012/99 - 212

Direito Empresarial

Formalidades processuais e denegação da justiça no Direito Empresarial

*Ives Gandra da Silva Martins**

A pedido da IOB, para esta nova publicação abrangendo os diversos ramos do Direito Empresarial, decidi levantar questão que, a meu ver, fere cristalinamente as garantias constitucionais de acesso ao Judiciário e, na maior parte das vezes, serve ao erário para atalhar justas reivindicações de contribuintes, na aética tentativa de manutenção de receitas obtidas contra a lei e a Constituição.

O déficit público das mais de 5.500 entidades federativas — nada obstante ser a carga tributária brasileira, no conceito PIB-capacidade contributiva-nível de prestação de serviços públicos, a mais alta do mundo — tem levado as três esferas de poder a se utilizar, cada vez mais, de expedientes aéticos e ilegais para gerar ingressos, na certeza de que os contribuintes que discutem são poucos e, mesmo assim, com o aval do Judiciário, a eliminação de grande parte das reivindicações legítimas do pagador de tributos acaba sendo obtida em virtude de pretensas "falhas processuais".

É de se lembrar que a carga tributária brasileira em relação ao PIB é altíssima, superior à dos EUA e do Japão, estando em 33%, quando, na Argentina, situa-se em 15%; no México, em torno de 17%; no Paraguai, em torno de 11%. Em relação ao PIB e à capacidade contributiva, que, em 1996, era de 36%, a carga sobe para 80%, perdendo, o Brasil, apenas para Dinamarca e Suécia, que têm em torno de 85%.

E se se relacionarem ao PIB a capacidade contributiva e o nível de prestação de serviços públicos, a carga é a maior do mundo, pois de todos os países emergentes importantes e dos desenvolvidos, a prestação de serviços no Brasil é a pior que se conhece no globo.

Temos, portanto, o "privilégio" de entregar 1/3 do Produto Interno Bruto para o Estado, desdobrado em 5.500 entidades federativas, para remunerar políticos e burocratas. Estes, que deveriam servir o povo, servem-se da sociedade para dela retirar, sem retribuição, tributos destinados a manter seus privilégios, distribuídos por 5.500 casas legislativas, 5.500 poderes executivos e uma infinidade de "servidores", em todo território nacional.

Somos autênticos "escravos da gleba" do século XX, se comparados com os contribuintes de todos os demais países emergentes importantes e dos desenvolvidos.

Nesta luta por manter receitas e privilégios dos detentores do poder e do corporativismo, a ilegalidade grassa na elaboração legislativa, muitas vezes mantida por decisões do Poder Judiciário, que, acumulado por excesso de questões, busca proteger-se levantando "questiúnculas processuais", adotando interpretações limitativas aos direitos dos cidadãos com base em formalidades desnecessárias.

Comprovam a assertiva os entraves criados para a subida de recursos como: falta de recolhimento de porte de retorno dos recursos extraordinários, independentemente de exigência dos tribunais inferiores — exigência de certidão da tempestividade da interposição do recurso perante o tribunal local, mesmo que na apreciação da admissibilidade feita nessa instância demonstre que o prazo foi cumprido e que as peças necessárias foram trasladadas; e, principalmente, o "prequestionamento", que faz o processo brasileiro voltar aos tempos primitivos do Direito romano (o período formulário), em que a não-utilização da palavra correta (videira em vez de árvore, por exemplo) prejudicava a apreciação do direito do postulante.

O Brasil, hoje, em matéria de Direito Processual é mais retrógrado do que os romanos no início de seu Direito, pois há maior preocupação em observar os rigores da forma do que em fazer Justiça. Processualistas e magistrados estão mais voltados a tornar o rigorismo processual cada vez maior, deixando de lado a função principal do Poder Judiciário, que é fazer justiça.

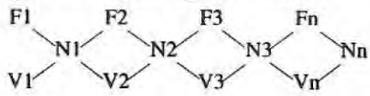
Lendo recente parecer de Galeno de Lacerda, o eminente jurista gaúcho sustenta, com fortes argumentos, que o "prequestionamento", levantado pelo Judiciário para não fazer justiça e denegar a prestação jurisdicional, é, desde 5 de outubro de 1988, rigorosamente "inconstitucional". Não condiz com o disposto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal: *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes,* até porque fruto de elaboração jurisprudencial, e não de expresso texto legislativo.

Não desconheço que o excessivo número de processos com que se defronta o melhor dos três Poderes da República torna desumano o trabalho dos magistrados, mas também não posso entender que esteja o Judiciário menos preocupado em fazer justiça do que em se utilizar de inúmeros expedientes, que não têm matriz legal, para deixar de julgar processos que lhe são encaminhados e, assim, aliviar-se da pesada carga que lhe pesa sobre os ombros.

De rigor, o artigo 5º, inciso LV, ao falar em ampla defesa administrativa e judiciária veda que essa garantia seja prestada, por óbices processuais criados pelo próprio Poder Judiciário — no papel de "legislador positivo" e não "legislador negativo" — cerceando a defesa do cidadão e violentando a Constituição, sobre criar a sensação nítida de que o Poder Judiciário está aberto, apenas, a uma elite capaz de contratar excelentes advogados para que tais percalços sejam evitados, e não

à disposição da maioria da população, carente de recursos para tanto.

