nos artigos do CT, as questões laborais que resultem, nomeadamente, da interpretação, integração, celebração ou revisão de uma convenção coletiva. São três árbitros: cada parte indica um e, de comum acordo, um terceiro. O laudo produz efeitos idênticos aos da convenção coletiva.

Os trabalhadores e empregadores, pelos respectivos representantes na Comissão Permanente de Concertação Social, elaboram listas de árbitros.

E a lista de árbitros presidentes é elaborada por uma comissão composta pelo Presidente do Conselho Económico e Social e por dois representantes das associações sindicais e dois representantes das associações de empregadores, com assento na referida comissão permanente. (Art. 570).

Os árbitros podem ser assistidos por peritos e podem requisitar das partes e dos ministérios informações necessárias. E devem encaminhar o texto da decisão às partes e ao ministério responsável pela área laboral, para efeito de depósito e publicação, no prazo de quinze dias a contar da decisão.

A decisão arbitral produz os mesmos efeitos da convenção coletiva e está sujeita a regras idênticas. (Arts. 566 e 581).

4.1.6.8 Arbitragem obrigatória

Nas controvérsias de natureza coletiva, quando, depois de negociações prolongadas através de mediação ou tentativa de negociação, não houver resultado e não houver, dentro de dois meses, acordo para a arbitragem voluntária, inicia a arbitragem obrigatória (art. 567). Esta pode ser suspensa mediante requerimento comum e o tribunal arbitral pode fixar o prazo, máximo de três meses, findo o qual é reiniciada a arbitragem.

O Ministro responsável pela área laboral, através de emissão de um regulamento, pode determinar a extensão, total ou parcial, de convenções coletivas ou decisões arbitrais

a empregadores do mesmo setor de atividade e a trabalhadores da mesma profissão ou profissão análoga, desde que exerçam sua atividade na área geográfica e no âmbito setorial e profissional fixados naqueles instrumentos. E a emissão do regulamento de extensão só é possível estando em causa circunstâncias sociais e econômicas que a justifiquem. (Art. 575).

4.1.6.9 Considerações parciais

Faço minhas as palavras de José Eduardo Faria.³³⁷ A globalização não é destino, é problema. Ela traz ao Brasil desafios dramáticos, do ponto de vista da cidadania, e exige novos mapas cognitivos, no âmbito acadêmico. Repensar o Direito a partir desse cenário exige também repensar o próprio ensino jurídico, reformular a grade curricular, desenvolver novas estratégias pedagógicas e mudar a mentalidade dos operadores do Direito.

A economia globalizada acentua a relação entre direitos e custos. Quanto mais direitos, maiores os custos dos bens e serviços. As fábricas brasileiras de brinquedos, calçados e tecidos pagam salários médios de US\$ 5 para torneiros e US\$ 7,52 para mecânicos. Para os mesmos postos e funções, as fábricas chinesas pagam, em média, de US\$ 0,49 a US\$ 0,66. Graças à Constituição de 1988, no Brasil a carga mensal efetiva de trabalho é de 153 horas. Na China, onde não há direitos efetivos, ela é de 218 horas. Para reduzir custos, as empresas optam por transferir a produção para países onde não há direitos ou onde sua implementação é fraca, o que leva ao *dumping* social, às pressões das ditaduras sobre as democracias, à proliferação de propostas de flexibilização da legislação trabalhista e às tentativas de países democráticos, nas rodadas da Organização Mundial de Comércio, de incluir cláusulas trabalhistas em acordos comerciais.

Economistas e sociólogos passaram a incluir o Direito e a Justiça no rol de suas reflexões e pesquisas, propondo um importante diálogo interdisciplinar.

³³⁷ FARIA, José Eduardo. **A globalização econômica e sua arquitetura jurídica**: dez tendências do direito contemporâneo. Disponível em: <http://moodle.stoa.usp.br/file.php/491/8.1._Faria_-_A_globalizacao_economica_e_sua_arquitetura_juridica.pdf>. Acesso em 21 nov. 2012.

4.2 Direitos Humanos: a proteção do trabalho da mulher gestante e do nascituro. Influência na evolução jurisprudencial e no Direito positivo

4.2.1 Objetivo e justificativa da adoção do tema

O capítulo trata do exame da influência dos direitos humanos tanto na elaboração legislativa, ao longo do tempo, quanto na jurisprudência dos tribunais pátrios, seja no direito material do trabalho, seja no direito processual, assim como no direito coletivo do trabalho.

E, por cuidar de tema de intensa atualidade, toma-se como exemplo a situação da mulher, mais especificamente, com atenção à evolução dos direitos atinentes, sobretudo no tocante à proteção no período da gravidez.

Ao discorrer sobre “a crise da ideologia, cultura e civilização”, Hobsbawm — recentemente falecido —, afirmou que “os eventos dos últimos anos foram realmente espetaculares e transformadores do mundo — e também inesperados e imprevisíveis”.³³⁸

Considerou três mudanças, entre as quais a evolução social (e trabalhista) das mulheres, nos seguintes termos:

A terceira mudança é na posição das mulheres. Consideremos um único dado. Em 1940, nos EUA apenas 14% das mulheres casadas que viviam com seus maridos trabalhavam fora. Em 1980, já eram mais do que a metade. Novamente, entre 1950 e 1970, a porcentagem quase dobrou. Não preciso enfatizar o fato — impensável antes de 1950 — de que hoje as mulheres ocupam os cargos de presidente e de primeiro-ministro.³³⁹

4.2.2 Finalidade da garantia de emprego

Ao examinar o tema de garantia de emprego, Nascimento³⁴⁰ ensina que há dois aspectos para se considerar a estabilidade: econômico e jurídico.

A finalidade da garantia de emprego, economicamente, é a de trazer segurança ao trabalhador assegurando-lhe a manutenção no emprego, sem antinomia entre o instituto e a mobilidade na ordem trabalhista.

³³⁸ HOBBSAWM, Eric. A crise das ideologias. **O Estado de São Paulo**, p. D11, 12 ago. 1995. Texto inédito em português do historiador Eric Hobsbawm, que faz parte do livro “O Mundo Depois da Queda”.

³³⁹ Ibidem.

³⁴⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Tendências do Direito do Trabalho quanto à garantia de emprego. **Revista Synthesis**. São Paulo, n. 4, p. 101-103, 1987. Trata-se de resumo de conferência feita no Congresso Internacional de Direito do Trabalho em março de 1987, na cidade de Fortaleza, Ceará.

O professor Amauri Mascaro do Nascimento ensina que as técnicas de estabilidade econômica são constituídas pela *política do emprego*, considerada a economia moderna como uma economia de trabalho, na qual a maior parte da população ativa é constituída de assalariados; *a implantação de rede de agências de colocação*, para pronta obtenção de serviços aos desempregados, *a adoção do seguro-desemprego*; *a instituição do Fundo de Garantia*, formando um pecúlio para o trabalhador, tudo assegurando renda mínima em favor daquele que produz.

Sob o ângulo jurídico, verifica-se o direito de permanência no emprego, até contra a vontade do empregador, excluídas as hipóteses de motivo relevante da rescisão, previstas legalmente. Impede-se, portanto, a dispensa imotivada, abusiva, arbitrária. Difere das medidas que dificultam a rescisão, sem impedi-la, como a indenização e o aviso prévio.

“Garantia” tem sentido mais amplo que “estabilidade”. Neste ponto, cabe mencionar que — relativamente à mesma pessoa (do empregado) — entendo que garantia de emprego é utilizável preferencialmente ao termo estabilidade. Em se tratando de garantia, de forma genérica (lei assegurando número de vagas a determinada categoria ou contingente com necessidades especiais; emprego para menores aprendizes, em certa porcentagem, etc.) está claro que subsiste a terminologia.

Na classificação propugnada pelo último autor mencionado, são dois os tipos de estabilidade: a estabilidade geral e a estabilidade especial. A primeira (geral) é aquela endereçada a todos os empregados, como anteriormente contemplava a legislação trabalhista, ora revogada, que assegurava a estabilidade chamada de decenal. A segunda (especial), fixada por lei, diz respeito à condição pessoal do trabalhador (membro da CIPA; dirigente sindical, etc.). Também a convenção coletiva ou a sentença normativa pode reconhecer a estabilidade (trabalhador acidentado), assim como a jurisprudência ou, ainda, contrato individual.

4.2.3 A garantia de emprego no Direito positivo brasileiro

O instituto é originário do art. 149, da Constituição do Império, relacionado com os ofícios do exército e da armada. Foi reafirmado na Carta de 1881, que assegurou no art. 57 a vitaliciedade aos magistrados. A Lei n. 191-B garantiu aos empregados concursados da Fazenda demissão somente em caso de decisão judicial, passando a ser prevista em leis mais abrangentes a partir da Lei n. 1.924/15.

A Lei Eloy Chaves, de 24 de janeiro de 1923 — aplicável aos ferroviários —,

tornou real a estabilidade, no seu art. 42, após dez anos de serviços efetivos, exigindo inquérito administrativo para a dispensa.

Com a vigência da Carta Política de 5 de outubro de 1988, foi revogado o regime de estabilidade decenal.

A Constituição Federal vigente estabelece, no Capítulo II, (capítulo que menciona o rol dos direitos sociais), *a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil* (art. 7º, inciso XXX).

O legislador constituinte repetiu, de certa forma, o que constava do art. 158, III, da Carta Constitucional promulgada em 24 de janeiro de 1967, onde estava indicado o seguinte: “será proibida a diferença de salário e de critério de admissões por motivo de sexo, cor e estado civil”.

Já no Capítulo I, ao cuidar dos direitos e deveres individuais e coletivos, fixa, no *caput* do art. 5º, a declaração de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. E, no inciso I do art. 5º, reiterou, enfaticamente: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Incluiu a proteção à maternidade (art. 6º) e a licença-gestante, de 120 dias (art. 7º, XVIII). Trouxe a proteção ao trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei (art. 7º, XX).

Para Suzete Carvalho,³⁴¹ a licença-gestante, ampliada e a disposição do art. 7º, XX, poderiam servir de “faca de dois gumes” a apontar para a mulher trabalhadora, especialmente se combinado com o art. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Assim, não se torna compreensível o que determinada parte da doutrina (certamente minoritária) propugnava quanto à aplicabilidade do Capítulo III da Consolidação das Leis do Trabalho, que cuida da proteção do trabalho da mulher.

Exemplificativamente: Leila Maria Junqueira de Mendonça escreveu³⁴² que, ao trabalho feminino, integrado numa relação de emprego em que as partes se enquadram nas definições de empregador e empregado, não se aplicavam as normas do Capítulo III da CLT quando a mulher trabalhava em oficina em que servissem exclusivamente pessoas da família e estivesse sob a direção do esposo, do pai, da mãe, do tutor ou do filho. Tal interpretação foi sufragada por Adriano Campanhole no livro mencionado.

³⁴¹ CARVALHO, Suzete. A mulher e o Direito Constitucional do Trabalho. **Revista Synthesis**. São Paulo, v. 9, n. 89, p. 57.

³⁴² MENDONÇA, Leila Maria Junqueira de. **O trabalho feminino**, p. 11, *apud* CAMPANHOLE, Adriano, **Prática e jurisprudência trabalhista**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 1969, p. 203.

Sob a égide da Carta revogada, escreveu Oliveira³⁴³ que o direito de permanecer no emprego é princípio assente em todos os ordenamentos jurídicos dos povos cultos. Afirmou ainda que assim já foi considerado por Turgot, pela Revolução Francesa, por Stuart Mill, pela Constituição de Weimar, sendo ratificado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e pela Organização Internacional do Trabalho (Recomendações n. 199/63 e n. 166/82 e Convenção n. 158/82).

No Brasil — leciona Antonio Oliveira —, o princípio foi estabelecido nos arts. 136, 145, parágrafo único, e 180, respectivamente das Constituições de 1937, de 1946 e da que se achava em vigor (1967). Aduziu ainda que poucos países asseguravam tal direito e que, no Brasil, “é mero preceito moral”.

Mesquita Barros escreveu³⁴⁴ que foi a Inglaterra que editou a primeira lei trabalhista protetora do trabalho da mulher, em 1842. O primeiro marco para a mudança da mentalidade ocorreu em Havana em 1939, quando foi aprovada a Resolução sobre o Direito das Mulheres Casadas. Na Idade Média, as principais atividades das mulheres consistiam em atuação na agricultura, na ourivesaria e na tapeçaria.

As justificativas para a proteção jurídica à mulher — segundo o último autor citado — são constituídas de: 1) Causas fisiológicas e biológicas; 2) Causas sociais, morais e familiares; 3) Causas de justiça social.

A toda evidência, a menção a causas de natureza social e moral diz respeito, essencialmente, aos direitos humanos e à dignidade da pessoa (mulher) em face de sua vocação inelutável à geração dos novos brasileiros.

Segundo Mesquita Barros, outros entendem que a causa real foi a urgência em impedir a diminuição do trabalho masculino e o desequilíbrio social.

4.2.4 Convenções e normas internacionais de proteção à gestante

Os instrumentos internacionais de proteção ao trabalho da mulher constituem-se de convenções e tratados elaborados pela Organização das Nações Unidas (Convenção das Nações Unidas sobre eliminação de todas as formas de discriminação, de 1979) e pela Organização Internacional do Trabalho.

Especificamente, foi elaborada a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas

³⁴³ OLIVEIRA, Antonio Carlos de. A garantia do emprego. **Revista Synthesis**. São Paulo, n. 2, 1986. **Revista LTr**. v. 49, n. 8, 1985.

³⁴⁴ BARROS, Cássio Mesquita. Paridade e não discriminação entre homens e mulheres. **Revista Synthesis**. São Paulo, n. 27, 1998, p. 95.

de Discriminação contra a Mulher (CEDAW Convention, sigla em inglês), já referida.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW foi adotada em 18 de dezembro de 1979 pela Assembleia Geral das Nações Unidas e entrou em vigor em 3 de setembro de 1981, como resultado de reivindicação do movimento feminista a partir da primeira Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada no México, em 1975. Ratificada pelo Brasil em 1984, com reservas aos seus artigos 15, parágrafo 4º, e art. 16, parágrafo 1º, “a”, “c”, “g” e “h”, que tratam da igualdade entre homens e mulheres no âmbito da família, só foi completamente ratificada em 1994.

A convenção objetiva eliminar a discriminação e assegurar a igualdade entre mulheres e homens. Estabelece, entre outras obrigações, a urgência em acabar com todas as formas de discriminação contra as mulheres, para que se garanta o pleno exercício de seus direitos civis e políticos, bem como de seus direitos sociais, econômicos e culturais. O conteúdo da Declaração Universal, que diz respeito à indivisibilidade dos direitos humanos, é totalmente acolhido na Convenção, que pretende não só erradicar a discriminação contra as mulheres e suas causas, mas também estimular estratégias de promoção da igualdade.

A proibição da discriminação é unida à adoção de políticas compensatórias que acelerem a igualdade por meio de admissão de medidas afirmativas, especiais e temporárias voltadas a aliviar e remediar o padrão discriminatório que alcança as mulheres. A CEDAW alia a vertente punitiva à positiva promocional. Os Estados convenientes estabeleceram ainda mecanismo de monitoramento internacional para assegurar o cumprimento e observância dos direitos.

De conformidade com notícia de 21 de julho de 2012, o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, um dos dez Comitês de Direitos Humanos da ONU, completa trinta anos desde a realização de sua primeira sessão. Ao longo desse tempo, esse organismo, formado por 23 experts independentes, contribuiu para promover e garantir, individualmente ou em grupo, os direitos das mulheres nos 187 Estados-partes que ratificaram a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

A convenção, que vigora desde 1981, representa o mais importante instrumento internacional legalmente vinculante para garantir os direitos humanos das mulheres, consagrando a necessidade de eliminar todas as formas de discriminação contra elas como meio de garantir o pleno exercício de seus direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais. A principal tarefa do comitê é monitorar a implementação da convenção

no âmbito dos Estados Partes que a ratificaram. E faz isso a partir de rigorosa análise dos relatórios preparados pelos Estados, com a elaboração de observações finais cuja adoção é obrigatória em cada um deles. Ao fim do processo, as “observações finais” são publicadas pelo comitê.

Outra atividade relevante do comitê tem que ver com a elaboração de Recomendações Gerais, cujo objetivo tem sido promover o entendimento de conteúdos específicos da convenção. Um dos mais emblemáticos exemplos desse procedimento é a Recomendação Geral n.º 19, que trata da violência contra as mulheres, introduzindo o conceito de “formas intersectas de discriminação” das quais elas podem ser vítimas.

O comitê já elaborou 28 Recomendações Gerais e se encontra atualmente em processo de elaboração de outras seis, abordando temáticas atualíssimas, como 1) dissolução do casamento e suas consequências econômicas, 2) práticas danosas, 3) direitos humanos das mulheres em situações de conflito e pós-conflito, 4) acesso à Justiça, 5) mulheres que residem em áreas rurais e 6) igualdade de gênero para as apátridas, as que buscam asilo político e as que foram vulnerabilizadas por desastres naturais. Há, no presente momento, forte preocupação do comitê no sentido de reforçar os direitos das mulheres nos Estados Partes mais afetados pela crise financeira internacional, pois elas muitas vezes têm seus direitos mais básicos (propriedade, emprego, etc.) simplesmente tolhidos da ordem social nestes tempos difíceis.

Como se percebe, são muitos os desafios enfrentados pelo comitê. E não por outra razão procura manter uma relação sólida com os Estados Partes, para assegurar que adotem as necessárias medidas executivas, legislativas e judiciárias de proteção dos direitos das mulheres. Nesse mister o comitê conta com o apoio do próprio sistema da ONU e de inúmeras entidades não governamentais (ONGs) que, por terem vínculos estreitos com a sociedade civil, narram a ele questões de direito saídas da realidade dos Estados Partes, além de prepararem relatórios alternativos para sua apreciação. Cabe ainda destacar o apoio de instituições nacionais de direitos humanos e de indivíduos.

Apenas para ressaltar a especial importância da colaboração das ONGs na tomada de decisões do comitê, vale narrar que há pouquíssimo tempo uma delas reportou caso de discriminação ocorrido na Jordânia, onde mulheres haviam sido proibidas de transferir sua nacionalidade aos filhos. Nesse caso específico, o comitê considerou essa contribuição relevante a ponto de influir na avaliação geral desse Estado Parte.

As ONGs também já contribuíram para que o comitê apurasse fatos específicos por meio de inquéritos. Isso ocorreu no México, por exemplo, após a alegação de ocorrência de abusos, estupro e assassinatos de mais de 200 mulheres, com fortes indícios de veracidade. Ao final da fase de apuração, o relato das ONGs foi confirmado e influenciou de maneira decisiva no rol de observações feitas a esse país.

Cumpre também destacar a força crescente da jurisprudência elaborada pelo comitê. Isso porque diversas decisões proferidas por cortes e tribunais regionais e nacionais têm sido guiadas pelos entendimentos dele. A jurisprudência do comitê é produzida principalmente pelas decisões tomadas sob a égide do “Protocolo Opcional” à convenção. Esse instrumento, vigente desde 22/12/2000, permite que indivíduos dos Estados Partes denunciem supostas violações aos termos da convenção, por meio de petições individuais. Podemos mencionar um caso marcante de denúncia feita com fundamento no “Protocolo Opcional”, ocorrido nas Filipinas. Nesse caso específico, ao ter a queixa de estupro declinada em

decorrência de interpretação sexista e discriminatória dos agentes envolvidos, uma mulher passou a ser reconhecida pelo comitê como vítima de estereótipo negativo de gênero.

Inobstante todos os esforços despendidos pelo comitê, é importante salientar que a convenção, apesar de garantir o adequado rol de direitos das mulheres no âmbito dos Estados Partes, não pode, por si só, transformar a vida delas. Assim, tem-se que o comprometimento dos Estados Partes e um engajamento cada vez maior das ONGs, de instituições nacionais e internacionais de direitos humanos e de indivíduos são fundamentais para que os termos da convenção sejam, de fato, implementados.

Espera-se com isso que, num futuro não tão distante, o comitê tenha difundido intensamente a convenção, por meio das “observações finais” que encaminha aos Estados Partes, da jurisprudência que cria e das Recomendações Gerais que elabora. Isso porque a discriminação contra as mulheres só pode ser encarada como uma inaceitável negação dos direitos humanos, perpetuando realidades que beiram o inexplicável neste mundo que tanto tem avançado em outros campos da experiência humana.³⁴⁵

Constata-se, ainda, entre outros: o Protocolo de Berlim, de 1890; a Convenção de Berna, de 1906; o Tratado de Versalhes, de 1919; a Conferência de Paris, de 1980.

Países com características diversificadas (França, Austrália, Etiópia, Rússia, etc.) criaram organismos especiais destinados à melhoria, sob os mais diversos aspectos, da condição feminina na sociedade. Assim agiram sob influência da ONU e da OIT, mediante inúmeros instrumentos internacionais.

Na Europa, a Carta Social Europeia de 1961, com o Protocolo Adicional de 1998, dispõe sobre a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e de profissão. Os Estados-membros são chamados à adoção de medidas para a sua aplicação na formação profissional, acesso a emprego, readaptação profissional, reciclagem, desenvolvimento da carreira e remuneração. E, com essas providências, assegurar os direitos referidos.

Cabe menção ainda à Carta Comunitária dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores de 1989; ao Tratado da União Europeia de 1992; às Diretivas do Conselho de Ministros da Comunidade Europeia sobre a igualdade entre homens e mulheres e sobre a eliminação de qualquer forma de discriminação, aprovadas a partir de 1975.

Na legislação brasileira, os direitos da mulher permeiam da Carta da República (art. 5º, L; art. 7º, III, XVIII, XX; art. 226, § 5º; art. 6º; Lei n. 7.855/89, que derogou os artigos 374, 375, 378, 380, 387 e 446, todos da CLT; Lei n. 9.029/95 e Lei n. 7353/85).

³⁴⁵ PIMENTEL, Silvia, GREGORUT, Adriana S., JUNGSMANN, Luiza G. Comitê de Direitos Humanos da ONU: os 30 anos do Comitê Cedaw. **O Estado de São Paulo**, 21 jul. 2012.

Pelo Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher passou a integrar o Direito positivo.

A igualdade de tratamento e de oportunidade para a mulher resultou, também, do combate à discriminação, da efetivação dos direitos fundamentais e do fato que a mulher passou a ser agente econômico.

Lafer lembra que a etapa da especificação dos direitos humanos está centrada na tutela do ser vulnerável. E, entre outros, menciona a mulher.

O ponto de partida da elaboração dos direitos humanos é o princípio republicano da igualdade e o seu corolário, o princípio da não-discriminação. O desdobramento histórico deste ponto de partida norteia um processo de inclusão política, social, econômica e cultural. Daí, além da extensão dos direitos políticos, os direitos econômico-sociais. Estes estão direcionados para lidar com os problemas da exclusão material, promovendo a abrangência de oportunidades para a fruição dos bens que são criados numa sociedade e necessários para a dignidade da vida. Um componente da dicotomia inclusão/exclusão se traduz na percepção de que uma das funções dos direitos humanos é a de se ocupar dos mais débeis. Daí a etapa da especificação dos direitos humanos centrada na tutela do ser em situação, vulnerável por várias razões (deficientes físicos, crianças, idosos, mulheres, etc.).³⁴⁶

O conceito de discriminação é sintetizado por Mesquita Barros, fundamentado em normas internacionais, da forma seguinte:

Toda distinção, exclusão ou preferência fundada em raça, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional, origem social ou outra distinção, exclusão ou preferência especificada pelo Estado-Membro interessado, qualquer que seja sua origem jurídica ou prática e que tenha por fim anular ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego ou profissão. Resulta de um tratamento prejudicial ou de resultado prejudicial. Direta: tratamento desigual fundado em razões proibidas. Indireta: tratamento formalmente igual, mas produz, sobre determinado grupo, em virtude do critério utilizado, efeito diverso.³⁴⁷

A Convenção sobre a Discriminação n. 111 da Organização Internacional do Trabalho (1958) é o instrumento mais exaustivo a respeito da discriminação. Seu objetivo é eliminar, de todos os aspectos do emprego e da profissão, a discriminação fundada em raça, cor, sexo, religião, opinião política, origem nacional ou social ou qualquer outro critério proibido no plano interno.

³⁴⁶ LAFER, Celso. Variações sobre os direitos humanos. **O Estado de São Paulo**, 18 jul. 2007.

³⁴⁷ BARROS, Cássio Mesquita. Op. cit.

A referida Convenção define, no artigo 1º, a discriminação:

Para os fins da presente Convenção, o termo “discriminação” inclui toda disposição, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social que tenha como efeito destruir ou prejudicar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão.

São, portanto, três elementos:

- Um elemento factual (a existência de uma distinção, exclusão ou preferência que gerem um ato ou omissão) que constitua diferença de tratamento;
- Um motivo em que a diferença de tratamento se baseia; e
- O resultado dessa diferença de tratamento (eliminação ou prejuízo da igualdade de oportunidades ou tratamento).

A Carta da República, promulgada em 5 de outubro de 1988, trata, no Capítulo VII, das disposições a respeito da família, da criança, do adolescente e do idoso. Está permeada da invocação dos princípios dos Direitos Humanos — portanto, tornando-os direitos fundamentais — e, de modo expreso, indica, no art. 226, § 7º, o fundamento:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

O legislador constituinte, de 1988, foi mais além. Estabeleceu, no art. 10, inciso II, alínea “c”, que: “fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa [...] da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”. Anteriormente esse direito estava limitado às gestantes empregadas cujas categorias tivessem firmado acordo coletivo ou convenção coletiva.

Deve ser reconhecida a estabilidade provisória, quando, por meio de convenção coletiva, foi assegurado esse direito, a partir do conhecimento do empregador do estado gravídico da empregada, projetando-se o período estável até o fim do período normal da gravidez,

computando-se a esse o tempo de cinco meses após o parto, previsto na nova Constituição Federal.³⁴⁸

4.2.5 Garantia de emprego para a gestante: a evolução temporal da jurisprudência

Ainda na vigência da Carta revogada, avançou-se na interpretação, certamente sob a égide da proteção dos direitos da mulher e do nascituro, inspiradas nos Direitos Humanos, e, portanto, nos Direitos Fundamentais. Reconheceu-se a responsabilidade objetiva do empregador. Nesse sentido:

Garantia de emprego. A garantia de emprego à gestante assegura-lhe o direito a salários correspondentes ao período que inicia na data da concepção e se estende até a data convencionada pelo Sindicato representativo da categoria profissional com o empregador. Quando existe prova nos autos de que a gravidez teve início enquanto a empregada ainda mantinha contrato de trabalho com o empregador, são devidos os direitos decorrentes da proteção à maternidade, *independentemente de ser conhecida a gravidez na data do pré-aviso da despedida imotivada*.³⁴⁹

Há acórdão que situa com grande precisão a diferença entre o salário-maternidade, originariamente de responsabilidade da previdência social (e a interpretação da responsabilidade objetiva do empregador, caso houvesse questionamento a respeito), e a garantia de emprego constante da norma constitucional transitória.

O pagamento do salário maternidade prescinde de critério subjetivo (ciência da gravidez pelo empregador) e se funda em dados objetivos caracterizados pela gravidez da empregada e pela dispensa injusta (precedente TST Pleno Ag.-E-RR 6756/85 – Ac. TP 2459/86 – Relator Ministro Barata Silva – DJ de 7.11.86, p. 21599). A orientação do TST teve por escopo afastar as dificuldades evidentes que a empregada enfrentava, na prática, de provar a ciência do empregador, já que é na fase de cognição que se avulta a desigualdade dos trabalhadores. Esta orientação não foi alterada pela Constituição Federal de 1988, que além da licença maternidade assegurou nas Disposições Transitórias, garantia de emprego à empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. O termo “confirmar” não altera o critério objetivista, porquanto não significa comunicação da gravidez ao empregador, isto porque confirmar quer dizer ratificar, tornar uma coisa certa, enquanto comunicar pressupõe mensagem, informação que alguém presta a outrem (conf. Neste sentido Cano Martins – Suplemento

³⁴⁸ RONDÔNIA. Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região. **Processo n. 228/89**. Acórdão n. 557/89. Relator Pedro Pereira de Oliveira, Revista Synthesis n. 10, 1990, p. 201.

³⁴⁹ SANTA CATARINA. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. **Processo n. 1.150/85**. Acórdão n. 713/86. Relator Airton Minoggio do Nascimento, DJ 9.7.86, Revista Synthesis n. 4/87, p. 212.

Trabalhista – 56/90 – pub. LTr, Eduardo Gabriel Saad – Constituição e Direito do Trabalho, como também o Ac. TST RR 4277/90.8 – 2ª T. Rel. José Francisco da Silva – DJ de 8.2.91).³⁵⁰

As interpretações que surgiram após a promulgação da Carta eram intensamente conflitantes. Pendiam para todos os sentidos.

Anteriormente, o Prejulgado n. 14/65, do Tribunal Superior do Trabalho, dispunha: “Empregada gestante, dispensada sem motivo antes do período de seis semanas anteriores ao parto, tem direito à percepção do salário-maternidade”. Está claro que não se cogitava, ainda, da garantia de emprego, ou estabilidade.

Decisões entendiam que não somente não havia o direito ao salário-maternidade como também era encargo da trabalhadora provar, em juízo, seu estado e, ainda, que tivesse sido dispensada com o fito de que não viesse a gozar desse auxílio. Quanto a este último fato, trata-se de prova impossível, ao meu entendimento, *data venia*.

Não tem direito ao salário-maternidade a empregada que, dispensada no quarto mês de gestação, não prova que a empregadora tivesse conhecimento do seu estado, ou que tivesse sido dispensada com o fito de que não viesse a gozar desse auxílio.³⁵¹

O art. 391 da CLT estabelece que “não constitui justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez”. Entende-se que o legislador concluiu pela necessidade de enfatizar a excludente de justa causa. Há que considerar, certamente, o quadro histórico da edição da norma. À época da promulgação, a mulher ainda sofria restrições, em face das limitações na sociedade conjugal.

O art. 482 da CLT que trata dos fundamentos para a rescisão (resolução) do contrato de trabalho por justa causa, traz *numerus clausus*. É dispositivo de natureza penal. Logo, não se contempla outra hipótese para a dispensa, pelo empregador, por justa causa, senão aquelas constantes do referido dispositivo.

Sendo o art. 482 da CLT dispositivo de natureza penal-trabalhista, não se pode fugir ao princípio da reserva legal no que tange à tipificação dos ilícitos a que se referem seus incisos. Ausente um dos elementos

³⁵⁰ MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso Ordinário n. 3132/90**. Relatora Juíza Alice Monteiro de Barros, LTr. 55-09/1060.

³⁵¹ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Processo n. 1.061/65**. Relator Hélio Tupinambá Fonseca, *apud* CAMPANHOLE, Adriano, **Prática e jurisprudência trabalhista**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 1969, p. 221.

objetivos da relação de causalidade material não se configura a falta, desde que requisitados pela norma legal todos esses elementos para configuração da conduta antijurídica.³⁵²

Em matéria de justa causa, o legislador menciona, expressamente (art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho), as espécies de procedimento que devem ser consideradas pelo intérprete. Trata-se de “*numerus clausus*”. Vale dizer, não são meramente explicativas: são taxativas. Como escreveu Wagner D. Giglio:

Optou o legislador trabalhista brasileiro pelo sistema da enumeração rígida das justas causas, o que significa que só podem ser invocados os motivos relacionados em lei, e nenhum outro, para justificar a rescisão. Adotou-se, portanto, princípio semelhante ao vigente no Direito Penal: não há justa causa sem previsão legal expressa.³⁵³

Decorre a tipicidade da perfeita conformidade da conduta com a figura que a lei penal traça, sob a injunção do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Só os fatos típicos, isto é, meticulosamente ajustados ao modelo legal, se incriminam. Para constituir delito, deve a conduta corresponder fielmente à figura fixada em lei.³⁵⁴

Num primeiro momento, a precedência da moldura legal, que delimita a caracterização do procedimento repellido e incriminado, era de ordem meramente temporal, posto que era exigida a anterioridade da lei. Mas, agora, além dessa anterioridade, há que se buscar o corte da realidade. Lembra Cernicchiaro que:

[...] o tipo, modernamente, a fim de concretizar a idéia, precisa ser entendido como expressão de conduta. Logicamente, conduta na sua integralidade. Urge traduzir, empregando expressão já utilizada, corte da realidade. Projeção do que efetivamente acontece. [...] O tipo ao descrever a conduta, necessariamente, encerra o elemento subjetivo. [...] O tipo é síntese, traduz a complexidade referida.³⁵⁵

O conflito jurisprudencial então surgido a propósito da garantia de emprego à gestante, estabilidade essa consagrada no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, pode ser notado pelas ementas seguintes:

Em sentido contrário (à garantia):

³⁵² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 1.921/71**. Acórdão 1.817/73. Relator Ministro Leão Velloso, 3ª T., DJU. 18 fev. 74, p. 781, *apud* CARRION, Valentin. **A nova jurisprudência em Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 106.

