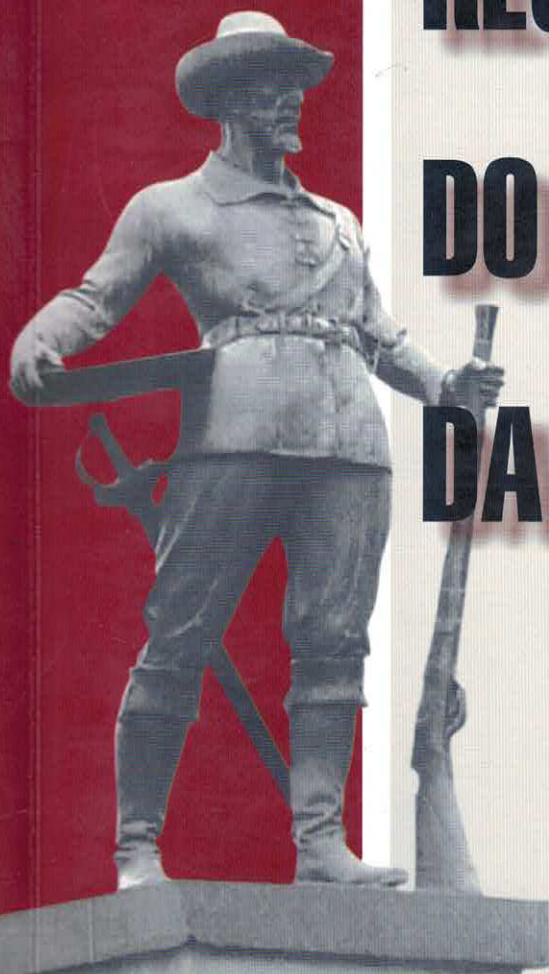




PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
18ª REGIÃO



REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 18ª REGIÃO

ANO VIII DEZEMBRO / 2005

***Revista do
Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região***

Goiânia - Goiás

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 18ª REGIÃO

Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região

Juíza Dora Maria da Costa
Presidente

Juiz Elvecio Moura dos Santos
Vice-Presidente

Juiz Saulo Emídio dos Santos
Juiz Radson Rangel Ferreira Duarte
Juiz Ari Pedro Lorenzetti
Comissão de Revista

Colaboradores

Amauri Mascaro Nascimento
Edson Braz da Silva
José Augusto Rodrigues Pinto
Julpiano Chaves Cortez
Luiz Carlos Amorim Robortella
Luiz Fernando Amorim Robortella
Octávio José de Magalhães Drummond Maldonado
Paulo Eduardo Vieira de Oliveira
Sandra Lia Simón
Sérgio Pinto Martins

Ano 8 - 2005

Elaboração da Revista
Diretoria de Serviço de Arquivo e Jurisprudência

Direção Geral
Juíza Dora Maria da Costa
Presidente do TRT 18ª Região

Supervisão
Marcelo Marques de Matos
Diretor-Geral de Coordenação Judiciária

Coordenação
José Everson Nogueira Reis
Diretor de Serviço de Arquivo e Jurisprudência

Diagramação
Anderson Abreu de Macêdo

Revisão
Gislene Benfica dos Santos
Iranildes Angélica dos Santos
Mayra Christina Cabral e Santos
Vânia Ivanyi de Lima Passerini

Colaboração
Fernando Costa Tormin
Márcia Cristina Ribeiro Simaan
Thomas Jefferson P. Nascimento

Capa
Márcia Divina Bueno Rosa

Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região / Diretoria Geral de Coordenação Judiciária, Diretoria de Serviço de Arquivo e Jurisprudência. — v. 1, (dez. 1998)- . — Goiânia, 2005.
v. ; 23 cm.

Annual.

1. Direito do trabalho - doutrina - periódico. 2. Direito do trabalho - acórdão - periódico. 3. Direito do trabalho - sentença judicial - periódico.
I. Brasil. Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região.

CDU: 347.998.72(05)
34:331(094.9)(05)

Os artigos doutrinários e acórdãos selecionados para esta Revista correspondem, na íntegra, às cópias dos originais. É permitida a reprodução total ou parcial das matérias constantes desta Revista, desde que citada a fonte.

Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região
Rua T-29 nº 1.403 - Setor Bueno - Goiânia-GO - CEP 74215-901
Fone (62) 3901-3300 - Fax (62) 3901-3221 - Correio eletrônico: presidencia@trt18.gov.br

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 18ª REGIÃO



Juizes do Tribunal

Juíza Dora Maria da Costa, *Presidente*
Juiz Elvecio Moura dos Santos, *Vice-Presidente*
Juiz Luiz Francisco Guedes de Amorim
Juiz Platon Teixeira de Azevedo Filho
Juíza Ialba-Luza Guimarães de Mello
Juiz Saulo Emídio dos Santos
Juíza Kathia Maria Bomtempo de Albuquerque
Juiz Gentil Pio de Oliveira

FOTOGRAFIA:

Da esquerda para a direita: Juiz Gentil Pio de Oliveira, Juiz Saulo Emídio dos Santos, Juiz Platon Teixeira de Azevedo Filho, Juíza Dora Maria da Costa, Juíza Kathia Maria Bomtempo de Albuquerque, Juiz Luiz Francisco Guedes de Amorim, Juíza Ialba-Luza Guimarães de Mello, Juiz Elvecio Moura dos Santos.

JUÍZES DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 18ª REGIÃO

Juízes Titulares das Varas do Trabalho

Juiz Mário Sérgio Bottazzo
Juiz Aldon do Vale Alves Taglialegna
Juiz Paulo Sérgio Pimenta
Juíza Ruth Souza de Oliveira
Juíza Elza Cândida da Silveira
Juiz Breno Medeiros
Juiz Geraldo Rodrigues do Nascimento
Juiz Paulo Canagá de Freitas Andrade
Juiz Daniel Viana Júnior
Juiz Eugênio José Cesário Rosa
Juíza Silene Aparecida Coelho
Juiz Marcelo Nogueira Pedra
Juiz Aldivino A. da Silva
Juíza Antônia Helena Gomes Borges Taveira
Juíza Marilda Jungmann Gonçalves Daher
Juíza Rosa Nair da Silva Nogueira Reis
Juiz Mário José de Sá
Juíza Wanda Lúcia Ramos da Silva
Juiz Fernando da Costa Ferreira
Juiz Sebastião Alves Martins
Juiz César Silveira
Juiz Ataíde Vicente da Silva Filho
Juiz Luiz Antônio Ferreira Pacheco da Costa
Juíza Cleuza Gonçalves Lopes
Juiz Kleber de Souza Waki
Juíza Neide Terezinha Resende da Cunha
Juiz Celso Moredo Garcia
Juiz Israel Brasil Adourian
Juiz Luciano Santana Crispim
Juiz Ronie Carlos Bento de Sousa
Juiz João Rodrigues Pereira
Juiz Luiz Eduardo da Silva Paraguassu
Juiz Luciano Lopes Fortini
Juiz Helvan Domingos Prego

Juízes do Trabalho Substitutos

Juíza Fabíola Evangelista Martins e Garcia
Juiz Radson Rangel Ferreira Duarte
Juiz Renato Hiendlmayer
Juiz Cleidimar Castro de Almeida
Juiz Ari Pedro Lorenzetti
Juíza Ana Deusdedith Pereira
Juíza Eneida Martins Pereira de Souza Alencar
Juiz Édison Vaccari
Juíza Nara Borges Kaadi Pinto de Passos Craveiro
Juíza Maria Aparecida Prado Fleury Bariani
Juiz Antônio Gonçalves Pereira Júnior
Juíza Narayana Teixeira Hannas
Juíza Alciane Margarida de Carvalho
Juíza Célia Martins Ferro
Juiz Fabiano Coelho de Souza
Juíza Adriana Zveiter
Juíza Eunice Fernandes de Castro
Juíza Ana Lúcia Ciccone de Faria
Juíza Divina Oliveira Jardim
Juíza Maria das Graças Gonçalves Oliveira
Juíza Virgilina Severino dos Santos
Juíza Jeovana Cunha de Faria
Juíza Rosana Rabello Padovani
Juiz Armando Benedito Bianki
Juiz Whatmann Barbosa Iglesias
Juiz Rodrigo Dias da Fonseca
Juiz Quéssio César Rabelo
Juíza Lúvia Fátima Gondim
Juiz Juliano Braga Santos
Juiz Platon Teixeira de Azevedo Neto
Juíza Rosane Gomes de Menezes Leite
Juíza Valéria Cristina de Sousa Silva
Juiz Eduardo Tadeu Thon
Juíza Samara Moreira de Sousa

SUMÁRIO

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

1. Tutela de emergência e antecipada Amauri Mascaro Nascimento	11
2. A nova lei de falência e o contrato de emprego Julpiano Chaves Cortez	16
3. O abandono do emprego configura rompimento tácito do contrato de trabalho? Ari Pedro Lorenzetti	23
4. A competência da Justiça do Trabalho e as relações de consumo Alexandre Ramos	27
5. Art. 114, VII – Ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho Adriana Fontoura Francisco Rossal de Araújo	30
6. Perfil da execução provisória trabalhista Manoel Carlos Toledo Filho	51
7. Aplicação subsidiária do art 253, II, CPC no processo do trabalho: uma tentativa de se evitar a escolha do juízo William de Almeida Brito Júnior	55
8. O enunciado 331, item IV, do Tribunal Superior do Trabalho frente à Lei nº 8.666/93 William de Almeida Brito Júnior	59
9. Direito à intimidade x Revista pessoal do empregado Lília Leonor Abreu Deyse Jacqueline Zimmermann	65
10. Nova competência da Justiça do Trabalho e regras processuais Júlio César Bebber	70
11. Da competência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar pedidos de indenização por danos materiais e morais decorrentes de acidente de trabalho. Competência absoluta ou condicionada? Júlio Bernardo do Carmo	83
12. Ética no direito e no processo do trabalho. José Ernesto Manzi	90
13. As novas competências da Justiça do Trabalho e seus impactos no procedimento recursal Douglas Alencar Rodrigues	111
14. Assédio moral: causas, efeitos e implicações jurídicas José Roberto Dias Leite	117
15. Emenda Constitucional nº 45/2004 e poder normativo da Justiça do Trabalho José Miguel de Campos	125
16. As cooperativas de trabalho Valdete Souto Severo	141
17. A relevância do diálogo social, na era das reformas, para salvaguardar o humanismo do direito do trabalho Dinaura Godinho Pimentel Gomes	145
18. Coletes à prova de balas: imprescindíveis equipamentos de proteção individual dos vigilantes Diego Cunha Maeso Montes	154

19. Da aplicação da analogia à jornada em sobreaviso - efeitos da evolução tecnológica	
Sérgio Luiz dos Santos Filho	162
20. Normas de segurança do trabalho rural	
José Pitas	164
21. O direito constitucional à privacidade e o rastreamento de e-mails	
Maria Beatriz Vieira da Silva Gubert	171
22. A necessidade de motivação da dispensa do empregado público: observância aos princípios constitucionais da legalidade, moralidade e impessoalidade	
Oscar Krost	177
23. O contrato de trabalho e o direito ao equilíbrio econômico financeiro à luz da Emenda Constitucional 45	
Marcus Menezes Barberino Mendes	184

ACÓRDÃOS

1. Impenhorabilidade relativa. Salário x Créditos trabalhistas. Natureza alimentar de ambos os valores	
Juiz Elvecio Moura dos Santos	192
2. Sucessão de empregadores. Responsabilidade pelos créditos trabalhistas	
Juiz Elvecio Moura dos Santos	195
3. Relação de emprego. Existência de outro vínculo empregatício em tempo integral ou prestação de serviços autônomos concomitantemente	
Juiz Elvecio Moura dos Santos	200
4. Agravo de petição. Acordo extrajudicial celebrado diretamente com o exequente. Nulidade	
Juiz Platon Teixeira de Azevedo Filho	203
5. Conflito de competência. Ação de declaração de responsabilidade subsidiária quanto a acordo homologado em outra ação	
Juiz Platon Teixeira de Azevedo Filho	206
6. Turnos ininterruptos de revezamento. Jornada superior a seis horas diárias	
Juíza Alda Maria de Pinho Couto	208
7. Ação anulatória. Arrematação. Legitimidade <i>ad causam</i>	
Juíza Alda Maria de Pinho Couto	212
8. Empregado público. Revogação de benefício. Violação do artigo 468 da CLT. Rescisão indireta do contrato de trabalho	
Juíza Denise Alves Horta	217
9. Autarquias corporativas. Concurso público para a admissão de pessoal. Exigência	
Juíza Denise Alves Horta	220
10. Comissão de conciliação prévia. Existência. Ônus de prova	
Juíza Denise Alves Horta	226
11. Auto de infração procedimento administrativo. Cerceio de defesa. Insubsistência da multa	
Juiz Fernando Antônio Viégas Peixoto	231
12. Imunidade à jurisdição trabalhista. Organismo internacional. Inexistência	
Juiz Bertholdo Satyro	236
13. Agravo de petição. Extinção do processo de execução	
Juiz Bertholdo Satyro	240
14. Adjudicação. Desoneração dos tributos do bem imóvel adjudicado a partir da data de adjudicação	
Juiz Luiz Carlos de Araújo	245

15. Arbitragem. Lei nº 9.307/96. Direitos trabalhistas. Inaplicabilidade	
Juiz Luiz Carlos de Araújo	246
16. Agravo de petição. Requisição de pequeno valor. Fazenda Estadual	
Juíza Maria das Graças Cabral Viégas Paranhos	248
17. Correição parcial. Hipóteses cabíveis	
Juíza Olga Aida Joaquim Gomieri	254
18. Pedido de demissão. Coação. Dano moral. Ocorrência	
Juiz Pedro Luis Vicentin Foltran	261
19. Cerceamento de defesa. Inexistência	
Juíza Maria Aparecida Pellegrina	266
20. Estabilidade sindical provisória. Ausência de registro do sindicato no Ministério do Trabalho. Princípio da unicidade sindical	
Juiz Samuel Corrêa Leite	268
21. Recurso ordinário do terceiro prejudicado	
Juiz Samuel Corrêa Leite	270
22. Multa do art. 477 da CLT	
Juiz José Simioni	273
23. Embargos de terceiro. Agravo de petição. Depósito recursal	
Juiz José Simioni	277
24. Arrendamento. Responsabilidade da arrendatária. Sucessão. Inexistência	
Juiz José Simioni	279
25. Ação rescisória. Violação de dispositivo de lei. Enunciado nº 298 e Orientação Jurisprudencial nº 72 da SBDI 2 DO C. TST	
Juíza Anelia Li Chum	285
26. Ação Civil Pública. Condomínio de Shopping Center. Atividade. Prestação de serviço	
Juíza Gisele Pereira Alexandrino	291
27. Vínculo empregatício x Representação comercial autônoma. Ônus da prova	
Juiz Rovirso A. Boldo	298

SENTENÇAS

1. Sindicato. Legitimação extraordinária. Coisa julgada. Alteração contratual	
Radson Rangel Ferreira Duarte	301
2. Competência material. Dano moral e material. Acidente do trabalho. Adicional de insalubridade	
Ataide Vicente da Silva Filho	307
3. Contribuição confederativa	
Mári Ângela Pelegrini	323
4. Da Justa Causa	
Mári Ângela Pelegrini	328
5. Danos morais e materiais. Reintegração. Doença cardíaca grave. Responsabilidade objetiva	
Mári Ângela Pelegrini	334
6. Competência. Sindicato. Substituto processual	
Walther Fredolino Linck	341
7. Cooperativa de Trabalho. Competência da Justiça do Trabalho. Vínculo de emprego	
Paulo José Ribeiro Mota	346

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

TUTELA DE EMERGÊNCIA E ANTECIPADA

Amauri Mascaro Nascimento¹

A interatividade entre processo civil e processo do trabalho opera em dupla via, a do trabalho para o cível com simplificação dos procedimentos, como rito sumário, citação por via postal, penhora *on-line*, a coletivização das ações, a função social do processo, e do cível para o trabalho com a observância, no processo do trabalho, das instituições tradicionais que fundamentam o processo, a substituição processual, a defesa coletiva dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e a tutela de emergência.

A CLT no art. 659, IX e X autoriza o Juiz a “conceder medida liminar, até decisão final do processo, em reclamações trabalhistas que visem a tornar sem efeito transferência disciplinada pelos parágrafos do art. 469 desta Consolidação” (L.6.203, de 1975) e “conceder medida liminar, até decisão final do processo, em reclamações trabalhistas que visem reintegrar no emprego dirigente sindical afastado, suspenso ou dispensado pelo empregador”. (L.n.9270, 1996).

O CPC (arts. 273 e 461) rege: a) medida cautelar que exigem *periculum in mora* e *fumus boni iuris*; b) antecipação de tutela (CPC 273 e 461); c) medida liminar (ex. MS).

Assim, o processo trabalhista é compatível com provimentos de urgência, sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, quando será lícito ao juiz, mediante requerimento da parte, conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, podendo ser, a liminar, revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. O juiz pode, na liminar ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito. Poderá, ainda, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva, bem como providenciar a imediata execução da quantia já vencida.

Poderá, também, para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial e ordem de cessação de prática de ato anti-sindical.

A idéia de tutela jurisdicional diferenciada, que ganha maior espaço, embora não o suficiente, no processo do trabalho, tem por fundamento a necessidade de criar mecanismos que possibilitem a dedução, em Juízo, de medidas de ordem processual que se mostrem aptas para dar atendimento a situações específicas que se mostram durante ou antes dos conflitos coletivos e que não podem, pela sua natureza, aguardar os trâmites regulares de um processo comum, sob pena de se tornarem ineficazes, nesse ponto tendo muito das medidas cautelares que se justificam como meios para assegurar o futuro desfecho final da lide.

Abrangem essas medidas, embora as ultrapassem, mas nas mesmas encontram uma diversidade de meios necessários para a obtenção dos seus objetivos.

1. Ex-Magistrado da Justiça Trabalhista, Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, autor de vasta e valiosa produção científica na área do Direito do Trabalho.

Justificam-se, plenamente, os valiosos estudos sobre as mesmas, desenvolvidos na esfera processual trabalhista, dos quais destaquem-se os de Alcione Niederauer Correa (*Das ações cautelares no processo do trabalho*, São Paulo, LTr, 1977), que em judiciosas ponderações afirma: “a utilização do processo cautelar, dadas as suas finalidades e características, é de grande interesse no processo do trabalho, mesmo quando se tem em conta a celeridade que a Justiça do Trabalho procurava imprimir às causas levadas ao seu julgamento. É que nem sempre esta celeridade pode atender amplamente ao desejo de segurança da parte e, em certas circunstâncias, é indispensável atingir-se o escopo da segurança, quer para a garantia da realização da prova, quer para a manutenção do estado de fato, antes mesmo da propositura de qualquer ação, visando à chamada cognição ou à execução”; de Modestino Martins Netto (*Medidas cautelares no processo do trabalho*, Rio de Janeiro, Ed. Trabalhistas, 1980), que as justifica “no perigo da demora da sentença a ser proferida ou do ato executório reclamado no processo principal”; e de Manoel Antonio Teixeira Filho (*As ações cautelares no processo do trabalho*, São Paulo, LTr, 1988).

Destinadas, que são, a resguardar o direito objeto da ação principal, tanto podem ser determinadas na fase de conhecimento como no processo de execução, sempre visando, como sua finalidade, *preservar a satisfação do resultado final*, em todas as suas variadas formas, preparatórias, sempre que destinadas a armar de elementos o interessado (ex.: produção antecipada de provas), ou incidentes, quando determinadas no curso do processo (ex.: habilitação); com audiência ou sem audiência da outra parte nos casos urgentes; específicas, quando enumeradas pela lei ou inespecíficas, quando inominadas, não previstas, mas determináveis quando houver receio de que uma parte cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação, embora não enquadradas em nenhum modelo do Código; requeridas em primeira instância ou requeridas perante os tribunais, ao relator do recurso, em qualquer caso necessária a observância dos seus pressupostos, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, aquele a probabilidade de perecimento ou evanescência do direito pela demora na prestação jurisdicional, sem a providência cautelar, cujo fim é, portanto, impedir exatamente que o futuro exercício da jurisdição não venha a ser inócuo, e cuja apreciação, no dizer de Liebman, envolve um juízo de probabilidade sobre a possibilidade de dano ao provável direito pedido em via principal, e que na lição de Willard de Castro Villar (*Ação cautelar inominada*, Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 17) não é um perigo genérico de dano jurídico, mas, especificamente, o perigo de dano posterior, derivante do retardamento da medida definitiva.; e o *fumus boni iuris* (fumo do bom direito) é a probabilidade ou possibilidade da existência do direito invocado pelo autor da ação cautelar e que justifica a sua proteção, ainda que em caráter hipotético, pressuposto que tem por fim evitar a concessão de medidas quando nenhuma é a probabilidade ou possibilidade de sucesso, aferição, dessa probabilidade, na qual não se examina o conflito de interesses em profundidade, mas em cognição superficial e sumária, em razão mesmo da provisoriedade da medida.

Liminares satisfativas, que também se enquadram no gênero que estamos examinando, nem sempre são autorizadas. Há jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho segundo a qual não são admissíveis liminar e cautelar satisfativas (TST, SDI, MS 485/90, rel. Min. Ney Doyle, *DJ*, 25 jan. 1991, p. 15118; TST, SDI, RO-MS 2.746/91, rel. Min. Hermes Pedro Pedrassani, *DJ*, 19 dez. 1991, p. 1888; TST, SDI, REO 7.858/90, rel. Min. Ursulino Santos, *DJ*, 13 mar. 1992, p. 2992; TST, SDI, REO 38.235/91, rel. Min. Hylo Gurgel, *DJ*, 5 jun. 1992, p. 8494; TST, SDI, RO-AR 530/89, rel. Min. José Luiz Vasconcelos, *DJ*, 3 ago. 1990, p. 7295).