Miguel Reale, em seu livro sobre a "Teoria Tridimensional do Direito", ao considerar a dialeticidade dessa teoria que não prescinde do fato e do valor para produzir a norma, cuja segurança e certeza é ofertada pelo Poder Judiciário, lembra que, em cada produção de ato legislativo, cria-se nova tensão e o processo dialético se inicia, ou para manutenção da norma adaptada à evolução do tempo e das circunstâncias ou para a elaboração de novas normas, o que pode ser graficamente representado da seguinte forma:



De rigor, esses óbices processuais que o Poder Judiciário institui independentemente de fundamentação legal, para se auto-proteger contra o acúmulo de processos, e que são habilmente utilizados pelas três esferas governamentais, preocupadas em manter receita a que não têm direito, por decorrentes de leis inconstitucionais, geram, como acentuado pelo mestre gaúcho, inequívoca inconstitucionalidade. Estou convencido de que a função do Poder Judiciário é, antes de tudo, fazer justiça. Sempre que seus integrantes superem incidentes processuais criados por atos de menor estatura que leis emanadas do Legislativo estarão cumprindo sua missão de fazer justiça.

Quando assim não agem, movidos pela intenção (compreensível) de auto-proteção, em face do acúmulo brutal de serviço, principalmente nos tribunais superiores, os magistrados deixam de atender aos jurisdicionados e fazem com que o Direito retroaja ao primitivo "período formulário" de 2.500 anos passados. Promovem, na verdade, a volta à idade da pedra do Direito Processual.

Creio que a matéria mereça reflexão, pois é o Poder Judiciário a última salvaguarda de uma democracia e, quando a "forma" vale mais do que o "direito", está-se colocando em risco a própria democracia e promovendo-se uma "justiça elitista", não direcionada ao povo.

**Professor emérito das universidades Mackenzie, Paulista (Unip) e da Escola de Comando Maior do Exército (Eceme) (SP)*

Modificações no trabalho do menor

*João Luiz Alves Mantovani**

Dentre várias modificações advindas com a Emenda Constitucional 20, de 15.12.98, publicada no DOU de 16.12.98, a que nos interessa para efeito desse breve estudo é o seu artigo 1º, que alterou a Constituição Federal, mais precisamente o artigo 7º, inciso XXXIII, que passa a vigorar com a seguinte redação:

Proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, que salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

Com tal alteração da Carta Magna, encontra-se proibido o trabalho do menor de 16 anos de idade, que antes era permitido ao menor de 14 anos, fato que foi estabelecido a partir da CF de 1988, que aumentou tal idade, que naquele momento era de 12 anos, conforme artigo 402 da CLT.

Os motivos que levaram nossos legisladores a aumentar a idade limite para o início da atividade laboral não vêm ao caso no momento; irei apenas analisar as conseqüências práticas de tal situação para os empregadores.

Com a entrada em vigor da emenda constitucional citada, que ocorreu em 16.12.98, nenhum empregador poderá contratar menores de 16 anos de idade, salvo na condição de aprendiz, sendo-lhe aplicado os procedimentos especiais para esse tipo de situação legal.

Os menores de 16 anos que já estiverem registrados e efetivamente trabalhando continuam com os seus direitos plenamente garantidos, sem nenhuma necessidade de demissão, para cumprimento da nova medida legal. A partir de 16.12.98 não poderá, como dito anteriormente, ocorrer a contratação de empregados com a idade inferior a 16 anos, estando a empresa sujeita às penalidades cabíveis, entre elas a autuação pelo Ministério do Trabalho e a responsabilidade penal pelos empregadores.

Importante destacar que a contratação de menores em desrespeito ao novo limite fixado, além das conseqüências citadas no parágrafo anterior, não exime o empregador de pagar todos os direitos e obrigações trabalhistas, bem como os encargos sociais inerentes ao contrato de trabalho, ao menor contratado em situação irregular.

No caso existe a relação jurídica de emprego, que com certeza será mantida pela Justiça trabalhista, sob pena de enriquecimento ilícito do empregador que usufruir do trabalho do menor contratado em situação irregular em total desrespeito à Lei Maior. Tal lapso laboral será, igualmente, considerado para todos os efeitos, inclusive contagem de tempo de serviço para aposentadoria do menor. Ficará, destarte, para o empregador infrator as conseqüências de seu desrespeito à lei.

Com toda certeza, brevemente, o Ministério do Trabalho estará estipulando normas e procedimentos para emissão da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), aos menores, cumprindo o novo regramento legal. Estará, ainda, disciplinando formas e métodos para a fiscalização de tal situação frente aos empregadores de menores.

Concluindo, os empregadores devem se adequar a tal procedimento evitanto a contratação de menores de 16 anos em seu quadro de empregados. Caso tenha havido admissão de menores após 16.12.98 (data da publicação da Emenda Constitucional 20), o empregador deverá o quanto antes providenciar o seu desligamento, regularizando sua situação frente à nova determinação constitucional, evitando contingências para a sociedade/empresa. Não há que se alegar ignorância da lei, fato inadmissível em nosso Direito pátrio.

Finalizando, a menoridade, para efeitos trabalhistas em nosso País, desde 16.12 passado, situa-se na faixa dos 16 aos 18 anos de idade, valendo-se todas as proteções especiais que recaem sobre o trabalho prestado pelos trabalhadores menores em nosso regramento jurídico.

**Advogado e auditor trabalhista em Lins (SP)*