³⁵³ GIGLIO, Wagner D. **Justa Causa...** Op. cit., p. 17.

³⁵⁴ GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 4. ed., São Paulo: Max Limonad, v. 1, t. 1, p. 196.

³⁵⁵ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Tipo de culpabilidade. **Jornal do Magistrado**, n. 37, jul. 1996.

Estabilidade provisória. Gestante. A estabilidade provisória da gestante, prevista no art. 10, inciso II, letra “b”, da Constituição Federal de 1988, pressupõe para a sua fruição que a empregada dê ciência ao empregador de seu estado gravídico antes da rescisão do contrato ou, no máximo, durante o período de projeção do aviso prévio quando este restar “indenizado”. Descabe invocar, na espécie, a chamada responsabilidade objetiva, admissível com base no Enunciado nº 142 do TST para a pretensão indenizatória do benefício pertinente à licença-maternidade. Impossível exigir-se do empregador, como devedor de uma obrigação de não fazer, que se abstenha da prática de um ato em face de uma causa omitida pelo credor daquela mesma obrigação. Nos termos do artigo 879 do Código Civil, “se a prestação do fato se impossibilitar sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação”.³⁵⁶

A comunicação ou ciência do empregador do estado gravídico da empregada é condição indispensável para que esta usufrua da estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988. A responsabilidade objetiva do empregador que promove a dispensa da empregada grávida, desconhecendo esse fato, é restrita à indenização do salário-maternidade.³⁵⁷

Gestante - Salário-maternidade - A Constituição da República de 1988 assegurou, especificamente à gestante, dois direitos: licença, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 (cento e vinte) dias (art. 7º, inciso XVIII); proibição de dispensa arbitrária ou sem justa causa, desde a confirmação até 5 (cinco) meses após o parto (art. 10, inciso II, letra b do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). Em relação ao primeiro benefício, dispensada a empregada sem motivo, antes do período de afastamento, tem direito à percepção do salário-maternidade, pela adoção do chamado princípio da responsabilidade objetiva do empregador, como deflui da jurisprudência compendiada no Enunciado de Súmula nº 142 do TST. No que pertine à garantia de emprego, exigiu o legislador constitucional a prévia comprovação da gravidez, sem o que a empregada gestante não pode usufruir do direito assegurado na Constituição. Recurso conhecido e parcialmente provido.³⁵⁸

Estabilidade. Aquisição durante o aviso prévio. A dação do aviso prévio acarreta o direito à eficácia extintiva do contrato de trabalho, não podendo a empregada beneficiar-se da garantia da estabilidade provisória se o início da gravidez ocorreu no curso do aviso, pois a proibição legal da dispensa refere-se àquelas hipóteses em que o obreiro, no momento do aviso prévio, já se encontrava protegido por aquela garantia.

O direito potestativo da rescisão contratual já se exercitara quando inexistente óbice legal, sujeito entretanto os respectivos efeitos a termo certo, quer retroagem à data da comunicação da dispensa (art. 123 do CC). Assim, a superveniência de estabilidade contratual, durante o transcurso

³⁵⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 158.951/95.5**. Acórdão n. 3965/95. Relator Ministro Euclides Alcides Rocha, 1ª T., DJ 08 set. 1995, p. 28.655.

³⁵⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 159.997/95.8**. Acórdão n. 3.733/95. Relator Ministro Euclides Alces Rocha, 1ª T., j. 16 out. 95, LTr. 60-01/67.

³⁵⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 94.197/93.4**. Acórdão n. 04104/94. Relator Ministro Indalécio Gomes Neto, 1ª T., DJ 30 set. 1994, p. 26.337.

do aviso prévio, não tem o condão de impedir a rescisão do contrato de trabalho. Recurso a que se nega provimento.³⁵⁹

As decisões que seguem, do Tribunal Superior do Trabalho, militam pelo reconhecimento da responsabilidade objetiva do empregador.

Estabilidade provisória de empregada gestante - irrelevância do desconhecimento do estado gravídico pelo empregador, no ato da dispensa - O fato de o empregador não estar ciente, no momento da dispensa, do estado gravídico da empregada, não afasta a incidência da norma constitucional (art. 7º, inc. XVIII, da Constituição Federal de 1988), cujos efeitos não podem ser frustrados a partir da interpretação ampliativa que se confira ao disposto no art. 10, inc. II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.³⁶⁰

Estabilidade gestante. Salário maternidade. Se a própria empregada, ao tempo da dispensa, ignorava a gestação, não se beneficia da estabilidade de gestante. Entretanto, faz jus ao salário maternidade se dispensada sem justa causa, pois o conhecimento ou não da gravidez é irrelevante (Inteligência da súmula nº 142 do TST) para tal fim. Revista patronal conhecida e provida.³⁶¹

Gestante - Despedida sem justa causa - Empregada gestante, despedida sem justa causa, faz jus aos direitos do período da estabilidade provisória assegurado por norma Constitucional, independentemente da confirmação do estado gravídico após a extinção do contrato de trabalho. Recurso de Revista a que se nega provimento.³⁶²

Gestante - Estabilidade provisória - A comunicação à Empresa do estado de gravidez não é indispensável, uma vez que a garantia de emprego à gestante é um mandamento constitucional, sendo devidos os salários do período da garantia do emprego (Art. 7º, XVIII, da Constituição Federal, combinado com o art. 10, II, "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).³⁶³

Gestante - Estabilidade provisória - A comunicação à Empresa do estado de gravidez não é indispensável, uma vez que a garantia do emprego à gestante é um mandamento constitucional, sendo devidos os salários do período da garantia do emprego (art. 7º XVIII, da Constituição Federal combinado com o art. 10, II, "b", do Ato das Disposições Constitucionais

³⁵⁹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. **Processo n. 1.418/95**. Acórdão n. 280/96. Relatora designada Juíza Heloísa Pinto Marques, 2ª T., Informativo Bimestral da Associação dos Magistrados do Trabalho da 10ª Região n. 2, p. 11.

³⁶⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 181.496/95.3**. Acórdão n. 02.495/96. Relator Ministro Valdir Righetto, 4ª T., DOJU n. 100, seção I, 24 maio 1996, p. 17.692.

³⁶¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 312.775/96.3**. Relator Ministro João Oreste Dalazen, DOJU n. 87, seção I, 9 maio 1997, p. 18.522.

³⁶² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 109436/94.9**. Acórdão n. 4502/94. Relator Ministro Lourenço Prado, 1ª T., DJ 14 out. 1994, p. 27.723.

³⁶³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 125.407/94.4**. Acórdão 0209/95. Ministro Leonaldo Silva, 4ª T., DJ 24 mar. 1995, p. 7.007.

Transitórias).³⁶⁴

Estabilidade provisória de empregada gestante - Irrelevância do desconhecimento do estado gravídico, pelo empregador, no ato da dispensa - O fato de o empregador não estar ciente, no momento da dispensa, do estado gravídico da empregada, não afasta a incidência da norma constitucional (art. 7º, inc. XVIII da Constituição Federal de 1988), cujos efeitos não podem ser frustrados a partir de interpretação ampliativa que se confira ao disposto no art. 10, inc. II, alínea “b” do ato das disposições constitucionais transitórias.³⁶⁵

Gestante - Estabilidade provisória - O desconhecimento da gravidez tanto pelo empregador quanto pela empregada não retira o benefício da proteção constitucional à maternidade. Basta para a aquisição da estabilidade provisória a concepção ao tempo do vínculo empregatício. A responsabilidade objetiva do empregador dispensa a comunicação do estado gestacional como condição ao direito da obreira.³⁶⁶

Estabilidade provisória. Gestante. Ante o disposto no art. 10, inciso II, letra “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, faz jus a reclamante à estabilidade provisória ali prevista. Não sendo caso de reintegração, determina-se o pagamento do período estabilitário como indenização.³⁶⁷

Gestante - Estabilidade provisória - A estabilidade provisória está assegurada à empregada gestante em razão da maternidade. A circunstância de o empregador desconhecer o estado gravídico da empregada não elide os direitos garantidos por conta da maternidade a partir do fato objetivo da gravidez. Trata-se, portanto, de responsabilidade objetiva de quem assalaria, descabendo fixar prazos para a ciência do empregador, uma vez que a norma hierarquicamente superior não o fez. De outra parte, o dispositivo constitucional refere-se à *confirmação* da gravidez, que não pode ser interpretada como sendo *comunicação* ao empregador (art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal/88 combinado com o art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). Revista provida.³⁶⁸

Gestante. Estabilidade provisória. A estabilidade provisória está assegurada à empregada gestante em razão da maternidade. A circunstância de o empregador desconhecer o estado gravídico da empregada não elide os direitos garantidos por conta da maternidade, a partir do fato objetivo da gravidez. Trata-se, portanto, de responsabilidade objetiva de quem assalaria, descabendo fixar prazos para a ciência do empregador, uma vez que a norma hierarquicamente superior não o fez. De outra parte, o dispositivo constitucional refere-se à

³⁶⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 147.509/94.4.** Acórdão n. 3.052/95. Relator Ministro Leonaldo Silva, 4ª T., DJ 23 jun. 95, p. 19.765.

³⁶⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 138.264.** Acórdão n. 1437/95. Relator Ministro Antonio Maria Thaumaturgo Cortizo, 5ª T., DJ 19 maio 1995, p. 14.282.

³⁶⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 69060/93.9.** Acórdão n. 5397/94. Relator Ministro Roberto Della Manna, 3ª T., DJ 07, abr. 1995, p. 9.134.

³⁶⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 155.768/95.8.** Acórdão n. 4653/95. Relator Ministro Galba Velloso, 4ª T., DJ 22 set. 95, p. 30.958.

³⁶⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista 191.553/95.1.** Acórdão n. 4.930/96. Relator Ministro Leonaldo Silva, 4ª T., DOJU n. 169, seção I, 30 ago. 1996, p. 30.947/30.948.

*confirmação da gravidez, que não pode ser interpretada como comunicação ao empregador (art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal /88 combinado com o art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). Revista provida.*³⁶⁹

Assim, depois da emissão de algumas orientações jurisprudenciais, o Tribunal Superior do Trabalho resolveu incluir, na Súmula, a matéria, nos termos seguintes:

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade. (art. 10, II, “b” do ADCT). (ex-OJ nº 88 - DJ 16.04.2004)

II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade. (ex-Súmula nº 244 – Res 121/2003, DJ 21.11.2003)

III - Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa. (ex-OJ nº 196 - Inserida em 08.11.2000).³⁷⁰

A proteção à gestante e ao nascituro tornou-se de tal eficácia que até mesmo norma coletiva, que dispunha em sentido contrário, não foi admitida.

O art. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias protege o fato objetivo da gravidez, sendo irrelevante que dele tenha conhecimento o empregador. *Não pode prevalecer norma coletiva que estabeleça de modo diverso.*³⁷¹

O Tribunal Superior do Trabalho, em decisões de grande atualidade, publicadas em 13 de setembro de 2012, reconheceu o direito fundamental, em face de sua indisponibilidade.

Reiterou a impossibilidade de norma coletiva limitar o direito. A cláusula impugnada dizia que, na hipótese de dispensa sem justa causa, a empregada deveria comprovar que o início da gravidez aconteceu antes do início do aviso prévio, por meio da apresentação de atestado médico, sob pena de decadência do direito.

Os ministros da Sessão Especializada em Dissídios Coletivos (SDC) do Tribunal

³⁶⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 199.807/95.7**. Acórdão n. 6.038/96. Relator Ministro Leonaldo Silva, 4ª T., DOJU n. 203, seção I, 18 out. 1996, p. 40.121.

³⁷⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n. 244**. Resolução n. 129/2005. Gestante: estabilidade provisória. Incorporadas as Orientações Jurisprudenciais n. 88 e n. 196 da SDI-1. DJ 20, 22 e 25 abr. 2005. A redação do inciso III foi alterada em 14 de setembro de 2012, como se verá mais adiante.

³⁷¹ PARÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. **Processo n. 5.566/96**. Acórdão 4.12.96. Relatora Juíza Rosita de Nazaré Sidrim Nassar, 2ª T., LTr. 61-04/548.

Superior do Trabalho anularam cláusulas de acordos coletivos de trabalho que se opunham à garantia de emprego da gestante, direito previsto na Constituição Federal de 1988. De acordo com os ministros, o artigo 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias confere estabilidade provisória à empregada gestante, desde a confirmação da gravidez, independente de sua comunicação ao empregador.

Sobre o tema, a SDC julgou, na última sessão, quatro recursos que tratavam de acordos coletivos que dispunham, entre outros pontos, de restrições a esse direito — quando a empregada engravida durante o aviso prévio.

O Ministério Público do Trabalho (MPT) questionou idênticas restrições impostas em quatro acordos coletivos. A cláusula dizia que na hipótese de dispensa sem justa causa, a empregada deveria comprovar que o início da gravidez aconteceu antes do início do aviso prévio, por meio da apresentação de atestado médico, sob pena de decadência do direito.

Em todos os casos, o Ministério Público do Trabalho sustentou ser ilegal cláusula em que se condiciona a garantia do emprego à apresentação de atestado médico comprobatório de gravidez anterior ao aviso prévio. Isso porque, segundo a instituição, desde a concepção até cinco meses após o parto, a Constituição Federal garante o emprego da gestante, não sendo cabível, por meio de instrumento coletivo, imporem-se condições ao exercício desse direito. Ainda de acordo com o MPT, a concepção, na vigência do aviso prévio, não afastaria o direito ao emprego, uma vez que esse período integra o contrato de trabalho para todos os efeitos legais.

O ministro Maurício Godinho Delgado, relator de um dos recursos julgados (Recurso Ordinário n. 406000-03), ressaltou em seu voto que condicionar a estabilidade no emprego à apresentação de atestado comprobatório de gravidez anterior ao aviso prévio, sob pena de decadência, ultrapassa os limites da adequação setorial negociada. Isso porque, de acordo com o ministro, essa condicionante flexibiliza, indevidamente, o direito à estabilidade provisória da empregada gestante, constitucionalmente previsto e revestido de indisponibilidade absoluta.

A Constituição Federal reconhece os instrumentos jurídicos clássicos da negociação coletiva — convenções e acordos coletivos de trabalho —, disse o ministro. Entretanto, frisou, existem limites jurídicos objetivos à criatividade normativa da negociação coletiva trabalhista. As cláusulas desses acordos referentes à estabilidade da gestante limitam direito revestido de indisponibilidade absoluta, garantido na Constituição, não merecendo,

portanto, vigorarem no mundo jurídico laboral coletivo, concluiu o ministro.³⁷²

Finalmente, foi publicada, em 17 de abril de 1995, a Lei n. 9.029, que proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para o acesso à relação de emprego ou para a sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXII do art. 7º da Constituição Federal.³⁷³

Trata-se, sem embargos, do ápice da aplicação dos Direitos Fundamentais no âmbito do Direito do Trabalho, na proteção legal às mulheres.

Houve inserção, no Direito positivo, de novo delito-tipo, com especificação minudenciosa das penas. Foi consignada ainda, ao agente ativo do crime, a possibilidade de escolha: reintegração com pagamento dos direitos do período ou pagamento em dobro da remuneração devida, pelo período de afastamento.

É oportuna a referência ao v. acórdão do Supremo Tribunal Federal, prolatado no Recurso Extraordinário n. 287905-SC:

Empregada Gestante e Contrato por Prazo Determinado (Transcrições)
EMENTA: CONSTITUCIONAL. GESTANTE: LICENÇA. C.F., art. 7º, XVIII; ADCT, art. 10, II, *b*. CONTRATO TEMPORÁRIO.
 I. – À duração por prazo certo do contrato sobrevém gravidez que a

³⁷² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso Ordinário n. 406000-03.2009.5.04.0000.**

³⁷³ BRASIL. **Lei n. 9.029**, 13 abr. 1995. DOU 17 abr. 1995, seção I, p. 5.361. Proíbe a exigência de atestado de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho e dá outras providências. “Art. 1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXII do art. 7º da Constituição Federal. Art. 2º Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias: I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez: II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem: a) indução ou instigamento à esterilização genética; b) promoção do controle da natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde - SUS. Pena: detenção de um a dois anos e multa. Parágrafo único - São sujeitos ativos dos crimes a que se refere este artigo: I - a pessoa física empregadora; II - o representante legal do empregador, como definido na legislação trabalhista; III - o dirigente, direto ou por delegação, de órgãos públicos e entidades das administrações públicas direta, indireta, e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Art. 3º Sem prejuízo do prescrito no artigo anterior, as infrações do disposto nesta Lei são passíveis das seguintes cominações: I - multa administrativa de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em cinquenta por cento em caso de reincidência; II - proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais. Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, faculta ao empregado optar entre: I - a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais. II - a percepção, em dobro da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais. Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. Art. 6º Revogam-se as disposições em contrário.”

Constituição protege com licença por 120 dias – C.F., art. 7º, VIII – que não protege a mulher-trabalhadora, mas ao nascituro e ao infante. Por isso, a temporariedade do contrato não prejudica a percepção da licença à gestante, se os últimos 120 dias da gestação têm início ainda na vigência do contrato.

II. – RE conhecido e não provido.

Voto-vista: - O Segundo Grupo de Câmaras do Eg. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, às fls. 62-66, em *mandado de segurança*, decidiu pelo *direito da professora admitida em caráter temporário na rede oficial de ensino catarinense à percepção da licença-gestante, desde que os últimos cento e vinte dias da gestação se iniciem na vigência do contrato de trabalho, por se tratar de proteção conferida pela Lei Maior ao nascituro.*

Daí o *recurso extraordinário* interposto pelo *ESTADO DE SANTA CATARINA*, às fls. 71-79, fundado no art. 102, III, *a*, da Constituição Federal, com alegação de *ofensa aos arts. 2º; 7º, XVIII; 37, caput, II e IX; e 39, § 2º, da mesma Carta.*

Inadmitido o recurso (fl. 87), subiram os autos em virtude do provimento do agravo de instrumento em apenso.

A *Procuradoria Geral da República*, em parecer lavrado pela ilustre Subprocuradora-Geral da República Maria Caetana Cintra Santos, *opinou pelo parcial conhecimento do recurso e, nessa parte, pelo seu desprovimento* (fls. 98-102).

Na *Sessão* de 05.10.2004, a eminente Relatora, *Ministra Ellen Gracie*, *conheceu do recurso e deu-lhe provimento*, no que foi acompanhada, posteriormente, pelo eminente *Ministro Joaquim Barbosa*, em voto-vista proferido em 26.4.2005 (certidões de fls. 104 e 107).

Pedi vista dos autos, que me foram encaminhados em 20.6.2005. Em 27.6.05, mandei os autos à Mesa, a fim de retomarmos o julgamento do recurso.

Passo a votar.

O Tribunal *a quo* decidiu:

“– Administrativo. Professora temporária.

- A temporariedade do contrato das professoras admitidas no regime da Lei nº 8.391/91 não prejudica a percepção da licença à gestante, se os últimos 120 dias da gestação têm início ainda na vigência do contrato.

- É que, à duração por prazo certo do contrato, sobrevém acontecimento natural que a Constituição Federal protege com licença por 120 dias, que não é uma benesse ao trabalhador, mas uma proteção ao nascituro e ao infante.

- Quanto à admissão da impetrante como professora temporária em 1998, não há prova de que ela tivesse se submetido a processo seletivo ou comparecido perante a Junta Médica, como alega.

- Segurança parcialmente deferida.” (Fl. 62)

Com a *vênia* da eminente Ministra Ellen Gracie e do não menos eminente Ministro Joaquim Barbosa, penso que o acórdão recorrido decidiu com acerto.

No julgamento do RMS 24.263/DF, por mim relatado, decidiu esta 2ª Turma:

“**EMENTA:** CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. LICENÇA-GESTANTE. EXONERAÇÃO. C.F., art. 7º, XVIII; ADCT, art. 10, II, *b*.

I. - Servidora pública exonerada quando no gozo de licença-gestante: a exoneração constitui ato arbitrário, porque contrário à norma constitucional: C.F., art. 7º, XVIII; ADCT, art. 10, II, *b*.

II. - Remuneração devida no prazo da licença-gestante, vale dizer, até cinco meses após o parto. Inaplicabilidade, no caso, das Súmulas 269 e 271-STF.

III. - Recurso provido.” (“DJ” de 09.5.2003)

No RMS 21.328/DF, também de minha relatoria, decidiu esta 2ª Turma:

“**EMENTA:** CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO. FUNGIBILIDADE. C.F., art. 102, II, *a*. CONSTITUCIONAL. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GRAVIDEZ. C.F., art. 7º, I; ADCT, art. 10, II, *b*.

I. - Conversão do recurso extraordinário em ordinário, tendo em vista a ocorrência da hipótese inscrita no art. 102, II, *a*, da Constituição.

II. - Estabilidade provisória decorrente da gravidez (C.F., art. 7º, I; ADCT, art. 10, II, *b*). Extinção do cargo, assegurando-se à ocupante, que detinha estabilidade provisória decorrente da gravidez, as vantagens financeiras pelo período constitucional da estabilidade.

III. - Recurso improvido.” (“DJ” de 03.5.2002)

No RE 273.801/DF, acentuei que a responsabilidade do empregador, no caso da estabilidade provisória da gestante é objetiva (ADCT, art. 10, II, *b*). Confirmada a gravidez, adquire a empregada estabilidade provisória até cinco meses após o parto. Ora, se a dispensa, com o término do prazo contratual, ocorreu quando a gravidez já existia, ofendeu ela o dispositivo constitucional.

No caso, o acórdão concedeu apenas a licença-gestante (C.F., art. 7º, XVIII), benefício estendido aos servidores públicos pelo art. 39, § 3º, da mesma Carta.

Com acerto, decidiu o acórdão, conforme voto do eminente Desembargador João José Schaefer:

“[...]

Estando a menos de dois meses do parto ao encerrar-se o contrato de trabalho, neste há de integrar-se, sem dúvida, a licença a gestante que a Constituição garante por 120 dias, sem prejuízo do salário, pois à duração por prazo certo do contrato, sobreveio acontecimento natural que a Constituição protege com licença por 120 dias, o que não é uma benesse ao trabalhador, mas uma proteção ao nascituro e ao infante.

[...]” (Fl. 65)

Nos AI 448.572/SP e 395.255/SP, o eminente Ministro Celso de Mello, examinando questões semelhantes, anotou que “*a empregada gestante tem direito subjetivo à estabilidade provisória prevista no art. 10, II, b, do ADCT/88, bastando, para efeito de acesso a essa inderrogável garantia social de índole constitucional, a confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez, independentemente, quanto a este, de sua prévia comunicação, revelando-se irrita, de outro lado e sob tal aspecto, a exigência de notificação à empresa, mesmo quando pactuada em sede de negociação coletiva*” (“DJ” de 22.4.2004 e 02.12.2003).

Do exposto, com a *vênia* da eminente Relatora e do não menos eminente Ministro Barbosa, conheço do recurso e nego-lhe provimento.³⁷⁴

As alterações na jurisprudência uniformizada tardaram a ocorrer, nada obstante a promulgação da Carta de 1988. É o que se verifica pela ementa seguinte:

³⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 287.905/SC**. Relator Ministro Carlos Velloso.

À luz do art. 10, *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988, fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. O que se pretendeu com esse dispositivo foi garantir o emprego e não as verbas ressarcitórias.

É certo que o Enunciado n. 244 do Colendo TST prevê que “a garantia de emprego à gestante não autoriza a reintegração assegurando-lhe apenas o direito a salários e vantagens correspondentes ao período e seus reflexos”. Ocorre que esse Enunciado foi editado antes da Carta de 88, quando se assegurava à empregada gestante estabilidade provisória por um curto período de noventa dias após o término da licença maternidade, como previsto em Precedente Normativo do TST, posteriormente alterado em face da vigência da Constituição Federal de 1988, que ampliou essa garantia, vedando a dispensa arbitrária da gestante.

Afora as hipóteses de dispensa fundada nas razões previstas no art. 165, aplicável por analogia, o objetivo da Carta Magna é proteger o emprego contra a resilição unilateral do contrato de trabalho pelo empregador impedindo que a função fisiológica da mulher no processo de reprodução constitua causa de discriminação, ou embaraço ao exercício do seu direito ao trabalho. Portanto, o que se deve impor, caso dispensada a empregada, é a reintegração no emprego, diante do fim perseguida pela normativa em questão. Se a empregada deixa transcorrer, injustificadamente, todo o período relativo à estabilidade provisória e ingressa em juízo, só posteriormente, inviabilizando a reintegração, não há como assegurar-lhe as vantagens pecuniárias correspondentes.

A rigor, o que a empregada pretende, agindo dessa forma, não é o emprego, mas as vantagens pecuniárias advindas da estabilidade provisória. Comportamento dessa natureza implica exercício abusivo do direito de ação, porque desviado de sua finalidade.³⁷⁵

4.2.6 Garantia de emprego à gestante: alteração de Súmula do Tribunal Superior do Trabalho

O reconhecimento do direito fundamental, e à luz da decisão do c. Supremo Tribunal Federal, resultou na alteração, em setembro de 2012, do inciso III da Súmula n. 244, que estava assim redigido:

III - Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa. (ex-OJ nº 196 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000)

O inciso III passou a contar com outra redação, nos termos seguintes: “III – A

³⁷⁵ MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso Ordinário n. 13.123/97**. Relatora Juíza Alice Monteiro de Barros, Revista LTr. n. 63 jan. 1962.

empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do ADCT, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.”

Recentíssimo acórdão do c. Tribunal Superior do Trabalho invoca exatamente o princípio da dignidade da pessoa humana para reconhecer a estabilidade de gestante, que fora admitida mediante contrato a termo. Tal decisão espelha, sem a menor possibilidade de embargo, a dinâmica da atuação dos princípios constitucionais, nada obstante a legislação infraconstitucional que limitava a duração do contrato de trabalho:

RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE DA GESTANTE. CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO. NORMATIZAÇÃO ESPECIAL E PRIVILEGIADA À MATERNIDADE CONTIDA NA CARTA DE 1988. ARTS. 10, II, B, DO ADCT, ARTS. 7º, XVIII E XXII, 194, 196, 197, 200, I, 227, CF/88. RESPEITO, FIXADO NA ORDEM CONSTITUCIONAL, À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, À PRÓPRIA VIDA, AO NASCITURO E À CRIANÇA (ART. 1º, III, E 5º, CAPUT, DA CF). Em princípio, a lógica dos contratos a termo não permite qualquer possibilidade de maior integração do trabalhador na empresa, além de já preestabelecer o final do próprio vínculo empregatício. Em face disso, em regra, o instituto da garantia de emprego é inábil a produzir, no contexto dos contratos a termo, a mesma extensão de efeitos que seguramente propicia na seara dos contratos indeterminados. Por outro ângulo, contudo, é certo dizer que a lógica dos contratos a termo é perversa e contra ela se contrapõe todo o Direito do Trabalho, já que esse ramo jurídico especializado busca aperfeiçoar as condições de pactuação da força de trabalho no mercado. Por essas razões, a legislação busca restringir ao máximo suas hipóteses de pactuação e de reiteração no contexto da dinâmica justralhista. Note-se que a CLT não prevê a situação da gravidez como situação excepcional a impedir a ruptura contratual no contrato a termo. Contudo o art. 10, II, do ADCT da Constituição, em sua alínea b, prevê a estabilidade provisória à “empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”. Estipula, assim, a vedação à dispensa arbitrária ou sem justa causa. Ressalte-se que a maternidade recebe normatização especial e privilegiada pela Constituição de 1988, autorizando condutas e vantagens superiores ao padrão deferido ao homem — e mesmo à mulher que não esteja vivenciando a situação de gestação e recente parto. É o que resulta da leitura combinada de diversos dispositivos, como o art. 7º, XVIII (licença à gestante de 120 dias, com possibilidade de extensão do prazo, a teor da Lei 11.770/2008, regulamentada pelo Decreto 7.052/2009) e das inúmeras normas que buscam assegurar um padrão moral e educacional minimamente razoável à criança e ao adolescente (contidos no art. 227, CF/88, por exemplo). De par com isso, qualquer situação que envolva efetivas considerações e medidas de saúde pública (e o período de gestação e recente parto assim se caracterizam) permite tratamento normativo diferenciado, à luz de critério jurídico valorizado pela própria Constituição da República. Note-se, ilustrativamente, a esse respeito, o art. 196 que firma ser a saúde “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução

do risco de doença e de outros agravos...”; ou o art. 197, que qualifica como de “relevância pública as ações e serviços de saúde...”, além de outros dispositivos, como artigos 194, 200, I, e 7º, XXII, CF/88. A estabilidade provisória advinda da licença maternidade decorre da proteção constitucional às trabalhadoras em geral e, em particular, às gestantes e aos nascituros. A proteção à maternidade e à criança advém do respeito, fixado na ordem constitucional, à dignidade da pessoa humana e à própria vida (art. 1º, III, e 5º, caput, da CF). E, por se tratar de direito constitucional fundamental, deve ser interpretado de forma a conferir-se, na prática, sua efetividade. Nesse sentido, não pode prevalecer o posicionamento adotado pelo TRT, que conferiu preponderância aos efeitos dos contratos a termo — especificamente em relação à garantia de emprego — em detrimento da estabilidade assegurada às gestantes, na forma do art. 10, II, b, do ADCT. Nessa linha, está realmente superada a interpretação exposta no item III da Súmula 244 do TST. Inclusive o Supremo Tribunal Federal possui diversas decisões — que envolvem servidoras públicas admitidas por contrato temporário de trabalho —, em que expõe de forma clara o posicionamento de garantir à gestante o direito à licença-maternidade e à estabilidade, independentemente do regime jurídico de trabalho. Sob esse enfoque, o STF prioriza as normas constitucionais de proteção à maternidade, lançando uma diretriz para interpretação das situações congêneres. Recurso de revista conhecido e provido.³⁷⁶

Evidencia-se, portanto, a dinâmica na evolução nos Direitos Fundamentais, a influência notória dos Direitos Humanos, agora reconhecida pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

A evolução jurisprudencial, em face da consideração dos Direitos Fundamentais e de sua influência no Direito do Trabalho, foi tema da exposição da Ministra Maria de Assis Calsing e de Luiz Carlos Amorim Robortella, no Sétimo Colóquio patrocinado pela Academia Nacional de Direito do Trabalho.

O evento, que ocorreu em 25 de outubro de 2012, em São Paulo, no Teatro Maksoud, trazia, como tema, exatamente: “Novas súmulas do Tribunal Superior do Trabalho e o papel da jurisprudência: em debate a ultratividade das cláusulas normativas e a natureza dos contratos de prazo determinado”.

No painel em causa — de que participaram os acadêmicos já mencionados —, cuidava-se de examinar a “natureza dos contratos de prazo determinado: garantia de emprego ao acidentado do trabalho e à mulher no contrato de experiência”.

Para o acadêmico Robortella, “Os Direitos Fundamentais passaram a ser o núcleo dogmático do Direito do Trabalho” e o “conteúdo axiológico da Constituição (ou seja,

³⁷⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 69-70.2011.5.12.0007.**

também do Direito do Trabalho) é exatamente definido pelos Direitos Fundamentais Humanos”.³⁷⁷

Ao comentar a evolução jurisprudencial, a Ministra Maria de Assis Calsing afirmou³⁷⁸ que os precedentes jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho, que ensejaram a inclusão do item III da Súmula 244, obedeceram à seguinte evolução: 1) a prevalência da natureza do contrato por prazo determinado (ou seja, a mera extinção do ajuste com o implemento do termo), o que afastava a consideração da natureza discriminatória; 2) a vigência superveniente do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, de 5 de outubro de 1988 (art. 10, inciso II, alínea “b”); 3) a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quanto ao regime jurídico: a admissão mediante contrato por prazo determinado, de curta duração, ou indeterminado, não afasta o direito à estabilidade, porque ultrapassa a pessoa da trabalhadora e visa, também, a proteção do nascituro.

Indicou, ainda, a fundamentação: 1) a proteção à maternidade; 2) o art. 6º, da Constituição Federal; 3) o art. 7º, inciso XVII, da Carta da República; 4) o direito do nascituro; 5) a não distinção, pelo art. 10, inciso II, alínea “b”, do ADCT, da natureza do contrato (a termo ou por prazo indeterminado); 6) a responsabilidade social da empresa; 7) a prevalência dos Direitos Fundamentais sobre a natureza jurídica dos contratos por prazo determinado.³⁷⁹

Cabe recordar que súmula de perfil ordinário é mero resultado paradigmático a ser autonomamente observado pelos magistrados sem caráter impositivo.³⁸⁰

4.2.5.1 Gênese da Súmula, em geral, como expressão de uniformidade

É oportuno o exame da Súmula dos Tribunais, para que seja admitido o estudo da melhor forma de considerar a possibilidade de alteração do entendimento dos Tribunais Superiores.