A CLT, como já se mencionou, prevê *sustação liminar de transferência de*

empregado (art. 659, IX), destinada a sustar, em caráter prévio e provisório, a remoção ilegal do trabalhador para outra localidade, quando a transferência contraria as disposições de garantia estabelecida pela legislação trabalhista, produzindo efeitos desde logo e que permanecem até a sentença que incorporará a questão, julgando definitivamente o que a liminar o fez em caráter não final.

A *tutela antecipada*, tema estudado no processo do trabalho por autores como Sérgio Pinto Martins, em *Tutela antecipada e tutela específica no processo do trabalho*, e que a conceitua como uma espécie de tutela que tem por objetivo julgar antecipadamente o mérito da pretensão do autor, geralmente no início do processo, de maneira total ou parcial, desde que haja motivo convincente para tanto (Alice Monteiro de Barros, em *Tutela antecipada no processo do trabalho*, *Genesis*, n. 40), e outros, poder conferido ao juiz para proferir decisão definitiva sobre a pretensão deduzida em juízo, antes do momento previsto para a decisão final do processo, consistindo, portanto, na prestação jurisdicional prévia à fase do procedimento determinada para o seu normal exercício, não tem merecido a devida aceitação em segundo grau, embora concedida, até com certa facilidade, em primeiro grau.

Não por falta de consistência legal, o CPC, art. 273, segundo o qual o juiz pode, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, talvez tendo em vista a relativa complexidade dos seus pressupostos, a prova inequívoca e convencimento do juiz da verossimilhança da alegação, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou a caracterização do abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Não é *medida cautelar*, não se confundindo com esse tipo de provimento. A diferença entre ambas está na finalidade, que na ação cautelar é assegurar condições para que a decisão de mérito, quando proferida, tenha aplicabilidade, enquanto na tutela antecipada é a própria decisão de mérito desde logo prestada à parte independentemente de qualquer provimento cautelar prévio e acessório, razão pela qual a decisão proferida em medida cautelar não afeta o mérito nem é exauriente deste, enquanto na antecipação da tutela é a própria decisão de mérito e final que está sendo antecipada. Se coincide a decisão final com a antecipação da tutela, desta não se há de cogitar, porque nesse caso o que existe é tão-somente decisão definitiva e final não antecipada.

Distinguem-se tutela antecipada e *liminar*, embora ambas tenham alguns pontos comuns. Na decisão que antecipa a tutela o juiz julga a questão ou parte dela enquanto ao conceder liminar não a está decidindo, pois terá de o fazer, apesar da liminar concedida. Difere da liminar em processo sobre obrigação de fazer ou não fazer prevista pelo CPC, art. 461, § 3º, que o juiz pode conceder, porque, como está expresso na lei, essa medida tem a natureza de liminar, com o que cabem as mesmas observações anteriores pertinentes à diferença entre antecipação da tutela e concessão de liminar. É sentença. Apenas antecipada, mas sentença. O que o juiz antecipa é a própria decisão. É prévia prestação jurisdicional nos casos que a comportam. O juiz julga desde logo os temas que decidiria na fase final do processo.

É requisito de concessão a irreversibilidade da medida, aspecto que, para alguns, oferece dificuldade insuperável nos processos de obrigação de pagar, uma vez que, antecipados pagamentos de natureza salarial e se a sentença vem a ser reformada, não há como obter a devolução dos valores respectivos diante da impenhorabilidade dos salários e da hipossuficiência do trabalhador. Nos pedidos antecipados de reintegração do estável ilegalmente despedido, a nulidade da dispensa milita a favor da legitimidade da antecipação. O problema da reversibilidade ou não pode ser examinado sob dois diferentes prismas. Para alguns, a reintegração gera uma situação irreversível porque,

se a sentença final não confirma o direito à reintegração e esta foi efetivada por antecipação, os seus efeitos, embora indevidos, já estão definitivamente implementados, uma vez que não há como devolver às partes o estado anterior à reintegração. Para outros, a reversibilidade ou não deve ser focalizada sob outro aspecto, que mostra o seu cabimento. A reintegração antecipada, anterior à decisão final, tem por finalidade exatamente impedir a desconstituição e promover a imediata reconstituição de um vínculo existente e que foi desfeito por força de um desligamento ilegal. Esta última interpretação esbarra na dificuldade de ser desde logo definida a ilegalidade da dispensa, uma vez que somente a sentença final é que pode, definitivamente, decidir sobre a ilegalidade ou não daquela.

Tem aplicabilidade no processo trabalhista o disposto no CPC, art. 461, segundo o qual, na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concede a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determina providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

O fundamento da aplicação está na subsidiariedade do direito processual comum, na lacuna da CLT e na inexistência de incompatibilidade com o processo trabalhista. Ao contrário, a celeridade deste pressupõe a ampliação dos mecanismos processuais destinados a tornar efetiva a jurisdição.

Obrigações de fazer ou não fazer podem ser objeto de processos trabalhistas, como a concessão de intervalos que a empresa, ilegalmente, não observa, a sustação de ordens ilegais do empregador e que põem em risco a vida, a saúde ou a integridade física do empregado ou até mesmo a reintegração no emprego, que é uma obrigação de não fazer, deixar de despedir o empregado, ou de fazer, reconduzi-lo ao emprego.

A reintegração no emprego, que vinha sendo postulada desde logo mediante providências cautelares, e que deixou de sê-lo diante da jurisprudência do TST, que considera inviáveis cautelares satisfativas, pode, agora, ser requerida, desde logo, por pedidos de liminares fundadas no novo dispositivo do CPC.

Todavia, as mesmas razões que levaram a jurisprudência a desautorizar cautelares reintegrativas podem prevalecer quanto à reintegração liminar caso se entenda que essas providências, em vez de assecuratórias do resultado prático, são, na verdade, antecipatórias desse mesmo resultado e, nessa qualidade, submetidas às regras pertinentes à antecipação da tutela, dentre as quais a reversibilidade ou não da reintegração como pressuposto da concessão. Observe-se que a tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer depende não só da relevância do pedido mas do fundado receio de que sem esta haja ineficácia do provimento final (CPC, art. 461, § 3º), aspectos nem sempre facilmente identificáveis no caso.

Todas as medidas referidas, além de outras que o poder cautelar inominado pode criar, justificam-se no processo moderno que tem absoluta necessidade de agilizar as soluções reclamadas pela sociedade, preocupação dos processualistas com o problema da falta de efetividade do processo, assim entendida a sua concreta repercussão sobre a vida social, de modo a atuar como meio capaz de dar atendimento às necessidades inerentes à dinâmica dos interesses conflitantes entre pessoas e entre grupos, que se manifesta de modo evidente, nem sempre em correlação com o mundo isolado do processo judicial, problema que é visível na jurisdição trabalhista, demonstrado não só pela litigiosidade contida de trabalhadores, que deixam de exigir a prestação judicial para não pôr em risco o emprego, para não se submeterem a uma demora kafkaniana e interminável de diversos anos de disputa legal que pode esvaziar por completo o interesse.

O processo, como ensina Dinamarco com o princípio da instrumentalidade do processo, não é um fim em si mesmo, e o formalismo excessivo pode trazer graves

conseqüências ao prestígio da jurisdição; todavia, é inafastável a necessidade de maior eficácia das decisões judiciais, no interesse da segurança jurídica, o que é possível na medida em que possam traduzir a justa composição da lide sem o afastamento dos quadros do direito, mas com a interpretação das suas normas em sentido prospectivo, porém não derogatório das regras em vigor, tarefa que exige equilíbrio e sabedoria do julgador, postura metodológica que nos parece a melhor.

Ilustrativo é o seguinte acórdão:

(TST 12 2003 , ROMS - 39-2002-909-09-00 , SDI 2 - DJ: 06-02-2004, Rel. IVES Gandra Filho: “1. A Reclamante apresentava sintomas de doença osteomuscular desde 19/01/99, em tratamento contínuo com antiinflamatórios, e fisioterapia. 2. Mesmo que os exames médicos periódicos da Reclamante a considerassem apta para o serviço, não há como se deixar de reconhecer o agravamento do quadro clínico, razão do atestado médico apresentado em 07/08/01. 3. Diante do quadro clínico da situação de saúde da Reclamante, seu Sindicato classe recusou-se a homologar a dispensa em 01/08/01, sendo que posteriormente a realização de exame junto ao CEMAST (Centro Metropolitano de Apoio à Saúde do Trabalhador) em 24/08/01, para verificação do nexo causal, em que se constatou que a “neurite do plexo braquial” não é conseqüência de malformação neurológica congênita, já que decorre do “pinçamento de raízes nervosas cervicais por herniações discais”, o Sindicato emitiu a - CAT -em 04/09/01, no curso do aviso prévio. 4. O ato impugnado, que determinou, em tutela antecipada, a reintegração da Reclamante, não decidiu pela estabilidade do art. 118 da Lei nº 8.213/91, mas, sim, pela garantia do emprego, com base nos arts.1º, III, 3º, IV, e 5º da CF e 168 da CLT, pois considerou-se que, “havendo ou não nexo entre a doença e o trabalho, o trabalhador impossibilitado de prestar serviço não pode ser despedido, mesmo porque o contrato de trabalho deveria, por lei, estar interrompido ou suspenso (Consolidação das Leis do Trabalho, arts. 471 e 476)”. Recurso ordinário desprovido.

A NOVA LEI DE FALÊNCIA E O CONTRATO DE EMPREGO

Julpiano Chaves Cortez¹

1. PEQUENA INTRODUÇÃO

O projeto da nova lei de falência tramitou no Congresso Nacional por mais de uma década, sendo aprovada uma versão inteiramente reformulada do projeto original.

A Folha de S. Paulo, de 10 de fevereiro de 2005, página B1, registra que “o projeto passou a merecer maior atenção do Executivo a partir dos acordos firmados desde 1998 com o FMI (Fundo Monetário Internacional). Ao lado do Banco Mundial, o Fundo tem estimulado países latino-americanos a adotarem novas legislações para as falências, com o objetivo de preservar o sistema financeiro em momentos de crise”.

O prof. Joaquim Falcão, mestre em direito pela Universidade Harvard e diretor da Escola de Direito da FGV-RJ, em artigo publicado na Folha de S. Paulo, de 25 de abril de 2005, página A3, esclarece que “a recente e necessária nova Lei de Falências, que o Banco Mundial tanto desejou, foi moldada pelo ‘chapter 11’, dos EUA. Setores do banco questionam aqui e ali nosso Estado de Direito pelo fato de alguns contratos não serem interpretados como lhes conviria”.

A aprovação da Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 (DOU 09.02.2005), que trata da recuperação judicial, extrajudicial e da falência do empresário e da sociedade empresária, constitui-se numa forma de agilização do sistema de recuperação das empresas e não mais de administração da falência. No presente estudo, não pretendemos analisar a mencionada lei, apenas mostrar os seus efeitos na relação de emprego.

A nova lei de falência, em atenção ao setor financeiro, desconsiderou e ignorou normas e princípios do direito do trabalho, como o que assegura que o risco do empreendimento é do empregador e que os créditos trabalhistas, regra geral, têm natureza alimentar. Os princípios da isonomia, da intangibilidade, da continuidade dos contratos de trabalho e o da despersonalização do empregador foram atropelados pela nova lei.

A inversão da preferência dos créditos, adotada pela nova lei de falência, agride as conquistas sociais; por isso não concordamos com Aloísio Pessoa de Araújo, quando afirma que “era importante a inversão de prioridade de recebimento no caso de falência, vindo os credores com garantia real na frente do fisco, com os créditos trabalhistas limitados a 150 salários mínimos.” (Folha de S. Paulo, de 27 de dezembro de 2004, página B3).

2. NOVA LEI DE FALÊNCIA - VIGÊNCIA - APLICAÇÃO

A Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 (DOU 09.02.2005), regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Ela revoga o Decreto-lei n. 7.661/45 e entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após a sua publicação.

O art. 192 da Lei n. 11.101/05 prevê que ela não se aplica aos processos de falência ou concordata ajuizados antes do início de sua vigência, os quais serão concluídos nos termos do Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945.

3. ALTERAÇÕES DE INSTITUTOS - DENOMINAÇÕES

O Decreto-lei n. 7.661/45 disciplina a respeito dos institutos das concordatas, preceituando que a concordata é preventiva ou suspensiva, conforme for pedida em

1. Julpiano Chaves Cortez é advogado trabalhista e autor de várias obras jurídicas publicadas pela LTr Editora.

juízo antes ou depois da declaração da falência.

Com a Lei n. 11.101/05 desaparecem as figuras das concordatas na falência, sendo introduzidos os institutos da recuperação judicial e o da recuperação extrajudicial do devedor. Diz o caput do artigo 75 da Lei n. 11.101/05, que a falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa.

A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica (Lei n. 11.101/05, no art. 47).

Quanto à recuperação extrajudicial, o devedor que preencher os requisitos previstos no art. 48² da Lei n. 11.101/05, poderá propor e negociar com credores plano de recuperação extrajudicial, ficando excluídos dessa negociação os titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho (art. 161 e § 1^o).

4. CRÉDITOS TRABALHISTAS - PRIVILÉGIOS

A CLT estabelece:

“Art. 148. A remuneração das férias, ainda quando devida após a cessação do contrato de trabalho, terá natureza salarial, para os efeitos do art. 449”.

“Art. 449. Os direitos oriundos da existência do contrato de trabalho subsistirão em caso de falência, concordata ou dissolução da empresa.

§ 1^o Na falência, constituirão créditos privilegiados a totalidade dos salários devidos ao empregado e a totalidade das indenizações a que tiver direito”.

O artigo 449 da CLT foi alterado pela nova lei de falência que desconsiderou ser o risco do empreendimento do empregador (CLT, art. 2^o, § 2^o) e serem os créditos trabalhistas, regra geral, de natureza alimentar. Pela Lei n. 11.101/05, no caso de falência, os créditos derivados da legislação do trabalho são considerados privilegiados até o limite de 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho (art. 83, I)³. Os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho, que excederem o limite de 150 salários-mínimos, são considerados créditos quirografários⁴ (art. 83, VI, c). Determina a nova lei, que os créditos trabalhistas cedidos a terceiros serão considerados quirografários (§ 4^o do art. 83).

A Convenção n. 95 da OIT, que trata da proteção do salário e que entrou em vigor no Brasil em 25 de abril de 1958, preceitua que o salário não poderá ser objeto de penhora ou cessão, a não ser segundo as modalidades e nos limites prescritos pela legislação nacional (art. 10, 1). O salário deve ser protegido contra a penhora ou a cessão, na medida julgada necessária para assegurar a manutenção do trabalhador e de sua família (art. 10, 2).

2. “Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente: I - não ser falido, e se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; II - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial; III - não ter, há menos de 8 (oito) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; IV - não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.”

3. A CF/88 garante ao trabalhador 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. 7^o, XXVIII).

4. Crédito quirografário, como diz o mestre Amador Paes de Almeida, é crédito “sem qualquer privilégio, participando das sobras - se houver”.

O Provimento CG/JT n. 6, de 19 de dezembro de 2000 - (DJ 21.1.00) estabelece: “A cessão de crédito prevista em lei (artigo 1.063 do Código Civil)⁵ é juridicamente possível, não podendo, porém, ser operacionalizada no âmbito da Justiça do Trabalho, sendo como é um negócio jurídico entre empregado e terceiro que não se coloca em quaisquer dos pólos da relação processual trabalhista”.

A Convenção n. 95 da OIT prevê que em caso de falência ou de liquidação judiciária de uma empresa, os trabalhadores seus empregados serão tratados como credores privilegiados, seja pelos salários, que lhes são devidos a título de serviços prestados no decorrer de período anterior à falência ou à liquidação e que será prescrito pela legislação nacional, seja pelos salários que não ultrapassem limite prescrito pela legislação nacional (art. 11, 1). O salário que constitua crédito privilegiado será pago integralmente, antes que os credores comuns possam reivindicar sua parte (art. 11, 2). A ordem de prioridade do crédito privilegiado constituído pelo salário, em relação aos outros créditos privilegiados, deve ser determinada pela legislação nacional (art. 11,3).⁶

No que diz respeito ao limite e a ordem de prioridade do crédito privilégio constituído pelo salário, a Lei 11.101/2005 está em perfeita sintonia com a Convenção n. 95 da OIT. Há certos créditos extraconcursais⁷ que serão pagos com precedência sobre os mencionados na falência, como: remunerações devidas ao administrador judicial e seus auxiliares, e créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência.⁸

Na recuperação judicial e na extrajudicial, os créditos trabalhistas continuarão privilegiados, não seguindo o limite de 150 salários-mínimos, previsto para o caso de falência. A nova lei de falência reza que na recuperação judicial, os empregados conservam seus direitos e privilégios em face do empregador, permanecendo íntegros os contratos de emprego. Todavia, como meio de recuperação judicial, os trabalhadores podem negociar redução salarial, compensação de horário e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho (art. 50, VIII). A negociação da redução salarial só poderá ocorrer por meio de convenção ou acordo coletivo (CF/88, art. 7º, VI). No caso de compensação de horário e redução da jornada, a negociação poderá ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva (Súmula n. 85 do TST).

A nova lei de falência prevê que o plano de recuperação judicial não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho, vencidos até a data do pedido de recuperação judicial (art. 54, caput). O plano não poderá, ainda, prever prazo superior a 30 (trinta) dias para o pagamento até o limite de 5 (cinco) salários mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial, vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido de recuperação judicial (art. 54 e parágrafo único). A Súmula n. 227 do STF estabelece: “A concordata⁹ do empregador não impede a execução de crédito nem a reclamação de empregado na Justiça do Trabalho”.

5. SUCESSÃO TRABALHISTA - NOVOS CONTRATOS DE EMPREGO

Os artigos 10 e 448 da CLT tratam da mudança na propriedade ou estrutura jurídica da empresa e da sucessão nas obrigações trabalhistas. Diz a CLT, que qualquer

5. O atual Código Civil, art. 286.

6. SÚSSEKIND, Arnaldo. CONVENÇÕES DA OIT. São Paulo: LTr, 1994.

7. Créditos extraconcursais, são os que surgem após a decretação da falência, resultando dos encargos e dívidas da massa falida, não estão sujeitos à habilitação e devem ser pagos preferencialmente a todos os credores.

8. Lei n. 11.101/05, arts. 83 e 84, I.

9. No lugar de concordata leia-se recuperação judicial (Lei n. 11.101/05).

alteração na estrutura jurídica da empresa não altera os contratos de trabalho dos empregados e os seus direitos adquiridos. A sucessão de empregadores ocorre, quando a empresa ou parte dela (um dos estabelecimentos) muda de proprietários, sem haver solução de continuidade em suas atividades. Nessa direção é a ementa: “A sucessão de empregadores somente existe quando a alienação do estabelecimento significar a transmissão da organização produtiva, ou seja, um todo unitário, capaz de produzir rendimentos. Não ocorre com a simples transferência de elementos isolados, não sendo possível, portanto, falar-se em sucessão de empregadores quando tenha havido a alienação de apenas parte de um negócio, que não possa ser considerada uma unidade econômico-produtiva, ou de máquinas e coisas vendidas como bens singulares”.¹⁰

A sucessão trabalhista tem por objetivo proteger os direitos dos empregados, tendo em vista os princípios da intangibilidade, da continuidade dos contratos de trabalho e o da despersonalização do empregador. A empresa sucedida responderá subsidiariamente nos casos de fraude ou insuficiência de garantias do sucessor e nas sucessões trabalhistas precárias (arrendamento ou parceria), em que o arrendador ou parceiro cedente por culpa *in eligendo* e/ou *in vigilando*, responsabiliza-se subsidiariamente pelos encargos trabalhistas. O atual Código Civil preceitua que o adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizado, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de 1 (um) ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento (art. 1.146).

A nova lei de falência, em obediência à lei do mercado, desconsidera os princípios e as garantias trabalhistas, ao estabelecer que na recuperação judicial e na falência do empresário e da sociedade empresária, o objeto da alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho. Ainda, empregados do devedor, contratados pelo arrematante, serão admitidos mediante novos contratos de trabalho e o arrematante não responde por obrigações decorrentes do contrato anterior.¹¹ A lei n. 11.101/2005 preceitua que, no caso de constituição de sociedade formada por empregados do próprio devedor, estes poderão utilizar créditos derivados da legislação do trabalho para a aquisição ou arrendamento da empresa (§ 2º do art. 145).

6. FALÊNCIA - CESSAÇÃO DO CONTRATO DE EMPREGO

A decretação da falência é causa de cessação dos contratos de trabalho, devido a extinção das atividades da empresa. Entretanto, a Lei n. 11.101/05 prescreve que os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial, se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê (art. 117, caput). O Decreto-lei n. 7.661/45 determinava no art. 43: “Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser executados pelo síndico, se achar de conveniência para a massa”. Na falência, pela nova lei, a figura do administrador judicial corresponde à do síndico do Decreto-lei n. 7.661/45 e a continuidade dos contratos de trabalho depende do interesse da massa falida e da autorização do Comitê de Credores.

10. [TRT 15ª Reg. (Campinas/SP) RO 00986-2003-082-15-00-8 - (Ac. 4ª T. 7143/2005-PATR) - Rel. Juizl. Renato Buratto. DJSP 4.3.05, pág. 48 - apud LTr Sup. Jurisp. 16/2005, p. 128].