A Comissão de Jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal, ao publicar, pela

³⁷⁷ ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Natureza dos contratos de prazo determinado: garantia de emprego ao acidentado do trabalho e à mulher no contrato de experiência. *In*: SÉTIMO COLÓQUIO DA ACADEMIA NACIONAL DE DIREITO DO TRABALHO. São Paulo, 25 out. 2012. Informação verbal.

³⁷⁸ CALSING, Maria de Assis. **Natureza dos contratos de prazo determinado**: garantia de emprego ao acidentado do trabalho e à mulher no contrato de experiência. *In*: SÉTIMO COLÓQUIO DA ACADEMIA NACIONAL DE DIREITO DO TRABALHO. São Paulo, 25 out. 2012. Informação verbal.

³⁷⁹ As conclusões do referido colóquio aqui expostas resultam de anotações que, a toda evidência, carecem ainda de confirmação com a publicação que a Academia certamente fará das exposições mencionadas. Por outras palavras, eventualmente devem ser completadas.

³⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Reclamação n. 10.707/DF**. Relator Ministro Celso de Mello.

primeira vez, o que denominou de “Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal”, através de Anexo ao Regimento do Supremo Tribunal Federal, em janeiro de 1964, trouxe uma “explicação preliminar”, na qual prestava, entre outros, os esclarecimentos seguintes:

A finalidade da *Súmula* não é somente proporcionar maior estabilidade à jurisprudência, mas também facilitar o trabalho dos advogados e do Tribunal, simplificando o julgamento das questões mais frequentes. [...] Por outro lado, para apressar o julgamento de questões já inscritas na Súmula, facultou-se ao relator dispensar a vista ao Procurador-Geral da República. Isso não o impede, ciente do despacho por intimação da Secretaria, de apresentar parecer escrito e usar da palavra na sessão de julgamento.³⁸¹

Portanto, desde o nascedouro, os objetivos da súmula estão constituídos em: *estabilidade* da jurisprudência; *simplificação* dos julgamentos e *agilização* do processo. É inegável que esses objetivos permanecem. Vale dizer, são atualíssimos. Sobretudo no que diz respeito à agilização. São valores que norteiam a atuação do Poder Judiciário.

A comissão era formada pelos Ministros Gonçalves de Oliveira, Victor Nunes Leal, este como relator, e Pedro Chaves. A inspiração, como se sabe, coube ao Ministro Victor Nunes Leal. Este esclareceu o seguinte:

Insistir sobre o sentido e o alcance da *Súmula* do Supremo Tribunal pode parecer a muitos uma impertinente superfluidade. Mas as objeções que, vez por outra, lhe são feitas induzem-me a correr esse risco. Nem todos compreenderam a finalidade da *Súmula*, que é realmente, sob vários aspectos, uma inovação a que o Supremo Tribunal se decidiu depois de longa meditação de seus juízes.

Para usar a imagem dos demógrafos, vivemos, aqui e alhures, uma fase de explosão judiciária. Disso resultam dois graves problemas: os Juízes e Tribunais ficam impossibilitados de cumprir — ou de cumprir bem — sua esmagadora tarefa e, de outro lado, torna-se extremamente penosa a sistematização dos precedentes judiciais, o que contribui para manter os dissídios de jurisprudência, motivo de incerteza e insegurança no comércio jurídico.

É indiscutível que a *Súmula* tende a remover - ou pelo menos, aliviar - esses inconvenientes e estamos convencidos de que ela representa, a longo termo, solução mais prática e eficaz, para nós do que tem sido, para os norte-americanos, o seu *Restatement of the Law* [...].³⁸²

³⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Comissão de Jurisprudência. **Regimento do Supremo Tribunal Federal**: anexo: súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, jan. 1964.

³⁸² LEAL Victor Nunes. **A Súmula do Supremo Tribunal e o *Restatement of the Law* dos norte-americanos**, apud MESQUITA, José Luiz de. **Comentários às Súmulas do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: LTr., 1966.

E, após proceder a percuciente análise comparativa entre os dois sistemas, o saudoso Ministro concluiu:

A superioridade prática da *Súmula* do Supremo Tribunal está em que, não sendo ela um Código, também não é um simples repositório particular de jurisprudência; é uma consolidação jurisprudencial autorizada, com efeitos processuais definidos, porque a inscrição de enunciados na *Súmula*, como a sua supressão, depende de formal deliberação do Supremo Tribunal. E a autoridade do Supremo Tribunal para assim proceder deriva dos seus poderes regimentais, tanto expressos como imanes, e da prerrogativa, que lhe confere a Constituição, de uniformizar o entendimento do direito federal.

A jurisprudência da *Súmula*, embora não obrigatória para os outros Tribunais e Juízes, é indiretamente obrigatória para as partes, porque o interessado poderá fazê-la observar através do mecanismo dos recursos, enquanto não alterada pelo próprio Supremo Tribunal. E quanto a este a *Súmula* funciona como instrumento de auto-disciplina, propiciando tão alto grau de simplificação dos seus trabalhos que seria inviável ou prejudicial tentar alcançar o mesmo resultado por outro meio. [...]

O que mais importa na *Súmula* é ser um método de trabalho, um instrumento de auto-disciplina do Supremo Tribunal, um *elemento de racionalização da atividade judiciária*, que simplifica a citação dos precedentes, elimina afanosas pesquisas e dispensa referência especial, tanto aos julgados que lhe servem de base, como aos posteriores que se limitarem a aplicar a *Súmula*. [...]

A autoridade da *Súmula* está [...] na abandonada tradição luso-brasileira dos assentos da casa da suplicação e na moderna experiência legislativa dos prejulgados. A *Súmula* refunde as duas concepções num instrumento útil e eficaz [...].³⁸³

Nessa apresentação do livro de Luiz José De Mesquita, o Ministro Victor Nunes Leal bem esclareceu a inspiração e os objetivos da *Súmula*, até mesmo com certa premonição. Visualizava, desde então, com clarividência, os tempos que correm.

As observações são, portanto, atualíssimas, como se tivessem sido escritas hoje mesmo. E são integralmente aplicáveis, também, ao processo trabalhista.

Ao discorrer a respeito da *Súmula* n. 457, do E. Supremo Tribunal Federal (“O Tribunal Superior do Trabalho, conhecendo da revista, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”) escreveu Luiz José de Mesquita o seguinte:

O exame das questões de fato termina nos Tribunais Regionais com os recursos ordinários. Posteriormente, nem o Tribunal Superior do Trabalho nem o Supremo Tribunal Federal podem proceder ao simples reexame das provas para proferir novo julgamento da matéria já decidida. Mas, com o recurso de revista, para o Tribunal Superior do Trabalho, esta

³⁸³ LEAL Victor Nunes. *A Súmula do Supremo Tribunal e o Restatement of the Law dos norte-americanos*, apud MESQUITA, José Luiz de. Op. cit.

Corte não está impedida de julgar sobre o valor da prova debatida, o que já constitui uma *quaestio juris* e não *quaestio facti* (cf. MENDONÇA LIMA, "Recursos Trabalhistas", 1956, II/306).

Assim, não se transforma o Tribunal Superior do Trabalho em terceira instância para apreciar matéria de fato, pois a controvérsia sobre o valor jurídico da prova já justificava o recurso extraordinário desde antes da Lei 861, de 13.10.49 (posteriormente a Lei 2.244, de 23.6.54), que substituiu este recurso pela atual "revista" conforme antiga jurisprudência (cf. LIFT, *Leis do Trabalho*, de J.A. NOGUEIRA JÚNIOR, decisões ao art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho).

Estando em jogo um conceito jurídico, ou o enquadramento do fato num dispositivo legal, isto é, não a nova apreciação da prova, mas a qualificação do fato dado como provado, ou chamado "delírio da prova", ou, enfim, toda *quaestio juris*, em que já não se discute sobre fatos e provas e, sim, sobre efeito jurídico e aplicação da lei, conforme a lição do eminente e antigo Ministro OLIVEIRA LIMA (cf. a citada LIFT, decisão 32 ao art. 896) — justifica-se o recurso de revista para o Tribunal Superior do Trabalho.

Os termos em que a Súmula foi vazada não são vagos ou genéricos, senão aparentemente, porque se o Tribunal Superior do Trabalho conhecer da revista é porque não se trata de *quaestio facti*, mas de *quaestio juris* e, então, há de julgar a causa aplicando o direito à espécie.

Eis os trechos principais de um dos precedentes que levaram o Supremo Tribunal Federal a formulá-la, conforme as palavras do Ministro VICTOR NUNES LEAL, que certamente visou a exposição acima, ao dizer em seu voto, no RE. 51.312, de 4-4-64:

"Alega ainda o Banco que o Tribunal Superior do Trabalho, para prover em parte a revista, *examinou as provas*, o que lhe era vedado. A este respeito *não me parece que devamos ser tão rigorosos* sob pena de nos transformarmos em nova instância trabalhista, negando a função precípua da Justiça do Trabalho, que é definida na Constituição [...].

Com efeito, existe muita similitude entre a revista trabalhista e o recurso extraordinário, que era, aliás, o seu primitivo nome. O conhecimento de um e outro, obrigando ao julgamento da questão federal, impõe muitas vezes alguma apreciação dos fatos. Assim procedeu, no caso presente, o Tribunal Superior do Trabalho, que extraiu dos próprios dizeres do acórdão do Tribunal Regional a conclusão de que as faltas não eram atuais.

Por causa delas, aliás, o Banco havia já removido o empregado da gerência de Apucarana para a capital do Estado, na sua função efetiva de escriturário. A própria inicial do inquérito o afirma de maneira explícita. Esta circunstância alegada pelo empregado com base na proibição do "*bis in idem*", não foi apreciada pelo Tribunal Superior do Trabalho com esse caráter, mas como subsídio à sua conclusão de que a demissão seria apenas demasiada, pois as faltas eram antigas e delas já havia resultado o decesso funcional do culpado" (*in* LTr. 29/97, grifamos [ele, o autor] para maior destaque).³⁸⁴

³⁸⁴ MESQUITA, José Luiz de. Op. cit, p. 246-247.

4.2.5.2 Finalidade da Súmula: uniformizar a jurisprudência

A Súmula representa, como se sabe, apenas a manifestação sobre o que o pretório *interpreta* reiteradamente sobre dispositivo de lei ou da Constituição. Há até mesmo r. arestos que indicam a existência de um “Direito sumular”, o que é sufragado, inclusive, pela doutrina.³⁸⁵ Assim estabeleceu julgado do E. Superior Tribunal de Justiça:

Processo Civil. Agravo Regimental. RI/STJ, art. 34, parágrafo único. Cláusula contratual. Interpretação. Súmula nº 05.

I - O direito sumular traduz o resumo da jurisprudência sedimentada em incontáveis e uniformes decisões das Cortes Superiores do País, que visam a “rapidificação das causas no judiciário”.

II - A se dar seguimento ao inconformismo das partes, manifestado em peça recursal, em total colidência com texto de Súmula do Tribunal, estar-se-ia a instaurar um regime anárquico, que afronta ao princípio de uniformização das decisões.

III - Prevalência do entendimento contido no direito sumulado, que traduz a manifestação de um colegiado, para negar provimento ao agravo regimental.³⁸⁶

Os termos da legislação vigente (art. 896, “a”, *in fine*, da Consolidação das Leis do Trabalho) põem de manifesto que “[...] se a decisão recorrida estiver em consonância com enunciado da Súmula de Jurisprudência Uniforme do Tribunal Superior do Trabalho”, não cabe Recurso de Revista (*a contrario sensu*).

É conferido poder ao Ministro Relator para negar seguimento ao recurso de revista, aos embargos ou ao agravo de instrumento quando a decisão recorrida estiver em consonância com enunciado da Súmula da Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (art. 896, § 5º).³⁸⁷

Muito embora haja clareza solar, vale trazer ainda à colação, dos numerosos r. arestos nesse mesmo sentido, o seguinte modelo: “Nega-se provimento a agravo de instrumento quando a decisão regional encontra-se em harmonia com Enunciado da Súmula desta Corte. Art. 896, alínea “a”, “in fine”, da CLT.”³⁸⁸

³⁸⁵ ROSAS, Roberto. **Direito sumular**. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

³⁸⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 7.532**. 1. T., DJU 18 mar. 1991, p. 2.785, *apud* SAAD, Eduardo Gabriel. **CLT Comentada**. 30. ed., São Paulo: LTr., 1997, nota n. 24, p. 672.

³⁸⁷ “Estando a decisão recorrida em consonância com enunciado da Súmula de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, poderá o Ministro Relator, indicando-o, negar seguimento ao Recurso de Revista, aos Embargos ou ao Agravo de Instrumento.”

³⁸⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento no Recurso de Revista n. 246.939/96.1**. Acórdão n. 8.553/96. 4ª T., Relator Ministro Galba Veloso, *apud* CARRION, Valentin. **Nova jurisprudência em Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1997, verbete 2.636, p. 454.

Recorda o professor Miguel Reale que: “[...] a idéia da súmula surgiu, sobretudo, graças aos méritos do saudoso e douto ministro Vitor Nunes Leal, como um enxerto feliz do “*common law*” no ordenamento de nosso “*civil law*”, é, aos poucos, foi ganhando força e virtude, não, contudo, até o ponto de alterar nosso tradicional e formalista apego à lei até suas últimas consequências”.³⁸⁹

Vale lembrar também a observação de Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior:

O prestígio de que hoje gozam as súmulas de jurisprudência — não vinculantes — não deriva de eventual autoridade que se poderia imaginar tenha um tribunal superior sobre os juízos inferiores, mas de serem aquelas produto final de amplos debates, ou, como dizia Roberto Lyra Filho, *a resultante mais visível da “síntese jurídica” de um processo dialético que faz do Direito um permanente “vir a ser”*. Na dinâmica dos fatos, de tempos em tempos os argumentos são renovados, com base no vetor histórico-social, para nova síntese. Não se pode inverter esse processo.³⁹⁰

Ainda. Nos termos da legislação ora vigente — e através de engenhosa construção — Antonio Lamarca concluiu que os enunciados-súmulas obrigam as partes e os demais juízes. Entretanto, não menciona *a força vinculante das mesmas*, indicando, apenas “o costume”. As conclusões desse autor são apresentadas no teor seguinte:

A Súmula de jurisprudência ou enunciado do TST constitui manifestação do Poder Judiciário, a respeito do direito em tese, que encerra toda e qualquer discussão sobre a interpretação da norma jurídica. Ao contrário do que asseveram João Batista dos Santos e Juary C. Silva (No artigo *Impossibilidade de revogação de súmulas por Lei, no Direito Brasileiro*, publicado na Revista LTr., vol. 49, nº 2, fevereiro de 1985, págs. 137 a 140) embora ela reflita o passado, na verdade ela vale para o futuro, à semelhança do que ocorre com a LEI, de que se coloca abaixo, hierarquicamente inferior, que é: porquanto a súmula ou enunciado, embora seja a derradeira palavra do colegiado competente, não pode sobrepor-se à lei (toda súmula de jurisprudência trabalhista é *secundum legem*, jamais *praeter* ou *contra legem*). Os textos legais que autorizam o indeferimento ou o prosseguimento de recursos avalizam esta interpretação.

Em segundo lugar, sendo a súmula norma jurídica costumeira (*usus fori*), obriga as partes, somente se colocando abaixo da Constituição e da LEI. Conseqüentemente, a lei ordinária pode revogar de imediato a súmula, exatamente como ocorreu, exemplificativamente, com aquela que negava o aviso prévio na despedida indireta.

Em terceiro lugar, sendo a súmula ou enunciado norma jurídica costumeira (*usus fori*), obriga os juízes inferiores a respeitá-la, não por

³⁸⁹ REALE, Miguel. A questão das súmulas vinculantes. **Folha de São Paulo**, 23 jan. 1997.

³⁹⁰ CINTRA Jr., Dyrceu Aguiar. Controle interno inadmissível. **O Estado de São Paulo**, p. A2, 6 jul. 1996. O autor era Juiz de Direito em São Paulo.

força de disposições que outrora autorizavam o Prejulgado, senão em decorrência da circunstância de ser considerada NORMA JURÍDICA COSTUMEIRA.

Claro está que os juízes, como eu que o fora durante cerca de 30 anos, ciosos de sua independência — que eu louvo — se oporão a essa interpretação. Todavia, apoiei-me em escritores de nomeada para convencer-me, definitivamente, de que, não só sob o aspecto prático como também teórico-jurídico, é de grande conveniência a observação dos enunciados para maior tranquilidade das partes e imparcialidade dos senhores magistrados.³⁹¹

Note-se que o trabalho mencionado pelo Ministro Antonio Lamarca (“Impossibilidade de revogação de súmulas por lei, no Direito brasileiro”) estampava, ao final, o seguinte:

Firmados esses pontos, torna-se lícito assentar as seguintes conclusões:

- As Súmulas não são normas jurídicas, mas simples resumos da jurisprudência dos Tribunais, que as editam;
- promulgada uma lei dispondo em contrário a um enunciado sumular, este não fica revogado, mesmo tacitamente;
- os Tribunais não estão constitucionalmente obrigados a rever as Súmulas de matérias afetadas por disposições supervenientes de lei, cabendo-lhes julgar cada espécie dentro dos parâmetros da hipótese concreta considerada;
- as Súmulas só são revogadas por deliberação do Tribunal que as tiver editado, de acordo com as disposições pertinentes do Regimento Interno do próprio Tribunal.³⁹²

Também há que se considerar que a maioria das questões jurídicas trazem motivação e razão idêntica, exigindo apenas declaração do direito. E, uma vez separadas das demais, a pletora do mesmo tema clama pela agilização. Nesse sentido, escreveu Carlos Aurélio Mota De Souza o seguinte:

A polêmica segue acesa, alimentada por argumentos de ilustres magistrados de ambas as visões: ou as súmulas dos tribunais superiores devem continuar meramente persuasivas, como são desde o Projeto Nunes Leal, ou devem conter uma eficácia mínima, obrigatória para todos, inclusive o Executivo.

Há que separar, desde logo, a jurisprudência que pode e deve vincular, daquela em que não cabe qualquer vinculação. Neste caso estão todas as ações de conhecimento necessário sobre direitos indisponíveis de caráter particular, desde a primeira instância (partilhas judiciais, prestação de alimentos, acidentes e outras), ou de caráter público, como as questões

³⁹¹ LAMARCA, Antonio. A Súmula ou Enunciado como fonte formal do Direito do Trabalho. **Revista do TST**, 1985. Resumo elaborado por Bernardino A. Carvalho. **Revista Synthesis**, n. 3, p. 30-31, 1986.

³⁹² SANTOS, João Batista dos; SILVA, Juary C. Impossibilidade de revogação de súmulas por lei, no Direito brasileiro. **Revista LTr.**, v. 49, n. 2, p. 137-140, fev. 1985.

penais (individualização da pena) etc.

Em inúmeras questões, portanto, somente um juiz singular poderá ditar a certeza do caso concreto, pois o “certo genérico” de uma súmula, se aplicada, sofreria nova individualização, não contendo, assim, a eficácia extensiva pretendida.

Há, porém, uma gama enorme de questões jurídicas cuja *ratio decidendi* é sempre a mesma, independente das partes, da competência especial da Justiça ou do local, e que se repetem sem fim, sejam ações individuais ou litisconsorciais, como ações reivindicando reajustes salariais, correções monetárias, índices da casa própria, devolução de compulsórios, tributos, e tantas mais.

São processos que apenas exigem uma declaração definitiva do *an debeat*, sobretudo nas ações contra o Poder Público, de qualquer nível político, se este deve ou não deve, e qual o índice atualizador do débito pretendido.

Ora, uma vez decidido este ponto essencial, nas diversas instâncias, a consequência lógica e necessária será que esta coisa julgada deva ser uniformizada para todos os casos semelhantes, através de uma jurisprudência superior, com *potestas* suficiente para fazer cessar novas ondas de ações repetitivas, bem como desencorajar as intenções, louváveis, de se julgar tudo o que for ajuizado, sem considerar a *res ultima judicata*.

Nestes casos, o exercício da jurisdição se revela inoperante e contraproducente, pois se a questão foi decidida em todas as instâncias, as ações seguintes serão mera repetição e nada novo surgirá, salvo o nome das partes e do juiz.

Trata-se, aliás, de um exercício desnecessário de poder, não de *auctoritas*. É que o juiz se distingue dos demais servidores públicos por ser o único que confere certeza jurídica definitiva aos direitos individuais, através da coisa julgada, que é uma garantia constitucional; esta é a prerrogativa maior que deve preservar sempre, não em nome próprio ou de uma classe, mas em defesa da dignidade dos cidadãos, dos quais é mero servidor.

E esta *auctoritas* é a que emana do seu saber e da sua prudência. Mas sabedoria e prudência convidam-nos a evitar o desperdício, o exercício gratuito de funções — o julgar pelo julgar — que não levem ao bem comum, nem contribuam ao destravamento das instâncias judiciais, neste caso abrindo pautas para outras questões relevantes. [...]

Não se cuida aqui de retirar dos juízes o poder de refletir a sociedade em que vivemos, pois essa nobre função se exauriu nas primeiras discussões sobre a matéria; o mais é fotocópia da realidade e não deve ocupar o precioso tempo dos tribunais para variações sobre o mesmo tema.

O que deve preocupar, nesta reforma do Judiciário, é o acesso a uma justiça rápida, eficiente e equânime. Afastando-se as milhares de ações continuativas, alimpam-se as pautas diárias das audiências, o cidadão terá mais espaço para a defesa de seus direitos, e o juiz mais tempo de produzir justiça de melhor qualidade”.³⁹³

³⁹³ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Súmulas vinculantes. **O Correio Braziliense**, 10 mar. 1997. O autor é magistrado em São Paulo (aposentado), professor da Universidade do Estado de São Paulo (Unesp) e autor do livro “Segurança jurídica e jurisprudência”.

4.2.5.3 Súmula: legalidade e constitucionalidade

A propósito da legalidade (ou constitucionalidade) das interpretações consideradas pelos antigos Enunciados (que foram convertidos em Súmulas), Súmulas, Precedentes ou mesmo Orientação Jurisprudencial, cabe notar que cuidam exatamente de entendimento pacificado a respeito de norma anteriormente posta e que integra o Direito positivo. Portanto, dizem respeito à hermenêutica de diploma legal, este prévio e subjacente, sempre no sentido de ajustá-lo à constante mutabilidade das condições sociais (*secundum legem*), e não para contrariar ou revogar o preceito (*contra legem*).

Noticia Carlos Maximiliano³⁹⁴ que a doutrina audaciosa que posterga a própria lei (*contra legem*) despertou largo exame e brilhante polêmica. Essa doutrina, observa o autor referido, olha demasiado para o foro íntimo, quando deveria tomar como ponto de partida a lei, interpretada e compreendida à luz dos preceitos lógicos e de acordo com as ideias, aspirações e interesses legítimos da coletividade.

E conclui: a função do juiz, quanto aos textos, é dilatar, completar e compreender; porém não alterar, corrigir substituir. Pode melhorar o dispositivo, graças à interpretação larga e hábil; porém, não *negar* a lei, decidir o contrário do que a mesma estabelece. A jurisprudência desenvolve e aperfeiçoa o Direito, com o intuito de compreendê-lo e bem aplicar. *Não cria*, reconhece o que existe; não formula, descobre e revela o preceito em vigor. Tudo procura achar e resolver *com a lei*; jamais com a intenção descoberta de agir por conta própria, *praeter* ou *contra legem*.

A norma positiva não é um conjunto de preceitos rígidos, cadavéricos: é uma força viva, operante, suscetível de desenvolvimento. O progresso e a adaptação à realidade efetuam-se de acordo com o texto. E não em contraste com este.

Nesse sentido, e exemplificativamente, é o que demonstram os arestos seguintes:

Violência à lei. A simples existência de Enunciado da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho em abono da tese adotada, afasta, de início, a possibilidade de se cogitar de vulneração a preceito legal.³⁹⁵

Os Enunciados representam a Súmula da Jurisprudência Uniforme da Corte que, eventualmente ultrapassada ou modificada por dispositivos legais supervenientes, podem ter a aplicabilidade suspensa por cancelamento ou alteração dos respectivos ditames, desde que observado

³⁹⁴ MAXIMILIANO, Carlos. Op. cit., p. 74.

³⁹⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo no Recurso de Revista n. 0001915/86**. Acórdão n. 003221. Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 31 out. 1986.

o disposto no art. 4º da Resolução Administrativa nº 18/92, que criou a Comissão de Súmula desta Corte. Assim a suscitação de inconstitucionalidade de Enunciados deste Tribunal não está prevista legal ou regimentalmente, tendo o Regimento Interno do TST normatizado, nos arts. 290 a 295, tão somente as arguições de inconstitucionalidade de lei ou Ato Normativo do Poder Público.³⁹⁶

INCONSTITUCIONALIDADE DE SÚMULA. Sem respaldo legal a arguição de inconstitucionalidade de Súmula, já que esta não é lei ou ato normativo do Poder Público. Falta à súmula o que efetivamente caracteriza uma norma jurídica de qualquer espécie, qual seja, o fato de demandar cumprimento de maneira objetiva e obrigatória, não podendo, por isso mesmo, resultar tachada de inconstitucional.³⁹⁷

Neste passo, cabe a invocação do que consta da decisão no processo Reclamação n. 10.707-MC/DF, cujo relator é o Ministro Celso de Mello, segundo a qual Súmula de perfil ordinário é mero resultado paradigmático a ser autonomamente observado pelos magistrados sem caráter impositivo, “*verbis*”:

Concluindo: a formulação sumular de perfil ordinário, que não se qualifica como “pauta vinculante de julgamento” (despojada, portanto, da eficácia vinculante que lhe é excepcional, considerado o que dispõe o art. 103-A da Carta Magna), há de ser entendida, em face das múltiplas funções que lhe são inerentes — função de estabilidade do sistema, função de segurança jurídica, função de orientação jurisprudencial, função de simplificação da atividade processual e função de previsibilidade decisória, v.g. (RDA 78/453-459 – RDA 145/1-20) —, como mero resultado paradigmático a ser autonomamente observado, sem caráter impositivo, pelos magistrados e demais Tribunais judiciais, nas decisões que venham a proferir.

Eis o teor da decisão:

Cumpre destacar, no ponto, a natureza jurídica de que se reveste, em seu perfil ordinário ou comum, a súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, valendo relembrar, quanto a tal aspecto, decisão emanada da colenda Primeira Turma desta Corte:

“A SÚMULA DA JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE DO SUPREMO TRIBUNAL.

- A Súmula — enquanto instrumento de formal enunciação da jurisprudência consolidada e predominante de uma Corte judiciária — constitui mera proposição jurídica, destituída de caráter prescritivo, que não vincula, por ausência de eficácia subordinante, a atuação jurisdicional

³⁹⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 192.739/95.6**. Acórdão n. 6020/96. Relator Ministro Moacyr Roberto Tesch Auersvald, 2ª T., DOJU n. 246, Seção I, 19 dez. 1996, p. 52.106-52.107.

³⁹⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 159.253/95.1**. Acórdão n. 8764/97. Relator Ministro João Oreste Dalazen, 1ª T., DJ n. 206, seção 1, 24 out. 1997, p. 54.455.

dos magistrados e Tribunais inferiores. A Súmula, em consequência, não se identifica com atos estatais revestidos de densidade normativa, não se revelando apta, por isso mesmo, a gerar o denominado ‘*binding effect*’, ao contrário do que se registra, no sistema da ‘Common Law’, por efeito do princípio do ‘*stare decisis et non quieta movere*’, que confere força vinculante ao precedente judicial.

- A Súmula, embora refletindo a consagração jurisprudencial de uma dada interpretação normativa, não constitui, ela própria, norma de decisão, mas, isso sim, decisão sobre normas, na medida em que exprime — no conteúdo de sua formulação — o resultado de pronunciamentos jurisdicionais reiterados sobre o sentido, o significado e a aplicabilidade das regras jurídicas editadas pelo Estado.

- A formulação sumular, que não se qualifica como ‘pauta vinculante de julgamento’, há de ser entendida, consideradas as múltiplas funções que lhe são inerentes — função de estabilidade do sistema, função de segurança jurídica, função de orientação jurisprudencial, função de simplificação da atividade processual e função de previsibilidade decisória, v.g. (RDA 78/453-459 - RDA 145/1-20) —, como resultado paradigmático a ser autonomamente observado, sem caráter impositivo, pelos magistrados e demais Tribunais judiciais, nas decisões que venham a proferir.”

(AI 179.560-AgR/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Esse entendimento que venho de mencionar nada mais reflete senão a advertência do Supremo Tribunal Federal de que “(...) Súmula é cristalização de jurisprudência”, não constituindo, por isso mesmo, ela própria, uma “norma jurídica” (RE 116.116/MG, Rel. Min. MOREIRA ALVES).

Nesse contexto, mostra-se necessário acentuar que a Súmula, em seu perfil ordinário, ainda que se possa considerar inexistente qualquer “distinção ontológica” entre ela e aquela de caráter vinculante (LUIZ GUILHERME MARINONI, “Precedentes Obrigatórios”, 2010, RT), não realiza as funções específicas da norma. *A formulação sumular, embora refletindo precedente jurisprudencial, não se reveste de caráter impositivo, prescritivo, permissivo, autorizativo ou derogatório de condutas individuais ou sociais.*

A Súmula de jurisprudência, portanto, quando desprovida de eficácia vinculante, encerra mero conteúdo descritivo. Ao ostentar essa condição, torna-se lícito asseverar que lhe falece a nota da multidimensionalidade funcional que tipifica, sob os atributos da imposição, da permissão, da autorização e da derrogação, as funções específicas da norma jurídica.

Daí a advertência da doutrina, segundo a qual o direito proclamado pelas formulações jurisprudenciais tem valor meramente persuasivo, “(...) maior ou menor, na medida do prestígio jurídico de que desfrutam os juízes ou Tribunais de onde ele procede” (RUBEM NOGUEIRA, “Desempenho normativo da jurisprudência do STF”, “in” RT 448/24).

A interpretação jurisprudencial consubstanciada no enunciado sumular, ressalvada a hipótese excepcional a que alude o art. 103-A da Lei Fundamental, constitui, em nosso sistema jurídico — que se ajusta, em sua linhagem histórica, ao sistema de direito estatutário — precedente de valor meramente relativo, despojado, não obstante a estatalidade de que se reveste, da força vinculante e da autoridade subordinante da lei, tal como acentua o magistério doutrinário (JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “O Novo Processo Civil Brasileiro”, p. 245; VICENTE GRECO FILHO, “Direito Processual Civil Brasileiro”, vol. 2/322; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, “Processo de Conhecimento”, vol.

II/751; ERNANE FIDELIS DOS SANTOS, “Manual de Direito Processual Civil”, vol. 2/280 e ROBERTO ROSAS e PAULO CEZAR ARAGÃO, “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. V/70, v.g.). Cumpro enfatizar, neste ponto, a autorizada advertência de JOSÉ FREDERICO MARQUES (“Manual de Direito Processual Civil”, vol. 3/206) - que recebeu, em seu magistério, a prestigiosa adesão de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (“Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. V/38-39) - no sentido de que os precedentes e as súmulas, porque desprovidos do conteúdo eficaz pertinente ao ato legislativo (exceção feita à súmula vinculante), “(...) não passam de indicações úteis para uniformizar-se a jurisprudência, a que, entretanto, juízes e Tribunais não se encontram presos”, eis que -consoante acentua o Mestre paulista— “vinculação dessa ordem, só a Constituição poderia criar”.

Sabemos que a Súmula - idealizada e concebida, entre nós, pelo saudoso Ministro VICTOR NUNES LEAL (“Passado e Futuro da Súmula do STF”, “in” RDA 145/1-20) - desempenha, na lição desse eminente Magistrado, enquanto método de trabalho e ato provido de eficácia “interna corporis”, várias e significativas funções, pois (a) confere maior estabilidade à jurisprudência predominante nos Tribunais; (b) atua como instrumento de referência oficial aos precedentes jurisprudenciais nela compendiados; (c) acelera o julgamento das causas e (d) evita julgados contraditórios.

A Súmula, contudo (excetuada aquela de perfil vinculante), ao contrário das notas que tipificam o ato normativo, não se reveste de compulsoriedade na sua observância externa e de cogência na sua observância externa e de cogência na sua aplicação por terceiros. A Súmula, na realidade, configura mero instrumento formal de exteriorização interpretativa de uma orientação jurisprudencial.

A Súmula, portanto, tendo em vista a tese jurisprudencial não vinculante que nela se acha consagrada, encerra, apenas, um resultado paradigmático para decisões futuras.

A jurisprudência compendiada na formulação sumular, desse modo, não se reveste de expressão normativa, muito embora traduza, a partir da experiência jurídica motivada pela atuação jurisdicional do Estado, o significado da norma de direito positivo, tal como ela é compreendida e constatada pela atividade cognitiva e interpretativa dos Tribunais.

Em uma palavra: a Súmula não é, em nosso sistema de direito positivo — e para utilizar uma significativa expressão de KARL LARENZ — uma pauta vinculante de julgamento, ressalvada, por óbvio, a possibilidade — agora legitimada pela EC nº 45/2004 — de formulação de súmulas impregnadas de efeito vinculante.

Sendo assim — e diversamente do que ocorria com os “Arrêts de Règlement” dos órgãos judiciais franceses, de que emanavam as “Lois Provisionnelles” no sistema anterior ao da Revolução de 1789, e com os “Assentos” da Casa de Suplicação, que dispunham de força de lei e de conseqüente eficácia vinculante —, a Súmula configura, ordinariamente, modelo de conteúdo descritivo, qualificável como fonte de conhecimento — e não de produção - do Direito, a partir da interpretação jurisprudencial das normas jurídicas nela consubstanciada.

Cumpro relembrar, por isso mesmo, a lição de KARL LARENZ (“Metodologia da Ciência do Direito”, p. 499, item n. 4, 2ª ed., 1978, Fundação Calouste Gulbenkian) sobre o valor e o significado do direito revelado pela interpretação dos Tribunais:

“Quem quiser conhecer o Direito tal como é realmente aplicado e ‘vive’, não pode contentar-se com as normas, tem de inquirir do entendimento

que lhes é dado pela jurisprudência. *Os precedentes são, pois, uma fonte de conhecimento do Direito. Não, porém, uma fonte de normas jurídicas imediatamente vinculativas (...).*” (grifei)

Concluindo: a formulação sumular de perfil ordinário, que não se qualifica como “pauta vinculante de julgamento” (despojada, portanto, da eficácia vinculante que lhe é excepcional, considerado o que dispõe o art. 103-A da Carta Magna), há de ser entendida, em face das múltiplas funções que lhe são inerentes — função de estabilidade do sistema, função de segurança jurídica, função de orientação jurisprudencial, função de simplificação da atividade processual e função de previsibilidade decisória, v.g. (RDA 78/453-459 – RDA 145/1-20) —, como mero resultado paradigmático a ser autonomamente observado, sem caráter impositivo, pelos magistrados e demais Tribunais judiciais, nas decisões que venham a proferir.³⁹⁸

4.2.5.4 Súmula e Orientação Jurisprudencial: diferença

Cabe ainda mencionar a existência de orientação jurisprudencial, no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho.

No Direito brasileiro, denomina-se súmula um conjunto de decisões, tido como jurisprudência, isto é, a linha que determinado tribunal segue a respeito de um tema específico, com a finalidade de tornar público para a sociedade tal posicionamento e também para, internamente, buscar a uniformidade entre as decisões dos juízes ou ministros. A orientação jurisprudencial (OJ), utilizada apenas na Justiça do Trabalho, tem o mesmo objetivo, mas diferencia-se por uma singularidade: tem maior dinamismo.

Enquanto a súmula, por exemplo, exige critérios como a repetição de certa quantidade de decisões por determinado tempo, a orientação jurisprudencial tem tramitação menos rígida. Além disso, uma vez consolidada e editada, a súmula, para ser alterada ou cancelada, requer um processo mais aprofundado de discussão na Corte que lhe deu origem. A OJ também passa por essa mesma reavaliação, porém com maior possibilidade de ser alterada ou cancelada. Em outros termos, a súmula está mais presa ao processo de tramitação e a OJ, à realidade do dia a dia, a ponto de serem editadas *orientações jurisprudenciais transitórias*, que se aplicam a casos específicos de determinada categoria profissional ou empresa ou que tenham relação com leis cuja situação jurídica se estende por pouco tempo — ou porque a lei mudou ou porque vai mudar.

³⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Reclamação n. 10.707/DF**. Relator Ministro Celso de Mello.

4.2.5.5 Efeito e eficácia das súmulas

No tocante ao efeito preconizado para as súmulas, é por mais evidente que não se interpreta como aquele próprio da lei, cuja qualidade essencial é a que Maria Helena Diniz chama de vigor normativo, definindo-o como qualidade do preceito legal relativa à força vinculante, pois não haverá, então, como subtrair-se ao seu comando.³⁹⁹

Alguns autores verberam acerbamente toda manifestação dos E. Tribunais Superiores através de jurisprudência sumulada. Menciono, especificamente, o artigo de Rogério Viola Coelho, que se refere a uma:

[...] nova Instituição, onde os templos positivistas, inseridos numa estrutura constituída à imagem e semelhança da Igreja, cederão o lugar para Cortes de Justiça representativas da sociedade, viabilizando a realização da vida social concretamente existentes do triunfo do Direito, enquanto gesto de resistência do Homem às determinações da subjetividade, à lógica perversa da economia, lógica esta particularmente perversa nos países periféricos.⁴⁰⁰

Nessa nova cruzada, espécie de “teologia da libertação” adaptada, parece que propugnam por um retorno — tardiamente e com adaptações —, ao Direito pretoriano vigente na antiga Roma.

Nada obstante, não vislumbro como — assegurado, sempre, o princípio do duplo grau — possa haver esse propalado “triunfo do Direito, enquanto gesto de resistência do Homem às determinações da subjetividade, etc.” Soa como retórica bela, mas também distante da realidade do dia a dia.

Em que pese a absoluta insuficiência do positivismo — já que o Direito jamais se esgota nas normas escritas, é ponto pacífico, e nisto estou inteiramente de acordo —, não vislumbro operacionalidade na interpretação pretendida. Tampouco qualquer “libertação”, quando na realidade impor-se-ia uma nova forma tirania, mais sutil, escravizadora e destrutiva, a tirania do juízo singular. Pior: a perpetuação da lide, em manifesto prejuízo para o trabalhador.

Ao aplicar a interpretação sumulada é válida a consideração, sempre, da advertência de Carlos Maximiliano Pereira dos Santos, segundo a qual:

³⁹⁹ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 47.

⁴⁰⁰ COELHO, Rogério Viola. O mito do grande oráculo. **Revista Anamatra**, v. 7, n. 22, jan.-fev.-mar. 1995, p. 29 *et seq.*

Aos magistrados que acham meritório não ter as suas sentenças reformadas (prova apenas de subserviência intelectual) e seguem, por isso, de modo absoluto e exclusivo, a orientação ministrada pelos acórdãos dos tribunais superiores, Pessina recorda o verso de Horácio: os demasiado cautos e temerosos da procela não se alteiam ao prestígio, nem à glória: arrastam-se pela terra como serpentes — *serpit humi tutus nimium timidusque procellae*.⁴⁰¹

Mesmo porque o juiz não é um simples funcionário de arquivo, catalogador de processos, amanuense categorizado. E se admitir, internamente, ainda que buscando justificar-se, a si mesmo, com o acúmulo de serviço, já não será mais juiz, mas apenas um arremedo.

Entretanto, para Miguel Reale:

Desde a implantação das Súmulas, ordenadoras e sistematizadoras das decisões de nossos Tribunais, mais duradoura correlação se estabeleceu entre os modelos jurídicos legais e os jurisdicionais, dando àqueles um sentido por assim dizer mais operacional, por seu emprego em correspondência com outras disposições do ordenamento legal, como é próprio da concretude que marca o julgamento das lides.

As Súmulas, como modelos jurisdicionais, tendem a adquirir certa estabilidade, e não há nada nessa adoção oblíqua do *stare decisis*, importada no *Common Law*, desde que não se resvale para a rotina. Dever dos juristas, tendo à frente a categoria pugnaz dos advogados, é zelar para que não se enferruje o mecanismo jurisdicional, de maneira que os modelos jurisdicionais sejam constantemente revistos, em razão de mutações supervenientes no sistema legal, ou, o que não é menos importante, em virtude da emergência de novos valores sócio-econômicos, ou, por melhor dizer, culturais.

Esta alta visão do Poder Jurisdicional pressupõe, é claro, o superamento de uma concepção passiva da função dos magistrados, e, por conseguinte, da sentença como automática aplicação dos ditames da lei ao caso concreto, sem a participação criadora do juiz. Os estudos de Hermenêutica, uma das formas de conhecimento mais expressivas de nosso tempo, vieram demonstrar que o ato interpretativo implica sempre uma contribuição positiva por parte do exegeta, mesmo porque o ato de julgar, talvez o mais complexo e dramático dentro os atos humanos, importa no dever do juiz de situar-se, solitariamente e corajosamente, perante a prova dos autos e os imperativos da lei, a fim de enunciar o seu juízo, reflexo de sua amadurecida convicção e de seu foro íntimo. Poder-se-ia dizer que o juiz torna-se eticamente alheio aos rumores da rua para que possa justamente se pronunciar sobre a causa, o que envolve o emprego de todas as virtudes de sua personalidade, abstraindo-se de enganosas pressões imediatas para poder captar a essência do justo, tal como este vai historicamente se configurando.⁴⁰²

⁴⁰¹ MAXIMILIANO, Carlos. Op. cit., p. 183.

⁴⁰² REALE, Miguel. **Fontes e modelos de Direito**: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 72-73.

O Ministro Carlos Velloso propugnava mesmo pela adoção, pelo legislador constituinte, do efeito vinculante, com eficácia *erga omnes*, da súmula da jurisprudência dominante, se bem que restrito ao controle concentrado de constitucionalidade. Era, *mutatis mutandi*, a versão anterior consagrada pelo art. 902 da Consolidação das Leis do Trabalho, revogado pela Lei n. 7.033, de 5 de outubro de 1982, no âmbito próprio do Direito do Trabalho e do Direito Processual do Trabalho. Porém, com a limitação ao controle da constitucionalidade. Ensina que:

O efeito vinculante, aliás, não tem sabor de novidade no sistema judicial norte-americano, que é o mais eficiente do mundo. É que, em razão do *stare decisis*, acolhido no sistema judicial norte-americano, que consiste no estabelecer a corte o princípio legal aplicável a certo estado de fato, esse princípio legal será aplicado a todos os casos futuros em que os fatos forem substancialmente os mesmos ("Black's Law Dictionary", verbete "Stare Decisis"). [...]

Em, trabalho recente — "Controle de Constitucionalidade na Europa", RDP 84/5 — Eduardo Garcia Enterria, professor da Universidade Complutense de Madri, dos maiores publicistas europeus, dá notícia de que os Tribunais Constitucionais da Europa caminham sentido do sistema de controle norte-americano, procurando adotar o efeito vinculante para a decisão.

O que ocorre é que a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante das decisões são considerados modos de aperfeiçoamento do sistema judicial, porque constituem forma de impedir a eternização das demandas judiciais. O Supremo Tribunal Federal tem recebido, ultimamente, uma enorme massa de recursos, recursos que repetem questões já decididas mais de uma centena de vezes. Isto não é racional e não ocorreria, é fácil perceber, se as decisões tivessem efeito vinculante.

Esse efeito seria estendido às decisões proferidas nos recursos especial (STJ) extraordinário (STF), desde que sumuladas as decisões. O efeito vinculante seria, portanto, da súmula da jurisprudência dominante. Aprovada a súmula, por votação qualificada, produziria ela eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos órgãos judiciários sujeitos à jurisdição do tribunal e relativamente ao Poder Executivo.

Como consequência do efeito vinculante das súmulas, poderiam estas ser objeto do controle concentrado de constitucionalidade, vale dizer, estariam sujeitas ao controle em abstrato na ação direta de inconstitucionalidade junto ao STF.⁴⁰³

A Emenda Constitucional n. 45, de 2004, acrescentou à Carta da República o art. 103-A, que confere exatamente o efeito vinculante à súmula do Supremo Tribunal Federal, quando editada nas circunstâncias previstas no dispositivo referido.⁴⁰⁴

⁴⁰³ VELOSO, Carlos. Justiça mais ágil e mais rápida. **Folha de São Paulo**, p. A3, 7 mar. 1995.

⁴⁰⁴ "Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como

E, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, de forma análoga, há o verbete da Súmula n. 83: “[...] não se conhece do recurso especial pela divergência quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”.

4.3 Direitos Humanos. Princípio da dignidade da pessoa humana. Garantia de emprego ao trabalhador que contraiu o vírus HIV ou outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Jurisprudência. A edição de súmula

Em nenhuma outra matéria — exceto, talvez, na do reconhecimento da não discriminação da mulher — incidiu o princípio da dignidade da pessoa humana como no fato conhecido como “o mal do século XX”, nas questões trabalhistas.

O desconhecimento das causas da doença — quando a medicina ainda carecia de fundamentos científicos para indicar a gênese desse mal e do tratamento —, a preocupação geral com a forma de transmissão do vírus e as demais circunstâncias, levaram a que se restringisse o contato com os portadores. Estes se tornaram novos párias, excluídos do convívio social, de modo genérico.

No ambiente de trabalho, de forma especial, tanto os empregados como os empregadores relegavam ao desterro os trabalhadores contaminados com o HIV.

Consistia, portanto, em situação absolutamente nova. Demonstrou a insuficiência absoluta do Direito positivo, quanto à previsão específica mediante hipótese para esse fato.

Na realidade, havia já, no Direito positivo, as coordenadas da hipótese, mediante a consagração, pela Carta da República, dos princípios gerais, dos quais se poderia extrair a norma aplicável. Como afirmou Carnelutti, o Direito positivo respira o Direito Natural e não poderia sobreviver se não o respirasse. A lei era a medida da justiça. Mas o Direito positivo — recorde-se uma vez mais — foi desmentido pela interpretação, pela analogia, pela equidade e pela análise criativa do juiz.

Em face da aparente lacuna da lei trabalhista — haja vista que o legislador

proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

constituente consagrara a “relação de emprego protegida contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa” (art. 7º, inciso I), porém condicionada à edição de lei complementar (nos termos de lei complementar) — passou-se à *dispensa sem justa causa* pelo empregador.

Para alguns doutrinadores, havia solução na própria CLT. Assim, bastaria a aplicação do disposto no art. 8º: na falta de disposições legais ou contratuais as autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de Direito, principalmente do Direito do Trabalho. Também mencionavam o disposto no parágrafo único do referido artigo 8º: o Direito comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

Ocorre que a garantia de emprego (ou estabilidade do portador de imunodeficiência adquirida) não poderia ser, simplesmente, admitida mediante mera remissão, ainda que aos princípios e normas gerais de Direito.

Em face da evolução jurisprudencial, o Tribunal Superior do Trabalho estabeleceu a Súmula n. 443, nos seguintes termos:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato o empregado tem direito à reintegração no emprego.

Dentre os acórdãos dos quais resultou a redação da Súmula, consta aquele exarado no processo de Recurso de Revista n. 140700-19.2004.5.02.0062, com a fundamentação seguinte:

A reclamada, no recurso de revista, alega que não há qualquer demonstração de que houve dispensa obstativa, restando descacterizada a tese do reclamante de que a dispensa decorreu da ciência da reclamada sobre a moléstia apresentada. Acrescenta, a desnecessidade da manutenção do pacto laboral para recebimento do benefício previdenciário a que faria jus o reclamante, sendo certo que a estabilidade pleiteada é assegurada apenas quando configurado o acidente do trabalho ou doença profissional, além do que a qualquer tempo pode ser requerida a aposentadoria por invalidez, desde que se manifeste a doença causada pelo HIV, independente de estar trabalhando, conforme se depreende do artigo 43, § 1º, “a”, da Lei 8.213/91.

Sem razão.

A atividade hermenêutica do juiz submete-se ao princípio da interpretação conforme à Constituição no respeito aos direitos

fundamentais que dela são emanados, dentre os quais os princípios gerais do direito à dignidade da pessoa humana, à vida e ao trabalho. Assim, mesmo naquelas hipóteses em que não haja previsão expressa a albergar determinada proteção estabilitária, referido direito como de regra qualquer outro subordina-se aos ditames constitucionais calcados nos direitos fundamentais.

Nesse contexto, a circunstância de o sistema jurídico pátrio até o presente momento não contemplar previsão expressa de estabilidade no emprego para o soropositivo de HIV não impede que o julgador, na análise do fato concreto, conclua pelo direito do trabalhador à reintegração no emprego decorrente da presunção de discriminação.

Na hipótese dos autos, verifica-se que a demissão do reclamante por justa causa, efetivada pela reclamada, além de discriminatória, causou-lhe sérios prejuízos, pois, como bem salientado pela Corte Regional: “tal benefício após a dispensa é limitado e muito mais burocrático, tanto que o reclamante relata que pleiteou o benefício há 3 ou 4 meses, não tendo obtido resposta favorável”.

Isto porque, sendo a empregadora conhecedora do acometimento do empregado de doença incurável, era seu dever encaminhá-lo ao órgão previdenciário, para que pudesse usufruir do seu direito ao gozo do auxílio-doença previdenciário durante o prazo que fosse necessário ao tratamento e, se for o caso de constatada a incapacidade laborativa, possa este, usufruir do benefício de aposentadoria por invalidez.

A jurisprudência, atenta à realidade social no que diz respeito à ainda enorme carga de preconceito e discriminação que o portador de AIDS/SIDA sofre em todos os setores da sociedade, tem evoluído no entendimento de que em circunstâncias nas quais o trabalhador seja portador do vírus HIV, o mero exercício imotivado do direito potestativo da dispensa faz presumir discriminação e arbitrariedade (Precedentes RR-1404/2001-113-15-00, DJ 22/09/2006, Relator Ministro Lélío Bentes; RR-906/2004-006-04-00, DJ 10/11/2006, Relatora Ministra Maria Cristina Peduzzi; AIRR-206/2001-261-02-40, DJ 11/05/2007, Relator Ministro Barros Levenhagen).

Conclui-se, portanto, que a condenação da reclamada em reintegração do reclamante ao emprego, não contraria a legislação pertinente à matéria, e está em conformidade com o entendimento desta Corte Uniformizadora.

Recurso de revista não conhecido.⁴⁰⁵

A análise desta fundamentação indica que foi reconhecida a *inexistência de previsão expressa* de estabilidade no emprego para o soropositivo de HIV, “no sistema jurídico pátrio”. Vale dizer: no Direito positivo brasileiro.

Reconhece, ainda, a jurisdição para colmatar, através da atividade hermenêutica, a lacuna da lei trabalhista, diante de fato que jamais poderia contar com previsão do legislador.

E o recurso para essa finalidade foi exatamente o de invocar os princípios constitucionais (art. 1º, incisos III e IV; art. 170); a Convenção da OIT n. 111, de 1958, sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação (ratificada pelo Brasil em 26 de

⁴⁰⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 140700-19.2004.5.02.0062.**

novembro de 1965 e promulgada mediante o Decreto n. 62.150, de 19 de janeiro de 1968); e a Recomendação n. 200, de 2010, sobre “HIV e AIDS e o Mundo do Trabalho”.

Releva notar que a redação imprimida à Súmula, cautelarmente, estabelece presunção *juris tantum*, relativamente à dispensa abusiva.

Entre outros r. acórdãos, são encontráveis os seguintes:

RECURSO DE REVISTA - EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV - DISPENSA IMOTIVADA - PRESUNÇÃO DE ATO DISCRIMINATÓRIO - DIREITO À REINTEGRAÇÃO. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a dispensa imotivada de empregado soropositivo é presumidamente discriminatória, salvo comprovação de que o ato decorreu de motivo diverso. Viabilizado o recurso por divergência válida e específica, merece reforma a decisão do Regional, para que se restabeleça a r. sentença que concedeu ao reclamante o direito à reintegração. Recurso de revista conhecido e provido.⁴⁰⁶

RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO. DISPENSA ARBITRÁRIA. TRABALHADOR PORTADOR DE ESQUIZOFRENIA. **1.** O sistema jurídico pátrio consagra a despedida sem justa causa como direito potestativo do empregador, o qual, todavia, não é absoluto, encontrando limites, dentre outros, no princípio da não discriminação, com assento constitucional. A motivação discriminatória na *voluntas* que precede a dispensa implica a ilicitude desta, pelo abuso que traduz, a viciar o ato, eivando-o de nulidade. **2.** A proteção do empregado contra discriminação, independente de qual seja sua causa, emana dos pilares insculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil, notadamente os arts. 1º, III e IV, 3º, IV, 5º, *caput* e XLI, e 7º, XXX. **3.** Acerca da dignidade da pessoa humana, destaca Ingo Wolfgang Sarlet, em sua obra “Eficácia dos Direitos Fundamentais” (São Paulo: Ed. Livraria do Advogado, 2001, pp. 110-1), que “constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual são intoleráveis a escravidão, a discriminação racial, perseguição em virtude de motivos religiosos, etc. (...). O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças”. **4.** O exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho sofre limites, igualmente, pelo princípio da proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária, erigido no art. 7º, I, da Constituição — embora ainda não regulamentado, mas dotado de eficácia normativa —, e pelo princípio da função social da propriedade, conforme art. 170, III, da Lei Maior. **5.** Na espécie, é de se sopesar,

⁴⁰⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 124400-43.2004.5.02.0074**. Relator Ministro José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza, 1ª Turma, j. 25 abr. 2012, DEJT 11 maio 2012.

igualmente, o art. 196 da Carta Magna, que consagra a saúde como "direito de todos e dever do Estado", impondo a adoção de políticas sociais que visem à redução de agravos ao doente. **6.** Nesse quadro, e à luz do art. 8º, *caput*, da CLT, justifica-se hermenêutica ampliativa da Lei 9.029/95, cujo conteúdo pretende concretizar o preceito constitucional da não-discriminação no tocante ao estabelecimento e continuidade do pacto laboral. O art. 1º do diploma legal proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção. Não obstante enumere certas modalidades de práticas discriminatórias, em razão de sexo, origem, raça, cor, estado-civil, situação familiar ou idade, o rol não pode ser considerado *numerus clausus*, cabendo a integração pelo intérprete, ao se defrontar com a emergência de novas formas de discriminação. **7.** De se observar que aos padrões tradicionais de discriminação, como os baseados no sexo, na raça ou na religião, práticas ainda disseminadas apesar de há muito conhecidas e combatidas, vieram a se somar novas formas de discriminação, fruto das profundas transformações das relações sociais ocorridas nos últimos anos, e que se voltam contra portadores de determinadas moléstias, dependentes químicos, homossexuais e, até mesmo, indivíduos que adotam estilos de vida considerados pouco saudáveis. Essas formas de tratamento diferenciado começam a ser identificadas à medida que se alastram, e representam desafios emergentes a demandar esforços com vistas à sua contenção. **8.** A edição da Lei 9.029/95 é decorrência não apenas dos princípios embaixadores da Constituição Cidadã, mas também de importantes tratados internacionais sobre a matéria, como as Convenções 111 e 117 e a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, todas da OIT. **9.** O arcabouço jurídico sedimentado em torno da matéria deve ser considerado, outrossim, sob a ótica da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como limitação negativa da autonomia privada, sob pena de ter esvaziado seu conteúdo deontológico. **10.** A distribuição do ônus da prova, em tais casos, acaba por sofrer matizações, à luz dos arts. 818 da CLT e 333 do CPC, tendo em vista a aptidão para a produção probatória, a possibilidade de inversão do encargo e de aplicação de presunção relativa. **11.** *In casu*, restou consignado na decisão regional que a reclamada tinha ciência da doença de que era acometido o autor — esquizofrenia — e dispensou-o pouco tempo depois de um período de licença médica para tratamento de desintoxicação de substâncias psicoativas, embora, no momento da dispensa, não fossem evidentes os sintomas da enfermidade. É de se presumir, dessa maneira, discriminatório o despedimento do reclamante. Como consequência, o empregador é que haveria de demonstrar que a dispensa foi determinada por motivo outro que não a circunstância de ser o empregado portador de doença grave. A dispensa discriminatória, na linha da decisão regional, caracteriza abuso de direito, à luz do art. 187 do Código Civil, a teor do qual o exercício do direito potestativo à denúncia vazia do contrato de trabalho, como o de qualquer outro direito, não pode exceder os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. **12.** Mais que isso, é de se ponderar que o exercício de uma atividade laboral é aspecto relevante no tratamento do paciente portador de doença grave e a manutenção do vínculo empregatício, por parte do empregador, deve ser entendida como expressão da função social da empresa e da propriedade, sendo, até mesmo, prescindível averiguar o *animus* discriminatório da dispensa. **13.** Ilesos os arts. 5º, II — este inclusive não passível de violação direta e

literal, na hipótese —, e 7º, I, da Constituição da República, 818 da CLT e 333, I, do CPC. **14.** Precedentes desta Corte.⁴⁰⁷

EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA IMOTIVADA. ATITUDE DISCRIMINATÓRIA PRESUMIDA. REINTEGRAÇÃO. 1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que se presume discriminatória a dispensa do empregado portador do vírus HIV. Desse modo, recai sobre o empregador o ônus de comprovar que não tinha ciência da condição do empregado ou que o ato de dispensa tinha outra motivação — lícita. 2. Entendimento consentâneo com a normativa internacional, especialmente a Convenção n.º 111, de 1958, sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação (ratificada pelo Brasil em 26.11.1965 e promulgada mediante o Decreto n.º 62.150, de 19.01.1968), e a Recomendação n.º 200, de 2010, sobre HIV e AIDS e o Mundo do Trabalho. 3. Nesse contexto, afigura-se indevida a inversão do ônus da prova levada a cabo pelo Tribunal Regional, ao atribuir ao empregado o encargo de demonstrar o caráter discriminatório do ato de dispensa promovido pelo empregador. 4. Recurso de revista conhecido e provido.⁴⁰⁸

RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. PRESUNÇÃO DE DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. Presume-se discriminatória a ruptura arbitrária, quando não comprovado um motivo justificável, em face de circunstancial debilidade física causada pela grave doença em comento (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – AIDS) e da realidade que, ainda nos tempos atuais, se observa no seio da sociedade, no que toca à discriminação e preconceito do portador do vírus HIV. A AIDS ainda é uma doença que apresenta repercussões estigmatizantes na sociedade e, em particular, no mundo do trabalho. Nesse contexto, a matéria deve ser analisada à luz dos princípios constitucionais relativos à dignidade da pessoa humana, à não-discriminação e à função social do trabalho e da propriedade (art. 1º, III, IV, 3º IV, e 170 da CF/88). Não se olvide, outrossim, que faz parte do compromisso do Brasil, também na ordem internacional (Convenção 111 da OIT), o rechaçamento a toda forma de discriminação no âmbito laboral. É, portanto, papel do Judiciário Trabalhista, considerando a máxima eficiência que se deve extrair dos princípios constitucionais, a concretização dos direitos fundamentais relativamente à efetiva tutela antidiscriminatória do trabalhador portador de doença grave e estigmatizante, como a AIDS. Pesa ainda mais a presunção de discriminação, no caso concreto, o fato de a Reclamada cessar o contrato de emprego com base em teste de produtividade, no qual o Reclamante certamente seria prejudicado em virtude do debilitado estado de saúde e do tratamento a que se submetia, ainda que tivesse sido facilitado pela Reclamada. Recurso de revista conhecido e provido.⁴⁰⁹

RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE. PORTADOR DO VÍRUS HIV. A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que o

⁴⁰⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 105500-32.2008.5.04.0101.**

⁴⁰⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 104900-64.2002.5.04.0022.** Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, j. 03 ago. 2011, DEJT 02 set. 2011.

⁴⁰⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 317800-64.2008.5.12.0054.** Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, j. 01 jun. 2011, DEJT 10 jun. 2011.

empregado, portador do vírus HIV, em face das garantias constitucionais que vedam a prática discriminatória e asseguram a dignidade da pessoa humana, tem direito à reintegração, não obstante a inexistência de legislação que assegure a estabilidade ou a garantia no emprego, presumindo-se discriminatória a sua dispensa imotivada. Recurso de revista a que se dá provimento.⁴¹⁰

RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PLANO DE SAÚDE. DESPESAS MÉDICAS. REEMBOLSO. O Tribunal Regional consignou que mesmo ciente do fato do autor ser portador do vírus HIV, a reclamada o manteve em seu quadro funcional por mais de quatro anos e, que junto com o reclamante, outros empregados foram dispensados, em face da reestruturação da empresa. Por presunção, o TRT adotou, à luz de princípios sociais e de proteção, que a dispensa foi discriminatória. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de ser presumidamente discriminatória a despedida de empregado, sempre que o empregador tem ciência de que é portador do vírus HIV, e não comprova que o ato foi motivado por outra causa - no caso, tal premissa foi afastada, uma vez que o reclamante não foi o único dispensado. Reintegração indevida. Excluídos da condenação: a ordem de reintegração no emprego, o pagamento de salários e demais verbas remuneratórias desde a data da despedida até a reintegração, manutenção do plano de assistência médica, e reembolso das despesas médicas desde o final do plano de saúde até a reintegração.⁴¹¹

RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA IMOTIVADA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE DISCRIMINAÇÃO. REINTEGRAÇÃO. A ordem jurídica pátria repudia a discriminação, cuja presença na *voluntas* que precede o ato da dispensa implica a sua ilicitude, ensejando nulidade. O exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho sofre limites, na hipótese de ato discriminatório, em função dos princípios da função social da propriedade (art. 170, III, da CF), da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF), por manifesta incompatibilidade. A jurisprudência desta Corte Superior evoluiu no sentido de presumir discriminatória a dispensa sempre que o empregador tem ciência de que o empregado é portador do vírus HIV, com a consequente inversão do encargo probatório (*praesumptio juris tantum*).⁴¹²

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS. PRESUNÇÃO DE DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, em se tratando de empregado portador do vírus HIV, entende que há uma presunção da dispensa discriminatória do

⁴¹⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 112900-36.2005.5.02.0432**. Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda, 5ª Turma, j. 26 abr. 2011, DEJT 06 maio 2011.

⁴¹¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 83840-17.2002.5.04.0028**. Relator Ministro Pedro Paulo Manus, 7ª Turma, j. 09 fev. 2011, DEJT 18 fev. 2011.

⁴¹² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 721340-83.2006.5.12.0035**. Relatora Ministra Rosa Maria Weber, 3ª Turma, j. 26 maio 2010, DEJT 22 out. 2010.

trabalhador, sendo ônus da Reclamada demonstrar que o ato teve outra causa como fundamento.⁴¹³

RECURSO DE REVISTA. GARANTIA DE EMPREGO - PORTADOR DO VÍRUS HIV - Tratando-se de dispensa motivada pelo fato de ser o empregado portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – SIDA e sendo incontestável a atitude discriminatória perpetrada pela empresa, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, a despedida deve ser considerada nula, sendo devida a reintegração ou indenização correspondente. Recurso de Revista não conhecido.⁴¹⁴

RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA. DISCRIMINAÇÃO. CONFIGURAÇÃO. Na linha do entendimento consubstanciado nos precedentes desta Corte, tendo a reclamada ciência de que o empregado é portador do vírus HIV e dispõe de condições de trabalho, o mero exercício imotivado do direito potestativo da dispensa faz presumir a ocorrência de ato discriminatório e arbitrário. Recurso de revista conhecido e provido.⁴¹⁵

EMPREGADA PORTADORA DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. A SDI-I do TST firmou posicionamento no sentido de que, ainda que não exista, no âmbito infraconstitucional, lei específica asseguradora da permanência no emprego do empregado portador do vírus HIV, a dispensa de forma arbitrária e discriminatória afronta o caput do art. 5º da CF/88. Precedentes: E-RR-439.041/1998, E-RR-217.791/1995, E-RR-205.359/1995. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido.⁴¹⁶

Também no Direito Coletivo do Trabalho surgia a questão, como pode ser verificado no v. acórdão lavrado no Dissídio Coletivo Processo TRT/SP n. 20216200400002002, seguinte:

39. Assistência ao Portador da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida (AIDS)

Pleito: As empresas darão assistência financeira a todo empregado portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), após a alta hospitalar, para aquisição de medicamentos pertinentes à doença, que não sejam habitualmente fornecidos pelo Ministério da Saúde.

a) consoante recomendação da Organização Internacional do Trabalho, não será exigido, por parte do empregador, exame admissional e/ou periódico, que denuncie o vírus da AIDS;

b) a empresa definirá, no prazo de 90 (noventa) dias a contar da publicação desta norma, a política global de prevenção à AIDS e de

⁴¹³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 9951200-06.2006.5.09.0025**. Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, j. 10 mar. 2010, DEJT 19 mar. 2010.

⁴¹⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 4435700-16.2002.5.04.0900**. Relator Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, 6ª Turma, j. 06 ago. 2008, DJ 15 ago. 2008.

⁴¹⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Embargos no Recurso de Revista n. 1400-20.2004.5.02.0037**. Relatora Ministra Dora Maria da Costa, 1ª Turma, j. 07 nov. 2007, DJ 07 dez. 2007.