11. Lei n. 11.101/05, arts. 60 e 141.

A cessação do contrato de trabalho, resultante da decretação da falência, equiparase à cessação por dispensa do empregado sem justa causa, ficando assegurado ao obreiro todos os direitos trabalhistas, como: indenização por tempo de serviço e/ou sacar os depósitos do FGTS com a multa fundiária de 40%, aviso prévio, 13º salário, férias, saldo de salário, adicionais, gratificações, indenização adicional (Lei n. 7.238/84) etc. A penalidade do art. 467 e a multa do § 8º art. 477, ambos da CLT, são inaplicáveis à massa falida, conforme preceitua a Súmula n. 388 do TST: “A Massa Falida não se sujeita à penalidade do art. 467 e nem à multa do § 8º do art. 477, ambos da CLT”.

7. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA

A Lei n. 11.101/05 não se aplica a:

I - empresa pública e sociedade de economia mista;

II - instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores (art. 2º).

Por sua vez, o art. 197 da nova Lei de Falência estabelece que, enquanto não forem aprovadas as respectivas leis específicas, ela será aplicada subsidiariamente, no que couber, aos regimes previstos no Decreto-Lei n. 73/66 (dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros), na Lei n. 6.024/74 (dispõe sobre a intervenção e liquidação extrajudicial de instituições financeiras)¹², no Decreto-Lei n. 2.321/87 (institui, em defesa das finanças públicas, regime de administração especial temporária, nas instituições financeiras privadas e públicas não federais) e, na Lei n. 9.514/97 (dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário e institui a alienação fiduciária de coisa imóvel).

8. COMPETÊNCIA - HABILITAÇÃO - SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO E DAS AÇÕES

A nova lei de falência (art. 76, caput) prescreve que o juízo da falência é indivisível, atraindo para si todos os créditos, mas não tem competência para conhecimento das ações trabalhistas.¹³ As ações de natureza trabalhista serão processadas perante a Justiça do Trabalho até a apuração do respectivo crédito (sem efetivação de sua execução), que será inscrito no quadro-geral de credores pelo valor determinado em sentença.¹⁴

A CLT preceitua que terão preferência para julgamento os dissídios sobre pagamento de salário e aqueles que derivarem da falência do empregador, podendo o presidente da Vara, a pedido do interessado, constituir processo em separado, sempre que a reclamação também versar sobre outros assuntos (art. 652, parágrafo único). Ainda, terá preferência em todas as fases processuais, o dissídio cuja decisão tiver de ser executada perante o juízo da falência (art. 768). O juiz trabalhista poderá determinar a reserva da importância que estimar devida na recuperação judicial ou na falência, e, uma vez reconhecido líquido o direito, será o crédito incluído na classe própria.¹⁵

12. Com a intervenção e a liquidação extrajudicial, a instituição financeira perde a administração dos seus bens que passam a ser geridos por um preposto (agente) do Banco Central.

13. “Falência - Crédito Trabalhista - Execução - Competência - Lei 11.101/2005 - As ações trabalhistas serão processadas na Justiça do Trabalho até a apuração do respectivo crédito para posterior habilitação no juízo universal da falência (art. 83 da Lei 11.101/2005), pois não obstante o crédito trabalhista tenha precedência na ordem de classificação dos créditos na falência, está sujeito a rateio com os demais créditos trabalhistas. Recurso de Embargos a que se nega provimento.” [TST-E-RR-507.991/1998.0 - (Ac. SBD11)- 3º Reg. - Rel. Min. João Brito Pereira. DJU 24.6.05, pág. 849 - apud LTr Sup. Jurisp. 31/2005, p. 244]

14. Lei n. 11.101/05, art. 6º, § 2º.

15. Lei n. 11.101/05, art. 6º, § 3º.

A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.¹⁶ Na recuperação judicial, a suspensão do curso da prescrição, em hipótese nenhuma, excederá o prazo improrrogável de 180 dias contados do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de incidir ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial.¹⁷

A nova lei de falência (art. 99, V) é incisiva: a sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações, ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o falido, ressalvadas as hipóteses previstas nos §§ 1º e 2º do art. 6º desta lei¹⁸. Portanto, as ações trabalhistas estão excluídas da aplicação desse dispositivo legal, ou seja, a sentença que decretar a falência do devedor não ordenará a suspensão das ações ou execuções trabalhistas promovidas contra o falido.

9. CORREÇÃO MONETÁRIA - JUROS - DESERÇÃO

A correção monetária visa a atualização da moeda e os juros têm por objetivo a remuneração do capital. Os juros de mora representam a reparação do dano causado pelo devedor, pelo não pagamento do seu débito na data certa. O art. 46 do ADCT/CF é taxativo ao preceituar: “São sujeitos à correção monetária desde o vencimento, até seu efetivo pagamento, sem interrupção ou suspensão, os créditos junto a entidades submetidas aos regimes de intervenção ou liquidação extrajudicial, mesmo quando esses regimes sejam convertidos em falência. O disposto neste artigo aplica-se também: (I) às operações realizadas posteriormente à decretação dos regimes referidos no caput deste artigo”. Os débitos das entidades submetidas aos regimes de intervenção ou liquidação extrajudicial estão sujeitos a correção monetária desde o respectivo vencimento até seu efetivo pagamento, sem interrupção ou suspensão, não incidindo, entretanto, sobre tais débitos, juros de mora.¹⁹ O atual Código Civil prevê no art. 407: “Ainda que se não alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros da mora que se contarão assim às dívidas em dinheiro como às prestações de outra natureza, uma vez que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes”. O Decreto-lei n. 7.661/45 preceituava que “contra a massa não correm juros, ainda que estipulados forem, se o ativo apurado não bastar para o pagamento do principal” (art. 26, caput).

Por sua vez, a nova lei de falência (n. 11.101/05) estabelece que “contra a massa falida não são exigíveis juros vencidos após a decretação da falência, previstos em lei ou em contrato, se o ativo apurado não bastar para o pagamento dos credores subordinados” (art. 124, caput). Conclui-se que na falência há incidência de correção monetária sobre os débitos trabalhistas. Quanto aos juros, são devidos os vencidos antes da decretação da falência; os juros vencidos após a decretação da falência não são exigíveis, se o ativo apurado não bastar para o pagamento dos credores subordinados. Questão polêmica é a que diz respeito ao momento (época própria) em

16. Lei n. 11.101/05, art. 6º, caput.

17. Lei n. 11.101/05, art. 6º, § 4º.

18. “Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário. § 1º Terá prosseguimento no juízo no qual estiver processando a ação que demandar quantia ilíquida. § 2º É permitido pleitear, perante o administrador judicial, habilitação, exclusão ou modificação de créditos derivados da relação de trabalho, mas as ações de natureza trabalhista, inclusive as impugnações a que se refere o art. 8º desta Lei, serão processadas perante a justiça especializada até a apuração do respectivo crédito, que será inscrito no quadro geral de credores pelo valor determinado em sentença.”

19. Súmula n. 304 do TST.

que deve incidir a correção monetária, havendo divergência de entendimento na doutrina e na jurisprudência. Para uns, quando se tratar de salário, época própria é o próprio mês de vencimento do salário. Para outros, época própria é a data em que o salário (crédito do empregado) torna-se exigível, como, por exemplo, a partir do 5º dia útil do mês subsequente ao vencido (CLT - art. 459, parágrafo único, com redação dada pela Lei n. 7.855/89). O TST, por meio da Súmula n. 381, uniformizou: “O pagamento dos salários até o 5º dia útil do mês subsequente ao vencido não está sujeito à correção monetária. Se essa data limite for ultrapassada, incidirá o índice da correção monetária do mês subsequente ao da prestação dos serviços, a partir do dia 1º.” Quanto aos juros de mora, eles incidem desde a data do ajuizamento da ação, até o dia do efetivo pagamento. A CLT preceitua que, não pagando o executado, nem garantindo a execução, seguir-se-á penhora dos bens, tantos quantos bastem ao pagamento da importância da condenação, acrescida de custas e juros de mora, sendo estes, em qualquer caso, devidos a partir da data em que for ajuizada a reclamação inicial (art. 883).

No que diz respeito à exigência do pagamento de custas e de depósito recursal, a CLT não excepciona em relação à massa falida. A exigência do pagamento de custas e depósito recursal para recorrer poderia ocasionar certas dificuldades à defesa do patrimônio da massa e que se traduz em interesses dos credores.²⁰ O Tribunal Superior do Trabalho posicionou-se: “Não é exigido depósito recursal, em qualquer fase do processo ou grau de jurisdição, dos entes de direito público externo e das pessoas de direito público contempladas no Decreto-lei n. 779, de 21.8.69, bem assim da massa falida, da herança jacente e da parte que, comprovando insuficiência de recursos, receber assistência judiciária integral e gratuita do Estado (art. 5º, LXXIV, CF).²¹ “Não ocorre deserção de recurso da massa falida por falta de pagamento de custas ou de depósito do valor da condenação. Esse privilégio, todavia, não se aplica à empresa em liquidação extrajudicial.” (Súmula n. 86 do TST)

20. Marcelo Caetano, citado por Francisco Antonio de Oliveira (“Comentários aos Enunciados do TST”. 5ª ed., São Paulo: RT, 2002, p. 240).

21. Item X da Instrução Normativa n. 3 do TST, de 5 de março de 1993 (DJ 10.3.93).

O ABANDONO DO EMPREGO CONFIGURA ROMPIMENTO TÁCITO DO CONTRATO DE TRABALHO?

Ari Pedro Lorenzetti*

As formas de rescisão do contrato de trabalho, por iniciativa das partes, podem ser enquadradas numa das seguintes hipóteses:

1. Rescisão bilateral:

- a) distrato;
- b) culpa recíproca.

2. Rescisão pelo empregador:

- a) dispensa sem justa causa;
- b) dispensa por justa causa.

3. Rescisão pelo empregado:

- a) demissão espontânea;
- b) demissão provocada (rescisão indireta).

Afora isso, temos, ainda, as formas de rescisão que independem da vontade das partes, como a morte do empregado, ou em que ela se exaure, como o término do prazo contratual. Por outro lado, há situações em que, a despeito de não haver uma manifestação de vontade no sentido de rescindir o contrato, a responsabilidade por seu rompimento é imputada a uma das partes, como ocorre na aposentadoria por tempo de serviço ou na falência do empregador.

Abstraindo-se, porém, de tais situações, em que o contrato cumpriu suas funções ou não tem mais condições de continuar, ainda que imputada a uma das partes a responsabilidade pelo seu término, a rescisão contratual depende sempre de uma manifestação de vontade receptícia.

Assim, não basta, para que se tenha por rescindido o contrato de trabalho, que uma das partes decida, em seu íntimo, que não mais lhe dará prosseguimento. Também insuficiente que expresse sua decisão, se não a faz chegar ao conhecimento da outra parte. Não exige, porém, a lei trabalhista um ato de comunicação formal do rompimento do contrato, mas é indispensável a ciência do outro contraente.

Diante disso, a indagação que surge é se seria admissível a rescisão tácita do contrato de trabalho. E a resposta é necessariamente afirmativa, uma vez que, admitida a manifestação tácita da vontade na formação do vínculo, não haveria razão para negá-la em seu rompimento.

Assim, o empregador que fecha as portas do estabelecimento e desaparece, sem dar notícias, claramente promove a dispensa tácita dos trabalhadores que se ativavam no local. A partir de então, estes podem considerar-se despedidos e postular as verbas rescisórias a que têm direito.

Em relação ao empregado, no entanto, seria admitida a demissão tácita, decorrente de conduta semelhante, qual seja, deixar de comparecer ao trabalho, sem dar notícias ao empregador? Em tese, sim, e seria a solução mais acertada, uma vez que o empregado que abandona seu posto de trabalho sem justificativa e desaparece demonstra claramente a intenção de não dar continuidade à relação contratual.

Não foi assim, entretanto, que entendeu o legislador. Com efeito, nos termos do art. 482, letra "i", da CLT, o abandono do emprego é tratado como justificativa de

*Juiz do Trabalho Substituto do TRT 18ª Região

dispensa pelo empregador.

Em outras palavras, o legislador não considerou o abandono como demissão tácita, mas como simples falta grave, que faculta ao empregador dispensá-lo por justa causa, caso queira. Sendo assim, mesmo tendo o trabalhador abandonado o emprego, a rescisão contratual não decorre imediata e automaticamente do ato de deserção, mas da iniciativa do empregador em romper o contrato. Prova disso é que, nas hipóteses em que se exige inquérito para apuração de falta grave, este não é dispensado em caso de abandono (TST, En. 62). Considerasse a lei e a jurisprudência que a hipótese seria de demissão tácita, não haveria necessidade de inquérito, tendo-se por rompido o contrato, por iniciativa do empregado, desde o dia em que deixou de comparecer ao serviço, sem dar notícias.

E se a lei trata o abandono como falta grave que autoriza o empregador a rescindir o contrato por justa causa, não se poderia entender que o abandono, por si só, acarreta a rescisão do contrato.

Assim, configurado o abandono, se o empregador entender que, em razão dele, não mais lhe convém o prosseguimento do vínculo, deve promover a rescisão contratual, por falta grave do obreiro, sob pena de a relação contratual manter-se em aberto (En. 62). E, para tanto, deve comunicar ao empregado que está rompendo o contrato, ou, pelo menos, tentar fazê-lo, pelos meios ao seu alcance¹. E o meio mais adequado é uma carta, telegrama ou telefonema do empregador ao empregado comunicando a decisão de romper o contrato. Se o empregado desapareceu, sem deixar pistas de sua localização, pode-se conferir validade até mesmo a um aviso publicado em jornal de grande circulação no último endereço do empregado². Em todo caso, deve-se exigir que o empregador demonstre que se valeu dos meios de comunicação ao seu dispor para levar ao empregado sua decisão de rescindir o contrato, ainda que sem êxito efetivo.

Da mesma forma, se o empregado quiser rescindir o contrato, ainda que por culpa do empregador (rescisão indireta) também deve tomar o cuidado de comunicar o rompimento, sob pena de incorrer em abandono. Assim, se o trabalhador simplesmente se afasta do serviço, sem comunicar ao empregador o motivo, o contrato de trabalho permanece intacto e, passados 30 dias (En. 32), o empregador é que poderá rescindi-lo, por abandono do emprego³. Com efeito conquanto disposto a romper o vínculo, se o empregado não comunica à outra parte sua decisão, não rescindiu o pacto, de modo a permitir que o empregador o faça. Quando, porém, o empregado comunica a rescisão indireta, o empregador não terá mais oportunidade de rescindir o contrato, uma vez que, a partir daquele momento, entre eles, o vínculo deixou de existir.

O empregador, de sua parte, uma vez configurado o abandono, deverá ter o cuidado de promover a rescisão, pois, se não o fizer, conforme já dito acima, o contrato continua em aberto. Assim, mesmo que passados mais de trinta dias do afastamento do empregado, cabível, por exemplo, a comunicação de rescisão indireta, caso o empregador não tenha, ainda, tomado a iniciativa de pôr termo ao contrato.

1. "Se alguém pretende despedir um empregado, a despedida só se efetiva quando este vem a ter conhecimento, real ou presumido, da declaração do empregador" (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 283).

2. Conforme ressalta Orlando Gomes (*Op. cit.*, p. 284), "deve-se considerar perfeita a declaração receptícia, no mais tardar, 'quando o declarante fez tudo o que de sua parte tinha de fazer para que o conteúdo da declaração chegasse ao conhecimento do destinatário'".

3. Embora o En. 32 se reporte a situação específica, a doutrina e jurisprudência têm entendido que o transcurso do período de 30 dias constitui evidência do elemento subjetivo do abandono, embora o *animus discedendi* possa ser evidenciado antes disso, por exemplo, se o trabalhador se coloca a serviço de outra empresa, em horário incompatível com o prosseguimento do contrato.

Todavia, comunicando o empregado a rescisão do contrato dentro de 30 dias do afastamento, mesmo que através de ajuizamento de ação trabalhista em que a alega, não mais se poderá falar em abandono do emprego, ainda quando o empregado não logre êxito em demonstrar que o empregador tenha dado motivos para sua decisão. Assim, mesmo que não reconhecida a rescisão indireta, se esta foi comunicada ao empregador dentro de 30 dias do afastamento ou foi a ação com esse objetivo ajuizada em tal prazo, afastado estará o abandono. Por conseguinte, não reconhecida a rescisão indireta, terá havido simplesmente demissão espontânea.

Ainda, porém, que o empregado só tenha comunicado a sua decisão de rescindir o contrato após trinta dias do afastamento, diretamente ou através de ação judicial, não basta ao empregador alegar o abandono em juízo para que a justa causa seja acolhida. Conforme já referido, o abandono do emprego não constitui rescisão tácita do contrato de trabalho, exigindo, ao contrário, diante de sua configuração, uma atitude positiva do empregador, pondo termo ao vínculo. Se o empregador não rescindiu o contrato antes da comunicação da rescisão indireta, não mais poderá invocá-lo. O que poderia discutir, a essa altura, é se ocorreram, ou não, os motivos em que se funda a alegação de rescisão indireta.

É preciso atentar para o fato de que a chamada rescisão indireta é, antes de tudo, uma forma de demissão⁴. E isso é o que muitos parecem não perceber. Assim, se houve demissão (espontânea ou provocada), não mais persiste contrato de trabalho entre as partes. Se o empregado se afastou do emprego invocando rescisão indireta, já rompeu o contrato de trabalho, não se podendo, pois, rescindi-lo novamente. Eventual alegação de abandono do emprego cairia no vazio, por lhe faltar objeto (contrato vigente). Ou o abandono é anterior à comunicação de rescisão indireta, e o empregador já pôs termo ao contrato, ou não mais poderá ser invocado como causa de rescisão, por completa impossibilidade lógica.

Na análise da questão, portanto, primeiro o juiz deve verificar de quem foi a iniciativa da rescisão contratual, isto é, se houve demissão ou dispensa. Reconhecida aquela, mesmo que não provada a justa causa imputada ao empregador, não poderá o juiz concluir que houve abandono, uma vez que, conforme dito e reiterado, o abandono não constitui forma de demissão (demissão tácita), mas falta grave que desafia a dispensa por justa causa. Portanto, se houve demissão - e a rescisão indireta é antes de tudo uma forma de demissão - não mais haverá lugar para uma dispensa, uma vez que com aquela o contrato já foi rompido. Somente quando ficar evidenciada a ocorrência de dispensa é que será possível acolher alegação de abandono, por ser este uma justificativa para a rescisão por iniciativa do empregador.

Se o juiz se convencer de que a iniciativa da rescisão foi do empregado, não lhe cabe analisar eventuais faltas que lhe sejam imputadas pelo empregador, a menos que este pretenda ver reconhecida a culpa recíproca. Da mesma forma, convencendo-se o juiz de que a iniciativa da rescisão foi do empregador, não terão relevância os fatos imputados a ele pelo empregado, ressalvada, também aqui, a hipótese de o trabalhador sustentar a tese da culpa recíproca.

Alguns poderiam invocar o disposto no art. 483, § 3º, da CLT para dizer que a rescisão indireta decorreria da sentença que a reconhece. Assim, antes de ser acolhida pelo juiz a falta grave imputada ao empregador, o vínculo permaneceria intacto. Ocorre que nem sempre a rescisão indireta, assim como a dispensa por justa causa, está

4. Há, no caso, *rescisão indireta ou despedida oblíqua* apenas no sentido de que o empregado, em face da conduta do empregador, é forçado a demitir-se. Assim, é como se, por vias transversas, estivesse sendo dispensado pelo empregador. Todavia, a despeito de ter o empregador dado motivos para tanto, o rompimento, no caso, é ato do empregado, constituindo uma forma de demissão, a que, apropriadamente, Martins Catharino denominou de *demissão forçada*.

condicionada à confirmação judicial.

Com efeito, na ação de inquérito, assim como na rescisão indireta, quando adotada a faculdade prevista no § 3º do art. 483 da CLT, é a sentença quem produz o efeito desconstitutivo do vínculo. Todavia isso só ocorre em tais casos, não nas situações em que a lei não exige inquérito para o empregador dispensar o empregado por justa causa ou o trabalhador não se vale da faculdade prevista no dispositivo legal citado.

O que temos, então, nas hipóteses em que a lei exige inquérito prévio ou o empregado invoca rescisão indireta e continua trabalhando? Em tais casos, a dispensa por justa causa e a rescisão indireta continuam sendo atos do empregador e do empregado, respectivamente. O que ocorre é que a manifestação de vontade da parte, em tais hipóteses, fica condicionada ao reconhecimento judicial da falta contratual da parte contrária. A superveniência de sentença que reconheça a falta, no caso, funciona como condição suspensiva para que a dispensa ou a rescisão indireta gerem efeitos⁵.

É por isso que, se o empregado continua trabalhando, o rompimento contratual realiza-se, efetivamente, na data em que é implementada a condição, vale dizer, quando é proferida a sentença que reconhece a falta grave, do empregado ou do empregador, conforme o caso.

De tudo o que foi exposto, podemos extrair as seguintes conclusões:

a) Embora seja possível, em tese, o rompimento tácito do contrato de trabalho, perante a CLT (art. 482, letra “i”), o abandono do emprego constitui apenas falta contratual, que autoriza a rescisão, mas não implica a ruptura automática do vínculo de emprego.

b) Por conseguinte, configurado o abandono, caso pretenda rescindir o contrato por tal fundamento, deverá o empregador comunicar ao empregado sua decisão, pois, do contrário, continuará havendo relação de emprego entre as partes.

c) A não ser quando o trabalhador opta pela faculdade prevista no art. 483, § 3º, da CLT, o rompimento do contrato por rescisão indireta ocorre assim que o empregado comunica ao empregador sua decisão.

d) Se o empregado comunica ao empregador que está rompendo o contrato por rescisão indireta, não mais caberá a invocação de abandono do emprego, mesmo que o trabalhador não consiga demonstrar em juízo que o empregador cometeu falta contratual grave, a menos que o empregador já haja rompido o contrato antes, hipótese em que é a rescisão indireta que não será mais cabível.

e) Cabe ao julgador, primeiramente, verificar se a iniciativa da rescisão foi do empregado ou do empregador. Convencendo-se que houve demissão, e outra coisa não é a rescisão indireta, mesmo não havendo provas das faltas imputadas ao empregador, não poderá o juiz concluir pela ocorrência de abandono do emprego.

f) O uso da faculdade prevista no art. 483, § 3º, da CLT importa manifestação de vontade sujeita a condição suspensiva. Assim, a rescisão do contrato somente se efetivará caso a sentença reconheça que o empregador cometeu falta contratual apta a dar ensejo à rescisão indireta. Do contrário, por não haver sido implementada a condição suspensiva, o contrato prossegue normalmente, não produzindo a manifestação de vontade do empregado efeito algum. O rompimento contratual, no caso, depende de nova manifestação de vontade, de qualquer das partes ou de ambas.