⁴¹⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 726101-42.2001.5.02.5555**. Relator Ministro Rider de Brito, 5ª Turma, j. 26 nov. 2003, DJ 06 fev. 2004.

acompanhamento a doentes soropositivos. O SATD/SP poderá subsidiar, com informações, elaboração da referida política, de acordo com as já mantidas tratativas com o Ministério do Trabalho. Essa política global deverá ser elaborada, necessariamente, em conjunto com as Entidades que trabalham especificamente com os portadores do vírus da AIDS;

c) cabe à empresa oferecer gratuitamente teste anti-HIV, como exame complementar, a todo empregado que, voluntariamente queira realizar o diagnóstico;

d) a empresa prestará apoio ao empregado que, por motivo de doença, necessite mudar de função, educando seus companheiros de trabalho no que concerne à sua aceitação no novo setor;

e) a empresa respeitará a confidencialidade de toda informação médica, inclusive sobre a situação pessoal relativa ao HIV/AIDS;

f) o empregado não é obrigado a informar ao empregador sobre sua situação em relação ao HIV/AIDS, conforme Código de Ética Médica;

g) a empresa deve educar todos seus empregados, desde a mais alta hierarquia, contra a discriminação do empregado portador do vírus HIV.⁴¹⁷

⁴¹⁷ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Dissídio Coletivo n. 20216200400002002.**

CONCLUSÃO

A referência aos Direitos Humanos Fundamentais, contida no Direito positivo — sobretudo e primordialmente, na Constituição Federal —, diz respeito à forma ampla e genérica adotada pelo legislador, em face da amplitude do conceito. São mencionados, ainda, os princípios adotados pela Carta da República, decorrentes do regime e dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, § 2º).

Releva mencionar, ainda, a imediata aplicabilidade das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º). E indicar, também, a ampliação da competência da Justiça do Trabalho, em decorrência da promulgação da Emenda Constitucional n. 45, de 2004. Assim, foi exposta, com clareza, a competência quanto ao dano moral e ao dano material, na relação de trabalho (já que, anteriormente, somente parte da jurisprudência pendia para essa conclusão).

Sucedem que a atuação e aplicação desses Direitos Fundamentais (que positivam os Direitos Humanos e, portanto, constituem a essência do Direito do Trabalho), seja no âmbito meramente especulativo, seja nas lides ocorrentes, não prescinde de possível conceituação clara e transparente, tanto quanto seja possível.

A doutrina, de modo geral, enuncia perplexidade (para dizer o menos) em face da (e na oportunidade de) aplicação dos princípios fundantes dos Direitos Humanos, erigidos agora em Direitos Fundamentais.

Os princípios referidos pelo legislador pátrio denotam a dificuldade, tanto na doutrina como na jurisprudência, da conceituação específica. E esta se faz indispensável, tanto ao cidadão como ao jurisdicionado.

O estudo da concepção e da evolução histórica dos Direitos Humanos, em suas amplas denominações, afigura-se constituir em subsídios indispensáveis à atuação jurisdicional.

Estas, em suma, algumas das razões que levaram a este estudo.

Buscou-se verificar a evolução histórica, com o exame da concepção do Direito Natural na Grécia, em Roma e na Idade Média. Cuidou-se da verificação do Direito Natural, na Patrística e na Escolástica e, sobretudo, a sua evolução na Alta Idade Média.

Também foi considerado o período do Renascimento e as variações trazidas por Pico della Mirandola, em seu livro “Da dignidade da natureza humana”. Para Mirandola, a natureza humana podia criar a si mesma, já que não era definida, em princípio, por pecado

algum. (Para alguns autores, a ideia é fruto do processo de nascimento do mundo burguês pautado pela necessidade de crermos na capacidade infinita do homem de criar e produzir). Representou, porém, início de rompimento com a então vigente consideração do princípio da dignidade.

Os enunciados trazidos pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, são examinados no contexto histórico de alguns desses direitos, com a preocupação de oferecer subsídios ao estudo — sobretudo em face da positivação desses direitos. A situação então vigente, com a decadência do Antigo Regime e os instrumentos jurídicos que eram utilizados — como as *lettres de cachet* —, bem como a estrutura judiciária, foram verificadas.

Há referência à Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, das Nações Unidas, e também referência ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

A excessiva preocupação com o Direito positivo e a interpretação restritiva — que poderiam, de alguma forma ou modo, restringir a aplicação dos Direitos Humanos — foram trazidas, porém sem excluir a importância fundamental de validade e eficácia da norma.

As diversas concepções do princípio da dignidade da pessoa humana — esteio e viga mestra dos Direitos Humanos — pelas diversas escolas de pensamento foram expostas, com especial referência ao humanismo integral de Jacques Maritain.

Também foram considerados os Direitos Humanos como direitos universais. Da mesma forma, foram estabelecidos os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais como essência do núcleo dogmático e conteúdo axiológico do Direito do Trabalho.

O conceito foi emitido no sentido de que *a dignidade está ligada ao fato de existir e não à mera capacidade biológica, psicológica ou a qualquer outra avaliação social. Está baseada na ética ontológica, de natureza universal. Logo, não é fundada em mera ética dos direitos ou da utilidade, sujeita a valorações externas, de natureza social.*

A realidade do ser humano é que ele é possuidor de plena qualificação antropológica e ética. O ser humano traz impressos em si a própria dignidade e o próprio valor. Há nexos intrínsecos entre a dimensão ontológica e o valor específico de cada ser humano.

A objeção de consciência como irradiação do princípio da dignidade da pessoa humana completa o estudo. Daí também considerar que os Direitos Humanos são inerentes à personalidade do trabalhador.

Por fim, cuidou-se de especificar a evolução da jurisprudência relativa ao essencial direito de acesso à Justiça. Entendeu-se de suma importância considerar a função da súmula na prática da jurisdição. Também foram referidos os direitos da mulher trabalhadora, como, especialmente, a garantia de emprego, ou estabilidade, da gestante; aos trabalhadores infectados pelo vírus HIV ou portadores de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. E, para essa finalidade, foram indicados subsídios no Direito Internacional. Verificou-se a insuficiência da legislação infraconstitucional, em face das limitações existentes no próprio sistema. Assim, prevaleceu, sempre, a interpretação segundo as regras hermenêuticas aplicáveis aos princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALBERT, Pierre. Tables du journal Le Temps. *In: LE MONDE DE LA REVOLUTION FRANÇAISE. Journal des Droits de l'Homme*, n. 1, jan. 1989.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA TELES, Maria Amélia de. **O que são Direitos Humanos das mulheres**. São Paulo: Brasiliense. 2007.

ALTVATER, Elmar. **O fim do capitalismo como o conhecemos**: uma crítica radical do capitalismo. Tradução Peter Naumann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

AMADO, João Leal. **Contrato de trabalho desportivo anotado**. Coimbra: Almedina, 1995.

AMORIM, João Pacheco. A liberdade de profissão. *In: Estudos de comemoração dos cinco anos da Faculdade de Direito da Universidade de Porto (1995-2000)*. Coimbra, 2001.

ANAMATRA. **Revista Trabalhista Direito e Processo**, n. 151, maio 2012. Encarte especial relativo ao XVI Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho.

ANAMATRA. **Revista Trabalhista Direito e Processo**, n. 26, abr.-maio-jun. 2008.

ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras. 2004.

ARISTOTELES. **Ética a Nicomano**. Tradução Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. Nova Cultural, 1991. Coleção “Os Pensadores”.

ARISTOTELES. **Retórica**. Lisboa: Imprensa Nacional; Casa da Moeda, 2005. Coleção “Biblioteca de Autores Clássicos”.

ASSIS, Rui. **O Poder de direcção do empregador**: configuração geral e problemas actuais. Coimbra: Coimbra, 2005.

BADINTER, Elizabeth. Condorcet, un intellectuel em politique. Paris: Fayard, 1988. *In: LE MONDE DE LA REVOLUTION FRANÇAISE. Journal des Droits de l'Homme*, n. 3.

BADINTER, Elizabeth. **Correspondence inédite de Condorcet et Mme. Suard, 1771-1791**. Paris: Fayard, 1988.

BARROS, Cássio Mesquita. O futuro do Direito do Trabalho. **Revista LTr**. São Paulo, v. 66, n. 5, maio 2002.

BARROS, Cássio Mesquita. Paridade e não discriminação entre homens e mulheres. **Revista Synthesis**. São Paulo, n. 27, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. **Jus Navigandi**. Teresina, v. 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>. Acesso em: 2 jul. 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. O Judiciário como força democrática. **O Estado de São Paulo**, 29 nov. 1996.

BAUMAN, Eduardo Mansano. **O Processo Civil e a efetividade dos Direitos Fundamentais**. Leme-SP: Habermann, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo parasitário**. Tradução Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes**. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida em fragmentos: sobre a Ética pós-moderna**. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011.

BELTRAN, Ari Possidonio. **A autotutela nas relações do trabalho**. São Paulo: LTr., 1996.

BELTRAN, Ari Possidonio. **Dilemas do trabalho e do emprego na atualidade**. São Paulo: LTr., 2001.

BELTRAN, Ari Possidonio. **Direito do Trabalho e Direitos Fundamentais**. São Paulo: LTr., 2002.

BELTRAN, Ari Possidonio. **Os impactos da integração econômica no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr., 1998.

BENTO XVI. **Discurso ao mundo da política e da cultura**: proferido no Teatro Nacional de Zagreb, Croácia, 4 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.zenit.org>>. Acesso em: 21 nov. 2012.

BERARDINO, Ângelo Di. **Dicionário patrístico de antiguidades cristãs**. Tradução Cristina Andrade. Petrópolis-RJ: Vozes, 2002.

BETTENCOURT, Pedro Ortins. Flexibilidade e rigidez na contratação a termo. *In*: IV CONGRESSO NACIONAL DE DIREITO DO TRABALHO, 8 fev. 2001, p. 119-125.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **O acesso à justiça como direito humano e fundamental**. São Paulo: LTr., 2008.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (Coord.). **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**. Osasco: Edifio, 2006.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O Direito na pós-modernidade**. São Paulo: Forense Universitária, 2005.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O jusnaturalismo e a filosofia moderna dos direitos**: reflexão sobre o cenário filosófico da formação dos Direitos Humanos. Vitória: Panóptica, 2008, v. 2, n. 13, jul.-out. 2005.

BOAVENTURA, Jorge. A volta da barbárie. **Folha de São Paulo**, 27 jan. 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Locke e o Direito Natural**. Tradução Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Nem com Marx, nem contra Marx**. Organização Carlo Violi. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Unesp, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O conceito da sociedade civil**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Graal, 1994.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de Filosofia do Direito. Compilação Nello Morra; Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20. edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

BORGHESI, Massimo. O mundo após a crise das utopias. **Revista Dicta & Contradicta**. São Paulo: Civilização Brasileira, n. 2, p. 42-56, dez. 2008.

BOULNOIS, Olivier. O que há de novo na Idade Média? **Revista Dicta & Contradicta**. Tradução de Marcelo Consentino. São Paulo: Civilização Brasileira, n. 8, p. 10-30, dez. 2011, Civilização Brasileira, 2011.

BOURDIEU, Pierre. La noblesse d'État: grandes écoles et esprit de corps. Minuit, 1989. In: LE MONDE DE LA REVOLUTION FRANÇAISE. **Journal des Droits de l'Homme**, n. 3.

BRANCO, Maurício de Melo Teixeira; BARROS, Renato da Costa Lino de Góes; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga. **Fundamentação material dos Direitos Fundamentais na contemporaneidade**. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=522&tmp_secao=9&tmp_topico=teoriadireito&wi.redirect=p1wco3pkqvni07bpqhdi>. Acesso em: 21 nov. 2012.

BRASIL. **Lei n. 9.029**, 13 abr. 1995. DOU 17 abr. 1995, seção I, p. 5.361.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 12.547/DF**. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ 12 fev. 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 9.892/RJ**. Relator original Ministro Hamilton Carvalhido, Relator para o acórdão Ministro Fontes de Alencar, DJ 26 mar. 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 249.026-PR**. Rel. Min. José Delgado, DJ 26 jun. 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 11.183-PR**. Relator Ministro José Delgado, DJ 04 set. 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2160/DF**. Relator para o acórdão Ministro Marco Aurélio, T.P., j. 13 maio 2009, DJU 23 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206/Espanha**. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, j. 12 dez. 2001, DOU 20 mar. 1970.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Comissão de Jurisprudência. **Regimento do Supremo Tribunal Federal**: anexo: súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, jan. 1964.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 71.373/RS**. Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 10 nov. 1994

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo Semanal do STF**, n. 546.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo Semanal do STF**, n. 476.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Reclamação n. 10.707/DF**. Relator Ministro Celso de Mello.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 287.905/SC**. Relator Ministro Carlos Velloso.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento no Recurso de Revista n. 246.939/96.1**. Acórdão n. 8.553/96. 4ª T., Relator Ministro Galba Velloso.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo no Recurso de Revista n. 0001915/86**. Acórdão n. 003221. Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 31 out. 1986.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 7.532**. 1. T., DJU 18 mar. 1991, p. 2.785.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Embargos no Recurso de Revista n. 1400-20.2004.5.02.0037**. Relatora Ministra Dora Maria da Costa, 1ª Turma, j. 07 nov. 2007, DJ 07 dez. 2007.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 726101-42.2001.5.02.5555**. Relator Ministro Rider de Brito, 5ª Turma, j. 26 nov. 2003, DJ 06 fev. 2004.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista 191.553/95.1**. Acórdão n. 4.930/96. Relator Ministro Leonaldo Silva, 4ª T., DOJU n. 169, seção I, 30 ago. 1996, p. 30.947/30.948.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 1.921/71**. Acórdão 1.817/73. Relator Ministro Leão Velloso, 3ª T., DJU. 18 fev. 74, p. 781.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 104900-64.2002.5.04.0022**. Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, j. 03 ago. 2011, DEJT 02 set. 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 105500-32.2008.5.04.0101**.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 109436/94.9**. Acórdão n. 4502/94. Relator Ministro Lourenço Prado, 1ª T., DJ 14 out. 1994, p. 27.723.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 112900-36.2005.5.02.0432**. Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda, 5ª Turma, j. 26 abr. 2011, DEJT 06 maio 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 124400-43.2004.5.02.0074**. Relator Ministro José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza, 1ª Turma, j. 25 abr. 2012, DEJT 11 maio 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 125.407/94.4**. Acórdão 0209/95. Ministro Leonaldo Silva, 4ª T., DJ 24 mar. 1995, p. 7.007.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 138.264**. Acórdão n. 1437/95. Relator Ministro Antonio Maria Thaumaturgo Cortizo, 5ª T., DJ 19 maio 1995, p. 14.282.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 140700-19.2004.5.02.0062**.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 147.509/94.4**. Acórdão n. 3.052/95. Relator Ministro Leonaldo Silva, 4ª T., DJ 23 jun. 95, p. 19.765.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 155.768/95.8**. Acórdão n. 4653/95. Relator Ministro Galba Velloso, 4ª T., DJ 22 set. 95, p. 30.958.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 158.951/95.5**. Acórdão n. 3965/95. Relator Ministro Euclides Alcides Rocha, 1ª T., DJ 08 set. 1995, p. 28.655.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 159.997/95.8**. Acórdão n. 3.733/95. Relator Ministro Euclides Alces Rocha, 1ª T., j. 16 out. 95, LTr. 60-01/67.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 159.253/95.1**. Acórdão n. 8764/97. Relator Ministro João Oreste Dalazen, 1ª T., DJ n. 206, seção 1, 24 out. 1997, p. 54.455.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 181.496/95.3**. Acórdão n. 02.495/96. Relator Ministro Valdir Righetto, 4ª T., DOJU n. 100, seção I, 24 maio 1996, p. 17.692.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 192.739/95.6**. Acórdão n. 6020/96. Relator Ministro Moacyr Roberto Tesch Auersvald, 2ª T., DOJU n. 246, Seção I, 19 dez. 1996, p. 52.106-52.107.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 199.807/95.7**. Acórdão n. 6.038/96. Relator Ministro Leonaldo Silva, 4ª T., DOJU n. 203, seção I, 18 out. 1996, p. 40.121.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 2253/2003-009-05-00**, p. 19 maio 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 312.775/96.3**. Relator Ministro João Oreste Dalazen, DOJU n. 87, seção I, 9 maio 1997, p. 18.522.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 317800-64.2008.5.12.0054**. Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, j. 01 jun. 2011, DEJT 10 jun. 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 4435700-16.2002.5.04.0900**. Relator Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, 6ª Turma, j. 06 ago. 2008, DJ 15 ago. 2008.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 51085-09.2005.5.10.0014**. Publicado em Informativo do Tribunal Superior do Trabalho sob o título: “Contrato com PNUD: Oitava Turma não reconhece cláusula que submete litígios a comissão de arbitragem”, 05 abr. 2010. Disponível em: <www.tst.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 69060/93.9**. Acórdão n. 5397/94. Relator Ministro Roberto Della Manna, 3ª T., DJ 07, abr. 1995, p. 9.134.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 69-70.2011.5.12.0007**.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 721340-83.2006.5.12.0035**. Relatora Ministra Rosa Maria Weber, 3ª Turma, j. 26 maio 2010, DEJT 22 out. 2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 83840-17.2002.5.04.0028**. Relator Ministro Pedro Paulo Manus, 7ª Turma, j. 09 fev. 2011, DEJT 18 fev. 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 94.197/93.4**. Acórdão n. 04104/94. Relator Ministro Indalécio Gomes Neto, 1ª T., DJ 30 set. 1994, p. 26.337.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 9951200-06.2006.5.09.0025**. Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, j. 10 mar. 2010, DEJT 19 mar. 2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 110.056/94.5. Acórdão n. 310/95. SDI.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso Ordinário n. 406000-03.2009.5.04.0000**.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n. 244**. Resolução n. 129/2005.

BROOKS, David. **Os santos capitalistas**. O Estado de São Paulo, Economia, 18 dez. 2005.

BUAINAIN, Antonio Márcio. **Reinvenção do Estado Social**. O Estado de São Paulo, 4 set. 2012.

BURKE, Edmund. *Réflexions sur la Révolution de France et autres oeuvres*. Reedição comentada Philippe Raynaud. Paris: Hachette-Pluriel, 1989. *In*: LE MONDE DE LA RÉVOLUTION FRANÇAISE. **Journal des Droits de l'Homme**, n. 8.

CALSING, Maria de Assis. **Natureza dos contratos de prazo determinado**: garantia de emprego ao acidentado do trabalho e à mulher no contrato de experiência. *In*: SÉTIMO COLÓQUIO DA ACADEMIA NACIONAL DE DIREITO DO TRABALHO. São Paulo, 25 out. 2012. Informação verbal.

CAMANHO, Paula Ponces. Limitações da contratação a termo. *In*: FERNANDES, António Monteiro *et al.* **Código do trabalho**: alguns aspectos cruciais. Cascais: Principia, 2003.

CAMPANHOLE, Adriano, **Prática e jurisprudência trabalhista**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 1969.

CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (Coord.). **Pessoa humana e Direito**. Coimbra: Almedina, 2009.

CAMPOS, Ingrid Zanella Andrade. A evolução histórica internacional dos Direitos Humanos e a questão da relativização da soberania estatal. **Jus Vigilantibus**. 15 jul. 2008. Disponível em: <<http://jusvi.com/colunas/34672/1>>. Acesso em: 26 set. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais; 2. ed., Coimbra: Coimbra, 2008.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V.A. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

CAPLAN, Luciana. O Direito do Trabalho e a teoria crítica dos Direitos Humanos. *In*: SILVA, Alessandro da; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; FELIPPE, Kenarik Boujikian; SEMER, Marcelo (Coord.) **Direitos Humanos**: essência do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr. 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à Justiça como programa de reformas e método de pensamento. Tradução de Hermes Zanetti Júnior. **Revista Forense**, v. 395.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. **Revista de Processo**, v. 16, n. 61, p. 144-160, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso dos consumidores à Justiça. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 86, n. 310, p. 53-64, abr.-jun. 1990.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 326, 1994.

CAPUTO BASTOS, Guilherme Augusto. Arbitragem no Direito do Trabalho. **Revista LTr**. São Paulo, v. 63, n. 11, p. 1.462-1.476, nov. 1999.

CARDOSO, Eliane. Vale tudo: moralidade e filosofia. **O Estado de São Paulo**, 27 jun. 2012.

CARDOSO, Luciane. Códigos de conduta, responsabilidade empresarial e direitos humanos dos trabalhadores. **Revista LTr**. São Paulo, v. 67, n. 8, p. 917-929, 2003.

CARINCI, Franco. **Un Diritto del Lavoro “classico” alla vigilia del terzo millennio**. Torino, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. Balanço do positivismo jurídico. *In: Heresias do nosso tempo*. Porto: Livraria Tavares Martins, 1956, p. 267-291. Disponível em: <www.berardo.cirejus.com.br>. Acesso em 21 nov. 2012.

CARRION, Valentin. **A nova jurisprudência em Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

CARRION, Valentin. **Nova jurisprudência em Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CARVALHO, Suzete. A mulher e o Direito Constitucional do Trabalho. **Revista Synthesis**. São Paulo, v. 9, n. 89.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Molto clamore per poco**: all’indomani del D. Lgs. n. 276/2003. Torino, 2007.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Tipo de culpabilidade. **Jornal do Magistrado**, n. 37, jul. 1996.

CÍCERO. **Dos deveres**. São Paulo: Almedina, 2000.

CINTRA Jr., Dyrceu Aguiar. Controle interno inadmissível. **O Estado de São Paulo**, p. A2, 6 jul. 1996.

COELHO, Rogério Viola. O mito do grande oráculo. **Revista Anamatra**, v. 7, n. 22, jan.-fev.-mar. 1995.

COMISSÃO TEOLÓGICA INTERNACIONAL. Em busca de uma ética universal: novo olhar sobre a lei natural. **Documentos da Igreja**. São Paulo: Paulinas, n. 26, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder, **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

CONDORCET, Marie Jean Antoine Nicolas de Caritat, Marquês de. **Folio-Essais**: vl. 1: cinq mémoires sur l'instruction publique. Reedição comentada Catherine Kintzler; Charles Coutel. Paris: Edilig, 1987.

CORDEIRO, Antonio Menezes. **Manual de Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 1991.

CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. São Paulo: RT, 1999.

CURADO, Armando Antunes. **Manual Prático de Direito do Trabalho**. 3. ed. Lisboa: Quid Juris, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Os Direitos Humanos no mundo. **Revista MPD Dialógico**, v. 5, n. 21.

DELGADO, Maurício Godinho. Direitos Fundamentais na relação de trabalho. *In*: SILVA, Alessandro da; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; FELIPPE, Kenarik Boujikian; SEMER, Marcelo (Coord.) **Direitos Humanos**: essência do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr. 2007.

DERRIDA, Jacques. La démocratie ajournée. *In*: LE MONDE DE LA RÉVOLUTION FRANÇAISE. **Journal des Droits de l'Homme**, n. 1, jan. 1989.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada**. São Paulo: Saraiva. 1994.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. **Processo n. 1.418/95**. Acórdão n. 280/96. Relatora designada Juíza Heloísa Pinto Marques, 2ª T., Informativo Bimestral da Associação dos Magistrados do Trabalho da 10ª Região n. 2, p. 11.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. **Processo n. 390/2002**. Revista Synthesis n. 36, 2003, p. 269-270.

DUARTE, Maria Luísa. **União Européia e Direitos Fundamentais**: no espaço da internormatividade. Lisboa: AAFDL, 2006.

ENCICLOPÉDIA DEL DIRITTO. **Contratto individuale del lavoro**. Giuffrè, v. 23.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **Reynolds v. United States**. 98 U.S. 145, out. 1878. Disponível em: <<http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/reynoldsvus.html>>. Acesso em: 29 ago. 2012.

ESTEVES, João M. Esteves. **Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2007.

EUROPA. Conselho Europeu. **Resolução n. 1763**: the right to conscientious objection in lawful medical care. 7 out. 2010. Disponível em: <<http://www.assembly.coe.int/asp/doc/xrefviewhtml.asp?fileid=17909>>. Acesso em 21 nov. 2012.

FARIA, José Eduardo. **A globalização econômica e sua arquitetura jurídica**: dez tendências do direito contemporâneo. Disponível em: <http://moodle.stoa.usp.br/file.php/491/8.1._Faria_-_A_globalizacao_economica_e_sua_arquitetura_juridica.pdf>. Acesso em 21 nov. 2012.

FAUCHOIS, Yann. **Religion et France revolutionnaire**. Paris: Hercher, 1989. Coleção “Art et spiritualité”.

FAUCHOIS, Yann. Religion, révolution et réaction. *In*: LE MONDE DE LA REVOLUTION FRANÇAISE. **Journal des Droits de l'Homme**, n. 11.

FERRARO, Giuseppe. Rinunzie e transazioni del lavoratore. **Enciclopedia Giuridica**. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo**. 2. ed., São Paulo: Saraiva. 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 11. ed., São Paulo: Saraiva. 2009.

FLORES, Joaquin Herrera. **A (re)invenção dos Direitos Humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FLORES, Joaquin Herrera. **Los derechos humanos como productos culturales**: crítica del humanismo abstracto. Madrid: Catarata, 2005.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. A arbitragem no Direito do Trabalho. *In*: FREDIANI, Yone; SILVA, Jane Granzoto Torres da (Coord.). **O Direito do Trabalho na sociedade contemporânea**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001.

FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues. **Direito do Trabalho na era do desemprego**: instrumentos jurídicos em políticas públicas de fomento à ocupação. São Paulo: LTr, 1999.

FROMM, Erich. A revolução da esperança: por uma tecnologia humanizada. Tradução Edmond Jorge. Rio de Janeiro: Zahar, 1969.

FURET, François. Le bon Dieu e les mauvais prêtres. *In*: LE MONDE DE LA REVOLUTION FRANÇAISE. **Journal des Droits de l'Homme**, n. 11, nov. 1989.

FURET, François. **O passado de uma ilusão**. São Paulo: Siciliano, 1995.

GALANTINO, Luisa. **Diritto Comunitario del Lavoro**. 4. ed., Torino: G. Giappichelli, 2003.

GALANTINO, Luisa. **Diritto del Lavoro**. 14. ed., Torino: G. Giappichelli, 2006.

GALANTINO, Luisa. **La riforma del mercato del lavoro**. Milano: G. Giappichelli, 2003.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 4. ed., São Paulo: Max Limonad, v. 1, t. 1.

GIGLIO, Wagner D. A Lei da Arbitragem. São Paulo: **Revista LTr**. 64/03/312.

GIGLIO, Wagner D. **Justa Causa**. 4. ed., São Paulo: LTr., 1993.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica**: problemas e perspectivas. São Paulo: LTr, 2005.

GORBATCHOV, Mikail S. Discurso à XIX Conferência Nacional do Partido Comunista da União Soviética. *In*: **Perestroika**: a renovação do socialismo. São Paulo: Novos Rumos, 1988.

GRANDI, Gaetano Zilio. **Diritti Sociali e Diritti nel Lavoro**. Torino, Itália: G. Giappichelli, 2006.

GRAZIANO, Xico. Profetas do apocalipse. **O Estado de São Paulo**, 26 jun. 2012.

GUARDINI, Romano. **O fim da Idade Moderna**: em procura de uma orientação. Lisboa: Edições 70, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Dimensões dos direitos fundamentais e teoria processual da Constituição. In: SOARES, José Ronald Cavalcante (Coord.). **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: LTr, 2001.

HABERMAS, Jürgen. Os secularizados não devem negar potencial de verdade a visões de mundo religiosas. **Folha de São Paulo**, 24 abr. 2005.

HABERMAS, Jürgen. Teologia da Idade Média e genealogia dos Direitos Humanos. **O Estado de São Paulo**, 24 abr. 2005.

HOBBSAWM, Eric. A crise das ideologias. **O Estado de São Paulo**, p. D11, 12 ago. 1995.

HOFMMAN, Paulo. **Razoável duração do processo**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

ICHINO, Pietro. Il contratto di lavoro, I. In: **Trattato di Diritto Civile e Commerciale**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2000, v. 27, t. 2.

INSTRUÇÃO “Dignitas personae”. Disponível em: <http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20081208_dignitas-personae_po.html>. Acesso em: 8 out. 2012.

ITÁLIA. **Norme per le controversie in materia di lavoro**. Disponível em: <<http://www.studiocataldi.it/codiceproceduracivile/librosecondo-iv-controversie-lavoro.asp>>. Acesso em 21 nov. 2012.

JOÃO PAULO II. Discurso aos participantes na Sessão Plenária da Congregação para a Doutrina da Fé. **L'Osservatore Romano**, n. 47, 6 fev. 2004. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/speeches/2004/february/documents/hfjp-ii_spe20040206_congr-faith_po.html>. Acesso em: 21 nov. 2012.

JOÃO PAULO II. Discurso aos participantes no simpósio sobre “*Evangelium vitae* e Direito”, 24 maio 1996. **L'Osservatore Romano**, n. 22 (1.382).

JOÃO PAULO II. Na alocução do “Angelus”, 20 set. 1981. **L'Osservatore Romano**, n. 39 (617), 27 set. 1981.

JOBIM, Everton. **Teoria política e sociológica**. Disponível em: <<http://politicassociologia.blogspot.com.br/2009/03/teoria-sociologica-e-politica.html>>. Acesso em: 21 nov. 2012.

KAUFMANN, Marcus de Oliveira. A democracia sindical interna: um mote para as responsabilidades e para a responsabilização dos sindicatos. *In: Arquivos do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior*, n. 34, 2010.

KELSEN, Hans. **A Justiça e o Direito Natural**. Tradução e prefácio João Baptista Machado. Coimbra: Almedina, 2009.

LA BRUYÈRE. **Les caractères**. Prefácio e notas Georges Mongrédien. Paris: Librairie Garnier Frères, 1948.

LACERDA, Bruno Amaro. A dignidade humana em Giovanni Pico Della Mirandola, **Revista Legis Augustus**, v. 3, n. 1, p. 16-23, set. 2010.

LACERDA, Sérgio. Justiça tardia e falha. **Revista Veja**. São Paulo, n. 1.103, 11 nov. 1989.

LAFER, Celso. **A ruptura totalitária e a reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras. 1999.

LAFER, Celso. Celebrando Bobbio no seu centenário. **O Estado de S. Paulo**, 20 set. 2009.

LAFER, Celso. Ensinamentos de Norberto Bobbio, na 10ª edição. **O Estado de São Paulo**. Caderno 2, Cultura, 27 ago. 2000.

LAFER, Celso. Variações sobre os direitos humanos. **O Estado de São Paulo**, 18 jul. 2007.

LAMARCA, Antonio. A Súmula ou Enunciado como fonte formal do Direito do Trabalho. **Revista do TST**, 1985. Resumo elaborado por Bernardino A. Carvalho. **Revista Synthesis**, n. 3, p. 30-31, 1986.

LEDUR, José Felipe. **Direitos Fundamentais Sociais**: efetivação no âmbito da democracia participativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LIMA, Alceu Amoroso. **Introdução ao Direito moderno**. 3. ed., Rio de Janeiro: Livraria Agir, 1978.

LUSTIGER, Jean-Marie. L'Église, la Révolution et les droits de l'homme. *In*: LE MONDE DA LA REVOLUTION FRANÇAISE. **Journal des Droits de L'Homme**, n. 11.

MACHADO NETO, Antonio Luiz. **Compêndio de introdução à ciência do Direito**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1988.

MALHADAS, Júlio Assumpção. Proteção à intimidade do trabalhador durante a execução do contrato de trabalho. *In*: VI CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO SOCIAL, Salvador, 29-30 abr. 1999. **Arquivos do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior**. São Paulo, v. 27, 1999.

MALLET, Estevão. Acesso à Justiça no Processo do Trabalho. **Revista LTr**. São Paulo, v. 60, n. 11, p. 1.469-1.473, 1996.

MANGANO, Vincenzo. **Il pensiero Sociali e Político di Leone XIII**. Isola Del Liri, Itália: Soc. Tip. A. Macioce & Pisani, 1931.

MARITAIN, Jacques. **Humanismo integral**: uma visão nova da ordem cristã. Tradução Afrânio Coutinho. Prefácio Alceu de Amoroso Lima. Rio de Janeiro: Companhia Editora Nacional, 1949.

MARITAIN, Jacques. **O homem e o Estado**. Tradução Alceu de Amoroso Lima. 2. ed., Rio de Janeiro: Agir, 1956.

MARITAIN, Jacques. **Os Direitos do Homem**. Tradução Afrânio Coutinho. Prefácio de Alceu de Amoroso Lima. 3. ed., Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1967.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Código do Trabalho anotado**. Coimbra: Almedina, 2004.

MARTINEZ, Pedro Romano. Considerações Gerais sobre o Código do Trabalho. *In*: MOREIRA, Antonio (Coord.) **VI Congresso Nacional de Direito do Trabalho**. Lisboa: Almedina, 2004, p. 41-66.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do Trabalho**. 3. ed., Coimbra: Almedina, 2002.

MARX, Karl. **A questão Judaica**. 2. ed. São Paulo: Moraes, 1991.

MASSON, Marie-Françoise. **Jornal La Croix**, 5 dez. 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MAXWELL, Kenneth. A alçada. **Folha de São Paulo**, 11 out. 2012.

MCCAFFERTY, Christine. **Women's access to lawful medical care: the problem of unregulated use of conscientious objection**. Disponível em: <<http://www.assembly.coe.int/asp/doc/xrefviewhtml.asp?fileid=12506>>. Acesso em: 21 nov. 2012.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de. São Paulo: **Revista LTr**. 61/331.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de; LOPES, Glaucia Gomes Vergara; CALVET, Otavio Amaral; SIVOLELLA; Roberta Ferme. Direitos humanos e fundamentais: os princípios da progressividade, da irreversibilidade e da não regressividade social em um contexto de crise. **Juris Síntese**, n. 81, jan.-fev. 2010.