5. O exercício do direito potestativo, no caso, só se produz efeito se judicialmente confirmado.

A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO E AS RELAÇÕES DE CONSUMO

Alexandre Ramos¹

INTRODUÇÃO

Com o advento da Emenda Constitucional 45, de 8.12.2004, houve profunda alteração do art. 114 da Constituição, que trata da competência da Justiça do Trabalho. No inc. I do referido artigo restou assentado que compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho. A utilização da expressa *relação de trabalho*, em detrimento da *relação de emprego* revelou uma nítida opção do legislador em adotar um conceito jurídico mais amplo. A relação de emprego é espécie do gênero relação de trabalho. Enquanto aquela diz respeito à relação jurídica entre empregado e empregador - contrato de trabalho -, esta trata de todas as relações jurídicas nas quais uma pessoa física realiza uma atividade - física ou intelectual -, sem subordinação jurídica.

RELAÇÃO DE EMPREGO E RELAÇÃO DE TRABALHO

O contrato de trabalho é o acordo tácito ou expresso que corresponde à relação de emprego (CLT, art. 442). É a relação caracterizada pelos seguintes elementos: pessoalidade (o empregado, pessoa física, presta pessoalmente o trabalho); onerosidade (o trabalho é prestado visando uma contraprestação econômica, ou seja, trabalho não-gratuito); não eventualidade (o trabalho prestado se insere nas exigências permanentes da atividade econômica desenvolvida pelo empregador) e subordinação jurídica (pela qual o empregado sujeita-se ao poder hierárquico do empregador, expressado pelos poderes diretivo, regulamentar, fiscalizador e punitivo).

A relação de trabalho é o gênero que abrange não só a relação de emprego (trabalho subordinado), mas as demais relações jurídicas em que uma pessoa física realiza uma atividade, quais sejam, contrato de empreitada, contrato de mandato, contrato de representação comercial, contrato de agenciamento, contrato de corretagem, contrato de prestação de serviços, etc. Nestas relações, não existe a idéia de continuidade do contrato, pois o serviço tem natureza eventual, ou seja, não se insere nas necessidades permanentes de determinada empresa.

Outro aspecto que merece destaque na diferenciação da relação de emprego das demais relações de trabalho refere-se ao sujeito tomador da atividade. Na relação de emprego, o tomador da atividade, ou seja, aquele que se beneficia da prestação do trabalho, é o empregador, assim considerado a empresa individual ou coletiva que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços (CLT, art. 2º). O § 1º do art. 2º da CLT amplia o conceito jurídico de empregador para nele inserir os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas e outras instituições sem fins lucrativos. Na relação de emprego sempre há subordinação, tendo o empregador finalidade lucrativa ou não. Nas demais relações de trabalho, o tomador da atividade pode ser pessoa física ou jurídica, com ou sem finalidade lucrativa, mas não haverá subordinação do prestador da atividade.

RELAÇÃO DE CONSUMO

Nos termos do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11.09.1990), a relação de consumo é aquela estabelecida entre o consumidor e o fornecedor.

1. Juiz do Trabalho (SC), Mestre em Direito (UFSC) e Professor Universitário (CESUSC).

Consumidor, nos termos do art. 2º, é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (CDC, art. 3º).

Resta claro que nem todas as relações de consumo estarão sob a competência da Justiça do Trabalho. Ficam, de plano, excluídas da competência da Justiça do Trabalho as relações de consumo cuja atividade seja de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos, bem como a prestação de serviços quando o prestador seja pessoa jurídica.

A dúvida recai, para delimitar o tema de questionamento, sobre as relações de consumo de prestação de serviços quando o prestador seja pessoa física.

RELAÇÃO DE CONSUMO NA JUSTIÇA DO TRABALHO ANTES DA EC 45

Quando se tem uma alteração no ordenamento jurídico, principalmente no texto constitucional, o meio jurídico é tomado por um certo frenesi, que muitas vezes impede de perceber-se as mudanças, somente apreendidas se confrontadas com as condições do passado, ou seja, antes da alteração. De fato, só se pode perceber o que mudou se temos a exata dimensão de como era.

A Justiça do Trabalho, por expressa disposição do art. 652, inc. III, da CLT, já tinha competência para julgar ações decorrentes do contrato de empreitada. Tal contrato encerra uma relação de trabalho, e não uma relação de emprego. Claro que o texto legal não trazia para a competência da Justiça do Trabalho todos os contratos de empreitada, mas somente aquele em que o empreiteiro fosse operário ou artífice. Assim, o contrato de empreitada em que o empreiteiro fosse pessoa jurídica estaria fora dessa competência. Assim também ocorreria quando o empreiteiro fosse pessoa física, sem a condições de operário ou artífice, ou seja, exercesse atividade com vários auxiliares ou ajudantes, constituindo-se em verdadeira empresa informal.

Assim, quando o empreiteiro fosse operário ou artífice, a competência seria da Justiça do Trabalho. Se um pedreiro fosse contratado para fazer reparos numa empresa comercial, haveria um contrato de empreitada cujas controvérsias seriam dirimidas pela Justiça do Trabalho. O mesmo ocorria quando uma pessoa física contratava o mesmo empreiteiro para fazer obra em sua residência. Era assim e continua sendo. Nesses casos, o juiz do trabalho não aplica o Direito do Trabalho para resolver a lide, mas sim as normas de Direito Civil atinentes ao contrato de empreitada. Nessa discussão, havia casos em que o réu, empreitante, alegava defeito na execução da obra, incompletude da obra contratada, desperdício de material, etc. Nesses casos, às vezes o juiz fazia inspeção, constatando o fato alegado e considerando-o para a solução do conflito. Na prática, havia verdadeira discussão de direito do consumidor, ou seja, o empreitante (consumidor) invocava seu direito em face do empreiteiro (fornecedor da prestação do serviço). Talvez não houvesse uma formalização adequada da matéria, mas isso não desnatura a matéria envolvida na discussão. Mesmo antes da EC 45 a Justiça do Trabalho poderia aplicar o Direito do Consumidor nesses casos.

RELAÇÃO DE CONSUMO NA JUSTIÇA DO TRABALHO DEPOIS DA EC 45

Agora, com a EC 45, os casos foram ampliados, abrangendo todos os contratos de empreitada, desde que o empreiteiro seja pessoa física, ainda que não operário ou artífice, bem como os contratos de representação comercial, contrato de mandato, contrato de prestação de serviços, contrato de agenciamento, etc.

Resta claro, assim, que os profissionais liberais, cujas relações são formalizadas por contrato de prestação de serviço, ainda que não escrito, tem ação na Justiça do Trabalho para cobrarem seus direitos, como honorários. Como a competência é via de mão dupla, a outra parte também tem ação na mesma justiça para postular os direitos que entender ter sido ameaçados ou violados. Logo, um médico terá ação na Justiça do Trabalho para cobrar seus honorários. Da mesma forma, o paciente terá ação na mesma justiça para postular indenização por vícios do serviço executado. Assim também ocorre com o engenheiro, o arquiteto, o dentista, o psicólogo, o advogado, etc.

Os profissionais liberais são pessoas físicas que prestam serviços à comunidade, sendo fornecedores para efeito da aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Na solução de tais lides o juiz do trabalho tanto poderá aplicar normas do Código Civil referentes ao contrato de prestação de serviço, como poderá aplicar normas do Código de Defesa do Consumidor.

CONCLUSÃO

A celeuma em torno da competência da Justiça do Trabalho para julgar casos de relação de consumo é desproporcional, pois essa competência já existia antes da EC 45, no caso do contrato de empreitada, quando o empreitante poderia invocar direitos de consumidor contra o empreiteiro, operário ou artífice. A EC 45 só fez ampliar os casos de relações de trabalho sujeitas à competência da Justiça do Trabalho, para incluir toda relação em que uma pessoa física presta uma atividade, seja de forma subordinada, por relação de emprego, seja sem subordinação, como no contrato de mandato, de representação comercial, de prestação de serviço, de empreitada, de agenciamento, de corretagem, etc.

Assim, a Justiça do Trabalho, na solução de relação de trabalho de sua competência, poderá aplicar o Direito do Consumidor, quando a relação tenha como fornecedor pessoa física prestador de serviços.

ART. 114, VII – AÇÕES RELATIVAS ÀS PENALIDADES ADMINISTRATIVAS IMPOSTAS AOS EMPREGADORES PELOS ÓRGÃOS DE FISCALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Adriana Fontoura*

Francisco Rossal de Araújo**

Introdução.

I. Princípio da Legalidade.

A. Princípio da Reserva Legal.

1. Estado Liberal.

2. Estado Social.

3. Estado Democrático.

B. Princípio da Legalidade e atribuição de potestades.

1. Potestades administrativas.

2. Atribuição de potestades administrativas.

3. Potestades regradas e potestades discricionais.

C. A crise no Princípio da Legalidade.

D. Discricionariedade administrativa.

1. Justificação.

2. Evolução.

3. Discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados.

4. Limitações.

II. O procedimento administrativo da fiscalização do trabalho

III. O procedimento judicial e a fiscalização do trabalho

INTRODUÇÃO

A Fiscalização do Trabalho envolve atuação administrativa do Estado com exercício de Poder de Polícia. Por essa razão, toda e qualquer atuação do agente administrativa está diretamente vinculada ao princípio da Legalidade. O princípio da legalidade significa a submissão da atividade do Estado ao ordenamento jurídico. A Justiça do Trabalho ao adquirir a competência para ações envolvendo a fiscalização do trabalho, passa a ter de enfrentar questões relativas aos limites do poder de polícia e sua relação com o princípio da legalidade e com a teoria geral dos atos administrativos. Nas ações dessa natureza, é essencial avaliar a dicotomia entre legalidade e discricionariedade, sempre tendo em vista dois valores aparentemente contraditórios: o princípio de presunção de legalidade dos atos da administração e a defesa do particular contra os abusos de poder por parte do Estado, que constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

O presente estudo, abordará na sua primeira parte os conceitos gerais de direito administrativo, entre eles o princípio da legalidade, como elemento de interpretação e limitador de abusos da atuação fiscalizadora do Ministério do Trabalho. Na segunda parte, será analisado o procedimento administrativo da Fiscalização do Trabalho. Por último, serão expostos os procedimentos judiciais relativos à atividade fiscalizadora do trabalho.

* Juíza do Trabalho, Pesquisadora do CETRA – Centro de Estudos do Trabalho

** Juiz do Trabalho, Mestre em Direito Público – UFRGS, Doutorando em Direito do Trabalho – Universidade Pompeu Fabra, Pesquisador do CETRA

I – O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – NOÇÕES GERAIS

A maior característica e justificativa da importância do tema - Princípio da Legalidade - reside no fato de ser uma garantia individual do cidadão frente ao Estado, limitando sua atividade potestativa. Trata-se de um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, juntamente com a separação de poderes, sujeitando-o à Constituição e à legalidade democrática. A atividade do Estado fica sujeita à lei, caracterizando-se esta como a expressão da vontade popular, legitimadora do exercício do poder político. Por esta razão, o Princípio da Legalidade está ligado diretamente à separação dos poderes do Estado, como forma de controlar a atividade deste, seja na criação, execução ou interpretação da lei. A nenhum cidadão é lícito exigir atitude ou impor abstenção senão em virtude da lei¹.

O princípio tem evolução histórica significativa, passando pelo Estado Liberal, Estado Social e chegando aos nossos dias dentro do chamado Estado Democrático de Direito. No Brasil teve acolhida em todas as Constituições, à exceção da de 1937. A Constituição atual, promulgada a 5 de outubro de 1988, o prevê no art. 5º, II. A redação é praticamente a mesma desde a Carta de 1824, passando pelas Constituições de 1891, 1934, 1946 e 1967².

A limitação inserida no Princípio da Legalidade dirige-se ao poder exercido pelo Estado. Tal relação tem merecido considerável estudo não só no campo jurídico, como também no plano filosófico. O poder em si é um grande desconhecido principalmente no que tange a quem o exerce e aonde o exerce. Falam-se em noções de “classe dirigente” ou “classe dominante”, cuja noção não está muito bem elaborada. Da mesma maneira as formas de controle, vigilância, coação, proibição e mesmo de atuação do Estado, principalmente no que tange à sua discricionariedade. Para Michel Foucault, o poder não pertence, como se fosse um objeto, a ninguém. É exercido dentro da sociedade, nas relações entre os indivíduos, podendo atingir planos maiores ou menores. Estaria sendo exercido e disseminado como uma teia, nas escolas, repartições públicas, hospitais, quartéis, etc., até um nível superior que seria o macropoder do Estado³. O mencionado autor entende que o estudo do poder deve obedecer a dois limites: as regras de direito que o delimitam e os efeitos de verdade que por ele é produzido⁴. No presente estudo, busca-se explicação um pouco mais detalhada quanto ao primeiro aspecto, ou seja, o estudo das regras de direito que delimitam o uso do poder.

Ainda no campo do exercício do poder e sua relação com o Estado, deve ser lembrada a atuação de grupos econômicos e dos meios de comunicação, por exemplo, que forcem o ordenamento jurídico estatal a legalizar suas pretensões dentro de uma legalidade formal⁵. Resta, também, a constatação de que o poder legal é um poder formulado no âmbito de um ordenamento jurídico constitucional, o qual atribui a determinados indivíduos o seu exercício e também a sua limitação, verificando-se a dicotomia legalidade - discricionariedade.

1. Cf. Bandeira de Mello, Celso Antônio - Elementos de Direito Administrativo, São Paulo, Ed. RT, 1980, p. 13; Meirelles, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 16a. ed., Ed. RT, 1991, p. 78; Silva, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, 7a. ed., Ed. RT, São Paulo, 1991, p. 362; Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, Curso de Direito Constitucional, 18a. ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1990, p. 244; Bobbio, Norberto, A Era dos Direitos, Ed. Campus, Rio de Janeiro, 1992, p. 148.

2. Cf. Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, ob. cit., p. 244.

3. Cf. Un Dialogo sobre el Poder, Alianza Editorial, Madrid, 1988, p. 16.

4. Cf. Microfísica do Poder, 8a. ed., Ed. Graal, 1989, p. 179. O autor traça intensa comparação entre as regras de direito e a verdade por elas produzida, assim entendida a verdade formal surgida do exame pelo Estado das relações entre os indivíduos, afirmando que, por outro lado, as próprias regras de direito obrigam os indivíduos à produção da verdade, conforme o Estado.

5. Cf. Habermas, Jürgen, Mudança Estrutural da Esfera Pública, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1984, p. 264.

Analisando-se a evolução do Princípio da Legalidade no decorrer do tempo, verifica-se o seu aperfeiçoamento e, de certa forma, o reforço da sua natureza de garantia constitucional do cidadão, pelo menos nos últimos anos, com a noção de Estado Democrático de Direito. O poder do Estado vai se transformando das relações pessoais e patrimoniais entre o Rei e seus súditos para relações legais e racionais oriundas de um aparelho estatal mais desenvolvido⁶. Por outro lado, como conseqüência natural, constatam-se as alterações correspondentes na noção de discricionariedade que, como já foi dito, se encontra ligada ao princípio em estudo, que passará a ser abordado com a consideração de tal sistemática dualística.

Uma vez que o Princípio da Legalidade encontra-se ligado à noção de poder, convém que sejam examinadas as teorias que, no campo do Direito, tentam explicar tal fenômeno. Para Norberto Bobbio existem três teorias fundamentais de poder: a substancialista, a subjetivista e a relacional⁷. A Teoria substancialista, cujo exemplo lembrado é o de Hobbes, o poder é concebido como uma coisa que se possui, como um outro bem qualquer. Para a teoria subjetivista, lembrando os ensinamentos de Locke, o poder não é uma coisa que serve para atingir determinados fins, mas a capacidade do sujeito de obtê-los. A última teoria, a relacional, é a mais aceita na atualidade e, segundo a qual, o poder nasce de uma relação entre sujeitos, sendo que um deles obtém do outro um comportamento que, em caso contrário, não ocorreria. Bobbio cita a definição de Robert Dahl para quem “A influência (conceito mais amplo, no qual se insere o poder) é uma relação entre atores, na qual um ator induz outros atores a agirem de um modo que, em caso contrário, não agiriam”⁸. Esta última teoria traz inserida a noção de liberdade porque a atuação de um dos sujeitos interfere na posição do outro e vice-versa. De outro modo, seria a mesma noção passada por Michel Foucault, lembrada por Roberto A. R. de Aguiar, ao relacionar o exercício do poder sobre o corpo do indivíduo, ligados à questão de produzir - como produzir, para quem produzir e como distribuir⁹. As possíveis afrontas ao direito de liberdade do indivíduo geraram como reação certos limites à atuação do Estado como forma de garantia do cidadão frente a possíveis abusos.

A inter-relação entre a liberdade dos indivíduos e a forma de agir da Administração deve estar presente na definição do princípio que, segundo Marcello Caetano seria aquele segundo o qual nenhum órgão ou agente da Administração Pública tem a faculdade de praticar atos que possam contender com interesses alheios senão em virtude de uma norma geral anterior¹⁰. A questão relativa ao conteúdo das normas liga-se diretamente à teoria geral do direito e será vista com mais atenção quando for tratada a questão do estado Democrático de Direito.

A. PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

A restrição da liberdade oriunda da atuação do poder do Estado, levou à elaboração do Princípio da Reserva Legal (*Vorbehalt des Gesetzes*) e do Princípio da Supremacia ou Prevalência da Lei (*Vorrang des Gesetzes*)¹¹. Com a noção de que a lei deve ser emanada segundo a vontade do povo, Otto Mayer cunha a noção de Reserva Legal para afirmar que tudo o que a lei não proibe

6. Neste sentido a constatação de Bobbio, Norberto, ob. cit., p. 148/149, baseado nas considerações de Max Weber.

7. Cf. Estado, Governo e Sociedade, 3a. ed., Ed. Paz e Terra, São Paulo, 1990, p. 77 e seguintes.

8. Cf. Bobbio, Norberto, ob. cit., p. 78.

9. Cf. Direito Poder e Opressão, 2a. ed., Ed. Alfa-ômega, São Paulo, 1984, p. 96.

10. Cf. Manual de Direito Administrativo, 10a. ed., Almedina, Coimbra, 1991, p. 30.

11. Cf. Canotilho, J. J. Gomes, Direito Constitucional, 5a. ed., Almedina, Coimbra, 1991, p. 796, o princípio da primazia ou prevalência da lei tem tripla dimensão: a) a Lei é ato de vontade estatal juridicamente mais forte. Conseqüentemente: b) prevalece ou tem preferência sobre todos os atos do Estado, em especial sobre os atos do poder executivo (regulamentos, atos administrativos); c) detém posição de “topo de tabela” da hierarquia das normas, ou seja, desfruta de superioridade sobre todas as outras normas de ordem jurídica (salvo, é óbvio, as constitucionais).

expressamente, é permitido¹². Este conceito, entretanto, em se tratando de efetiva limitação do poder do Estado, não é suficiente, pois a autonomia da vontade deste no campo não proibido pela lei é capaz de gerar abusos e iniquidades que podem ser visualizadas pela evolução histórica do Princípio da Legalidade, por definição, mais amplo que o Princípio da Reserva Legal.

É interessante acrescentar que estes princípios permanecem válidos até hoje pois a lei votada pelo parlamento ainda é, no Estado Democrático, a expressão da própria democracia, vinculando jurídica e constitucionalmente o poder executivo¹³. É claro que a sua validade encontra-se condicionada por outros princípios como, por exemplo, a democratização das funções estatais.

1. ESTADO LIBERAL

O princípio da legalidade nasce na formação do Estado Liberal e decorre da separação das funções do Estado que desde a antiguidade já fora observado por Aristóteles, na Política, livro IV, e retorna no jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII, com a discussão sobre *ratio* e *voluntas* dos poderes do rei, substituindo sua vontade na condução do Estado pela razão da lei¹⁴. O Estado moderno que está sendo criado então, funda-se sobre três pilares fundamentais: legalidade, igualdade e separação de poderes. Todos estes fundamentos têm como objetivo assegurar ao cidadão garantias frente ao Estado para que não se repetisse a concentração de todos os poderes na mão de um monarca, como no regime absolutista e conforme defendido por Hobbes¹⁵. Como já foi dito, as relações entre o súdito e o soberano passam de um plano pessoal e patrimonial para um plano legal e racional.

O ideal do liberalismo será cristalizado no pensamento de John Locke, postulando que o direito de propriedade é tão fundamental a ponto de privilegiá-lo frente ao direito de liberdade. Os homens, segundo Locke (inspiração semelhante a Rousseau), fazem um contrato social que lhes permite gozar de suas propriedades em paz e segurança e o instrumento deste contrato é a lei. A importância da lei é ressaltada pelo filósofo, cabendo a Montesquieu a formulação da teoria de tripartição do poder político do Estado em poder de legislar, administrar e jurisdicionar¹⁶.