MENOZZI, Danielle. **Chiesa e diritti umani**: legge naturale e modernità política dalla Rivoluzione Francese ai nostri giorni. Bologna: Il Mulino, 2012.

MESQUITA, José Luiz de. **Comentários às Súmulas do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: LTr., 1966.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Processo n. 00267-2008-022-03-00-3**.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso Ordinário n. 13.123/97**. Relatora Juíza Alice Monteiro de Barros, Revista LTr. n. 63 jan. 1962.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso Ordinário n. 3132/90**. Relatora Juíza Alice Monteiro de Barros, LTr. 55-09/1060.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra. 1993, t. 4.

MONTESANO, Luigi; VACCARELLA, Romano. **Diritto Processuale del Lavoro**: commento degli artt. 413-331 c.p.c. Napoli: Jovene, 1978.

MONTESSO, José Cláudio (Org.). **Direitos Sociais na Constituição de 1988**: uma análise crítica vinte anos depois. São Paulo: LTr., 2008.

MONTUSCHI, Luigi. Ambiente di Lavoro. In: *Digesto*. 4. ed., Torino: Utet, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed., São Paulo. Atlas, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORI, Celso Cintra. A boa-fé no Direito Civil. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, v. 32, n. 116, jun. 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Tendências do Direito do Trabalho quanto à garantia de emprego. **Revista Synthesis**. São Paulo, n. 4, p. 101-103, 1987.

NASCIMENTO, Sonia Mascaro. **Assédio moral**. São Paulo: Saraiva, 2009.

NAVARRO-VALLS, Rafael. **A objeção de consciência e a dignidade da pessoa**. Entrevista em 1º mar. 2011. Disponível em: <<http://www.zenit.org>>. Acesso em: 21 nov. 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil da Constituição Federal**. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais.

NOCCHI, Andréa Saint Pastous *et al.* (Org.). **Criança, adolescente, trabalho**. São Paulo: LTr., 2010.

NORA, Pierre. Nation. *In*: OZOUF, Mona; FURET, François (Coord.). **Dictionnaire critique de la Révolution Française**. Paris: Flammarion, 1988. *In*: LE MONDE DE LA REVOLUTION FRANÇAISE: Journal des Droits de l'Homme, n. 9.

NOVAES, Adauto (Org.). **Ética**. São Paulo: Schwarcz, 2007.

NOVAIS, Washington. Aprendendo com formigas e cupins. **O Estado de São Paulo**, p. A2, 28 set. 2012.

NUNES, Cláudio Pedrosa Nunes. A supremacia do Direito Natural e a pirâmide normativa kelseniana. **Revista Complexus**. Natal, v. 1, n. 1.

NUNES, Luiz António Rizzatto. **Manual da monografia jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NUNES, Luiz António Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

O ESTADO DE SÃO PAULO. **Especialista culpa falta de valores sociais por crime**. 31 jul. 2012.

O ESTADO DE SÃO PAULO. **Juizado Especial Federal de Campinas concede salário-paternidade**. Caderno “Vida”, p. A19, 17 ago. 2012.

ODÁLIA, Nilo. A liberdade como meta coletiva. *In*: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Coord.). **História da cidadania**. São Paulo: Contexto. 2008.

OLIVEIRA, Antonio Carlos de. A garantia do emprego. **Revista Synthesis**. São Paulo, n. 2, 1986. **Revista LTr**. v. 49, n. 8, 1985.

OLIVEIRA, Erival da Silva. **Direitos Humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de; NAHAS, Thereza Cristina. Direito processual do trabalho em Portugal. *In*: TOLEDO FILHO, Manoel Carlos; EÇA, Vitor Salino de Moura. (Coord.). **Direito Processual do Trabalho comparado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **Doc. GB 280/wp/sdb**, mar. 2001.

OZOUF, Mona; FURET, François (Coord.). **Dictionnaire critique de la Révolution Française**. Paris: Flammarion, 1988. *In*: LE MONDE DE LA REVOLUTION FRANÇAISE: Journal des Droits de l’Homme, n. 5.

PAINE, Thomas. **Os Direitos do Homem**: uma resposta ao ataque do Sr. Burke à Revolução Francesa. Introdução Maria Tereza Sadek Ribeiro de Souza. Tradução Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1989.

PARÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. **Processo n. 5.566/96**. Acórdão 4.12.96. Relatora Juíza Rosita de Nazaré Sidrim Nassar, 2ª T., LTr. 61-04/548.

PARREIRAS, Rodrigo Moraes Lamounier. A dignidade de todos e de ninguém. **Revista Júris Síntese**, n. 80, nov.-dez. 2009.

PASTORE, José. Trabalho decente. **O Estado de São Paulo**, 14 ago. 2012.

PAULO VI. **Gaudium et Spes**: Constituição Pastoral do Concílio Vaticano II sobre a Igreja no mundo de hoje. 12. ed., São Paulo: Paulinas 2002.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do Direito como integridade**. São Paulo: LTr., 2009.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Tradução e introdução Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 2001.

PIMENTEL, Silvia, GREGORUT, Adriana S., JUNGSMANN, Luiza G. Comitê de Direitos Humanos da ONU: os 30 anos do Comitê Cedaw. **O Estado de São Paulo**, 21 jul. 2012.

PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (Coord.). **Direitos Humanos e Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010.

PLATÃO. **Gorgias**. Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/gorgias.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2012.

POL DROIT, Roger. **Ética**: uma primeira conversa. Tradução Natália Correia Rios. São Paulo: WMF-Martins Fontes, 2012.

PONDÉ Luiz Felipe. Momento pode expor progressismo risível. **Folha de São Paulo**, 4 abr. 2005.

PONDÉ, Luiz Felipe. **Guia politicamente incorreto da Filosofia**. São Paulo: Leya, 2012.

PORTO, Alexandre. Cultura não é destino. **Folha de São Paulo**, p. A26, 27 out. 2012.

PROTO PISANI, Andrea. **Controversie individuali di lavoro**. Torino: Utet, 1993.

QUÉTEL, Claude. **Les lettres de cachet** : une légende noire. Paris: Perrin, 2011.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito do Trabalho**: pt. 2: situações laborais individuais. Coimbra: Almedina, 2008.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Insegurança ou diminuição do emprego? A rigidez do sistema jurídico português em matéria de cessação do contrato de trabalho e de trabalho atípico. **Revista LTr**. São Paulo, v. 64, n. 7, jul. 2000.

REALE, Miguel. A Constituição e o Direito Civil. **O Estado de São Paulo**, 19 jun. 2005.

REALE, Miguel. A questão das súmulas vinculantes. **Folha de São Paulo**, 23 jan. 1997.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 4. ed.. São Paulo: Saraiva, 1965.

REALE, Miguel. **Fontes e modelos de Direito**: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. Justiça social e bem comum. **O Estado de São Paulo**, p. A2, 30 maio 1995.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1980.

REALE, Miguel. **Nova fase do Direito moderno**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

REDINHA, Maria Regina. **Direitos de personalidade**. Disponível em: <http://www.direito.up.pt/cije_web/backoffice/uploads/publicacoes/direitos_personalidade_anot.pdf>. Acesso em: 6 mar. 2009.

REDINHA, Maria Regina. O teletrabalho. *In*: II CONGRESSO NACIONAL DE DIREITO DO TRABALHO. Coimbra: Almedina, 1999.

REDINHA, Maria Regina. **Os direitos de personalidade no Código do Trabalho**: actualidade e oportunidade da sua inclusão. Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Artigo disponibilizado pela autora via e-mail.

RESCIGNO, Pietro. **Trattato di Diritto Privato**: impresa e lavoro. 2. ed., Torino: Utet, 2001.

RIALS, Stéphane. **La Declaration des droits de l’homme et du citoyen**. Paris : Hachette, 1989. Coleção “Pluriel”. *In*: LE MONDE DE LA REVOLUTION FRANÇAISE. **Journal des Droits de l’Homme**, n. 8.

RICOEUR, Paul. Cruzada de heróis anônimos pelo planeta. Entrevista realizada por Napoleão Sabóia. **O Estado de São Paulo**, 04 fev. 2001.

RICUPERO, Rubens. O Direito Social e o desemprego. *In*: VI CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO SOCIAL, Salvador, 29-30 abr. 1999. **Arquivos do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior**. São Paulo, v. 27, 1999

RICUPERO, Rubens. Sonho truncado. **Folha de São Paulo**, 23 jul. 2012.

RICUPERO, Rubens. Um caso de consciência. **Folha de São Paulo**, 29, jun. 2003.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Natureza dos contratos de prazo determinado: garantia de emprego ao acidentado do trabalho e à mulher no contrato de experiência. *In: SÉTIMO COLÓQUIO DA ACADEMIA NACIONAL DE DIREITO DO TRABALHO*. São Paulo, 25 out. 2012. Informação verbal.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 2. ed., São Paulo: LTr., 2007.

RONDÔNIA. Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região. **Processo n. 228/89**. Acórdão n. 557/89. Relator Pedro Pereira de Oliveira, Revista Synthesis n. 10, 1990, p. 201.

ROSAS, Roberto. **Direito sumular**. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

ROUSSEAU. **Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes**, 1754. Disponível em: <<http://eet.pixel-online.org/files/etranslation/original/Rousseau%20JJ%20Discours%20sur.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2012.

SAAD, Eduardo Gabriel. **CLT Comentada**. 30. ed., São Paulo: LTr., 1997.

SALL, Alioune. Combating the Proliferation of Small Arms and Light Weapons in West Africa. *In: AYISSI, Anatole; SALL, Ibrahima (Ed.). Handbook for the training of Armed and Security Forces*. Genebra, Suíça: UNIDIR United Nations Institute for Disarmament Research. 2005.

SANDEL Michael J. **O que o dinheiro não compra**: limites morais do mercado. Tradução Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTA CATARINA. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. **Processo n. 1.150/85**. Acórdão n. 713/86. Relator Airton Minoggio do Nascimento, DJ 9.7.86, Revista Synthesis n. 4/87, p. 212.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos Humanos na negociação coletiva**: teoria e prática jurisprudencial. São Paulo: LTr., 2004.

SANTOS, João Batista dos; SILVA, Juary C. Impossibilidade de revogação de súmulas por lei, no Direito brasileiro. **Revista LTr.**, v. 49, n. 2, p. 137-140, fev. 1985.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 110.772-4/4-00**. Relator Desembargador O. Breviglieri.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Civil n. 191.290-4/7-0**. Relator Desembargador A. Germano.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Dissídio Coletivo n. 20216200400002002**.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Processo n. 01074.2006.317.02.00-2**. Relator Juiz Orlando Apuene Bertão.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Processo n. 01758200402402006**. Revista Equilíbrio, 08/2006, p. 71/72, verbete 381.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Processo n. 01933200205502001**. Revista Equilíbrio, 09/2006, p. 61, verbete 325.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Processo n. 02559.2008.070.02.00-0**.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Processo n. 02766200305202008**. Revista Equilíbrio, 09/2006, p. 66, verbete 354.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Processo n. 02997.2003.046.02.00-0**.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Processo n. 1.061/65**. Relator Hélio Tupinambá Fonseca.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Prefácio Paulo Bonavides. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARTO, Pablo Blanco. **Discurso do papa em ratisbona**: apologia da razão, dois anos depois. Pamplona, Espanha, 17 set. 2008. Disponível em: <<http://www.zenit.org/rssportuguese-19497>>. Acesso em: 21 nov. 2012.

SCARAFFIA, Lucetta. Igreja e Direitos Humanos. **L'Osservatore Romano**, 15 jun. 2012.

SCHAMA, Simon. **Cidadãos**: uma crônica da Revolução Francesa. Tradução Hildegard Feist. São Paulo: Schwarcz; Companhia das Letras, 1989.

SCHOOYANS, Michel. **A ONU e a ameaça aos direitos humanos**: entrevista com mons. Michel Schooyans. Entrevistador Alexandre Ribeiro, 25 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.zenit.org/article-20431>>. Acesso em: 21 nov. 2012.

SCHREIBER, Bernhard. **Os homens por trás de Hitler**. Disponível em: <<http://conspireassim.wordpress.com/2008/08/06/os-homens-por-tras-de-hitler>>. Acesso em 21 nov. 2012.

SIENKIEWICZ, Henryk. **La famille polaniecki**. Paris: Ollendorff, 1901.

SIEYÈS. **Qu'est-ce que le Tiers Etat?** Paris: Flammarion, 1988. Originalmente publicado em 1789.

SILVA, Jamille Moraes. A obrigatoriedade de submissão da demanda trabalhista à comissão de conciliação prévia e o princípio do acesso à justiça: a constitucionalidade do art. 625-D (ADI 2160/2139). **Jus Navigandi**, Teresina, v. 17, n. 3.229, 4 maio 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21685>>. Acesso em: 8 set. 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. As escolas de pensamento sobre os direitos humanos. **Carta Forense**, 5 out. 2010.

SINGER, Paul. A cidadania para todos. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Coord.). **História da cidadania**. São Paulo: Contexto. 2008.

SÍNTESE: Newsletter Jurídica, n. 3.004, 22 ago. 2012

SÓFOCLES. **Antígona**. Tradução J. B. de Mello e Souza. W. M. Jackson, 2005. Coleção "Clássicos Jackson", v. 22.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **As tensões da modernidade**: globalismo jurídico. Disponível em: <<http://globalismojuridico.blogspot.com/2008/08/pensamento.html>>. Acesso em: 21 nov. 2012.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SOUSA SANTOS, Boaventura de. (Org). **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo cultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz (Coord.). **Direitos Humanos: essência do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr., 2007.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz Direito Social, Direito do Trabalho e Direitos Humanos. *In*: SILVA, Alessandro da; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; FELIPPE, Kenarik Boujikian; SEMER, Marcelo (Coord.) **Direitos Humanos: essência do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr. 2007.

SOUTO MAIOR, Jorge. **Manifesto de juristas: não ao Projeto de Acordo com Propósito Específico do SMABC**, 8 ago. 2012. Disponível em: <<http://cspconlutas.org.br/2012/08/manifesto-de-juristas-nao-ao-projeto-de-acordo-com-proposito-especifico-do-smabc/>>. Acesso em: 21 nov. 2012.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Súmulas vinculantes. **O Correio Braziliense**, 10 mar. 1997.

STARK, Rodney. **The Victory of Reason**. Berkeley: Random House, 2005.

STERNHELL, Zeev. Naissance du fascisme. Paris: Fayard, 1989. *In*: LE MONDE DE LA REVOLUTION FRANÇAISE. **Journal des Droits de l'Homme**, n. 5.

SUPIOT, Alain. **Droit du Travail**. 18. ed. Paris, 1996.

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. **Conferência de Abertura**. *In*: FÓRUM INTERNACIONAL DA FLEXIBILIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO. Brasília, 7-8-9 abr. 2003. Rio de Janeiro: Universidade Editora, 2003.

TARZIA, Giuseppe. **Manuale del Processo del Lavoro**. 4. ed., Milano, Dott. A. Giuffrè, 1999.

TELES, Maria Amélia de Almeida. **Direitos Humanos das mulheres**. São Paulo: Brasiliense, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direito Processual Constitucional. **Revista Trabalhista Direito e Processo**. São Paulo, n. 27, 2008.

TIRABOSCHI, Michele. **La riforma Biagi del mercato del lavoro**. Milano: Giuffrè, 2004.

TOLEDO FILHO, Manoel Carlos; EÇA, Vitor Salino de Moura. (Coord.). **Direito Processual do Trabalho comparado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TRAMONTANO, Luigi. **Código del Lavoro spiegato**: com esempi pratici, dottrina e giurisprudenza. 2. ed. Piacenza: La Tribuna, 2008.

ULHÔA CINTRA, Roberto Ferrari. Advogar: por que só o advogado? **O Estado de São Paulo**, p. A2, 21 ago. 2009.

VELLOSO, Gabriel (Coord.). Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação. São Paulo: LTr., 2006.

VELOSO, Carlos. Justiça mais ágil e mais rápida. **Folha de São Paulo**, p. A3, 7 mar. 1995.

VERÍSSIMO, Luis Fernando. As delongas. **O Estado de São Paulo**, 29 maio 2008.

VERITATIS SPLENDOR: memória e ortodoxia cristã. Disponível em: <<http://www.veritatis.com.br>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

VOVELLE, Michel. La révolution contre l'Eglise: de la raison à l'Etre suprême. Complexes, 1988. In: LE MONDE DE LA REVOLUTION FRANÇAISE. **Journal des Droits de l'Homme**, n. 11.

XENOFONTE. **Econômico**. São Paulo, Martins Fontes, 1999.

ANEXOS

Anexo I - Modifiche al Codice di Procedura Civile: introdotte dal D. Lgs. 387/1998 in materia di *rito del lavoro*

Il D. Lgs. 29 ottobre 1998, n. 387 "Ulteriori disposizioni integrative e correttive del Decreto Legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 e successive modificazioni e del Decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80" (G.U. 7 novembre 1998, n. 261) ha modificato alcuni articoli del Codice di Procedura Civile (R.D. 28 ottobre 1940, n. 1443 - G.U. 28 ottobre 1949, n. 253) in materia di rito del lavoro. In grassetto sono riportate le parti modificate.

Articolo 410 - *Tentativo obbligatorio di conciliazione*

Chi intende proporre in giudizio una domanda relativa ai rapporti previsti dall'articolo 409 e non ritiene di avvalersi delle procedure di conciliazione previste dai contratti e accordi collettivi deve promuovere, anche tramite l'associazione sindacale alla quale aderisce o conferisca mandato, il tentativo di conciliazione presso la commissione di conciliazione individuata secondo i criteri di cui all'articolo 413 .

La comunicazione della richiesta di espletamento del tentativo di conciliazione interrompe la prescrizione e sospende, per la durata del tentativo di conciliazione e per i venti giorni successivi alla sua conclusione il decorso di ogni termine di decadenza.

La commissione, ricevuta la richiesta tenta la conciliazione della controversia, convocando le parti, per una riunione da tenersi non oltre i dieci giorni dal ricevimento della richiesta.

Con provvedimento del direttore dell'ufficio provinciale del lavoro e della massima occupazione è istituita in ogni provincia presso l'ufficio provinciale del lavoro e della massima occupazione, una commissione provinciale di conciliazione composta dal direttore dell'ufficio stesso, o da un suo delegato, in qualità di presidente, da quattro supplenti dei lavoratori, designati dalle rispettive organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative su base nazionale.

Commissioni di conciliazione possono essere istituite, con le stesse modalità e con la medesima composizione di cui al precedente comma, anche presso le sezioni zonali degli uffici provinciali del lavoro e della massima occupazione.

Le commissioni, quando se ne ravvisi la necessità affidano il tentativo di conciliazione a proprie sottocommissioni presiedute dal direttore dell'ufficio provinciale del lavoro e della massima occupazione o da un suo delegato che rispecchino la composizione prevista dal precedente terzo comma.

In ogni caso, per la validità della riunione è necessaria la presenza del presidente e di almeno un rappresentante dei datori di lavoro e di uno dei lavoratori.

Ove la riunione della commissione non sia possibile per la mancata presenza di almeno uno dei componenti di cui al precedente comma, il direttore dell'ufficio provinciale del lavoro certifica l'impossibilità di procedere al tentativo di conciliazione.

Articolo 412-bis - Procedibilità della domanda

L'espletamento del tentativo di conciliazione costituisce condizione di procedibilità della domanda.

L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto nella memoria difensiva di cui all'articolo 416 e può essere rilevata d'ufficio dal giudice non oltre l'udienza di cui all'articolo 420.

Il giudice, ove rilevi che non è stato promosso il tentativo di conciliazione ovvero che la domanda giudiziale è stata presentata prima dei sessanta giorni dalla promozione del tentativo stesso, sospende il giudizio e fissa alle parti il termine perentorio di sessanta giorni per promuovere il tentativo di conciliazione.

Trascorso il termine di cui al primo comma dell'articolo 410-bis il processo può essere riassunto entro il termine perentorio di centottanta giorni.

Ove il processo non sia stato tempestivamente riassunto, il giudice dichiara d'ufficio l'estinzione del processo con decreto cui si applica la disposizione di cui all'articolo 308.

Il mancato espletamento del tentativo di conciliazione non preclude la concessione dei provvedimenti speciali d'urgenza e di quelli cautelari previsti nel capo III del titolo I del libro IV.

Articolo 412-ter - Arbitrato irrituale previsto dai contratti collettivi

Se il tentativo di conciliazione non riesce o comunque è decorso il termine previsto per l'espletamento, le parti possono concordare di deferire ad arbitri la risoluzione della

controversia anche tramite l'organizzazione sindacale alla quale aderiscono o abbiano conferito mandato, se i contratti o accordi collettivi nazionali di lavoro prevedono tale facoltà e stabiliscono:

Le modalità della richiesta di devoluzione della controversia al collegio arbitrale e il termine entro il quale l'altra parte può aderirvi;

la composizione del collegio arbitrale e la procedura per la nomina del presidente e dei componenti; le forme ed i modi di espletamento dell'eventuale istruttoria; il termine entro il quale il collegio deve emettere il lodo, dandone comunicazione alle parti interessate; i criteri per la liquidazione dei compensi agli arbitri.

I contratti e accordo collettivi possono, altresì, prevedere l'istituzione di collegi o camere arbitrali stabili, composti e distribuiti sul territorio secondo criteri stabiliti in sede di contrattazione nazionale.

Nella pronuncia del lodo arbitrale si applica l'articolo 429, terzo comma, del codice di procedura civile.

Salva diversa previsione della contrattazione collettiva, per la liquidazione delle spese della procedura arbitrale si applicano altresì gli articoli 91 primo comma e 92 del codice di procedura civile.

Articolo 412-quater - Impugnazione ed esecutività del lodo arbitrale

Sulle controversie aventi ad oggetto la validità del lodo arbitrale decide in unico grado il Tribunale, in funzione del giudice del lavoro, della circoscrizione in cui è la sede dell'arbitrato. Il ricorso è depositato entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del lodo.

Trascorso il termine, o se le parti hanno comunque dichiarato per iscritto di accettare la decisione arbitrale, ovvero se il ricorso è stato respinto dal Tribunale, il lodo è depositato nella cancelleria del Tribunale nella cui circoscrizione è la sede dell'arbitrato. Il giudice, su istanza della parte interessata, accertata la regolarità formale del lodo arbitrale, lo dichiara esecutivo con decreto. [soppresso l'ultimo comma dell'articolo. Se ne riporta il testo previgente: "*La Corte d'appello decide con sentenza provvisoriamente esecutiva ricorribile in cassazione*"]

Articolo 417-bis - Difesa delle pubbliche amministrazioni

Nelle controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui al quinto comma dell'articolo 413, limitatamente al giudizio di primo grado, le amministrazioni stesse possono stare in giudizio avvalendosi direttamente di propri dipendenti.

Per le amministrazioni statali o ad esse equiparate, ai fini della rappresentanza e difesa in giudizio, la disposizione di cui al comma precedente si applica salvo che l'Avvocatura dello Stato competente per territorio, ove vengano in rilievo questioni di massima o aventi notevoli rilessi economici, determini di assumere direttamente la trattazione della causa dandone immediata comunicazione ai competenti uffici dell'amministrazione interessata, nonché al Dipartimento della funzione pubblica, anche per l'eventuale emanazione di direttive agli uffici per la gestione del contenzioso del lavoro. In ogni altro caso l'Avvocatura dello Stato trasmette immediatamente, e comunque non oltre 7 giorni dalla notifica degli atti introduttivi, gli atti stessi ai competenti uffici dell'amministrazione interessata per gli adempimenti di cui al comma precedente,

Gli enti locali, anche al fine di realizzare economie di gestione, possono utilizzare le strutture dell'amministrazione civile del Ministero dell'interno alle quali conferiscono mandato, nei limiti di cui al primo comma.

Articolo 669-octies - Provvedimento di accoglimento

L'ordinanza di accoglimento, ove la domanda si astata proposta prima dell'inizio della causa di merito, dee fissare un termine perentorio non superiore a trenta giorni per l'inizio del giudizio di merito, salva l'applicazione dell'ultimo comma dell'articolo 669-novies.

In mancanza di fissazione del termine da parte del giudice, la causa di merito deve essere iniziata entro il termine perentorio di trenta giorni.

Il termine decorre dalla pronuncia dell'ordinanza se avvenuta in udienza o altrimenti dalla sua comunicazione.

Per le controversi individuali relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, escluse quelle devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, il termine decorre dal momento in cui la domanda giudiziale è divenuta

procedibile o, in caso di mancata presentazione della richiesta di espletamento del tentativo di conciliazione, decorsi trenta giorni.

Nel caso in cui la controversia sia oggetto di compromesso o di clausola compromissoria, la parte, nei termini di cui ai commi precedenti, deve notificare all'altra un atto nel quale dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta alla nomina degli arbitri.

Anexo II - Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)

Os representantes do povo francês, constituídos em Assembleia Nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo pelos direitos do Homem são as únicas causas das infelicidades públicas e da corrupção dos governos, resolveram expor, numa declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem; para que esta declaração, constantemente presente a todos os membros do corpo social, lhes recorde que os atos do poder legislativo e os do poder executivo devem ser, a todo o momento, comparados com os objetivos de qualquer instituição política, e assim sejam mais coerentes com ela; a fim de que os protestos dos cidadãos, baseados doravante em princípios simples e incontestáveis, concorram sempre para a conservação da Constituição e a felicidade de todos. Portanto, a Assembleia Nacional reconhece e declara, na presença e sob os auspícios do Ser Supremo, os seguintes direitos do Homem e do Cidadão:

Artigo 1.º- Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem ser baseadas na utilidade comum.

Art. 2.º- A finalidade de qualquer associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do Homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

Art. 3.º- O princípio de toda a soberania reside essencialmente em a nação. Nenhum corpo, nenhum indivíduo, pode exercer autoridade se não dimanar expressamente dela.

Art. 4.º - A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem tem como limites os que asseguram aos outros membros da sociedade o usufruto desses mesmos direitos. Esses limites só podem ser determinados pela lei. [...]

Art. 6.º- A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de participar pessoalmente, ou através dos seus representantes, na sua formação. [...] Sendo todos os cidadãos iguais a seus olhos, têm igualmente acesso a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade, e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e talentos.

Art. 7.º - Nenhum homem pode ser acusado, preso ou detido, a não ser nos casos previstos pela lei e segundo as formas que ela prescreve. [...]

Art. 8.º- A lei só deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e

ninguém pode ser punido a não ser em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada.

Art. 9.º- Ninguém deverá ser perturbado pelas suas opiniões, mesmo religiosas, desde que a manifestação delas não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei. [...]

Art. 11.º- A livre comunicação de pensamentos e opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem; portanto, todo o homem deve poder falar, escrever, imprimir livremente, salvo em casos de abuso dessa liberdade [...]

[...]

Art. 13.º- Para manter a força pública e para as despesas da Administração, é indispensável uma contribuição comum; deve ser repartida igualmente por todos os cidadãos, na razão das suas capacidades. [...]

Art. 15.º - A sociedade tem o direito de pedir contas a todos os agentes públicos pela sua administração. [...]

Art. 17.º -Sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém pode ser dela privado, a menos que seja de utilidade pública legalmente constatada e sob condição de justa e prévia indemnização.

Fonte: Assembleia Nacional Constituinte, 26 de agosto de 1789. *In*: VOILLIARD, **Documents d'Histoire**: 1766-1850. Paris: A. Colin, 1964.

Anexo III - Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)

Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948

Preâmbulo

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum,

Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão,

Considerando essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades,

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso,

A Assembleia Geral proclama

A presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de

medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Artigo I

Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Artigo II

Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Artigo III

Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Artigo IV

Ninguém será mantido em escravidão ou servidão, a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas.

Artigo V

Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Artigo VI

Toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei.

Artigo VII

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Artigo VIII

Toda pessoa tem direito a receber dos tributos nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Artigo IX

Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Artigo X

Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Artigo XI

1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

Artigo XII

Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Artigo XIII

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.
2. Toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.

Artigo XIV

1. Toda pessoa, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países.
2. Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos propósitos e princípios das Nações Unidas.

Artigo XV

1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade.
2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.

Artigo XVI

1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.
2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes.

Artigo XVII

1. Toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros.
2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.

Artigo XVIII

Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

Artigo XIX

Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Artigo XX

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de reunião e associação pacíficas.
2. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação.

Artigo XXI

1. Toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.
2. Toda pessoa tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país.
3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto.

Artigo XXII

Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Artigo XXIII

1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

3. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.

Artigo XXIV

Toda pessoa tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas.

Artigo XXV

1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

Artigo XXVI

1. Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

Artigo XXVII

1. Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios.

2. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

Artigo XVIII

Toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados.

Artigo XXIV

1. Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.

2. No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos propósitos e princípios das Nações Unidas.

Artigo XXX

Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos.

Fonte: DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 21 nov. 2012.

Anexo IV - Declaração e Programa de Ação de Viena (1993)

A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos,

Considerando que a promoção e proteção dos direitos humanos são questões prioritárias para a comunidade internacional e que a Conferência oferece uma oportunidade singular para uma análise abrangente do sistema internacional dos direitos humanos e dos mecanismos de proteção dos direitos humanos, para fortalecer e promover uma maior observância desses direitos de forma justa e equilibrada,

Reconhecendo e afirmando que todos os direitos humanos têm origem na dignidade e valor inerente à pessoa humana, e que esta é o sujeito central dos direitos humanos e liberdades fundamentais, razão pela qual deve ser a principal beneficiária desses direitos e liberdades e participar ativamente de sua realização,

Reafirmando sua adesão aos propósitos e princípios enunciados na Carta das Nações Unidas e na Declaração Universal dos Direitos Humanos,

Reafirmando o compromisso assumido no âmbito do artigo 56 da Carta das Nações Unidas de tomar medidas conjuntas e separadas, enfatizando adequadamente o desenvolvimento de uma cooperação internacional eficaz, visando à realização dos propósitos estabelecidos no artigo 55, incluindo o respeito universal e observância dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas,

Enfatizando as responsabilidades de todos os Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, de desenvolver e estimular o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas sem distinção de raça, sexo, idioma ou religião,

Lembrando o Preâmbulo da Carta das Nações Unidas, particularmente a determinação de reafirmar a fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e valor da pessoa humana e nos direitos iguais de homens e mulheres de nações grandes e pequenas,

Lembrando também a determinação contida no Preâmbulo da Carta das Nações Unidas de preservar as gerações futuras do flagelo da guerra, de estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações emanadas de tratados e outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, de promover o progresso social e o melhor padrão de vida dentro de um conceito mais amplo de liberdade, de praticar a tolerância e a boa vizinhança e de empregar mecanismos internacionais para promover avanços econômicos e sociais em benefício de todos os povos,

Ressaltando que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que constitui uma meta comum para todos os povos e todas as nações, é fonte de inspiração e tem sido a base utilizada pelas Nações Unidas na definição das normas previstas nos instrumentos internacionais de direitos humanos existentes, particularmente no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,

Considerando as importantes mudanças em curso no cenário internacional e as aspirações de todos os povos por uma ordem internacional baseada nos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas, incluindo a promoção dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas e o respeito pelo princípio dos direitos iguais e autodeterminação dos povos em condições de paz, democracia, justiça, igualdade, Estados de Direito, pluralismo, desenvolvimento, melhores padrões de vida e solidariedade,

Profundamente preocupada com as diversas formas de discriminação e violência às quais as mulheres continuam expostas em todo o mundo,

Reconhecendo que as atividades das Nações Unidas na esfera dos direitos humanos devem ser racionalizadas e melhoradas, visando a fortalecer o mecanismo das Nações Unidas nessa esfera e promover os objetivos de respeito universal e observância das normas internacionais dos direitos humanos,

Tendo levado em consideração as Declarações aprovadas nas três Reuniões Regionais realizadas em Túnis, San José e Bangkok e as contribuições dos Governos, bem como as sugestões apresentadas por organizações intergovernamentais e não-governamentais e os estudos desenvolvidos por peritos independentes durante o processo preparatório da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos,

Acolhendo o Ano Internacional dos Povos Indígenas de 1993 como uma reafirmação do compromisso da comunidade internacional de garantir-lhes todos os direitos humanos e liberdades fundamentais e respeitar suas culturas e identidades,

Reconhecendo também que a comunidade internacional deve conceber formas e meios para eliminar os obstáculos existentes e superar desafios à plena realização de todos os direitos humanos e para evitar que continuem ocorrendo casos de violações de direitos humanos em todo o mundo,

Imbuída do espírito de nossa era e da realidade de nosso tempo, que exigem de todos os povos do mundo e todos os Estados Membros das Nações Unidas empreendam com redobrado esforço a tarefa de promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, de modo a garantir a realização plena e universal desses direitos,

Determinada a tomar novas medidas em relação ao compromisso da comunidade internacional de promover avanços substanciais na área dos direitos humanos mediante esforços renovados e continuados de cooperação e solidariedade internacionais,

Adota solenemente a Declaração e o Programa de Ação de Viena

I

1. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reafirma o compromisso solene de todos os Estados de promover o respeito universal e a observância e proteção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas, em conformidade com Carta das Nações Unidas, outros instrumentos relacionados aos direitos humanos e o direito internacional. A natureza universal desses direitos e liberdades está fora de questão.

Nesse contexto, o fortalecimento da cooperação internacional na área dos direitos humanos é essencial à plena realização dos propósitos das Nações Unidas.

Os direitos humanos e as liberdades fundamentais são direitos naturais de todos os seres humanos; sua proteção e promoção são responsabilidades primordiais dos Governos.

2. Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente sua condição política e promovem livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

Levando em consideração a situação particular dos povos submetidos à dominação colonial ou outras formas de dominação estrangeira, a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reconhece o direito dos povos de tomar medidas legítimas, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, para garantir seu direito inalienável à autodeterminação. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos considera que a negação do direito à autodeterminação constitui uma violação dos direitos humanos e enfatiza a importância da efetiva realização desse direito.

De acordo com a Declaração sobre os Princípios do Direito Internacional Relativos à Relações Amistosas e à Cooperação entre Estados em conformidade com a Carta das Nações Unidas, nada do que foi exposto acima será entendido como uma autorização ou estímulo à qualquer ação que possa desmembrar ou prejudicar, total ou parcialmente, a integridade territorial ou unidade política de Estados soberanos e independentes que se conduzam de acordo com o princípio de igualdade de direitos e autodeterminação dos povos e que possuam assim Governo representativo do povo como um todo, pertencente ao

território sem qualquer tipo de distinção.

3. Devem ser adotadas medidas internacionais eficazes para garantir e monitorar a aplicação de normas de direitos humanos a povos submetidos a ocupação estrangeira, bem como medidas jurídicas eficazes contra a violação de seus direitos humanos, de acordo com as normas dos direitos humanos e o direito internacional, particularmente a Convenção de Genebra sobre Proteção de Civis em Tempo de Guerra, de 14 de agosto de 1949, e outras normas aplicáveis do direito humanitário.

4. A promoção e proteção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais devem ser consideradas como um objetivo prioritário da Nações Unidas, em conformidade com seus propósitos e princípios, particularmente o propósito da cooperação internacional. No contexto desses propósitos e princípios, a promoção e proteção de todos os direitos humanos constituem uma preocupação legítima da comunidade internacional. Os órgãos e agências especializados relacionados com os direitos humanos devem, portanto, reforçar a coordenação de suas atividades com base na aplicação coerente e objetiva dos instrumentos internacionais de direitos humanos.

5. Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.

6. Os esforços do sistema das Nações Unidas para garantir o respeito universal e a observância de todos direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas contribuem para a estabilidade e bem-estar necessários à existência de relações pacíficas e amistosas entre as nações e para melhorar as condições de paz e segurança e o desenvolvimento social e econômico, em conformidade com a Carta das Nações Unidas.

7. O processo de promoção e proteção dos direitos humanos deve ser desenvolvido em conformidade com os propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas e o direito internacional.

8. A democracia, o desenvolvimento e o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais são conceitos interdependentes que se reforçam mutuamente. A democracia se baseia na vontade livremente expressa pelo povo de determinar seus próprios sistemas políticos, econômicos, sociais e culturais e em sua plena participação em todos os aspectos de suas vidas. Nesse contexto, a promoção e proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais, em níveis nacional e internacional, devem ser universais e incondicionais. A comunidade internacional deve apoiar o fortalecimento e a promoção de democracia e o desenvolvimento e respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais no mundo inteiro.

9. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reafirma que os países menos desenvolvidos que optaram pelo processo de democratização e reformas econômicas, muitos dos quais situam-se na África, devem ter o apoio da comunidade internacional em sua transição para a democracia e o desenvolvimento econômico.

10. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reafirma o direito ao desenvolvimento, previsto na Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento, como um direito universal e inalienável e parte integral dos direitos humanos fundamentais.

Como afirma a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, a pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento.

Embora o desenvolvimento facilite a realização de todos os direitos humanos, a falta de desenvolvimento não poderá ser invocada como justificativa para se limitar os direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

Os Estados devem cooperar uns com os outros para garantir o desenvolvimento e eliminar obstáculos ao mesmo. A comunidade internacional deve promover uma cooperação internacional eficaz visando à realização do direito ao desenvolvimento e à eliminação de obstáculos ao desenvolvimento.

O progresso duradouro necessário à realização do direito ao desenvolvimento exige políticas eficazes de desenvolvimento em nível nacional, bem como relações econômicas equitativas e um ambiente econômico favorável em nível internacional.

11. O direito ao desenvolvimento deve ser realizado de modo a satisfazer equitativamente as necessidades ambientais e de desenvolvimento de gerações presentes e futuras. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reconhece que a prática de descarregar ilicitamente substâncias e resíduos tóxicos e perigosos constitui uma grave ameaça em potencial aos direitos de todos à vida e à saúde.

Consequentemente, a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos apela a todos os Estados para que adotem e implementem vigorosamente as convenções existentes sobre o descarregamento de produtos e resíduos tóxicos e perigosos e para que cooperem na prevenção do descarregamento ilícito.

Todas as pessoas têm o direito de desfrutar dos benefícios do progresso científico e de suas aplicações. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos observa que determinados avanços, principalmente na área das ciências biomédicas e biológicas, podem ter consequências potencialmente adversas para a integridade, dignidade e os direitos humanos do indivíduo e solicita a cooperação internacional para que se garanta pleno respeito aos direitos humanos e à dignidade nessa área de interesse universal.

12. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos apela à comunidade internacional no sentido de que a mesma empreenda todos os esforços necessários para ajudar a aliviar a carga da dívida externa dos países em desenvolvimento, visando complementar os esforços dos Governos desses países para garantir plenamente os direitos econômicos, sociais e culturais de seus povos.

13. Os Estados e as organizações internacionais, em regime de cooperação com as organizações não-governamentais, devem criar condições favoráveis nos níveis nacional, regional e internacional para garantir o pleno e efetivo exercício dos direitos humanos. Os Estados devem eliminar todas as violações de direitos humanos e suas causas, bem como os obstáculos à realização desses direitos.

14. A existência de situações generalizadas de extrema pobreza inibe o pleno e efetivo exercício dos direitos humanos; a comunidade internacional deve continuar atribuindo alta prioridade a medidas destinadas a aliviar e finalmente eliminar situações dessa natureza.

15. O respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem distinções de qualquer espécie, é uma norma fundamental do direito internacional na área dos direitos humanos. A eliminação rápida e abrangente de todas as formas de racismo e discriminação racial, de xenofobia e de intolerância associadas a esses comportamentos deve ser uma tarefa prioritária para a comunidade internacional. Os Governos devem tomar medidas eficazes para preveni-las e combatê-las.

Anexo V - Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais

(Roma, 4 de novembro de 1950)

(Modificada nos termos das disposições dos Protocolos n. 11 e n. 14)

Adotada em Roma, a 4 de novembro de 1950.

Entrada em vigor na ordem internacional: 3 de setembro de 1953.

Os Governos signatários, Membros do Conselho da Europa,

Considerando a Declaração Universal dos Direitos do Homem proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de Dezembro de 1948,

Considerando que esta Declaração se destina a assegurar o reconhecimento e aplicação universais e efetivos dos direitos nela enunciados,

Considerando que a finalidade do Conselho da Europa é realizar uma união mais estreita entre os seus Membros e que um dos meios de alcançar esta finalidade é a proteção e o desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais,

Reafirmando o seu profundo apego a estas liberdades fundamentais, que constituem as verdadeiras bases da justiça e da paz no mundo e cuja preservação repousa essencialmente, por um lado, num regime político verdadeiramente democrático e, por outro, numa concepção comum e no comum respeito dos direitos do homem,

Decididos, enquanto Governos de Estados Europeus animados no mesmo espírito, possuindo um património comum de ideais e tradições políticas, de respeito pela liberdade e pelo primado do direito, a tomar as primeiras providências apropriadas para assegurar a garantia coletiva de certo número de direitos enunciados na Declaração Universal,

Convencionaram o seguinte:

Artigo 1.º

(Obrigação de respeitar os direitos do homem)

As Altas Partes Contratantes reconhecem a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no título I da presente Convenção.

TÍTULO I

(Direitos e liberdades)

Artigo 2.º

(Direito à vida)

1. O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei.

2. Não haverá violação do presente artigo quando a morte resulte de recurso à força, tornado absolutamente necessário:

- a) Para assegurar a defesa de qualquer pessoa contra uma violência ilegal;
- b) Para efetuar uma detenção legal ou para impedir a evasão de uma pessoa detida legalmente;
- c) Para reprimir, em conformidade com a lei, uma revolta ou uma insurreição.

Artigo 3.º

(Proibição da tortura)

Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.

Artigo 4.º

(Proibição da escravidão e do trabalho forçado)

- 1. Ninguém pode ser mantido em escravidão ou servidão.
- 2. Ninguém pode ser constrangido a realizar um trabalho forçado ou obrigatório.
- 3. Não será considerado "trabalho forçado ou obrigatório" no sentido do presente artigo:

a) Qualquer trabalho exigido normalmente a uma pessoa submetida a detenção nas condições previstas pelo artigo 5º da presente Convenção, ou enquanto estiver em liberdade condicional;

b) Qualquer serviço de carácter militar ou, no caso de objetores de consciência, nos países em que a objecção de consciência for reconhecida como legítima, qualquer outro

serviço que substitua o serviço militar obrigatório;

c) Qualquer serviço exigido no caso de crise ou de calamidade que ameacem a vida ou o bem - estar da comunidade;

d) Qualquer trabalho ou serviço que fizer parte das obrigações cívicas normais.

Artigo 5.º

(Direito à liberdade e à segurança)

1. Toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo nos casos seguintes e de acordo com o procedimento legal:

a) Se for preso em consequência de condenação por tribunal competente;

b) Se for preso ou detido legalmente, por desobediência a uma decisão tomada, em conformidade com a lei, por um tribunal, ou para garantir o cumprimento de uma obrigação prescrita pela lei;

c) Se for preso e detido a fim de comparecer perante a autoridade judicial competente, quando houver suspeita razoável de ter cometido uma infracção, ou quando houver motivos razoáveis para crer que é necessário impedi-lo de cometer uma infracção ou de se pôr em fuga depois de a ter cometido;

d) Se se tratar da detenção legal de um menor, feita com o propósito de o educar sob vigilância, ou da sua detenção legal com o fim de o fazer comparecer perante a autoridade competente;

e) Se se tratar da detenção legal de uma pessoa susceptível de propagar uma doença contagiosa, de um alienado mental, de um alcoólico, de um toxicómano ou de um vagabundo;

f) Se se tratar de prisão ou detenção legal de uma pessoa para lhe impedir a entrada ilegal no território ou contra a qual está em curso um processo de expulsão ou de extradição.

2. Qualquer pessoa presa deve ser informada, no mais breve prazo e em língua que compreenda, das razões da sua prisão e de qualquer acusação formulada contra ela.

3. Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure a comparência do interessado em juízo.

4. Qualquer pessoa privada da sua liberdade por prisão ou detenção tem direito a recorrer a um tribunal, a fim de que este se pronuncie, em curto prazo de tempo, sobre a legalidade da sua detenção e ordene a sua libertação, se a detenção for ilegal.

5. Qualquer pessoa vítima de prisão ou detenção em condições contrárias às disposições deste artigo tem direito a indemnização.

Artigo 6.º

(Direito a um processo equitativo)

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.

3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos:

a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada;

b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa;

c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem;

d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação;

e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo.

Artigo 7.º
(Princípio da legalidade)

1. Ninguém pode ser condenado por uma ação ou uma omissão que, no momento em que foi cometida, não constituía infracção, segundo o direito nacional ou internacional. Igualmente não pode ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infracção foi cometida.

2. O presente artigo não invalidará a sentença ou a pena de uma pessoa culpada de uma ação ou de uma omissão que, no momento em que foi cometida, constituía crime segundo os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas.

Artigo 8.º
(Direito ao respeito pela vida privada e familiar)

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem — estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Artigo 9.º
(Liberdade de pensamento, de consciência e de religião)

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou coletivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos.

2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou coletivamente, não pode ser objeto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à

proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem.

Artigo 10.º
(Liberdade de expressão)

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.

2. O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

Artigo 11.º
(Liberdade de reunião e de associação)

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de reunião pacífica e à liberdade de associação, incluindo o direito de, com outrem, fundar e filiar-se em sindicatos para a defesa dos seus interesses.

2. O exercício deste direito só pode ser objeto de restrições que, sendo previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros. O presente artigo não proíbe que sejam impostas restrições legítimas ao exercício destes direitos aos membros das forças armadas, da polícia ou da administração do Estado.

Artigo 12.º
(Direito ao casamento)

A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de se casar e de constituir família, segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito.

Artigo 13.º
(Direito a um recurso efetivo)

Qualquer pessoa cujos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção tiverem sido violados tem direito a recurso perante uma instância nacional, mesmo quando a violação tiver sido cometida por pessoas que atuem no exercício das suas funções oficiais.

Artigo 14.º
(Proibição de discriminação)

O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.

Artigo 15.º
(Derrogação em caso de estado de necessidade)

1. Em caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da nação, qualquer Alta Parte Contratante pode tomar providências que derroguem as obrigações previstas na presente Convenção, na estrita medida em que o exigir a situação, e em que tais providências não estejam em contradição com as outras obrigações decorrentes do direito internacional.

2. A disposição precedente não autoriza nenhuma derrogação ao artigo 2º, salvo quanto ao caso de morte resultante de atos lícitos de guerra, nem aos artigos 3º, 4º (parágrafo 1) e 7º.

3. Qualquer Alta Parte Contratante que exercer este direito de derrogação manterá

completamente informado o Secretário-Geral do Conselho da Europa das providências tomadas e dos motivos que as provocaram. Deverá igualmente informar o Secretário - Geral do Conselho da Europa da data em que essas disposições tiverem deixado de estar em vigor e da data em que as da Convenção voltarem a ter plena aplicação

Artigo 16.º

(Restrições à atividade política dos estrangeiros)

Nenhuma das disposições dos artigos 10º, 11º e 14º pode ser considerada como proibição às Altas Partes Contratantes de imporem restrições à atividade política dos estrangeiros.

Artigo 17.º

(Proibição do abuso de direito)

Nenhuma das disposições da presente Convenção se pode interpretar no sentido de implicar para um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de se dedicar a atividade ou praticar atos em ordem à destruição dos direitos ou liberdades reconhecidos na presente Convenção ou a maiores limitações de tais direitos e liberdades do que as previstas na Convenção.

Artigo 18.º

(Limitação da aplicação de restrições aos direitos)

As restrições feitas nos termos da presente Convenção aos referidos direitos e liberdades só podem ser aplicadas para os fins que foram previstas.

TÍTULO II

(Tribunal Europeu dos Direitos do Homem)

Artigo 19.º

(Criação do Tribunal)

A fim de assegurar o respeito dos compromissos que resultam, para as Altas Partes

Contratantes, da presente Convenção e dos seus protocolos, é criado um Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a seguir designado "o Tribunal", o qual funcionará a título permanente.

Artigo 20.º
(Número de juízes)

O Tribunal compõe-se de um número de juízes igual ao número de Altas Partes Contratantes.

Artigo 21.º
(Condições para o exercício de funções)

1. Os juízes deverão gozar da mais alta reputação moral e reunir as condições requeridas para o exercício de altas funções judiciais ou ser jurisconsultos de reconhecida competência.
2. Os juízes exercem as suas funções a título individual.
3. Durante o respectivo mandato, os juízes não poderão exercer qualquer atividade incompatível com as exigências de independência, imparcialidade ou disponibilidade exigidas por uma atividade exercida a tempo inteiro. Qualquer questão relativa à aplicação do disposto no presente número é decidida pelo Tribunal.

Artigo 22.º
(Eleição dos juízes)

Os juízes são eleitos pela Assembleia Parlamentar relativamente a cada Alta Parte Contratante, por maioria dos votos expressos, recaindo numa lista de três candidatos apresentados pela Alta Parte Contratante.

Artigo 23.º
(Duração do mandato e destituição)

1. Os juízes são eleitos por um período de nove anos. Não são reelegíveis.
2. O mandato dos juízes cessará logo que estes atinjam a idade de 70 anos.

3. Os juízes permanecerão em funções até serem substituídos. Depois da sua substituição continuarão a ocupar-se dos assuntos que já lhes tinham sido cometidos.

4. Nenhum juiz poderá ser afastado das suas funções, salvo se os restantes juízes decidirem, por maioria de dois terços, que o juiz em causa deixou de corresponder aos requisitos exigidos.

Artigo 24.º

(Secretaria e relatores)

O Tribunal dispõe de uma secretaria, cujas tarefas e organização serão definidas no regulamento do Tribunal.

Sempre que funcionar enquanto tribunal singular, o Tribunal será assistido por relatores que exercerão as suas funções sob autoridade do Presidente do Tribunal. Estes integram a secretaria do Tribunal.

Artigo 25.º

(Assembleia plenária do Tribunal)

O Tribunal, reunido em assembleia plenária:

- a) Elegerá o seu presidente e um ou dois vice-presidentes por um período de três anos. Todos eles são reelegíveis;
- b) Criará secções, que funcionarão por período determinado;
- c) Elegerá os presidentes das secções do Tribunal, os quais são reelegíveis;
- d) Adoptará o regulamento do Tribunal;
- e) Elegerá o secretário e um ou vários secretários-adjuntos;
- f) Apresentará qualquer pedido nos termos do artigo 26º, nº 2.

Artigo 26.º

(Tribunal singular, comités, secções e tribunal pleno)

1. Para o exame dos assuntos que lhe sejam submetidos, o Tribunal funcionará com juiz singular, em comités compostos por 3 juízes, em secções compostas por 7 juízes e em tribunal pleno composto por 17 juízes. As secções do tribunal constituem os comités por período determinado.

2. A pedido da Assembleia Plenária do Tribunal, o Comité de Ministros poderá, por decisão unânime e por período determinado, reduzir para cinco o número de juízes das secções.

3. Um juiz com assento na qualidade de juiz singular não procederá à apreciação de qualquer petição formulada contra a Alta Parte Contratante em nome da qual o juiz em causa tenha sido eleito.

4. O juiz eleito por uma Alta Parte Contratante que seja parte no diferendo será membro de direito da secção e do tribunal pleno. Em caso de ausência deste juiz ou se ele não estiver em condições de intervir, uma pessoa escolhida pelo Presidente do Tribunal de uma lista apresentada previamente por essa Parte intervirá na qualidade de juiz.

5. Integram igualmente o tribunal pleno o presidente do Tribunal, os vice-presidentes, os presidentes das secções e outros juízes designados em conformidade com o regulamento do Tribunal. Se o assunto tiver sido deferido ao tribunal pleno nos termos do artigo 43º, nenhum juiz da secção que haja proferido a decisão poderá naquele intervir, salvo no que respeita ao presidente da secção e ao juiz que decidiu em nome da Alta Parte Contratante que seja Parte interessada.

Artigo 27.º

(Competência dos juízes singulares)

1. Qualquer juiz singular pode declarar a inadmissibilidade ou mandar arquivar qualquer petição formulada nos termos do artigo 34º se essa decisão puder ser tomada sem posterior apreciação.

2. A decisão é definitiva.

3. Se o juiz singular não declarar a inadmissibilidade ou não mandar arquivar uma petição, o juiz em causa transmite-a a um comité ou a uma secção para fins de posterior apreciação.

Artigo 28.º

(Competência dos comités)

1. Um comité que conheça de uma petição individual formulada nos termos do artigo 34º pode, por voto unânime:

a) Declarar a inadmissibilidade ou mandar arquivar a mesma sempre que essa

decisão puder ser tomada sem posterior apreciação; ou

b) Declarar a admissibilidade da mesma e proferir ao mesmo tempo uma sentença quanto ao fundo sempre que a questão subjacente ao assunto e relativa à interpretação ou à aplicação da Convenção ou dos respectivos Protocolos for já objeto de jurisprudência bem firmada do Tribunal.

2. As decisões e sentenças previstas pelo n° 1 são definitivas.

3. Se o juiz eleito pela Alta Parte Contratante, parte no litígio, não for membro do comité, o comité pode, em qualquer momento do processo, convidar o juiz em causa a ter assento no lugar de um dos membros do comité, tendo em consideração todos os fatores relevantes, incluindo a questão de saber se essa Parte contestou a aplicação do processo previsto no n° 1, alínea b).

Artigo 29.º

(Decisões das secções quanto à admissibilidade e ao fundo)

1. Se nenhuma decisão tiver sido tomada nos termos dos artigos 27º ou 28º, e se nenhuma sentença tiver sido proferida nos termos do artigo 28º, uma das secções pronunciar-se-á quanto à admissibilidade e ao fundo das petições individuais formuladas nos termos do artigo 34º. A decisão quanto à admissibilidade pode ser tomada em separado.

2. Uma das secções pronunciar-se-á quanto à admissibilidade e ao fundo das petições estaduais formuladas nos termos do artigo 33º. A decisão quanto à admissibilidade é tomada em separado, salvo deliberações em contrário do Tribunal relativamente a casos excepcionais.

Artigo 30.º

(Devolução da decisão a favor do tribunal pleno)

Se um assunto pendente numa secção levantar uma questão grave quanto à interpretação da Convenção ou dos seus protocolos, ou se a solução de um litígio puder conduzir a uma contradição com uma sentença já proferida pelo Tribunal, a secção pode, antes de proferir a sua sentença, devolver a decisão do litígio ao tribunal pleno, salvo se qualquer das partes do mesmo a tal se opuser.

Artigo 31.º
(Atribuições do tribunal pleno)

O tribunal pleno:

- a) Pronunciar-se-á sobre as petições formuladas nos termos do artigo 33º ou do artigo 34º, se a secção tiver cessado de conhecer de um assunto nos termos do artigo 30º ou se o assunto lhe tiver sido cometido nos termos do artigo 43º;
- b) Pronunciar-se-á sobre as questões submetidas ao Tribunal pelo Comité de Ministros nos termos do artigo 46º, nº 4; e
- c) Apreciará os pedidos de parecer formulados nos termos do artigo 47º.

Artigo 32.º
(Competência do Tribunal)

1. A competência do Tribunal abrange todas as questões relativas à interpretação e à aplicação da Convenção e dos respectivos protocolos que lhe sejam submetidas nas condições previstas pelos artigos 33º, 34º, 46º e 47º.
2. O Tribunal decide sobre quaisquer contestações à sua competência.

Artigo 33.º
(Assuntos interestaduais)

Qualquer Alta Parte Contratante pode submeter ao Tribunal qualquer violação das disposições da Convenção e dos seus protocolos que creia poder ser imputada a outra Alta Parte Contratante.

Artigo 34.º
(Petições individuais)

O Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. As Altas Partes Contratantes comprometem - se a não criar qualquer entrave ao exercício efetivo desse direito.

Artigo 35.º

(Condições de admissibilidade)

1. O Tribunal só pode ser solicitado a conhecer de um assunto depois de esgotadas todas as vias de recurso internas, em conformidade com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos e num prazo de seis meses a contar da data da decisão interna definitiva.

2. O Tribunal não conhecerá de qualquer petição individual formulada em aplicação do disposto no artigo 34º se tal petição:

- a) For anónima;
- b) For, no essencial, idêntica a uma petição anteriormente examinada pelo Tribunal ou já submetida a outra instância internacional de inquérito ou de decisão e não contiver factos novos.

3. O Tribunal declarará a inadmissibilidade de qualquer petição individual formulada nos termos do artigo 34º sempre que considerar que:

- a) A petição é incompatível com o disposto na Convenção ou nos seus Protocolos, é manifestamente mal fundada ou tem carácter abusivo; ou
- b) O autor da petição não sofreu qualquer prejuízo significativo, salvo se o respeito pelos direitos do homem garantidos na Convenção e nos respectivos Protocolos exigir uma apreciação da petição quanto ao fundo e contanto que não se rejeite, por esse motivo, qualquer questão que não tenha sido devidamente apreciada por um tribunal interno.

4. O Tribunal rejeitará qualquer petição que considere inadmissível nos termos do presente artigo. O Tribunal poderá decidir nestes termos em qualquer momento do processo.

Artigo 36.º

(Intervenção de terceiros)

1. Em qualquer assunto pendente numa secção ou no tribunal pleno, a Alta Parte Contratante da qual o autor da petição seja nacional terá o direito de formular observações por escrito ou de participar nas audiências.

2. No interesse da boa administração da justiça, o presidente do Tribunal pode convidar qualquer Alta Parte Contratante que não seja parte no processo ou qualquer outra

pessoa interessada que não o autor da petição a apresentar observações escritas ou a participar nas audiências.

3. Em qualquer assunto pendente numa secção ou no tribunal pleno, o Comissário para os Direitos do Homem do Conselho da Europa poderá formular observações por escrito e participar nas audiências.

Artigo 37.º

(Arquivamento)

1. O Tribunal pode decidir, em qualquer momento do processo, arquivar uma petição se as circunstâncias permitirem concluir que:

- a) O requerente não pretende mais manter tal petição;
- b) O litígio foi resolvido;
- c) Por qualquer outro motivo constatado pelo Tribunal, não se justifica prosseguir a apreciação da petição.

Contudo, o Tribunal dará seguimento à apreciação da petição se o respeito pelos direitos do homem garantidos na Convenção assim o exigir.

2. O Tribunal poderá decidir - se pelo desarquivamento de uma petição se considerar que as circunstâncias assim o justificam.

Artigo 38.º

(Apreciação contraditória do assunto)

O Tribunal procederá a uma apreciação contraditória do assunto em conjunto com os representantes das Partes e, se for caso disso, realizará um inquérito para cuja eficaz condução as Altas Partes Contratantes interessadas fornecerão todas as facilidades necessárias.

Artigo 39.º

(Resoluções amigáveis)

1. O Tribunal poderá, em qualquer momento do processo, colocar-se à disposição dos interessados com o objetivo de se alcançar uma resolução amigável do assunto, inspirada no respeito pelos direitos do homem como tais reconhecidos pela Convenção e

pelos seus Protocolos.

2. O processo descrito no n.º 1 do presente artigo é confidencial.

3. Em caso de resolução amigável, o Tribunal arquivará o assunto, proferindo, para o efeito, uma decisão que conterá uma breve exposição dos factos e da solução adoptada.

4. Tal decisão será transmitida ao Comité de Ministros, o qual velará pela execução dos termos da resolução amigável tais como constam da decisão.

Artigo 40.º

(Audiência pública e acesso aos documentos)

1. A audiência é pública, salvo se o Tribunal decidir em contrário por força de circunstâncias excepcionais.

2. Os documentos depositados na secretaria ficarão acessíveis ao público, salvo decisão em contrário do presidente do Tribunal.

Artigo 41.º

(Reparação razoável)

Se o Tribunal declarar que houve violação da Convenção ou dos seus protocolos e se o direito interno da Alta Parte Contratante não permitir senão imperfeitamente obviar às consequências de tal violação, o Tribunal atribuirá à parte lesada uma reparação razoável, se necessário.

Artigo 42.º

(Decisões das secções)

As decisões tomadas pelas secções tornam-se definitivas em conformidade com o disposto no n.º 2 do artigo 44.º

Artigo 43.º

(Devolução ao tribunal pleno)

1. Num prazo de três meses a contar da data da sentença proferida por uma secção, qualquer parte no assunto poderá, em casos excepcionais, solicitar a devolução do assunto

ao tribunal pleno.

2. Um coletivo composto por cinco juízes do tribunal pleno aceitará a petição, se o assunto levantar uma questão grave quanto à interpretação ou à aplicação da Convenção ou dos seus protocolos ou ainda se levantar uma questão grave de carácter geral.

3. Se o coletivo aceitar a petição, o tribunal pleno pronunciar-se-á sobre o assunto por meio de sentença.

Artigo 44.º

(Sentenças definitivas)

1. A sentença do tribunal pleno é definitiva.

2. A sentença de uma secção pronunciar-se-á definitiva:

a) Se as partes declararem que não solicitarão a devolução do assunto ao tribunal pleno;

b) Três meses após a data da sentença, se a devolução do assunto ao tribunal pleno não for solicitada;

c) Se o coletivo do tribunal pleno rejeitar a petição de devolução formulada nos termos do artigo 43.º.

3. A sentença definitiva será publicada.

Artigo 45.º

(Fundamentação das sentenças e das decisões)

1. As sentenças, bem como as decisões que declarem a admissibilidade ou a inadmissibilidade das petições, serão fundamentadas.

2. Se a sentença não expressar, no todo ou em parte, a opinião unânime dos juízes, qualquer juiz terá o direito de lhe juntar uma exposição da sua opinião divergente.

Artigo 46.º

(Força vinculativa e execução das sentenças)

1. As Altas Partes Contratantes obrigam-se a respeitar as sentenças definitivas do Tribunal nos litígios em que forem partes.

2. A sentença definitiva do Tribunal será transmitida ao Comité de Ministros, o qual velará pela sua execução.

3. Sempre que o Comité de Ministros considerar que a supervisão da execução de uma sentença definitiva está a ser entravada por uma dificuldade de interpretação dessa sentença, poderá dar conhecimento ao Tribunal a fim que o mesmo se pronuncie sobre essa questão de interpretação. A decisão de submeter a questão à apreciação do tribunal será tomada por maioria de dois terços dos seus membros titulares.

4. Sempre que o Comité de Ministros considerar que uma Alta Parte Contratante se recusa a respeitar uma sentença definitiva num litígio em que esta seja parte, poderá, após notificação dessa Parte e por decisão tomada por maioria de dois terços dos seus membros titulares, submeter à apreciação do Tribunal a questão sobre o cumprimento, por essa Parte, da sua obrigação em conformidade com o n° 1.

5. Se o Tribunal constatar que houve violação do n° 1, devolverá o assunto ao Comité de Ministros para fins de apreciação das medidas a tomar. Se o Tribunal constatar que não houve violação do n° 1, devolverá o assunto ao Comité de Ministros, o qual decidirá-se-á pela conclusão da sua apreciação.

Artigo 47.º

(Pareceres)

1. A pedido do Comité de Ministros, o Tribunal pode emitir pareceres sobre questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção e dos seus protocolos.

2. Tais pareceres não podem incidir sobre questões relativas ao conteúdo ou à extensão dos direitos e liberdades definidos no título I da Convenção e nos protocolos, nem sobre outras questões que, em virtude do recurso previsto pela Convenção, possam ser submetidas ao Tribunal ou ao Comité de Ministros.

3. A decisão do Comité de Ministros de solicitar um parecer ao Tribunal será tomada por voto maioritário dos seus membros titulares.

Artigo 48

(Competência consultiva do Tribunal)

O Tribunal decidirá se o pedido de parecer apresentado pelo Comité de Ministros cabe na sua competência consultiva, tal como a define o artigo 47.º

Artigo 49.º
(Fundamentação dos pareceres)

1. O parecer do Tribunal será fundamentado.
2. Se o parecer não expressar, no seu todo ou em parte, a opinião unânime dos juízes, qualquer juiz tem o direito de o fazer acompanhar de uma exposição com a sua opinião divergente.
3. O parecer do Tribunal será comunicado ao Comité de Ministros.

Artigo 50.º
(Despesas de funcionamento do Tribunal)

As despesas de funcionamento do Tribunal serão suportadas pelo Conselho da Europa.

Artigo 51.º
(Privilégios e imunidades dos juízes)

Os juízes gozam, enquanto no exercício das suas funções, dos privilégios e imunidades previstos no artigo 40º do Estatuto do Conselho da Europa e nos acordos concluídos em virtude desse artigo.

TÍTULO III
(Disposições diversas)

Artigo 52.º
(Inquéritos do Secretário-Geral)

Qualquer Alta Parte Contratante deverá fornecer, a requerimento do Secretário-Geral do Conselho da Europa, os esclarecimentos pertinentes sobre a forma como o seu direito interno assegura a aplicação efetiva de quaisquer disposições desta Convenção.

Artigo 53.º**(Salvaguarda dos direitos do homem reconhecidos por outra via)**

Nenhuma das disposições da presente Convenção será interpretada no sentido de limitar ou prejudicar os direitos do homem e as liberdades fundamentais que tiverem sido reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Alta Parte Contratante ou de qualquer outra Convenção em que aquela seja parte.

Artigo 54.º**(Poderes do Comité de Ministros)**

Nenhuma das disposições da presente Convenção afeta os poderes conferidos ao Comité de Ministros pelo Estatuto do Conselho da Europa.

Artigo 55.º**(Renúncia a outras formas de resolução de litígios)**

As Altas Partes Contratantes renunciam reciprocamente, salvo acordo especial, a aproveitar-se dos tratados, convénios ou declarações que entre si existirem, com o fim de resolver, por via contenciosa, uma divergência de interpretação ou aplicação da presente Convenção por processo de solução diferente dos previstos na presente Convenção.