12. Cf. Couto e Silva, Almiro do, Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo, Rev. de Dir. Público, vol. 84, p. 49.

13. Cf. Canotilho, J. J. Gomes, ob. cit., p. 375. A norma jurídica votada pelo Parlamento representa uma das expressões do direito subjetivo do indivíduo, que é a de compor a soberania do Estado com a participação em eleições. A democracia representativa baseia-se nessa ficção, no sentido de que cada indivíduo ao votar, cede uma parcela de sua liberdade e de sua soberania para legitimar democraticamente o parlamento, que passa a expressar a vontade geral da população.

14. Cf. Couto e Silva, Almiro do, ob. cit., p. 48; Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988, Ed. Atlas, São Paulo, 1991, p. 14 e seguintes.

15. Cf. Couto e Silva, Almiro do, ob. cit., p. 48; Enterría, Eduardo García de e Fernandez, Tomás-Ramón, Curso de Direito Administrativo, Ed. RT, São Paulo, p. 371/372.

16. Cf. Couto e Silva, Almiro do, ob. cit., p. 48. Na realidade, as constatações de Aristóteles sobre a sociedade ateniense somente tiveram força de reivindicação política através da obra de Locke e Montesquieu. O primeiro publicou sua obra logo após a "revolução Gloriosa", de 1688, na Inglaterra, que teve como consequência imediata a limitação do poder. A instituição de monarquias constitucionais somente vai ocorrer no continente após um século. Montesquieu, por sua vez, inspirado no sistema inglês, cria a doutrina da separação dos poderes. Vale lembrar que alguns críticos chegaram a negar-lhe a autoria da referida doutrina alegando que aquele fez somente a descrição do que vira na Inglaterra. De qualquer forma, é certo que as idéias de Montesquieu influenciaram intensamente os revolucionários franceses, sendo consagradas na Constituição Francesa de 1814, que também serviu de modelo para as Constituições dos Estados do Sul da Alemanha, devido a influência das guerras napoleônicas. Ver, neste sentido Kimminich, Otto - Jurisdição Constitucional e Princípio da Divisão de Poderes, Rev. de Direito Público, n. 92, out/dez 89, p. 21/22.

No âmbito do Direito Administrativo, são reconhecidos vários privilégios e prerrogativas ao Estado, das quais o particular não dispõe, alicerçadas no princípio do interesse público. Saliente-se que a distinção entre Direito Público e Direito Privado baseia-se, nessa época, nas diferenças das noções de serviço público e atividade privada que, então, eram nitidamente perceptíveis. A discricionariedade, neste período, era vista como um poder político e não como um poder jurídico, não admitindo controle judicial. A teoria dominante era a da vinculação negativa, equiparando o ato administrativo a uma sentença judicial e aduzindo que tudo o que não está proibido na lei é possível à Administração. Segundo Enterría e Fernandez, citando A. Hauriou, trata-se de uma liberdade absoluta de determinação, radicada no centro mesmo da personalidade administrativa e em sua autonomia pessoal. A discricionariedade operaria no espaço livre da lei¹⁷.

Os abusos cometidos diante das noções acima expostas motivaram reações e a construção de outras teorias capazes de vincular o Estado mais diretamente à observância da lei.

2. ESTADO SOCIAL

O Estado Liberal trouxe consigo uma série de injustiças e problemas gerados pelo exacerbamento da autonomia da vontade e do privilégio excessivo ao direito de propriedade. A sociedade começa a forçar o Estado a atuar em áreas como o bem-estar, a saúde, a correção de desigualdades, etc. Começa a nascer o Estado-Providência ou Estado Social de Direito¹⁸.

Com o aumento das funções do Estado, cresce a importância do Poder Executivo, que passa a editar maior número de atos normativos, visando a regulamentar a sua atuação (portarias, decretos, regulamentos, etc.). A própria teoria da vinculação negativa gera como reação a teoria da vinculação positiva. Merkl, que fora adepto das teorias de Kelsen, define a teoria da seguinte forma: não só a Administração, considerada em seu conjunto está condicionada pela existência de um Direito Administrativo, senão que também cada ação administrativa isolada está condicionada pela existência de um preceito jurídico-administrativo que admita semelhante ação. Se uma ação que pretende apresentar-se como ação administrativa não pode ser legitimada por um preceito jurídico que preveja semelhante ação, não poderá ser compreendida como ação do Estado¹⁹. Trata-se de uma volta branda aos princípios da revolução francesa, principalmente na sua gênese de proteção do indivíduo frente ao poder do Estado.

Para a teoria da vinculação positiva, todas as disposições administrativas devem estar vinculadas ao Direito que, segundo o positivismo é identificado com a norma legal. Sempre haverá a necessidade de uma cobertura legal para legitimar o ato, numa técnica de atribuição de potestades, que será vista em item específico. Tem como inconveniente o excessivo apego ao formalismo e as conseqüências nocivas deste.

3. ESTADO DEMOCRÁTICO

O positivismo formalista mostrou-se incapaz de atender aos anseios da sociedade na perspectiva de efetiva participação popular no controle da atividade do Estado. As garantias constitucionais, entre elas o Princípio da Legalidade, passaram a ser vistas não sob o prisma negativo de constituírem limitação do abuso do poder estatal, mas também como instrumento ativo de participação popular. Esta é a forma do Estado Democrático de Direito²⁰.

17. Cf. Enterría, Eduardo García de e Fernandez, Tomás-Ramón, ob. cit., p. 372; Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, ob. cit., p. 19.

18. Cf. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, ob. cit., p. 20/24.

19. Cf. Enterría, Eduardo García de e Fernandez, Tomás-Ramón, ob. cit., p. 374/375.

20. Cf. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, ob. cit., p. 29/33.

Para Bobbio, em comentário feito por José Eduardo Faria, o poder legal é um poder democraticamente formulado dentro do ordenamento constitucional. Compreende o ponto de vista do governante, cuja legitimidade expressa o seu poder de mando com os limites impostos pela legalidade, e o ponto de vista do cidadão, que tem na legalidade a garantia de não ser oprimido, decorrendo daí a ligação entre direito e política, lei e democracia²¹.

Afastando-se do positivismo, o Estado vincula-se não somente à lei, mas também ao Direito e seus princípios fundamentais como liberdade, paz e justiça²². O Estado Democrático de Direito funda-se na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político. A noção de justiça não é um valor transcendental mas vincula-se ao bem-estar, à segurança, à igualdade, à liberdade e ao desenvolvimento, entre outros. Estes valores são reais e condicionados historicamente.

A lei para o Estado Democrático de Direito deve realizar o Princípio da Igualdade e da Justiça, não pelo seu caráter genérico, mas pelo fim que encerra a correção das desigualdades²³. A legalidade e a discricionariedade estão ligados aos valores da Justiça. O Direito Administrativo deve ressaltar seu caráter dualista: conciliar o respeito aos direitos humanos fundamentais e a intervenção do Estado para dirimir as desigualdades sociais, ressaltando que o aspecto social e o aspecto democrático não são inconciliáveis. A supremacia do Direito é plena.

O Estado age regido por valores superiores que ordenam o todo, nele incluído a própria Constituição, que tende a reproduzi-los ou, pelo menos, destacá-los expressamente. A concretização destes valores superiores é a exigência que se faz ao Princípio da Legalidade, no sentido da busca de uma justiça material emanada do próprio povo, pois, segundo a própria Constituição, todo o poder emana daquele. Cabe ao Poder Estatal administrar esta justiça não como um simples jogo formal mediante raciocínios lógicos, mas com conexão com os valores médios da sociedade, buscando os seus anseios mais intensos. O povo não é o simples destinatário das normas, mas a sua própria origem, pois sua vontade formalizada constitui o Direito²⁴. Esta é a visão que deve estar presente no administrador ao aplicar a lei ou a realizar atos administrativos.

Para Maria Sylvania Di Pietro, no âmbito específico da Administração Pública, a democratização exige: a) substituição das estruturas hierárquico-autoritárias por formas de deliberação colegial; b) introdução do voto na seleção de pessoas a quem forem confiados cargos de direção individual; c) participação paritária de todos os elementos

21. Cf. Faria, José Eduardo, *Eficácia Jurídica e Violência Simbólica*, Ed. Univ. São Paulo, São Paulo, 1988, p. 105. Bobbio lembra, no livro *A Era dos Direitos*, ob. cit., p. 149, que existem dois problemas a serem resolvidos para que o Estado assuma a sua concepção democrática: a usurpação do poder legítimo e a perda da legitimidade do poder. Para o primeiro refere como solução a "constitucionalização da oposição", ou seja, a formação de um contrapoder dentro dos limites da regras pré estabelecidas. Para o segundo caso a solução encontrada é a realização de eleições periódicas, através do sufrágio universal.

22. A discussão é o cerne de teoria geral do direito. A busca da solução justa para o caso concreto tem sido o grande tema para os mais diversos doutrinadores. Cita-se, a título de orientar a discussão atual, a obra de Larenz, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, 2a. ed., Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989. O certo é que os filósofos modernos tem procurado identificar ou ao menos subordinar a Lei ao Direito, este último compreendendo a noção de Justiça material.

23. Cf. Silva, José Afonso da, ob. cit., p. 107. Quanto à ligação do Princípio da legalidade com o Estado Democrático de Direito ver Enterría, Eduardo García de, *O Princípio da Legalidade na Constituição Espanhola*, *Rev. de Direito Público*, n. 86, abr/jun 88, p. 5/13. O autor traça o paralelo entre a chamada "jurisprudência de valores" e a atividade da Administração. Afirma que a existência de uma justiça constitucional efetiva, que assegure a primazia normativa da Constituição, depende da ausência de uma visão constitucional como sendo apenas uma articulação formal de poderes, para compreender-se como parâmetro de toda a ordenação, passando de um Estado puramente legal para um Estado ordenado por princípios básicos constitucionais.

24. Cf. Enterría, Eduardo García de, *O Princípio da Legalidade na Constituição Espanhola*, ob. cit., p. 8/9.

que exerçam sua atividade em determinados setores da Administração; d) transparência ou publicidade do processo administrativo; e) gestão participada, ou seja, participação dos administrados através de organizações populares de base e de outras formas de representação na gestão da administração pública²⁵.

Citam-se como exemplos constantes da Constituição brasileira o seu artigo 1º, que consagra o Estado Democrático de Direito e a previsão de vários instrumentos de participação popular na Administração Pública como o mandado de injunção (art. 5º, XXXIII - ainda que não regulamentado ou admitido na jurisprudência), *habeas data* (art. 5º, LXXII), ação popular (art. 5º, LXXIII), publicidade dos atos da Administração Pública (art. 37), etc.

Todos estes limites e conquistas democráticas frente ao poder do Estado não prescindem de uma técnica de aplicação quando de sua análise no caso concreto, fixando-se uma técnica de atribuição de potestades.

B. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E ATRIBUIÇÃO DE POTESTADES

Para que seja fixada a técnica de atribuição de potestades, mister se faz o esclarecimento da noção do que seja potestade.

Para Enterría e Fernandez, os poderes ou potestades não decorrem de uma relação jurídica tal como um negócio ou fato jurídico. A lei determina a sua criação e os sujeitos devem sujeitar-se aos efeitos positivos ou negativos do exercício da potestade²⁶. A potestade sempre decorre do ordenamento jurídico, pressupõe a existência de uma norma prévia que, além de configurá-la, deve atribuí-la em concreto. Os autores não questionam a origem anterior à lei, refletindo somente diante do direito positivado²⁷.

Salientam os autores mencionados que, em decorrência da sua origem legal as potestades são inalienáveis, intransmissíveis e irrenunciáveis (indisponíveis pelo sujeito). Classificam-se em: a) inovativas - criando, modificando ou extinguindo direitos, como por exemplo o poder de polícia, os regulamentos e a expropriação; e b) conservativas - conservando e tutelando direitos, como por exemplo a emissão de certidões. Podem ter supremacia geral, sobre todos os cidadãos e supremacia especial, sobre alguns apenas (ex. funcionários públicos). Há potestades que recaem sobre a própria esfera do titular (organizatórias) e outras que submetem a terceiros, etc²⁸. Necessária a caracterização, neste ponto, das potestades administrativas.

1. POTESTADES ADMINISTRATIVAS

As potestades peculiares da Administração são potestades fiduciárias porque envolvem delegação de poderes pela comunidade, com a confiança de que o interesse visado é o interesse público. É um feixe de potestades singulares que asseguram à Administração a sua atuação. A forma de agir, como foi dito, limita-se e norteia-se pelo interesse público, pelo interesse da comunidade, da qual a Administração é "mera servicial"²⁹.

25. Cf. Di Pietro, Maria Sylvania Zanella, ob. cit., p. 38.

26. Cf. Enterría, Eduardo García de e Fernandez Tomás-Ramón, ob. cit., p. 377/378.

27. De certa forma, o raciocínio desenvolvido obedece à noção de Hans Kelsen quando expõe sobre a estrutura escalonada da ordem jurídica e a existência de uma norma fundamental pressuposta a gerar ou justificar uma série de normas hierarquicamente inferiores. Ver neste sentido Teoria Pura do Direito, 2a. ed., Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1987, p. 205 e seguintes; O referido autor também trata do assunto em Teoria Geral das Normas, Sérgio Fabris Editor, Porto Alegre, 1986, p. 129 e seguintes, abordando a questão do poder para estabelecer e aplicar normas. Esta última obra já revela uma certa atenuação ao rigor formal da Teoria Pura do Direito, fazendo o autor o comentário sobre normas de ordem moral e refletindo sobre a dualidade norma x dever-ser e sua correlação com os planos de validade e eficácia. Historicamente, a obra de Kelsen sofre a influência da perseguição nazista e de seu exílio nos EUA onde, em contato com o sistema da *common law* percebe o exagero de certas proposições contidas na Teoria Pura do Direito e rediscute temas como a norma fundamental (*grundnorm*) e a plenitude sistemática, em sua obra póstuma, Teoria Geral das Normas.

28. Cf. Enterría, Eduardo García de e Fernandez, Tomás-Ramón, ob. cit., p. 379/380.

29. Cf. Enterría, Eduardo García de e Fernandez, Tomás-Ramón, ob. cit., p. 380/382.

O tratamento diferenciado com as coisas públicas é conhecido desde o direito romano com a distinção entre relação jurídica *more objectivo* e relação jurídica *more subjectivo*³⁰, cabendo aos particulares o uso comum das coisas de domínio público. A atividade da Administração sempre deve estar vinculada a um determinado fim. E este fim, identificado com o bem comum, que regula a relação da Administração e não a vontade dos sujeitos³¹.

2. ATRIBUIÇÃO DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS

As potestades administrativas têm várias formas de atribuição. A primeira delas seria a de auto-atribuição por parte da Administração, através de regulamentos. Teria como fundamento as necessidades urgentes como calamidades públicas, crises políticas, etc. Como toda a potestade administrativa, deve ter uma norma prévia e expressa a autorizar e o cuidado com os abusos deve ser constante³². No caso, se a lei silencia, a Administração carece de Poderes.

Ainda como característica das potestades administrativas, a atribuição destas deve ser específica, concreta e determinada. Excluem-se os poderes indeterminados porque o Direito pressupõe a existência de limites e, se existisse poder ilimitado, questionar-se-ia a totalidade do ordenamento. Além disso, a distribuição de funções e competências cria a necessidade de limites³³. Os autores questionam as complicações que tais limites podem sofrer em casos extremos, como a guerra ou o Estado de Sítio, por exemplo.

3. POTESTADES REGRADAS E POTESTADES DISCRICIONAIS

Vistos todos estes elementos de limitação da atribuição de potestades administrativas, cabe referência à importância da distinção entre potestades regradas e potestades discricionais.

As potestades regradas são aquelas em que a lei define exaustivamente a adequação do fato à hipótese legal, de forma que há quase uma aplicação automática da lei. A doutrina italiana chama tal situação de *accertamento*. Têm como exemplo a aposentadoria de um funcionário público, a ascensão na carreira por antiguidade ou a liquidação de um tributo.

A potestade discricionária comporta um elemento subjetivo diferente: a avaliação subjetiva da administração completa a disposição legal e juntas condicionam o exercício da potestade³⁴. Augustin A. Gordillo sintetiza a distinção aduzindo que as facultades de um órgão administrativo são regradas quando uma norma jurídica predetermina de forma concreta uma conduta determinada que o administrador deve seguir, ou seja, quando a ordem jurídica estabelece de antemão o que especificamente deve ser feito pelo órgão no caso concreto. As facultades do órgão serão, ao contrário, discricionais, quando a ordem jurídica outorgue certa liberdade para eleger entre um e outro curso de ação, para fazer uma ou outra coisa, ou fazê-la de uma outra maneira³⁵. Em outras palavras é a própria definição de discricionariedade vista sob outro aspecto e cuja abordagem será vista em item posterior (item 3).

C. A CRISE NO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Toda a construção teórica anterior procura explicar o Princípio da Legalidade diante de sua evolução histórica e a ligação umbilical que tem com a noção de

30. Cf. Lima, Ruy Cirne, A Relação Jurídica no Direito Administrativo, Rev. de Direito Público, n. 85, jan-mar/88, p. 26 e seguintes.

31. Cf. Lima, Ruy Cirne, Princípios de Direito Administrativo, 5a. ed., Ed. RT, São Paulo, 1982, p. 22.

32. Cf. Enterría, Eduardo García de e Fernandez, Tomás-Ramón, ob. cit., p. 383.

33. Cf. Enterría, Eduardo García de e Fernandez, Tomás-Ramón, ob. cit., p. 385/388.

34. Cf. Enterría, Eduardo García de e Fernandez, Tomás-Ramón, ob. cit., p. 389/392.

35. Cf. Gordillo, Augustin, Tratado de Derecho Administrativo. Ed. Macchi, Buenos Aires, 1987, tomo I, p. VIII-15/VIII-16.

discricionariedade. É certo, porém, que o crescimento da atuação do Estado, com a intervenção deste na economia e na área social de forma acentuada trouxe certos elementos que permitem afirmar que o princípio sofre uma certa crise diante das exigências modernas.

Almiro do Couto e Silva enumera alguns fatos justificadores de tal afirmação: a) o Estado exige decisões céleres, havendo muito poder em regulamentos, portarias, etc.; b) existe delegação legislativa para fontes de direito infra-legal; c) nos documentos normativos existem cláusulas vagas e elásticas que possibilitam maior âmbito de interpretação por parte do aplicador da norma; d) o Poder Judiciário está mais atuante e a jurisprudência, na prática, é fonte de direito ao interpretar cláusulas gerais e conceitos indeterminados; e) o crescimento dos serviços prestados empurra o Estado para o âmbito do Direito Privado, gerando contradição pois a autonomia da vontade não existe para o Estado, que está vinculado ao interesse público; f) o excesso de leis e sua dificuldade de interpretação afasta os cidadãos comuns do princípio da legalidade; g) a evolução da ciência da Administração torna os planejamentos mais detalhados e, conseqüentemente, as leis mais concretas, criando atos administrativos em forma de leis³⁶.

Isto significa que a Administração não mais está submetida a um conjunto de normas transcendente, mas sim passou a produzir, em grande parte, as normas que a regulam. Para Marcello Caetano, a importância da submissão da Administração à lei não reside na submissão de um poder (executivo) a outro (legislativo) e sim no fato de que o valor da legalidade está na generalidade dos comandos que os órgãos administrativos tem de aplicar³⁷.

Estes elementos devem ser considerados diante da constatação que o Princípio da Legalidade nasceu para proteger os indivíduos e que, embora o Estado possa a qualquer tempo declarar a nulidade de seus atos (já que a nulidade não pode ser sanada, não pode convalidar, prescrever ou ser ratificada), deve observar a boa-fé dos administrados, que presumiram a legalidade do ato. Seria a contraposição, no caso, do Princípio da Segurança Jurídica. Tratar-se-ia, sob a ótica do Estado, de um poder de anular e não de um dever, resguardadas as condições específicas do caso concreto³⁸.

A crise do Princípio da Legalidade não significa que apenas a Administração Pública sofre os efeitos da precariedade das soluções apresentadas pela lei aos problemas existentes dentro da sua órbita de atuação. Também no âmbito do direito privado a crise está instalada. Mais correto seria falar-se em "crise da lei" já que toda a doutrina volta suas atenções para a busca de formas mais evoluídas de estabelecer relações de controle e de poder dentro da sociedade, fora do tradicional modelo de legislação. Se é verdade que existe inflação legislativa no âmbito da Administração Pública, também é verdadeiro que o modelo de codificação existente no âmbito do direito privado mostra-se insuficiente, sendo cada vez mais numeroso o número de leis esparsas que constituem "micro-sistemas", dentro de um sistema legal mais abrangente³⁹, apresentando soluções normativas individualizadas conforme a natureza das situações jurídicas reguladas. Cada vez mais numerosos são os casos em que o legislador, tanto no âmbito público, quanto privado, usa mão de cláusulas gerais, nas quais são previstos modelos valorativos de conduta ou atuação, que devem ser

36. Cf. Couto e Silva, Almiro do, ob. cit., p. 52/54.

37. Cf. ob. cit., p. 29/30.

38. Cf. Couto e Silva, Almiro do, ob. cit., p. 59.

39. Sobre o problema da codificação e a formação de "micro-sistemas", ver Irti, Natalino, L'Età della Decodificazione, Rev. de Direito Civil, vol. 10, p. 15 e seguintes.

integrados, no caso concreto, pelo legislador ou pelo julgador. Isto significa que a legalidade não pode ser vista sob um prisma lógico formal, mas tratada por uma lógica deontica, impregnada de valores e privilegiadora da melhor solução para o caso concreto.

Não há dúvida que as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados representam uma evolução na ciência do Direito, no sentido de que possibilitam a aproximação da lei ao caso concreto e a realização da Justiça material. Entretanto, longo é o caminho a ser percorrido no sentido de que a Administração Pública afaste-se de vícios como o abuso de poder, a corrupção, etc, principalmente porque a erradicação dos mesmos não depende apenas de regramento legal, mas também do reforço da base moral da sociedade.

Como ressaltado no início desta subdivisão, impossível se mostra a análise do princípio da legalidade e de sua “crise”, sem a abordagem da discricionariedade administrativa.

D. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

O Estado de Direito, e em especial o Estado Democrático de Direito, tem como um de seus alicerces o Princípio da Legalidade de forma a impedir abusos no exercício do poder do Estado. Por este motivo, os poderes são regrados pela lei, limitando a atuação da Administração. Esta atuação, entretanto, deve ter certa liberdade para agir, desde que respeitados os limites antes referidos. Este poder que a lei confere à Administração, segundo critérios de oportunidade e conveniência, para escolher entre uma ou mais soluções, todas válidas perante o Direito, é a discricionariedade⁴⁰. Funciona, neste caso, como uma limitação ao Princípio da Legalidade, seja porque a quantidade dos fatos da vida real supera a possibilidade de previsão das normas legais, seja porque a Administração necessita de um certo espaço para tomar decisões segundo os já citados critérios de oportunidade e conveniência.

Não pode ser compreendida a discricionariedade sem a análise da função pública, esta compreendida como um poder-dever⁴¹ praticada não só pelo poder executivo, embora reconhecida a sua prevalência sobre os demais, mas também pelos poderes legislativo e judiciário.

A discricionariedade não se confunde com arbítrio porque aquela existe dentro da lei e este ocorre fora dos limites legais. O ato arbitrário sempre será inválido e ilegal.

É certo, também, que a discricionariedade sempre será relativa e parcial porque quanto à competência, forma e finalidade do ato, a autoridade estará subordinada aos ditames da lei. A desvinculação ocorrerá quanto aos motivos e ao objeto, retomando-se a distinção entre ato vinculado, ligado a potestades regradas e ato discricionário, ligado a potestades discricionárias⁴².

Não pode ser confundida com a interpretação jurisdicional. Na verdade, esta última leva a uma única solução possível, enquanto a discricionariedade permite opções igualmente justas. O Judiciário não usa de discricionariedade quando prolatada decisões pois dá solução exclusiva, não comportando juízo de oportunidade, mas sim juízo de legalidade⁴³.

40. Cf. Meirelles, Hely Lopes, ob. cit., p. 97; Di Pietro, Maria Sylvania Zanella, ob. cit., p. 41.

41. Cf. Grau, Eros Roberto, Poder Discricionário, Rev. de Direito Público, n. 93., jan-mar/90, p. 41 e seguintes.

42. Cf. Silva, José Afonso da, ob. cit., p. 369; Hely Lopes Meirelles, ob. cit. p. 98/99.

43. Cf. Di Pietro, Maria Sylvania Zanella, ob. cit., p. 44/47.

A discricionariedade tem importância crucial dentro da forma de atuação do Estado ao permitir que este, diante de determinado caso concreto, opte por uma alternativa em detrimento de outra ou outras, igualmente legais e justas. Em uma definição bastante extensa, Celso Antônio Bandeira de Mello a conceitua como sendo a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentro pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente⁴⁴. A análise desta definição permite ver que o referido autor estabelece uma relação entre a discricionariedade e a existência de conceitos jurídicos indeterminados, por ele chamados de “conceitos fluidos”, que serão analisados mais adiante com base em noções expostas por Karl Engisch.

1. JUSTIFICAÇÃO

A discricionariedade é costumeiramente justificada sob o ponto de vista de critérios práticos e de critérios jurídicos.

Os critérios práticos estariam presentes no fato de que, através da discricionariedade afasta-se o automatismo em que os agentes administrativos incorreriam se tivessem que aplicar rigorosamente as leis e as dificuldades diante de fatos concretos complexos e mutáveis que não podem ser previstos na legislação⁴⁵.

Como critérios jurídicos, aponta-se a impossibilidade jurídica de previsão por parte do legislador de todos os atos que a atividade administrativa exige. O ideal, segundo Hely Lopes Meirelles, seria que a lei regulasse minuciosamente cada um dos atos a serem praticados pelo administrador, mas isto é impossível. Assim, somente alguns atos são regulados, segundo sua maior relevância, ficando os demais a prudente critério do administrador⁴⁶.

A discricionariedade no ato administrativo é necessária para possibilitar o poder de iniciativa da Administração, sem o qual impossível se mostraria a sua tarefa e a objetivação do bem comum. A ausência de discricionariedade, ainda que restrita aos motivos e ao objeto, implicaria na total imobilidade do administrador diante dos fatos novos surgidos na experiência diária e a necessidade de tomada de posição frente a estes.

2. EVOLUÇÃO

A discricionariedade sofre mutações de acordo com o entendimento do Princípio da Legalidade, ganhando ou perdendo força em sentido inversamente proporcional. Antes do Estado de Direito tinha caráter eminentemente subjetivo, identificando-se com a vontade do monarca. Com o advento do Estado de Direito e da supremacia da lei, em princípio teve natureza de ato político, segundo a teoria da vinculação negativa antes referida. No positivismo passa a ser considerada como ato jurídico e sua limitação cresce com a teoria da vinculação positiva. Por último, no âmbito do Estado Democrático de Direito, tem seus limites estabelecidos pela

44. Cf. Discricionariedade e Controle Jurisdicional, Malheiros Editores Ltda, São Paulo, 1992, p. 48.

45. Cf. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, ob. cit., p. 41.

46. Cf. ob. cit., p. 98/99; Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, ob. cit., p. 41/43.

lei e pelo Direito, com todas implicações referidas anteriormente, em especial no que se refere à sua ligação com o conceito de justiça. Essa noção está presente na abordagem que será feita a seguir, quando se analisa o problema da discricionariedade e dos chamados conceitos jurídicos imprecisos ou indeterminados.

3. DISCRICIONARIEDADE E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Para que se delimite com precisão o âmbito de liberdade que comporta a discricionariedade, mister se faz a diferenciação entre esta e os chamados conceitos jurídicos indeterminados.

O jurista não pode acreditar que as normas (sozinhas) possam estabelecer clareza e segurança jurídica absolutas⁴⁷. Existem nas normas conceitos que podem ser determinados e/ou indeterminados. Os conceitos determinados delimitam o âmbito da realidade ao qual se referem de uma maneira precisa e inequívoca, como por exemplo a noção de maioria, ou o número de dias de um prazo recursal. Os conceitos jurídicos indeterminados têm conteúdo e extensão incertos. Possuem um núcleo conceitual, no qual está a noção clara do conteúdo e um halo conceitual, onde repousam as dúvidas⁴⁸. Tais conceitos são descritivos ou normativos, conforme descrevam a realidade percebida ou somente sejam perceptíveis em conexão com o mundo das normas⁴⁹.

Os conceitos jurídicos indeterminados normativos carregam conceitos de experiência (incapacidade para o exercício de funções, força irresistível, premeditação) ou de valor (boa-fé, justo preço, padrão de conduta médio). Tais conceitos devem, necessariamente, comportar uma única solução justa, diferenciando-se, por esta característica, do poder discricionário⁵⁰. No preenchimento da carga valorativa resta a questão de saber se as valorações produzidas são do indivíduo que aplica o Direito ou se são valorações preexistentes na “generalidade das pessoas” ou na “camada dominante”⁵¹. Em se tratando de interesse público, ligado diretamente à interpretação do conceito, estariam presentes os conceitos valorativos da média das pessoas da sociedade o que, de qualquer forma, é extremamente difícil de conceituar.

A doutrina alemã referida por Maria Sylvania Di Pietro, especificamente no que se refere a Jellinek, advoga que a liberdade de apreciação equipara-se àquela que existe na elaboração de conhecimentos científicos ou técnicos: ao intérprete cabe encontrar a vontade única do legislador. É uma noção extremamente restritiva da discricionariedade que ganhou força na Alemanha após 1945⁵².

47. Cf. Engisch, Karl, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 5a. ed., Ed. Fund. Calouste Gulbekian, Lisboa, 1979, p. 170/171.

48. Cf. Engisch, Karl, *ob. cit.*, p. 173/174; Enterría, Eduardo García de e Fernandez, Tomás-Ramón, *ob. cit.*, p. 393.

49. Cf. Engisch, Karl, *ob. cit.*, p. 174/175. Eros Grau, *ob. cit.*, p. 42/43, sustenta a inexistência de conceitos jurídicos indeterminados porque a indeterminação decorre das expressões destes e não deles próprios. Refere que melhor seria tratar o assunto sob a noção de conceitos cujos termos são indeterminados. Na verdade, a argumentação não se desvia do cerne da discussão, que é a necessidade de concreção da norma jurídica no caso concreto, preenchendo-a de conteúdo valorativo.

50. Cf. Enterría, Eduardo García de e Fernandez, Tomás-Ramón, *ob. cit.*, p. 394.

51. Cf. Engisch, Karl, *ob. cit.*, p. 177/178.

52. Cf. *ob. cit.*, p. 71. É de se notar que, historicamente, a formação do conceito de discricionariedade na doutrina alemã coincide com a derrocada do regime nazista, havendo a preocupação com os limites da atuação da administração pública, visando a evitar o arbítrio.

A diferenciação entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados tem enorme importância no que tange ao controle do ato. Se for aplicação de conceito jurídico indeterminado, o juiz pode fiscalizar a fundo tal questão. Se for, ao contrário, potestade discricionária dentro dos limites da remissão legal, a fiscalização carece de poder. Enterría e Fernandez desenvolvem uma noção mais ou menos semelhante à noção de Karl Engisch, no sentido da existência de uma “zona de certeza negativa”, uma “zona de certeza” e o “halo do conceito”⁵³. Conceitos como urgência, ordem pública, justo preço, calamidade pública, etc., não permitem pluralidade de soluções justas, senão uma única solução justa em cada caso.

Nota-se que o sistema legal oferece “aberturas” para que a resolução do caso concreto obedeça a certos padrões de justiça material, reforçando o seu equilíbrio. Não é possível acreditar que um sistema “fechado”, composto de axiomas logicamente compatíveis entre si possa resolver a totalidade dos casos concretos⁵⁴. Assim, o administrador, da mesma forma que o julgador, deve procurar a criação, para o caso concreto, da opção mais acertada, dentro do interesse público e do bem comum. É certo, porém, que a definição destes paradigmas, bem comum e interesse público, deve ser feita de maneira racional e considerando elementos sociais, econômicos e culturais presentes num determinado momento histórico. Enfim, são fatores políticos que inspiram a atuação segundo critérios de oportunidade e conveniência.

A limitação à discricionariedade, como se pode ver, é elevada e resulta da evolução do próprio Estado de Direito.

4. LIMITAÇÕES

A discricionariedade inicialmente foi comparada a “atos de império”. Com o passar do tempo e a evolução das idéias informadoras do Princípio da Legalidade, a intangibilidade do poder discricionário vai sendo perdida.

O sistema clássico de limitação da discricionariedade é o sistema de “desvio de poder”, oriundo do Direito Francês. Neste, o controle pelo Judiciário quanto à competência, existência da potestade, forma e procedimento é incontroverso. Com o tempo, porém, o Conselho de Estado Francês passou a exigir a finalidade pois os poderes administrativos não são abstratos, utilizáveis para qualquer finalidade. Haverá desvio de poder quando o exercício de potestades administrativas for diverso dos fins previstos pelo ordenamento jurídico. O vício do desvio de poder é um vício de estrita legalidade⁵⁵. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o desvio de poder constitui na utilização de uma competência em desacordo com a finalidade que lhe preside a instituição⁵⁶.

O sistema francês apresenta três níveis de controle: a) materialidade, no qual apenas se verifica-se os fatos ocorrerem, ou não; b) qualificação, onde se verifica-se os fatos produzidos são de natureza a justificar a decisão, afastando-se a mais-valia nas posições da Administração; c) adequação, que ocorre em casos extremos onde o juiz aprecia se o fato se justifica como medida da Administração, analisando a proporcionalidade entre os meios e os fins. Esta última forma é o controle do desvio de poder, antes referido⁵⁷.

53. Cf. ob. cit., p. 397.

54. Sobre a noção de sistema cita-se a monografia de Canaris, Claus-Wilhelm, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Ed. Fund. Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989. Também Larenz, Karl, ob. cit., p. 531 e seguintes.

55. Cf. Enterría, Eduardo García de e Fernandez, Tomás-Ramón, ob. cit., p. 401/405; Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, ob. cit., p. 74/76; conferir, também, Gordillo, Augustin, ob. cit., p. VIII-32/VIII-33.

56. Cf. *Desvio de Poder*, Rev. Direito Público, n. 89, jan-mar/89, p. 24.

57. Cf. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, ob. cit., p. 74/75.

Ainda no campo do desvio de poder cabe a indagação sobre a sua amplitude. A primeira hipótese é a de que haveria desvio de poder pela existência de vício subjetivo, ou seja, o desvio na intenção da autoridade, extraviando-se do fim legal devido. Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁸ recomenda cautela, fazendo distinção entre a intenção do agente de praticar o ato e o resultado obtido com desvio, mesmo sem intenção. Diante de tal dificuldade o referido autor aponta uma segunda hipótese, que é a da consideração do vício objetivo, no sentido de considerá-lo não no plano da consciência do indivíduo, mas no plano dos fatos. Por último, restaria o vício por omissão nos casos da autoridade não agir quando necessário⁵⁹.

Controla-se, também, a discricionariedade pelos Princípios Gerais do Direito, que estão acima da lei e envolvem a noção de justiça, a qual a discricionariedade está ligada. Não consiste, porém, na substituição dos critérios da Administração pelos critérios do julgador. Deve levar em conta parâmetros de uma justiça material concreta, especificada em função de problemas jurídicos concretos⁶⁰.

Todos os elementos históricos constituintes do Princípio da Legalidade e da noção de discricionariedade estão intimamente ligados aos embates políticos travados no sentido de proteger o cidadão dos efeitos da atuação do poder do Estado. Modernamente, as garantias constitucionais, dentro do Estado Democrático de Direito, perdem a inércia e passam a incorporar a atitude de cidadania do indivíduo. O controle judicial da discricionariedade não importa na perda do poder de mando da Administração, mesmo porque este é imprescindível para a obtenção do bem comum por esta visado.

A participação do indivíduo na vida política e a valorização de suas garantias individuais, pode trazer um maior crescimento da interação poder-indivíduo, sem abusos. É preciso lembrar, contudo, que as formas modernas de dominação são bem mais sutis e envolvem componentes de persuasão em massa presentes nos meios de comunicação, utilizados como instrumentos formadores de opinião pública. Por este motivo cada vez mais cresce a importância da participação da sociedade civil dentro da estrutura do Estado, limitando o seu arbítrio e ampliando o espaço das liberdades individuais.

Não é desalentador o quadro traçado de crise do princípio da legalidade. A sociedade vive realmente é uma crise da lei, tanto no âmbito privado quanto no âmbito público, devendo buscar soluções para melhor regular seus conflitos e possibilitar o desenvolvimento de seus indivíduos, com a satisfação de suas necessidades básicas materiais a fim de que se possa, paralelamente, sonhar com tempos mais amenos ou até mais felizes. Fixar, dentro da sociedade, princípios morais e éticos mais duradouros e mais equilibrados⁶¹ talvez seja a base de uma normatização mais eficiente e mais justa.

Resta acreditar na apreciação do princípio da legalidade conjugando-se os elementos jurídicos e os elementos políticos do mesmo. No âmbito jurídico buscando-se a observância do Direito e da Justiça. No campo político perseguindo-se o bem comum e o desenvolvimento material e espiritual, tanto individual como coletivamente.

58. Desvio de Poder, ob. cit., p. 32.

59. Ob. cit., p. 34.

60. Cf. Enterría, Eduardo García de e Fernandez, Tomás-Ramón, ob. cit., p. 410.

61. O equilíbrio, neste caso, reveste-se do sentido dado pela cultura grega, significando a correlação perfeita entre o material e o espiritual.

II - O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DA FISCALIZAÇÃO DO TRABALHO

A Fiscalização do Trabalho é atividade institucional do Ministério do Trabalho e Emprego⁶² e está afeta à Secretaria de Fiscalização do Trabalho – SEFIT, órgão técnico responsável pelo planejamento e normatização das ações fiscais a nível federal relativas ao acompanhamento do cumprimento da legislação trabalhista, abrangendo normas legais e convencionais. No âmbito dos Estados, essas atividades são executadas pelas Delegacias Regionais do Trabalho (DRT), órgãos descentralizados, sediados nas capitais. Nessas Delegacias estão lotados os Auditores-Fiscais do Trabalho⁶³, que possuem como atividades a vigilância e orientação com relação ao cumprimento das normas de proteção ao trabalhador; a fiscalização propriamente dita, exercida perante os estabelecimentos; a investigação, que abrange a coleta de amostra e documentos mediante termo de apreensão assim como a interrogação de trabalhadores e empregadores sobre questões relacionadas ao cumprimento das normas trabalhistas; a atividade de notificação para apresentação de documentos e para o efetivo cumprimento de normas trabalhistas; a atividade de autuação que se traduz no apontamento das infrações detectadas e aplicação da multa pertinente. Compete ainda aos Auditores-fiscais do Trabalho o rol de atividades previstas no artigo 18 do Regulamento da Inspeção do Trabalho, aprovado pelo Decreto nº 4.552/2002, observadas as alterações instituídas pelo Decreto nº 4.870/2003, objetivando sempre a efetividade das disposições legais e convencionais relativas à proteção do trabalhador.

Dispõe o artigo 9º do Regulamento em questão:

“Art. 9º A inspeção do trabalho será promovida em todas as empresas, estabelecimentos e locais de trabalho, públicos ou privados, estendendo-se aos profissionais liberais e instituições sem fins lucrativos, bem como às embarcações estrangeiras em águas territoriais brasileiras.”

Para a realização da inspeção, o Auditor-Fiscal do Trabalho deverá, em regra, apresentar Carteira de Identificação Fiscal. A identificação poderá, todavia, ser realizada após a verificação física do local quando o Auditor-Fiscal julgar que a identificação prévia prejudicará a eficácia da fiscalização. O Auditor-Fiscal terá ainda acesso irrestrito aos estabelecimentos, documentos e materiais solicitados para fins de inspeção do trabalho. Havendo resistência ou embaraço à atividade de fiscalização o Auditor-Fiscal lavrará auto de infração, aplicando a multa correspondente⁶⁴.

A fiscalização deverá observar o critério da dupla visita nas hipóteses previstas no artigo 627 da CLT, observado ainda o que dispõe artigo 23 do Regulamento da Inspeção do trabalho. Na primeira visita deverá o auditor-fiscal promover a instrução dos responsáveis pelo estabelecimento e notificá-los da data da segunda visita, fixando prazo para a regularização.

A atividade de fiscalização é vinculada no sentido de que, verificada irregularidade ou descumprimento de norma legal ou convencional de proteção ao trabalhador, incumbe ao auditor-fiscal a lavratura do auto de infração, sob pena de responsabilidade, ressalvadas as hipóteses em que a lei prevê a mera instrução do responsável ou na hipótese de procedimento especial de fiscalização. O procedimento especial é aquele destinado à mediação de conflitos coletivos entre trabalhadores e empregadores, à coordenação de mesas de entendimento com vistas a que empregadores infratores firmem termo de compromisso no sentido de efetivo cumprimento da legislação trabalhista.

62. Lei nº 10.683/03, art. 27, XXI, “c”

63. Lei nº 10.593/02, art. 10

64. Portaria GM/MTb nº 290, de 11/04/1997

Dessa forma, desde a manutenção de trabalhador sem registro até a não observância das normas de segurança e medicina do trabalho, passando pelo descumprimento da legislação protetiva consolidada e das normas legais e convencionais esparsas, está sujeito o empregador ao pagamento de multa mediante lavratura do auto de infração pelo Auditor-fiscal do Trabalho⁶⁵. Na análise da situação concreta, o Auditor-fiscal verificará o fiel cumprimento de todas as determinações legais inerentes às relações de trabalho, inclusive detectando possíveis fraudes, encobertas sob o manto da flexibilização. Assim, poderá o auditor-fiscal constatar, mediante inspeção, a existência de empregados trabalhando como se cooperativados fossem, contratações temporárias ou por prazo determinado sem a observância dos requisitos legais, adoção de “banco de horas” de forma irregular, contratos de estágio que não atendem aos objetivos preconizados, mas se traduzem em mão-de-obra barata. Nessas, como em tantas outras hipóteses em que verifica afronta à legislação protetiva e à dignidade do trabalhador, incumbe ao Auditor-fiscal a adoção de estratégias capazes de tornar eficaz a comprovação do desvirtuamento da lei e conseqüente lesão aos direitos trabalhistas, inclusive, se for o caso, mediante denúncia ao Ministério Público do Trabalho para a ação judicial cabível, além da aplicação da multa de natureza administrativa.

Do ato de fiscalização que decorrer a lavratura do auto de infração, o infrator poderá apresentar defesa no prazo de 10 dias, contados do recebimento da notificação de que trata o artigo 629 da CLT. Considerada insubsistente a impugnação exsurge a aplicação da multa mediante decisão fundamentada⁶⁶. A parte interessada poderá então interpor recurso administrativo, com fundamento no artigo 636 da CLT, no prazo de 10 dias, mediante depósito prévio da multa aplicada.

O depósito prévio da multa como pressuposto de admissibilidade do recurso administrativo, não só na seara trabalhista como também tributária tem sido objeto de arguição de inconstitucionalidade por violação ao direito ao contraditório e à ampla defesa.