Artigo 56.º**(Aplicação territorial)**

1. Qualquer Estado pode, no momento da ratificação ou em qualquer outro momento ulterior, declarar, em notificação dirigida ao Secretário-Geral do Conselho da Europa, que a presente Convenção se aplicará, sob reserva do nº 4 do presente artigo, a todos os territórios ou a quaisquer dos territórios cujas relações internacionais assegura.

2. A Convenção será aplicada ao território ou territórios designados na notificação, a partir do trigésimo dia seguinte à data em que o Secretário - Geral do Conselho da Europa a tiver recebido.

3. Nos territórios em causa, as disposições da presente Convenção serão aplicáveis tendo em conta as necessidades locais.

4. Qualquer Estado que tiver feito uma declaração de conformidade com o primeiro parágrafo deste artigo pode, em qualquer momento ulterior, declarar que aceita, a respeito de um ou vários territórios em questão, a competência do Tribunal para aceitar petições de pessoas singulares, de organizações não governamentais ou de grupos de particulares, conforme previsto pelo artigo 34º da Convenção.

Artigo 57.º

(Reservas)

1. Qualquer Estado pode, no momento da assinatura desta Convenção ou do depósito do seu instrumento de ratificação, formular uma reserva a propósito de qualquer disposição da Convenção, na medida em que uma lei então em vigor no seu território estiver em discordância com aquela disposição. Este artigo não autoriza reservas de carácter geral.

2. Toda a reserva feita em conformidade com o presente artigo será acompanhada de uma breve descrição da lei em causa.

Artigo 58.º

(Denúncia)

1. Uma Alta Parte Contratante só pode denunciar a presente Convenção ao fim do prazo de cinco anos a contar da data da entrada em vigor da Convenção para a dita Parte, e mediante um pré - aviso de seis meses, feito em notificação dirigida ao Secretário - Geral do Conselho da Europa, o qual informará as outras Partes Contratantes.

2. Esta denúncia não pode ter por efeito desvincular a Alta Parte Contratante em causa das obrigações contidas na presente Convenção no que se refere a qualquer facto que, podendo constituir violação daquelas obrigações, tivesse sido praticado pela dita Parte anteriormente à data em que a denúncia produz efeito.

3. Sob a mesma reserva, deixará de ser parte na presente Convenção qualquer Alta Parte Contratante que deixar de ser membro do Conselho da Europa.

4. A Convenção poderá ser denunciada, nos termos dos parágrafos precedentes, em relação a qualquer território a que tiver sido declarada aplicável nos termos do artigo 56º.

Artigo 59.º
(Assinatura e ratificação)

1. A presente Convenção está aberta à assinatura dos membros do Conselho da Europa. Será ratificada. As ratificações serão depositadas junto do Secretário - Geral do Conselho da Europa.

2. A União Europeia poderá aderir à presente Convenção.

3. A presente Convenção entrará em vigor depois do depósito de dez instrumentos de ratificação.

4. Para todo o signatário que a ratifique ulteriormente, a Convenção entrará em vigor no momento em que se realizar o depósito do instrumento de ratificação.

5. O Secretário-Geral do Conselho da Europa notificará todos os membros do Conselho da Europa da entrada em vigor da Convenção, dos nomes das Altas Partes Contratantes que a tiverem ratificado, assim como do depósito de todo o instrumento de ratificação que ulteriormente venha a ser feito.

Feito em Roma, aos 4 de Novembro de 1950, em francês e em inglês, os dois textos fazendo igualmente fé, num só exemplar, que será depositado nos arquivos do Conselho da Europa. O Secretário-Geral enviará cópias conformes a todos os signatários.

**Protocolo adicional à Convenção de Proteção dos Direitos do Homem e das
Liberdades Fundamentais**

Paris, 20 de março de 1952

(Epígrafes dos artigos acrescentadas e texto modificado nos termos das disposições do Protocolo nº 11, a partir da entrada deste em vigor, em 1 de Novembro de 1998)

Os Governos signatários, Membros do Conselho da Europa,

Resolvidos a tomar providências apropriadas para assegurar a garantia coletiva de direitos e liberdades, além dos que já figuram no título I da Convenção de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950 (abaixo designada “a Convenção”).

Convieram no seguinte:

Artigo 1.º
(Proteção da propriedade)

Qualquer pessoa singular ou coletiva tem direito ao respeito dos seus bens. Ninguém pode ser privado do que é sua propriedade a não ser por utilidade pública e nas condições previstas pela lei e pelos princípios gerais do direito internacional.

As condições precedentes entendem - se sem prejuízo do direito que os Estados possuem de pôr em vigor as leis que julguem necessárias para a regulamentação do uso dos bens, de acordo com o interesse geral, ou para assegurar o pagamento de impostos ou outras contribuições ou de multas.

Artigo 2.º
(Direito à instrução)

A ninguém pode ser negado o direito à instrução. O Estado, no exercício das funções que tem de assumir no campo da educação e do ensino, respeitará o direito dos pais a assegurar aquela educação e ensino consoante as suas convicções religiosas e filosóficas.

Artigo 3.º
(Direito a eleições livres)

As Altas Partes Contratantes obrigam - se a organizar, com intervalos razoáveis, eleições livres, por escrutínio secreto, em condições que assegurem a livre expressão da opinião do povo na eleição do órgão legislativo.

Artigo 4.º
(Aplicação territorial)

Qualquer Alta Parte Contratante pode, no momento da assinatura ou da ratificação do presente Protocolo, ou em qualquer momento posterior, endereçar ao Secretário - Geral do Conselho da Europa uma declaração em que indique que as disposições do presente Protocolo se aplicam a territórios cujas relações internacionais assegura.

Qualquer Alta Parte Contratante que tiver feito uma declaração nos termos do

parágrafo anterior pode, a qualquer momento, fazer uma nova declaração em que modifique os termos de qualquer declaração anterior ou em que ponha fim à aplicação do presente Protocolo em relação a qualquer dos territórios em causa.

Uma declaração feita em conformidade com o presente artigo será considerada como se tivesse sido feita em conformidade com o parágrafo 1 do artigo 56º da Convenção.

Artigo 5.º **(Relações com a Convenção)**

As Altas Partes Contratantes consideram os artigos 1º, 2º, 3º e 4º do presente Protocolo como adicionais à Convenção e todas as disposições da Convenção serão aplicadas em consequência.

Artigo 6.º **(Assinatura e ratificação)**

O presente Protocolo está aberto à assinatura dos membros do Conselho da Europa, signatários da Convenção; será ratificado ao mesmo tempo que a Convenção ou depois da ratificação desta. Entrará em vigor depois de depositados dez instrumentos de ratificação. Para qualquer signatário que a ratifique ulteriormente, o Protocolo entrará em vigor desde o momento em que se fizer o depósito do instrumento de ratificação.

Os instrumentos de ratificação serão depositados junto do Secretário -Geral do Conselho da Europa, o qual participará a todos os Membros os nomes daqueles que o tiverem ratificado.

Feito em Paris, aos 20 de Março de 1952, em francês e em inglês, os dois textos fazendo igualmente fé, num só exemplar, que será depositado nos arquivos do Conselho da Europa. O Secretário - Geral enviará cópia conforme a cada um dos Governos signatários.

**Protocolo n. 4 em que se reconhecem certos direitos e liberdades além dos que já
figuram na Convenção e no Protocolo adicional à Convenção**

Estrasburgo, 16 de setembro de 1963

(Epígrafes dos artigos acrescentadas e texto modificado nos termos das disposições do Protocolo nº 11, a partir da entrada deste em vigor, em 1 de Novembro de 1998)

Os Governos signatários, membros do Conselho da Europa,

Resolvidos a tomar as providências apropriadas para assegurar a garantia coletiva de direitos e liberdades, além dos que já figuram no título I da Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950 (abaixo designada "a Convenção"), e nos artigos 1º a 3º do primeiro Protocolo Adicional à Convenção, assinado em Paris em 20 de Março de 1952,

Convieram no seguinte:

Artigo 1.º

(Proibição da prisão por dívidas)

Ninguém pode ser privado da sua liberdade pela única razão de não poder cumprir uma obrigação contratual.

Artigo 2.º

(Liberdade de circulação)

1. Qualquer pessoa que se encontra em situação regular em território de um Estado tem direito a nele circular livremente e a escolher livremente a sua residência.

2. Toda a pessoa é livre de deixar um país qualquer, incluindo o seu próprio.

3. O exercício destes direitos não pode ser objeto de outras restrições senão as que, previstas pela lei, constituem providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a segurança pública, a manutenção da ordem pública, a prevenção de infracções penais, a protecção da saúde ou da moral ou a salvaguarda dos direitos e liberdades de terceiros.

4. Os direitos reconhecidos no parágrafo 1 podem igualmente, em certas zonas

determinadas, ser objeto de restrições que, previstas pela lei, se justifiquem pelo interesse público numa sociedade democrática.

Artigo 3.º

(Proibição da expulsão de nacionais)

1. Ninguém pode ser expulso, em virtude de disposição individual ou coletiva, do território do Estado de que for cidadão.

2. Ninguém pode ser privado do direito de entrar no território do Estado de que for cidadão.

Artigo 4.º

(Proibição de expulsão coletiva de estrangeiros)

São proibidas as expulsões coletivas de estrangeiros.

Artigo 5.º

(Aplicação territorial)

1. Qualquer Alta Parte Contratante pode, no momento da assinatura ou ratificação do presente Protocolo ou em qualquer outro momento posterior, comunicar ao Secretário - Geral do Conselho da Europa uma declaração na qual indique até que ponto se obriga a aplicar as disposições do presente Protocolo nos territórios que forem designados na dita declaração.

2. Qualquer Alta Parte Contratante que tiver feito uma declaração nos termos do parágrafo precedente pode, quando o desejar, fazer nova declaração para modificar os termos de qualquer declaração anterior ou para pôr fim à aplicação do presente Protocolo em relação a qualquer dos territórios em causa.

3. Uma declaração feita em conformidade com este artigo considerar - se - á como feita em conformidade com o parágrafo 1 do artigo 56º da Convenção.

4. O território de qualquer Estado a que o presente Protocolo se aplicar em virtude da sua ratificação ou da sua aceitação pelo dito Estado e cada um dos territórios aos quais o Protocolo se aplicar em virtude de declaração feita pelo mesmo Estado em conformidade

com o presente artigo serão considerados como territórios diversos para os efeitos das referências ao território de um Estado contidas nos artigos 2º e 3º.

5. Qualquer Estado que tiver feito uma declaração nos termos do nº 1 ou 2 do presente artigo poderá, em qualquer momento ulterior, declarar que aceita, relativamente a um ou vários dos seus territórios referidos nessa declaração, a competência do Tribunal para conhecer das petições apresentadas por pessoas singulares, organizações não governamentais ou grupos de particulares, em conformidade com o artigo 34º da Convenção relativamente aos artigos 1º a 4º do presente Protocolo ou alguns de entre eles.

Artigo 6.º

(Relações com a Convenção)

As Altas Partes Contratantes considerarão os artigos 1º a 5º deste Protocolo como artigos adicionais à Convenção e todas as disposições da Convenção se aplicarão em consequência.

Artigo 7.º

(Assinatura e ratificação)

1. O presente Protocolo fica aberto à assinatura dos membros do Conselho da Europa, signatários da Convenção; será ratificado ao mesmo tempo que a Convenção ou depois da ratificação desta. Entrará em vigor quando tiverem sido depositados cinco instrumentos de ratificação. Para todo o signatário que o ratificar ulteriormente, o Protocolo entrará em vigor no momento em que depositar o seu instrumento de ratificação.

2. O Secretário - Geral do Conselho da Europa terá competência para receber o depósito dos instrumentos de ratificação e notificará todos os membros dos nomes dos Estados que a tiverem ratificado.

Em fé do que os abaixo assinados, para tal devidamente autorizados, assinaram o presente Protocolo.

Feito em Estrasburgo, aos 16 de Setembro de 1963, em francês e em inglês, os dois textos fazendo igualmente fé, num único exemplar, que será depositado nos arquivos do Conselho da Europa. O Secretário -Geral enviará cópia conforme a cada um dos Estados signatários.

**Protocolo n. 6 à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades
Fundamentais Relativo à abolição da Pena de Morte**

Estrasburgo, 28 de abril de 1983

(Epígrafes dos artigos acrescentadas e texto modificado nos termos das disposições do Protocolo n.º 11, a partir da entrada deste em vigor, em 1 de Novembro de 1998)

Os Estados membros do Conselho da Europa signatários do presente Protocolo à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950 (daqui em diante designada “a Convenção”),

Considerando que a evolução verificada em vários Estados membros do Conselho da Europa exprime uma tendência geral a favor da abolição da pena de morte;

Acordaram no seguinte:

Artigo 1.º

(Abolição da pena de morte)

A pena de morte é abolida. Ninguém pode ser condenado a tal pena ou executado.

Artigo 2.º

(Pena de morte em tempo de guerra)

Um Estado pode prever na sua legislação a pena de morte para atos praticados em tempo de guerra ou de perigo iminente de guerra; tal pena não será aplicada senão nos casos previstos por esta legislação e de acordo com as suas disposições. Este Estado comunicará ao Secretário - Geral do Conselho da Europa as disposições correspondentes da legislação em causa.

Artigo 3.º
(Proibição de derrogações)

Não é permitida qualquer derrogação às disposições do presente Protocolo com fundamento no artigo 15º da Convenção.

Artigo 4.º
(Proibição de reservas)

Não são admitidas reservas às disposições do presente Protocolo com fundamento no artigo 57º da Convenção.

Artigo 5.º
(Aplicação territorial)

1. Qualquer Estado pode, no momento da assinatura ou no momento do depósito do seu instrumento de ratificação, de aceitação ou de aprovação, designar o território ou os territórios a que se aplicará o presente Protocolo.

2. Qualquer Estado pode, em qualquer momento posterior, mediante declaração dirigida ao Secretário-Geral do Conselho da Europa, alargar a aplicação deste Protocolo a qualquer outro território designado na sua declaração. O Protocolo entrará em vigor, no que respeita a esse território, no primeiro dia do mês seguinte à data de recepção da declaração pelo Secretário-Geral.

3. Qualquer declaração feita em aplicação dos dois números anteriores poderá ser retirada, relativamente a qualquer território designado nessa declaração, mediante notificação dirigida ao Secretário - Geral. A retirada produzirá efeito no primeiro dia do mês seguinte à data da recepção da notificação pelo Secretário-Geral.

Artigo 6.º
(Relações com a Convenção)

Os Estados partes consideram os artigos 1º a 5º do presente Protocolo como artigos adicionais à Convenção e, conseqüentemente, todas as disposições da Convenção são aplicáveis.

Artigo 7.º
(Assinatura e ratificação)

Este Protocolo fica aberto à assinatura dos Estados membros do Conselho da Europa signatários da Convenção. Será submetido a ratificação, aceitação ou aprovação. Um Estado do Conselho da Europa não poderá ratificar, aceitar ou aprovar este Protocolo sem ter simultânea ou anteriormente ratificado a Convenção. Os instrumentos de ratificação, aceitação ou aprovação serão depositados junto do Secretário - Geral do Conselho da Europa.

Artigo 8.º
(Entrada em vigor)

1. O presente Protocolo entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte à data em que cinco Estados membros do Conselho da Europa tenham exprimido o seu consentimento em ficarem vinculados pelo Protocolo, em conformidade com as disposições do artigo 7º.

2. Relativamente a qualquer Estado membro que exprima posteriormente o seu consentimento em ficar vinculado pelo Protocolo, este entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte à data de depósito do instrumento de ratificação, de aceitação ou de aprovação.

Artigo 9.º
(Funções do depositário)

O Secretário - Geral do Conselho da Europa notificará aos Estados membros do Conselho:

- a) Qualquer assinatura;
- b) O depósito de qualquer instrumento de ratificação, de aceitação ou de aprovação;
- c) Qualquer data de entrada em vigor do presente Protocolo, em conformidade com os artigos 5º e 8º;
- d) Qualquer outro ato, notificação ou comunicação relativos ao presente Protocolo.

Em fé do que, os abaixo assinados, devidamente autorizados para este efeito, assinaram o presente Protocolo.

Feito em Estrasburgo, aos 28 dias de Abril de 1983, em francês e em inglês, fazendo ambos os textos igualmente fé, num único exemplar, que será depositado nos arquivos do Conselho da Europa. O Secretário - Geral do Conselho da Europa dele enviará cópia devidamente certificada a cada um dos Estados membros do Conselho da Europa.

Protocolo n. 7 à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais

Estrasburgo, 22 de novembro de 1984

(Epígrafes dos artigos acrescentadas e texto modificado nos termos das disposições do Protocolo n.º 11, a partir da entrada deste em vigor, em 1 de Novembro de 1998)

Os Estados membros do Conselho da Europa, signatários do presente Protocolo;

Decididos a tomar novas providências apropriadas para assegurar a garantia coletiva de certos direitos e liberdades pela Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950 (abaixo designada "a Convenção");

Convieram no seguinte:

Artigo 1.º

(Garantias processuais em caso de expulsão de estrangeiros)

1. Um estrangeiro que resida legalmente no território de um Estado não pode ser expulso, a não ser em cumprimento de uma decisão tomada em conformidade com a lei, e deve ter a possibilidade de:

- a) Fazer valer as razões que militam contra a sua expulsão;
- b) Fazer examinar o seu caso; e
- c) Fazer - se representar, para esse fim, perante a autoridade competente ou perante uma ou várias pessoas designadas por essa autoridade.

2. Um estrangeiro pode ser expulso antes do exercício dos direitos enumerados no nº 1, alíneas a), b) e c), deste artigo, quando essa expulsão seja necessária no interesse da ordem pública ou se funde em razões de segurança nacional.

Artigo 2.º

(Direito a um duplo grau de jurisdição em matéria penal)

1. Qualquer pessoa declarada culpada de uma infracção penal por um tribunal tem o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a declaração de culpabilidade ou a condenação. O exercício deste direito, bem como os fundamentos pelos quais ele pode ser exercido, são regulados pela lei.

2. Este direito pode ser objeto de exceções em relação a infracções menores, definidas nos termos da lei, ou quando o interessado tenha sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição ou declarado culpado e condenado no seguimento de recurso contra a sua absolvição.

Artigo 3.º

(Direito a indemnização em caso de erro judiciário)

Quando uma condenação penal definitiva é ulteriormente anulada ou quando é concedido o indulto, porque um facto novo ou recentemente revelado prova que se produziu um erro judiciário, a pessoa que cumpriu uma pena em virtude dessa condenação será indemnizada, em conformidade com a lei ou com o processo em vigor no Estado em causa, a menos que se prove que a não revelação em tempo útil de facto desconhecido lhe é imputável no todo ou em parte.

Artigo 4.º

(Direito a não ser julgado ou punido mais de uma vez)

1. Ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infracção pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado.

2. As disposições do número anterior não impedem a reabertura do processo, nos termos da lei e do processo penal do Estado em causa, se factos novos ou recentemente

revelados ou um vício fundamental no processo anterior puderem afetar o resultado do julgamento.

3. Não é permitida qualquer derrogação ao presente artigo com fundamento no artigo 15. da Convenção.

Artigo 5.º **(Igualdade entre os cônjuges)**

Os cônjuges gozam de igualdade de direitos e de responsabilidades de carácter civil, entre si e nas relações com os seus filhos, em relação ao casamento, na constância do matrimónio e aquando da sua dissolução. O presente artigo não impede os Estados de tomarem as medidas necessárias no interesse dos filhos.

Artigo 6.º **(Aplicação territorial)**

1. Qualquer Estado pode, no momento da assinatura ou no momento do depósito do seu instrumento de ratificação, aceitação ou aprovação, designar o ou os territórios a que o presente Protocolo se aplicará e declarar em que medida se compromete a que as disposições do presente Protocolo sejam aplicadas nesse ou nesses territórios.

2. Qualquer Estado pode, em qualquer momento ulterior e por meio de uma declaração dirigida ao Secretário - Geral do Conselho da Europa, estender a aplicação do Protocolo a qualquer outro território designado nessa declaração. O Protocolo entrará em vigor, em relação a esse território, no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um prazo de dois meses a partir da data de recepção dessa declaração pelo Secretário – Geral.

3. Qualquer declaração feita nos termos dos números anteriores pode ser retirada ou modificada em relação a qualquer território nela designado, por meio de uma notificação dirigida ao Secretário - Geral. A retirada ou a modificação produz efeitos a partir do primeiro dia do mês seguinte ao termo de um prazo de dois meses após a data de recepção da notificação pelo Secretário - Geral.

4. Uma declaração feita nos termos do presente artigo será considerada como tendo sido feita em conformidade com o n.º 1 do artigo 56.º da Convenção.

5. O território de qualquer Estado a que o presente Protocolo se aplica, em virtude da sua ratificação, aceitação ou aprovação pelo referido Estado, e cada um dos territórios a

que o Protocolo se aplica, em virtude de uma declaração subscrita pelo referido Estado nos termos do presente artigo, podem ser considerados territórios distintos para os efeitos da referência ao território de um Estado feita no artigo 1º.

6. Qualquer Estado que tiver feito uma declaração em conformidade com o n° 1 ou 2 do presente artigo poderá, em qualquer momento ulterior, declarar que aceita, relativamente a um ou vários dos seus territórios referidos nessa declaração, a competência do Tribunal para conhecer das petições apresentadas por pessoas singulares, organizações não governamentais ou grupos de particulares, em conformidade com o artigo 34º da Convenção relativamente aos artigos 1º a 5º do presente Protocolo ou alguns de entre eles.

Artigo 7.º

(Relações com a Convenção)

Os Estados Partes consideram os artigos 1º a 6º do presente Protocolo como artigos adicionais à Convenção e todas as disposições da Convenção se aplicarão em consequência.

Artigo 8.º

(Assinatura e ratificação)

O presente Protocolo fica aberto à assinatura dos Estados membros do Conselho da Europa, signatários da Convenção. Ficará sujeito a ratificação, aceitação ou aprovação. Nenhum Estado membro do Conselho da Europa poderá ratificar, aceitar ou aprovar o presente Protocolo sem ter, simultânea ou previamente, ratificado a Convenção. Os instrumentos de ratificação, de aceitação ou de aprovação serão depositados junto do Secretário - Geral do Conselho da Europa.

Artigo 9.º

(Entrada em vigor)

1. O presente Protocolo entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um prazo de dois meses a partir da data em que sete Estados membros do Conselho da Europa tenham expresso o seu consentimento em estar vinculados pelo Protocolo nos termos do artigo 8º.

2. Para o Estado membro que exprima ulteriormente o seu consentimento em ficar vinculado pelo Protocolo, este entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um prazo de dois meses a partir da data do depósito do instrumento de ratificação, aceitação ou aprovação.

Artigo 10.º
(Funções do depositário)

O Secretário - Geral do Conselho da Europa notificará aos Estados membros do Conselho da Europa:

- a) Qualquer assinatura;
- b) O depósito de qualquer instrumento de ratificação, aceitação ou aprovação;
- c) Qualquer data de entrada em vigor do presente Protocolo nos termos dos artigos 6º e 9º;
- d) Qualquer outro ato, notificação ou declaração relacionados com o presente Protocolo.

Em fé do que os signatários, devidamente autorizados para este efeito, assinaram o presente Protocolo.

Feito em Estrasburgo, a 22 de Novembro de 1984, em francês e inglês, fazendo ambos os textos igualmente fé, num único exemplar, que será depositado nos arquivos do Conselho da Europa. O Secretário - Geral do Conselho da Europa enviará cópia autenticada a cada um dos Estados membros do Conselho da Europa.

**Protocolo n. 12 à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das
Liberdades Fundamentais**

Adoptado em Roma em 4 de Novembro de 2000

Entrada em vigor na ordem internacional: 1 de abril de 2005. Portugal ainda não ratificou o Protocolo n.º 12. Série de tratados europeus n.º 177.

Os Estados membros do Conselho da Europa, signatários do presente Protocolo,

Tendo em conta o princípio fundamental segundo o qual todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito a uma igual proteção pela lei;

Decididos a tomar novas medidas para promover a igualdade de todas as pessoas através da implementação coletiva de uma interdição geral de discriminação prevista na Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma a 4 de Novembro de 1950 (adiante designada "a Convenção");

Reafirmando que o princípio da não-discriminação não obsta a que os Estados partes tomem medidas para promover uma igualdade plena e efetiva, desde que tais medidas sejam objetiva e razoavelmente justificadas;

Acordam no seguinte:

Artigo 1.º

(Interdição geral de discriminação)

1. O gozo de todo e qualquer direito previsto na lei deve ser garantido sem discriminação alguma em razão, nomeadamente, do sexo, raça, cor, língua, religião, convicções políticas ou outras, origem nacional ou social, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento ou outra situação.

2. Ninguém pode ser objeto de discriminação por parte de qualquer autoridade pública com base nomeadamente nas razões enunciadas no número 1 do presente artigo.

Artigo 2.º

(Aplicação territorial)

1. Qualquer Estado pode, no momento da assinatura ou do depósito do seu instrumento de ratificação, aceitação ou aprovação, designar o ou os territórios a que estenderá a aplicação do presente Protocolo.

2. Qualquer Estado pode, em qualquer momento ulterior, mediante declaração dirigida ao Secretário-Geral do Conselho da Europa, tornar extensiva a aplicação do presente Protocolo a qualquer outro território designado na declaração. O Protocolo entrará em vigor, relativamente a esse território, no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um prazo de três meses a contar da data de recepção da declaração pelo Secretário-Geral.

3. Qualquer declaração feita nos termos dos dois números anteriores pode ser retirada ou modificada, relativamente a qualquer território designado nessa declaração,

mediante notificação dirigida ao Secretário-Geral. A retirada ou a modificação produz efeitos no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um prazo de três meses a contar da data de recepção da notificação pelo Secretário-Geral.

4. Qualquer declaração feita em conformidade com o presente artigo é considerada como tendo sido feita nos termos do n.º 1 do artigo 56.º da Convenção.

5. Qualquer Estado que tenha feito uma declaração nos termos do n.º ou do n.º 2 do presente artigo pode, em qualquer momento ulterior, declarar, relativamente a um ou mais territórios designados nessa declaração que aceita a competência do Tribunal para conhecer das petições apresentadas por pessoas singulares, organizações não governamentais ou grupos de particulares tal como previsto no artigo 34.º da Convenção, ao abrigo do artigo 1.º do presente Protocolo.

Artigo 3.º

(Relações com a Convenção)

Os Estados Partes entendem os artigos 1.º e 2.º do presente Protocolo como artigos adicionais à Convenção, sendo as disposições da Convenção correspondentemente aplicadas.

Artigo 4.º

(Assinatura e ratificação)

O presente Protocolo está aberto à assinatura dos Estados membros do Conselho da Europa signatários da Convenção e ficará sujeito a ratificação, aceitação ou aprovação. Nenhum Estado membro do Conselho da Europa pode ratificar, aceitar ou aprovar o presente Protocolo sem ter simultânea ou previamente ratificado a Convenção. Os instrumentos de ratificação, aceitação ou aprovação serão depositados junto do Secretário-Geral do Conselho da Europa.

Artigo 5.º

(Entrada em vigor)

1. O presente Protocolo entrará em vigor no primeiro dia do mês ao termo de um prazo de três meses a contar da data em que dez Estados membros do Conselho da Europa

tenham expresso o seu consentimento em ficarem vinculados pelo presente Protocolo, de acordo com o disposto no artigo 4º.

2. Relativamente a qualquer Estado membro que expresse ulteriormente o seu consentimento em ficar vinculado pelo presente Protocolo, este entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um prazo de três meses a contar da data de depósito do instrumento de ratificação, aceitação ou aprovação.

Artigo 6.º **(Funções do Depositário)**

O Secretário-Geral do Conselho da Europa notificará todos os Estados membros do Conselho da Europa:

- a) de qualquer assinatura;
- b) do depósito de qualquer instrumento de ratificação, aceitação ou aprovação;
- c) de qualquer data de entrada em vigor do presente Protocolo em conformidade com os seus artigos 2º e 5º;
- d) de qualquer ato, notificação ou comunicação relativos ao presente Protocolo.

Em fé do que os abaixo assinados, devidamente autorizados para o efeito, assinaram o presente Protocolo.

Feito em Roma, a 4 de Novembro de 2000, em francês e em inglês, fazendo ambos os textos igualmente fé num único exemplar que será depositado nos arquivos do Conselho da Europa. O Secretário-Geral do Conselho da Europa transmitirá uma cópia autenticada a cada um dos Estados membros do Conselho da Europa.

Protocolo n. 13 à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, Relativo à Abolição da Pena de Morte em quaisquer circunstâncias

Vilnius, 3 de maio de 2002

Os Estados membros do Conselho da Europa, signatários do presente Protocolo,

Convictos de que o direito à vida é um valor fundamental numa sociedade democrática e que a abolição da pena de morte é essencial à proteção deste direito e ao

pleno reconhecimento da dignidade inerente a todos os seres humanos;

Desejando reforçar a proteção do direito à vida garantido pela Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950 (a seguir designada “a Convenção”);

Tendo em conta que o Protocolo nº 6 à Convenção, relativo à abolição da pena de morte, assinado em Estrasburgo em 28 de Abril de 1983, não exclui a aplicação da pena de morte por atos cometidos em tempo de guerra ou de ameaça iminente de guerra;

Resolvidos a dar o último passo para abolir a pena de morte em quaisquer circunstâncias,

Acordam no seguinte:

Artigo 1.º
(Abolição da pena de morte)

É abolida a pena de morte. Ninguém será condenado a tal pena, nem executado.

Artigo 2.º
(Proibição de derrogações)

As disposições do presente Protocolo não podem ser objeto de qualquer derrogação ao abrigo do artigo 15º da Convenção.

Artigo 3.º
(Proibição de reservas)

Não é admitida qualquer reserva ao presente Protocolo, formulada ao abrigo do artigo 57º da Convenção.

Artigo 4.º
(Aplicação territorial)

1. Qualquer Estado pode, no momento da assinatura ou do depósito do respectivo instrumento de ratificação, aceitação ou aprovação, designar o território ou os territórios a que se aplicará o presente Protocolo.

2. Qualquer Estado pode, em qualquer momento ulterior, mediante declaração dirigida ao Secretário - Geral do Conselho da Europa, tornar extensiva a aplicação do presente Protocolo a qualquer outro território designado na declaração. O Protocolo entrará em vigor, para esse território, no primeiro dia do mês seguinte ao decurso de um período de três meses após a data da recepção da declaração pelo Secretário - Geral.

3. Qualquer declaração formulada nos termos dos dois números anteriores pode ser retirada ou modificada, no que respeita a qualquer território designado naquela declaração, mediante notificação dirigida ao Secretário - Geral. Tal retirada ou modificação produzirá efeito no primeiro dia do mês seguinte ao decurso de um período de três meses após a data da recepção da notificação pelo Secretário - Geral.

Artigo 5.º

(Relações com a Convenção)

Os Estados Partes consideram as disposições dos artigos 1º a 4º do presente Protocolo adicionais à Convenção, aplicando-se-lhes, em consequência, todas as disposições da Convenção.

Artigo 6.º

(Assinatura e ratificação)

O presente Protocolo está aberto à assinatura dos Estados membros do Conselho da Europa que tenham assinado a Convenção. O Protocolo está sujeito a ratificação, aceitação ou aprovação. Nenhum Estado membro do Conselho da Europa poderá ratificar, aceitar ou aprovar o presente Protocolo sem ter, simultânea ou anteriormente, ratificado, assinado ou aprovado a Convenção.

Os instrumentos de ratificação, de aceitação ou de aprovação serão depositados junto do Secretário -Geral do Conselho da Europa.

Artigo 7.º

(Entrada em vigor)

1. O presente Protocolo entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um período de três meses após a data em que dez Estados membros do Conselho da

Europa tenham manifestado o seu consentimento em vincular-se pelo presente Protocolo, nos termos do disposto no seu artigo 6º.

2. Para cada um dos Estados membros que manifestarem ulteriormente o seu consentimento em vincular-se pelo presente Protocolo, este entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um período de três meses após a data do depósito, por parte desse Estado, do seu instrumento de ratificação, de aceitação ou de aprovação.

Artigo 8.º **(Funções do depositário)**

O Secretário - Geral do Conselho da Europa notificará todos os Estados membros do Conselho da Europa :

- a) De qualquer assinatura;
- b) Do depósito de qualquer instrumento de ratificação, de aceitação ou de aprovação;
- c) De qualquer data de entrada em vigor do presente Protocolo, nos termos dos artigos 4º e 7º;
- d) De qualquer outro ato, notificação ou comunicação relativos ao presente Protocolo.

Em fé do que, os abaixo assinados, devidamente autorizados para o efeito, assinaram o presente *Protocolo*.

Feito em Vilnius, em 3 de Maio de 2002, em francês e em inglês, fazendo ambos os textos igualmente fé, num único exemplar que será depositado nos arquivos do Conselho da Europa. O Secretário – Geral do Conselho da Europa transmitirá cópia autenticada do presente Protocolo a todos os Estados membros.