Todavia, o STF, em sede de Recurso Extraordinário, decidiu a respeito da constitucionalidade da exigência do depósito, afastando a alegação de afronta à norma expressa no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal⁶⁷.

Cabe ressaltar que a exigência do depósito, além de se colocar como obstáculo a recursos administrativos meramente procrastinatórios, também garante parte do crédito, pois se converterá em renda com o trânsito em julgado da decisão administrativa.

Não se pode ignorar, entretanto, que o processo administrativo não tem alcançado a finalidade a que se destina. A ausência de independência funcional dos julgadores, que normalmente estão sujeitos às orientações do ente tributante, aliado ao sistema que adota processos autônomos nas esferas administrativa e judicial provocam a morosidade do julgamento em flagrante prejuízo à administração pública. Como o processo administrativo não encerra a lide, não raro, após o trânsito em julgado da decisão administrativa, permanecendo incólume a penalidade aplicada, o prejudicado utilizará as vias judiciais, reiniciando todo o processo de questionamento dos atos da fiscalização.

Nada obsta, entretanto, que mesmo sem lançar mão da prerrogativa do processo administrativo, o prejudicado recorra, desde logo, à esfera judicial.

65. Sobre os requisitos do auto de infração, ver artigo 629 da CLT

66. Lei nº 7.855/89 – Altera a CLT, atualiza os valores das multas trabalhistas, amplia a sua aplicação e institui o Programa de Desenvolvimento do Sistema Federal de Inspeção do Trabalho e dá outras providências.

67. STF – 2ª Turma, RE 210.235/MG, DJ 19/12/1997

III – O PROCEDIMENTO JUDICIAL E A FISCALIZAÇÃO DO TRABALHO

Não havendo recurso administrativo ou havendo transitado em julgado a decisão administrativa mantendo o auto de infração, a multa aplicada, depois de esgotado o prazo para pagamento, será inscrita na dívida ativa não-tributária e passará a integrar os créditos da Fazenda Pública da União.⁶⁸ O termo de inscrição na dívida ativa precede e dá sustentação à Certidão de Dívida Ativa da Fazenda Pública que, por sua vez, constitui título executivo extrajudicial, na redação do artigo 585, inciso VI do CPC. De outra parte, por força do que dispõe o artigo 3º da Lei nº 6.830/80⁶⁹, a Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez, e o artigo 204 do Código Tributário Nacional acrescenta que “...tem o efeito de prova pré-constituída”. Nesse sentido, ensina Ruy Barbosa Nogueira que o débito tributário, formalizado pelo lançamento e pela inscrição da dívida ativa da Fazenda Pública gera título executivo extrajudicial, que goza de presunção *juris tantum* de liquidez e certeza e concede ao fisco, desde esse momento, a legitimação para propor a execução judicial fiscal (CPC, art. 585. VI)⁷⁰.

Até a Emenda Constitucional nº 45, era pacífica a competência da Justiça Federal para processar e julgar as ações decorrentes da aplicação de penalidades administrativas aos empregadores pelas DRT's. Isto porque a Competência da Justiça do Trabalho se restringia às demandas havidas entre “trabalhadores e empregadores” enquanto que, por força do disposto no artigo 109, I da Constituição Federal, a presença da União em um dos pólos da lide atrai a competência para a Justiça Comum Federal, excetuando as hipóteses de “...falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e do Trabalho”⁷¹.

Dentre as inovações trazidas pela citada Emenda Constitucional, que provocou significativas alterações no âmbito processual, está o comando expresso no inciso VII do artigo 114 da Constituição, segundo o qual:

“Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar a julgar:

VII – as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;”

Daí se depreende que a competência, até então definida em razão da pessoa, no caso a União Federal, passa a ser pautada em razão da matéria. Trata-se de competência absoluta que inclui não só as ações movidas pelos empregadores que sofreram a atuação contra a União Federal como também as Execuções Fiscais que tenham por objeto a cobrança de multa administrativa aplicada pelos órgãos da fiscalização das relações de trabalho.

A norma constitucional em questão tem efeitos *ex nunc* e aplicabilidade imediata, já que nenhum prazo foi fixado pela própria emenda. Atinge as ações ajuizadas após a sua vigência e as demandas em curso que deixam de tramitar na Justiça Federal e passam à Justiça do Trabalho. Trata-se de uma das hipóteses de exceção ao Princípio da *perpetuatio jurisdictionis* expressa ao final do artigo 87 do CPC. Sobre a matéria, refere Humberto Theodoro Júnior que, com relação a essas alterações jurídicas, cumpre distinguir entre a competência absoluta e a relativa. Para o citado autor, se a competência

68. O artigo 39 da Lei nº 4.320/64 – Lei do Orçamento – com redação dada pelo Decreto Lei nº 1.735/79, dispõe sobre os créditos de natureza tributária e não tributária, incluindo nesse conceito os créditos decorrentes de “*multas de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias...*”. Já o artigo 2º da Lei nº 6.830/80 dispõe que “*Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não-tributária na Lei 4.320 de 17 de março de 1964...*”.

69. LEF – Lei de Execuções Fiscais

70. Cf Curso de Direito Tributário, 14ª edição, Ed. Saraiva, 1995, p 153/154, *apud* Paulsen, Leandro - Direito Tributário, 6ª edição, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre 2004, p. 1267.

71. Artigo 109, inciso I da Constituição Federal.

já firmada for territorial ou em razão do valor, em nada serão afetadas as causas pendentes. Mas se for suprimido o órgão judiciário perante o qual corria o feito, ou se a alteração legislativa referir-se à competência absoluta (*ratione materiae* ou hierarquia), já então os feitos pendentes serão imediatamente alcançados: os autos, em tal caso, terão de ser encaminhados ao outro órgão que se tornou competente para a causa. O mesmo deve ser observado quando se tratar de competência funcional⁷².

Nesse passo a Justiça do Trabalho, especializada em razão da matéria de ordem trabalhista, ultrapassa os limites das relações entre empregados e empregadores e passa a dirimir controvérsias que têm como questão de fundo o descumprimento da legislação do trabalho. São Ações de Execução Fiscal, Mandados de Segurança, Ações Ordinárias, contendo normalmente em seu bojo pedidos de antecipação de tutela, que passam a integrar a rotina do foro trabalhista, tão acostumado à apreciação das reclamatórias.

Por meio das Ações Ordinárias, diversas são as pretensões deduzidas pelo empregador atuado. Em geral há o questionamento da legalidade da multa aplicada, buscando-se a suspensão da exigibilidade do crédito e evitando-se a sua inscrição na dívida ativa não-tributária. Busca-se também a obtenção de certidão negativa ou provimento que determine à União que se abstenha de proceder à inscrição no CADIN (Cadastro de Devedores Inadimplentes). Explico: segundo dispõe o artigo 205 do CTN, a lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, quer dizer, havendo débito exigível, a certidão será positiva. Embora o artigo faça referência a “tributo”, os comandos dos artigos 205 até 208 são direcionados à Procuradoria da Fazenda Nacional, a quem compete a emissão de tais certidões, aplicando-se portanto às hipóteses de dívida ativa não-tributária. Ocorre que a existência de inscrição em dívida ativa, seja ela tributária ou não-tributária, com conseqüente positivação de certidões e inclusão no CADIN causa transtornos de diversas ordens ao inadimplente pois se traduz no abalo de crédito (proibição de obter empréstimo em bancos oficiais, por exemplo) e conseqüente restrição de competitividade no mercado.

Se verificada qualquer uma das hipóteses de trata o artigo 206 do CTN⁷³ terá o empregador atuado direito à obtenção de certidão negativa com efeito de positiva. Todavia, cabe advertir que a doutrina não é pacífica quanto à aplicação do artigo 151 do CTN, que dispõe sobre as hipóteses de suspensão do crédito tributário, com relação à dívida ativa não-tributária. Pelo contrário, de acordo com uma corrente respeitável, a sua aplicação analógica fugiria à melhor técnica. Não obstante, o que se constata por pesquisa jurisprudencial é a concessão da suspensão da exigibilidade do crédito não-tributário mesmo nas hipóteses previstas no artigo 151, com base na utilização do poder geral de cautela quando presentes os requisitos legais, observada ainda a possibilidade de aplicação da regra do §7º do artigo 273 do CPC.

Assim, ao juiz incumbe decidir sobre o cabimento da multa aplicada e a sua consonância com a infração cometida, bem como quanto aos limites do exercício do poder de polícia da fiscalização.

Note-se que em se tratando de ato praticado por autoridade do poder público, caberá, em tese, o Mandado de Segurança para amparar direito líquido e certo. Nesse sentido, importante salientar o inciso IV do artigo 114 da Constituição, conforme redação dada pela Emenda Constitucional em tela. No caso, a autoridade coatora será o Delegado Regional do Trabalho que responde pelos atos da fiscalização e a ação será ajuizada

72. Cf. Curso de Direito Processual Civil, 39ª edição, Ed. Forense, Rio de Janeiro, vol. I, 2003, p. 151

73. Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.

perante o Juiz do Trabalho de primeira instância, já que a autoridade impetrada é estranha ao Poder Judiciário.

Não havendo recurso administrativo ou decisão judicial que suspenda a exigibilidade do crédito, incumbe à Procuradoria da Fazenda Nacional ajuizar a competente Ação de Execução Fiscal, perante o juiz de primeira instância, regida pelo rito expresso na Lei 6.830/80 (LEF). Recebida a petição inicial, o executado será citado para pagar ou garantir a execução, no prazo de 5 dias, conforme artigo 8º da LEF. Garantida a execução, inclusive pela penhora, se necessário, o executado oferecerá Embargos, no prazo de 30 dias⁷⁴ pelo qual deverá alegar toda a matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas, até três, ou a critério do Juiz, até o dobro desse limite⁷⁵.

Importante referir que, em geral, a tese de defesa sustentada em Embargos é a mesma invocada na Ação Ordinária o que torna as ações conexas. Com a finalidade de evitar decisões divergentes, a Ação Ordinária deve ser apensada à Ação de Execução para instrução e julgamento em conjunto.

Note-se também o que dispõe o artigo 5º da LEF no sentido de que a competência para processar e julgar a execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro juízo, inclusive o da falência, da concordata, da liquidação, da insolvência ou do inventário.

Não é demais salientar que, não obstante a previsão legal de um processo administrativo, a opção do empregador pela via judicial, com amparo no inciso XXXV do mesmo artigo 5º, extingue o recurso administrativo, em face do Princípio da Jurisdição Uma. Com efeito, não haveria razão para que o julgador administrativo continuasse despendendo recursos materiais e intelectivos se a decisão administrativa resultante jamais iria preponderar sobre o provimento judicial.

Por fim, cabe abordar a questão relativa ao rito processual a ser adotada nas ações dessa espécie.

O TST, na Resolução 126/2005 que instituiu a Instrução Normativa nº 27, definiu, em face da ampliação da competência da Justiça do Trabalho que: *“As ações ajuizadas na Justiça do Trabalho tramitarão pelo rito ordinário ou sumaríssimo, conforme previsto na Consolidação das Leis do Trabalho, excepcionando-se apenas as que, por disciplina legal expressa estejam sujeitas a rito especial, tais como o Mandado de Segurança, Habeas Corpus, Habeas Data, Ação Rescisória, Ação Cautelar e Ação de Consignação em Pagamento.”*, acrescentando ainda a aplicação das custas processuais e do sistema recursal previsto na CLT.

Assim, às ações ordinárias não resta dúvida quanto à aplicação do processo do trabalho. Já a execução fiscal, como salientado, possui rito próprio, previsto na LEF que também é aplicável de forma subsidiária ao processo do trabalho, por força do que dispõe o artigo 889 da CLT. Note-se, entretanto que o sistema recursal a ser utilizado é sempre o trabalhista, como definido pelo TST na resolução citada.

Por certo, o tema abordado, assim como todo o conjunto da reforma constitucional que ampliou a competência da Justiça do Trabalho, é campo fértil para discussões doutrinárias e divergências jurisprudenciais. Cientes de que o conteúdo desenvolvido não esgota a matéria, pelo contrário, visa instigar o leitor a questionar as diversas hipóteses que podem ser levadas à apreciação do Juiz do Trabalho, esperamos ter atingido o objetivo visado.

74. Artigo 16 da LEF

75. Artigo 16, §2º da LEF

BIBLIOGRAFIA

1. Aguiar, Roberto A. R. de - Direito, Poder e Opressão, 2ª ed., Ed. Alfa-Omega, São Paulo, 1984.
2. Bobbio, Norberto - A Era dos Direitos, Ed. Campus, Rio de Janeiro, 1992.
3. Bobbio, Norberto - Estado, Governo e Sociedade, 3ª ed., Ed. Paz e Terra, São Paulo, 1990.
4. Caetano, Marcello - Manual de Direito Administrativo, 10ª ed., Almedina, Coimbra, 1991.
5. Canaris, Claus-Wilhelm - Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito, Ed. Fund. Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989.
6. Canotilho, J. J. Gomes - Direito Constitucional, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 1991.
7. Couto e Silva, Almiro do - Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo, Rev. de Dir. Público, vol. 84, out-dez/87.
8. Cretella Júnior, José - Curso de Direito Administrativo, Forense, Rio de Janeiro, 1989.
9. Engisch, Karl - Introdução ao Pensamento Jurídico, 5ª ed., Ed. Fundação Calouste Gulbekian, Lisboa, 1979.
10. Enterría, Eduardo Garcia de e Fernandez, Tomás-Ramon - Curso de Direito Administrativo, Ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 1991.
11. Enterría, Eduardo García de - O Princípio da Legalidade na Constituição Espanhola, Rev. de Direito Público, n. 86, abr-jun/88.
12. Faria, José Eduardo - Eficácia Jurídica e Violência Simbólica, Ed. da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1988.
13. Foucault, Michel - Microfísica do Poder, 8ª edição, Edições Graal, Rio de Janeiro, 1989.
14. Foucault, Michel - Un Dialogo Sobre el Poder, Alianza Editorial, Madrid, 1988.
15. Gordillo, Augustín A. - Tratado de Derecho Administrativo, Ediciones Macchi, Buenos Aires. 1987.
16. Grau, Eros Roberto - Poder Discricionário, Rev. de Direito Público, n. 93., jan-mar/90, p. 41 e seguintes.
17. Júnior, Humberto Theodoro - Curso de Direito Processual Civil, 39ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, vol. I, 2003.
18. Habermas, Jürgen - Mudança Estrutural na Esfera Pública, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1984.
19. Irti, Natalino - L'Età della Decodificazione, Rev. de Direito Civil, vol. 10.
20. Kelsen, Hans - Teoria Geral das Normas, Sérgio Fabris Editor, Porto Alegre, 1986.
21. Kelsen, Hans - Teoria Pura do Direito, 2ª ed., Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1987.
22. Kimminich, Otto - Jurisdição Constitucional e Princípio da Divisão de Poderes, Rev. de Direito Público, n. 92, out/dez 89.
23. Larenz, Karl - Metodologia da Ciência do Direito, 2ª ed., Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989
24. Lima, Ruy Cirne - Princípios de Direito Administrativo, 5a. ed., Ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 1982.
25. Lima, Ruy Cirne - A Relação Jurídica no Direito Administrativo, Rev. de Direito Público, n. 85, jan-mar/88,
26. Meirelles, Hely Lopes - Direito Administrativo Brasileiro, 16ª ed., Ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 1991.
27. Mello, Celso Antônio Bandeira de - Desvio de Poder, Rev. Direito Público, n. 89, jan-mar/89.

28. Mello, Celso Antônio Bandeira de - Discricionariedade e Controle Jurisdicional, Malheiros Editores Ltda, São Paulo, 1992.
29. Mello, Celso Antônio Bandeira de - Elementos de Direito Administrativo, Ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 1984.
30. Paulsen, Leandro - Direito Tributário, 6ª edição, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2004.
31. Pietro, Maria Sylvania Zanella Di - Direito Administrativo, Atlas, São Paulo, 1990.
32. Pietro, Maria Sylvania Zanella Di - Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988, Atlas, São Paulo, 1991.
33. Silva, José Afonso da - Direito Constitucional Positivo, 7ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991.

PERFIL DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA TRABALHISTA

Manoel Carlos Toledo Filho¹

O objetivo do presente artigo é proceder a uma breve análise sistemática do regramento legal que disciplina a execução de títulos judiciais trabalhistas, em ordem a estabelecer quais seriam as hipóteses em que a atividade do órgão estatal, encarregado de fazê-la cumprir, estaria impedida de atingir sua inteira plenitude, vale dizer, realizar-se-ia de modo meramente *provisório*.

O primeiro dispositivo a ser analisado é o caput do artigo 899 da CLT, a seguir transcrito:

Art. 899. Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora.

Como se observa, o legislador consolidado claramente explicitou que a regra geral, quando de processo trabalhista se trate, é a possibilidade de execução desde logo, ainda que exista recurso pendente de apreciação por instância superior àquela em que a execução haverá de processar-se.

Isto significa que, a rigor, toda sentença trabalhista detém a potencialidade imediata de produzir efeitos no mundo dos fatos, transformando a realidade da vida que se encontre subjacente ao processo.

Ao revés assim do quanto ordinariamente se passa na órbita do processo civil, o título judicial laboral já nasce com o atributo da *efetividade*, circunstância esta que se explica e se justifica pela índole alimentar quase sempre agregada aos créditos que ele objetiva resguardar. Colocando a questão em outros termos, poder-se-ia dizer que, na Justiça do Trabalho, haveria uma *vulgarização* da regra inserida no inciso II, do artigo 520 do CPC, de sorte que a *exceção* do processo civil seria a regra do processo trabalhista. O que é perfeitamente natural, uma vez que o processo do trabalho, historicamente, sempre foi um processo *urgente* para causas *urgentes*.²

Todavia, esclarece igualmente o legislador que a efetividade acima referida não será *integral*. Ela terá um limite, que é a consumação da constrição judicial representada pela penhora. Aqui, no perene embate, vivenciado pelos sistemas judiciários de todos os tempos, entre os valores segurança e rapidez, fez-se uma concessão à segurança: a atividade estatal desenvolver-se-á sim sem delongas, mas apenas atingirá seu ápice posteriormente à confirmação do conteúdo do título que a desencadeou.³

Mas a disciplina da atividade executória provisória não se esgota neste dispositivo. Para se entendê-la por inteiro, mister se faz analisar o conteúdo de dois outros artigos da CLT, quais sejam: o parágrafo 2º do artigo 893, e o parágrafo 2º, do artigo 897. Assim, vejamos:

1. JUIZ TITULAR DA 10ª VARA DO TRABALHO DE CAMPINAS. BACHAREL, MESTRE E DOUTOR EM DIREITO DO TRABALHO PELA USP. PROFESSOR DE DIREITO DO TRABALHO E PROCESSO DO TRABALHO NOS CURSOS DE GRADUAÇÃO E PÓS-GRADUAÇÃO DA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE CAMPINAS (PUCAMP).

2. Na doutrina de Amaro Barreto, o legislador, ao mesmo tempo em que atribuiu efeito suspensivo aos recursos cuja possibilidade de êxito fosse maior, aboliu-o naquelas demandas "urgentes por natureza" (*Execução cível e trabalhista*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S. A., 1975, p. 46).

3. Esta opção restritiva do legislador é uma consequência inevitável dentro de um mecanismo judicante onde se admita a existência de recursos. Logo, o questionável aqui não é o limite que se impõe à atividade executória do Juiz, mas sim a possibilidade que se confere à parte de recorrer. Na nossa opinião, no âmbito da Justiça do Trabalho, deveria existir um sistema de instância única, à semelhança do que ocorre, por exemplo, no México (LFT, art. 848), e em algumas províncias argentinas, tais como as de Buenos Aires (Lei 11653/95, art. 2, letra "a") e Rio Negro (Lei 1504/81, art. 52).

Art. 893. Das decisões são admissíveis os seguintes recursos:

...

§ 2º A interposição de recurso para o Supremo Tribunal Federal não prejudicará a execução do julgado.

Ao dizer o legislador que a interposição de recurso para a Suprema Corte não pode prejudicar a execução do julgado, estará ele a significar que, na pendência desta modalidade de apelo, a execução trabalhista assumirá índole definitiva?

Em sentido afirmativo podem ser citados os escólios de Amaro Barreto⁴ e Valentin Carrion.⁵ Já para Eduardo Gabriel Saad⁶ e Mozart Victor Russomano⁷ a execução iria apenas até a penhora, nos termos do artigo 899 da CLT.

Queremos modestamente crer que, aqui, exista um equívoco de ordem conceitual que necessita ser afastado, em ordem a clarificar este ponto.

Com efeito: sempre que permaneça um recurso pendente, haverá a natural possibilidade de o título, em que a execução se sedimenta, ser tornado sem efeito, ser declarado ineficaz, quiçá mesmo ser considerado inexistente. Existirá, enfim, a *virtualidade* de desfazimento de tudo quanto até então neste sentido se procedera.

Assim, parece claro que, havendo apelo ainda sujeito a apreciação judicial, não se poderá dizer que os atos expropriatórios vinculados à execução se revistam de natureza definitiva, pois que a sua própria validade poderá, em tese, ser objeto de plena revisão.

Logo, a conclusão que se apresenta é que, se ainda existe recurso, a execução judicial a que o processo respectivo se vincule, a rigor, será forçosamente, e sempre, de natureza provisória.

Isto, contudo, não quer dizer que esteja por completo vedada a prática de atos de alienação judicial.

A contradição que se vislumbra do conteúdo dos parágrafos acima é meramente *aparente*; ela resulta justamente do equívoco conceitual a que dantes fizemos alusão. E a resposta para o impasse pode ser encontrada na sempre abalizada doutrina de Cândido Rangel Dinamarco.

Discorrendo, na esfera do processo civil, acerca da execução na pendência de apelação interposta ante sentença que tenha rejeitado liminarmente embargos à execução, ou os haja julgado improcedentes (CPC, art. 520, inciso V), o festejado mestre das Arcadas assinala que se trata de uma execução *completa*, mas que nem por isto deixa de ser *provisória*.⁸ E isto porque “provisória é a execução quando os atos que a compõem são realizados com a consciência de que seus efeitos podem ser desconstituídos em caso de vir a faltar o título executivo inicialmente existente”.⁹

Eis aí, destarte, a “chave” do enigma, que tem confundido a doutrina e a jurisprudência das cortes trabalhistas. **Execução provisória não é sinônimo de execução incompleta.** A execução pode ser provisória e, ainda assim, percorrer todo o itinerário procedimental, entregando o bem da vida nas mãos do credor.

De modo que, detectando o legislador situações nas quais, a despeito da existência de recurso pendente, a presunção de legitimidade da pretensão do credor

4. Op. cit., p. 46.

5. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 25ª edição, atualizada e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 727.

6. *Consolidação das leis do trabalho comentada*. 36ª edição, São Paulo: LTr, 2003, p. 648.

7. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. Volume II, 1ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1990, p. 984.

8. *Instituições de direito processual civil*, volume IV. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 766.

9. Idem, p. 768.

se demonstre *grandiosa*,¹⁰ ele pode autorizar a prática de atos de expropriação, a despeito da possibilidade de, ao depois, esta revelar-se indevida, pelo desaparecimento da base que a sustentava. Trata-se, aqui, de uma opção política, cuja validade atualmente encontra-se exacerbada pelo teor do inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, que estabelece a necessidade da “razoável duração do processo”, bem como de meios que garantam “a celeridade de sua tramitação”.

E, mercê desta dimensão, é possível com segurança concluir que, na pendência de recurso extraordinário, a execução trabalhista é provisória, mas completa. Deve desenvolver-se em sua inteireza. Até porque, ademais, na seara laboral, o recurso extraordinário pode ser reputado uma genuína *anomalía*.

De fato: da análise conjugada dos artigos 102, inciso III, e 896 da CLT, bem como do precedente galvanizado na Súmula 505, do Supremo Tribunal Federal, infere-se que uma causa trabalhista, para chegar a este sodalício, terá de antes passar pelo crivo do Tribunal Superior do Trabalho.¹¹ Vale dizer: o STF acaba funcionando, na generalidade dos casos, como uma verdadeira *quarta instância*. Não é só: como o recurso de revista consubstancia um apelo que igualmente se reveste de cunho extraordinário – tanto assim que esta era a sua antiga denominação – a ilação final que disto transborda é que, para a demanda laboral, o recurso dirigido à Suprema Corte assume a condição de uma insurgência de caráter extraordinário elevada à segunda potência. É pois um recurso extraordinário ao *quadrado*, uma verdadeira *aberração*, quando se considera o contexto em que o mesmo se insere, todo ele voltado à satisfação de créditos alimentares.¹²

Por fim, cabe agora examinar o parágrafo segundo do artigo 897 da CLT:

Art. 897. Cabe agravo, no prazo de 8 (oito) dias:

...

§ 2º O agravo de instrumento interposto contra o despacho que não receber agravo de petição não suspende a execução da sentença.

Este preceito se reporta ao recurso de agravo de instrumento que esteja vinculado a um agravo de petição. Trata-se, assim, de apelo aforado no bojo de um processo que já se deverá encontrar em sede de execução definitiva. A interpretação que se extrai é que, se o agravo de petição for admitido, a execução, no atinente à matéria nele versada, ficará paralisada até a solução da controvérsia pela instância superior. Ou seja: a execução definitiva transmutar-se-á em execução *provisória incompleta*, já se o agravo de petição não for aceito, a interposição de agravo de instrumento fará com que a execução assumira o *status de provisória completa*, permitindo-se por conseguinte o seu prosseguimento integral, sem restrições de qualquer ordem. Igual solução deverá adotar-se caso o agravo de petição seja desprovido, ocorra interposição de recurso de revista, este tenha seu processamento denegado, e o devedor interponha então agravo de instrumento para o TST.¹³

10. Na lição de Cândido Rangel Dinamarco, apóia-se o legislador “no fato de ser extremamente provável a existência do crédito exequendo...” (op. cit. p. 765).

11. Quiçá a única hipótese de interposição de recurso extraordinário diretamente ao STF, de decisão proferida por TRT, seja aquela referida no acórdão n.º 2004029607, da SDI do TRT da 2ª Região, Rel. Juiz Delvío Buffulim: a suposta violação de norma constitucional por decisão proferida em sede de agravo de instrumento (In: Ementário de jurisprudência *Equilíbrio*, n.º 02/2005, p. 144).

12. É comum que, na dúvida entre os valores efetividade e segurança, o aplicador do direito opte por esta última. Este paradigma deve ser repensado, máxime na esfera da Justiça do Trabalho, onde optar pela segurança do resultado significa, não raro, privar o empregado do essencial, enquanto o empregador investe o supérfluo no mercado financeiro.

13. Este raciocínio se justifica pela circunstância de se presumir ser consideravelmente menor a possibilidade de êxito no agravo de instrumento dirigido ao TST do que naquele dirigido ao TRT. Logo, se no segundo caso a execução é completa, com maior razão deverá sê-lo no primeiro.

CONCLUSÕES

1) No processo trabalhista, a possibilidade de execução provisória é a regra geral a ser seguida, ao revés do que ocorre no processo civil.

2) A execução provisória trabalhista poderá ter caráter completo ou incompleto.¹⁴ Neste último caso, seu desenvolvimento será *parcial*, prosseguindo até o ato da penhora, e seguindo adiante somente quando a validade desta já tenha sido consolidada em sede de agravo de petição; no primeiro, terá desenvolvimento *total*, autorizando-se inclusive a plena prática de atos de expropriação de bens do devedor.

3) No processo do trabalho, será sempre provisória e parcial a execução, exceto nas hipóteses de pendência de recurso extraordinário – ou de agravo de instrumento a este correlato – de agravo de instrumento contra despacho que impeça o processamento de agravo de petição, e de agravo de instrumento contra despacho denegatório de recurso de revista em sede de execução.¹⁵

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Ísis de. *Manual de direito processual do trabalho*. 2º volume, 9ª edição, atualizada e ampliada, São Paulo: LTr, 1998.

ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de processo civil*. Volume VI: arts. 566 a 645. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BARRETO, Amaro. *Execução cível e trabalhista*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S. A. , 1975.

BRASIL. Poder Judiciário. Justiça do Trabalho. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. *Equilíbrio*. Ementário de jurisprudência, n.º 02/2005, São Paulo: Colorsystem, jan./mar. 2005.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 25ª edição, atualizada e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2000.

CESARINO JUNIOR, Antonio Ferreira. *Consolidação das Leis do Trabalho anotada*. Volume II, 2ª edição atualizada e ampliada, Rio de Janeiro / São Paulo: Freitas Bastos, 1945.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Volume IV. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 21ª edição atualizada, São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 24ª edição, São Paulo: Atlas, 2005.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. Volume II, 1ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1990.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das leis do trabalho comentada*. 36ª edição, São Paulo: LTr, 2003.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Execução no processo do trabalho*. 5ª edição, revista e atualizada, São Paulo: LTr, 1995.

14. No campo terminológico, talvez se pudesse cogitar ainda de execução provisória perfeita – no sentido de acabada – ou imperfeita.

15. Completa, outrossim, será a execução que esteja sedimentada na hipótese prevista pelo parágrafo segundo do art. 588 do CPC.

APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ART 253, II, CPC NO PROCESSO DO TRABALHO: UMA TENTATIVA DE SE EVITAR A ESCOLHA DO JUÍZO

William de Almeida Brito Júnior¹

Resumo: *Visando evitar a maliciosa escolha do juízo para o julgamento do processo trabalhista é necessário que se aplique subsidiariamente o artigo 253, inciso II, do Código de Processo Civil.*

Palavras-chave: *desistência – ação trabalhista – prevenção – competência absoluta*

Estes breves apontamentos que aqui se iniciam têm como escopo analisar a eventual aplicação do artigo 253, inciso II, do Código de Processo Civil no âmbito do processo trabalhista.

O artigo em questão preceitua o seguinte:

“Art. 253. Distribuir-se-ão por dependência as causas de qualquer natureza:

I – (...)

II – quando, tendo havido desistência, o pedido for reiterado, mesmo que em litisconsórcio com outros autores.”

Tal estudo afigura-se importante, considerando que, para que tal dispositivo seja aplicável ao processo do trabalho, é mister que ele cumpra as exigências previstas no artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho (omissão na CLT e compatibilidade do dispositivo do direito comum no âmbito do processo do trabalho).

Para melhor visualização do debate, entendo por bem transcrever o artigo 769 consolidado:

De efeito dispõe o mencionado artigo 769 da CLT:

“Art. 769. Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste título.”

Conforme veremos nas linhas abaixo, a adoção do artigo 253, II, CPC visa por fim a uma pernicioso prática corrente na justiça trabalhista: o não comparecimento do reclamante à audiência inicial, com o consectário arquivamento do processo, nos termos do artigo 844 da Consolidação das Leis do Trabalho, e a repropositura de ação idêntica, para que seja redistribuída a outro juízo que tenha outro entendimento sobre a matéria.

Este fato se constitui na abominável tentativa de escolha do juízo para apreciação da reclamação trabalhista. A “estratégia processual” em questão representa na verdade um ato de profunda má-fé por parte do reclamante e evidente desrespeito à ética processual e profissional por parte de seu causídico, podendo sujeitar o responsável à condenação às penas previstas em caso de litigância de má-fé, conforme previsto nos artigos 16 a 18 do Código de Processo Civil.

Isso ocorre pelo fato de que muitos advogados já conhecem o entendimento pessoal de cada magistrado acerca da solução jurídica dada à matéria que está sendo levada a juízo. Assim, quando percebem que a petição inicial é distribuída para um determinado juiz que possui entendimento diverso do seu, o reclamante é instruído a não comparecer à audiência inicial para que, dessa maneira, o processo seja arquivado (art. 844, CLT) e, assim, possa ser reproposta nova demanda, nos idênticos termos do processo arquivado.

1. Procurador do Estado de Goiás. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás.

Esta realidade fática é fielmente retratada por Cândido Rangel Dinamarco, senão vejamos:

“A desistência e ulterior repropositura da demanda é um expediente (abusivo e inescrupuloso – José Rogério Cruz e Tucci) de que às vezes lançam mão os demandantes, em busca de melhor sorte. Não obtida a liminar em um foro ou em uma vara, vamos tentar em outra. Distribuída a causa a um juiz que vem decidindo aquela mesma tese de modo não conveniente ao autor, vamos ver se da segunda vez a distribuição será mais feliz. Isso acontece em relação a causas portadoras de teses que se repetem, com em matéria tributária.”² “

Para afastar essa prática aviltante, o legislador federal editou a Lei nº 10.358 de 27 de dezembro 2001, que incluiu o inciso II ao artigo 253 do Código de Processo Civil. Trata-se de lei editada no âmbito da denominada “reforma processual”, que consiste em um conjunto de leis que vem alterando o Código de Processo Civil de maneira gradativa e fracionada.

Assim, o Código de Processo Civil, após a alteração legislativa, determina que se for reproposta ação idêntica àquela que foi arquivada, ela obrigatoriamente será distribuída por dependência ao juízo que inicialmente conheceu do processo.

Comentando o dispositivo em questão, trazemos a abalizada lição de Nelson Nery Júnior:

“A norma determina seja feita a distribuição por dependência, quando se tratar de repropositura da ação cujo processo tenha sido extinto anteriormente por desistência (CPC 267 VIII). Mesmo que o autor desista da ação, o juízo para o qual foi distribuída a ação extinta continua competente para processar e julgar a mesma ação quando for reproposta, ainda que o autor venha acompanhado de outros litisconsortes.”³ “

Nas sábias palavras de Miguel Reale a competência determinada pela dependência é *funcional sucessiva* e, portanto, absoluta.⁴ Assim, o juízo que inicialmente tomou conhecimento do processo arquivado (realizou qualquer ato processual) será o competente para conhecer e apreciar a ação reproposta nos idênticos termos da outra.

Alexandre Freitas Câmara, invocando lições de Chiovenda, afirma tratar-se do *fenômeno da competência funcional ocorrendo em processos diferentes*, senão vejamos:

“Há, ainda, o fenômeno da competência funcional ocorrendo entre processos diferentes, quando todos eles são ligados por uma mesma pretensão (ou, como dizia Chiovenda, em trecho de sua obra a pouco citado, a uma mesma vontade de lei). É o que ocorre (omissis) ainda, do juízo para que se distribuiu o primeiro processo quando, extinto este por desistência da ação, pretender o autor ajuizar novamente a mesma demanda, sozinho ou em litisconsórcio (omissis). Em todas estas hipóteses tem-se um juízo competente também para todos os demais processos ligados àquele primeiro por serem destinados à atuação de uma mesma vontade da lei.”⁵

No mesmo sentido do entendimento destes ilustres juristas acima referidos, Cândido Rangel Dinamarco em sua festejada obra “A Reforma da reforma” faz as seguintes ponderações:

“Mas a prevenção de que cuidava o art. 253 era somente aquela relativa a outras causas, desde que conexas à primeira, e não à própria primeira causa, quando reproposta. Ainda assim, certos setores da jurisprudência evoluíram no sentido de considerar preventivo o juízo da primeira propositura não somente para o processo que lhe foi distribuído e para as causas conexas, mas também para a própria causa primeira, quando o demandante desistisse e depois voltasse a propô-la.”⁶ “

Seguindo esta trilha doutrinária, acerca da aplicabilidade do artigo 253, II, Código de Processo Civil ao processo do trabalho, Wagner D. Giglio preleciona, *in verbis*:

2. A Reforma da Reforma. São Paulo: Malheiros, 2002.

3. Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante. 7 ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2003.

4. Revista do Tribunais, 538/31.

5. Lições de Direito Processual Civil, Vol. I, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003. p.72

6. Op. cit. p. 74.

“Deverão ser distribuídos por dependência os feitos de qualquer natureza que se relacionarem, por conexão ou continência, com outros que já houverem sido distribuídos, ainda que tenha ocorrido desistência, segundo a regra inserta no Código de Processo Civil, art. 253⁷”

Conforme mencionado acima por Cândido Rangel Dinamarco, nossos tribunais, apesar de ainda recente inovação legislativa, já têm se posicionado neste sentido, consoante se vislumbra de julgado extraído do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região:

“Voltando ao tema, concluímos que a competência fixada continua a prevalecer, mesmo em relação a processos encerrados. Isso quer dizer, como foi anteriormente frisado, que a competência para julgar os processos entre o mesmo reclamante e reclamado será sempre do mesmo juízo, ressalvadas as hipóteses do art. 87 do CPC, que cuida da exceção à regra. Além do posicionamento jurídico, há o aspecto prático destas conclusões que, se forem adotadas, impedirão a avalanche de reclamações repetidas, muitas vezes fraudando a própria “distribuição”, quando alguns reclamantes manipulam o sistema, escolhendo, por quaisquer razões, a vara do trabalho que irá julgar a sua reclamação.” (MS n.º 546/2001; Juiz Bolívar Viegas Peixoto; TRT 3ª Região; DJMG 26/04/2002; p.4)

Este julgado apenas ilustra a orientação jurisprudencial pacífica do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (Minas Gerais), tendo em vista que referido Tribunal já até editou a Orientação Jurisprudencial n.º 01, *litteris*:

“ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N.º 01 ORIGEM: TRT/SDI 1ª SEÇÃO ESPECIALIZADA FONTE: DJMG 17.07.2004.

PREVENÇÃO. ARQUIVAMENTO DA RECLAMAÇÃO. DISTRIBUIÇÃO POR DEPENDÊNCIA.

O arquivamento da reclamação equivale à desistência da ação e torna prevento o Juízo, para os efeitos do inciso II do art. 253 do CPC.”⁸

E não há que se falar em inaplicabilidade deste dispositivo ao processo do trabalho. O artigo 769 do texto consolidado, prevendo hipóteses de omissão, invoca a subsidiariedade do direito processual comum, desde que este não seja incompatível com as normas da CLT.

Tal artigo consolidado é plenamente aplicável, razão pelo qual cito as lições de Délio Maranhão:

“Processo comum com fonte subsidiária. Nos casos omissos diz o art. 769 da Consolidação—o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, desde que a norma do direito comum não seja incompatível com os princípios do direito especial.”⁹

Primeiramente, para adequação da subsidiariedade do Código de Processo Civil no processo do trabalho, há que existir uma omissão legislativa acerca da matéria.

No caso em apreço a omissão na lei está patente, pois a legislação trabalhista não possui qualquer dispositivo que trata da distribuição por dependência de ação idêntica ao juízo em que foi distribuída a primeira petição inicial, na hipótese de não comparecimento do reclamante à audiência inicial.

Configurada a omissão, passamos a analisar o requisito da compatibilidade do dispositivo legal com o processo trabalhista. Pois bem, entendemos ser perfeitamente compatível com o processo do trabalho os ditames previstos no artigo 253, inciso II, do Código de Processo Civil, por óbvios motivos de ética processual e profissional.

Tal preceito legal visa evitar a malfadada escolha de juizes para o julgamento da lide. Este preceito é profundamente salutar e serve como um instrumento de moralização da atuação processual; de adequação aos preceitos do artigo 14 do Código de Processo Civil e da moderna tendência à busca do *processo justo*.

7. Direito Processual do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2002

8. Disponível em <http://www.mg.trt.gov.br>. Acesso em 16.ago.2004.

9. Sussekind Arnaldo ...[et. al.] – Instituições de direito do trabalho. 17ª ed. São Paulo: LTR, 1997

Dessarte, não se visualiza qualquer incompatibilidade do artigo 253, II, CPC com o processo trabalhista, mas sim o contrário, pois tal aplicação subsidiária serve como medida de aperfeiçoamento e modernização do processo do trabalho.

Além do mais, o não comparecimento do reclamante à audiência possui a natureza jurídica de “desistência do pedido”. Trata-se da prática de ato incompatível ao desejo de litigar. Aliás, esta é a opinião esposada por Valentin Carrion:

“Contestada a ação, se o autor não comparecer para prestar depoimento, arquivase a reclamação, caso o requeira o réu; a ação poderá ser renovada pelo autor. Se o réu o requerer, a ação terá prosseguimento, pois o contrario seria permitir a desistência da ação pelo autor, depois de contestado o feito.”¹⁰ “

Considerando a ausência injustificada do reclamante à audiência inicial como uma verdadeira “desistência do pedido” deduzido na inicial, tal fato atrai a incidência do artigo 253, II, do Diploma Processual Civil.

Tais as razões acima aventadas, torna-se imperiosa a aplicação do artigo 253, II, Código de Processo Civil ao processo do trabalho, por força do permissivo legal contido no artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Apesar da alteração legislativa conferida ao artigo 253, II, do Código de Processo Civil ser recente, entendemos por bem que a jurisprudência pátria evolua no sentido de se aplicar este artigo no processo trabalhista, a exemplo do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região ao editar a mencionada Orientação Jurisprudencial nº 01, evitando-se, assim, a maliciosa e inescrupulosa escolha do juízo para se apreciar a demanda do reclamante.

ABSTRACT: *Willing to avoid the malicious choice of the jurisdiction to the labor process judgment, it is mandatory to apply Title 253, disposition II, subsidiarily of the civil process code.*

KEY-WORDS: *withdrawal, labor suit, prevention, absolute competence*

BIBLIOGRAFIA

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003.

CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A Reforma da Reforma. São Paulo: Malheiros, 2002.

GIGLIO, Wagner D. Direito Processual do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante. 7 ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2003.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. Instituições de direito do trabalho. 17ª ed. São Paulo: LTr, 1997

REVISTA DO TRIBUNAIS, 538/31

10. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2004

O ENUNCIADO 331, ITEM IV, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO FRENTE À LEI Nº 8.666/93

William de Almeida Brito Júnior¹

Este breve estudo tem como fim analisar o teor do item IV do Enunciado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho em face da Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993).

Antes de darmos início é imperioso esclarecer que existe um grande embate doutrinário acerca da aplicação do novel item IV do Enunciado 331/TST, havendo abalizadas opiniões em ambos os sentidos. A primeira corrente defende a tese de que o mencionado item do enunciado é plenamente aplicável, ao passo que a outra entende que tal item não deve ser aplicado em detrimento da legislação que versa sobre licitações e contratos celebrados no âmbito da administração pública.

Para fins didáticos e para melhor visualização do tema entendemos de bom alvitre transcrever o retromencionado item IV do Enunciado 331/TST que foi alterado pela Resolução nº 96/2000 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho:

“IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 – da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).”

Cumpramos ressaltar que a redação anterior deste item não fazia qualquer referência aos órgãos da administração direta, autarquias, fundações e sociedades de economia mista, senão vejamos o teor da antiga redação.

A primeira corrente doutrinária é mais favorável aos interesses do trabalhador em detrimento dos interesses do Estado, sendo que os defensores desta tese pugnam pela aplicação irrestrita do Enunciado 331/TST em detrimento da Lei nº 8.666/93.

Defendendo este posicionamento podemos citar as palavras de Francisco Antônio de Oliveira:

“O inciso IV do Enunciado foi revisto, acrescentando-se, didaticamente: “inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista”. (...) Com a modificação, a mais alta Corte Trabalhista coloca as coisas em seus devidos lugares e passa a responsabilizar o Poder Público. Modificação oportuníssima.”²

Perfilhando o mesmo entendimento, eis as ponderações de Maurício Godinho Delgado:

“Ora, o Enunciado 331, IV, não poderia, efetivamente, absorver e reportar-se ao privilégio da isenção responsabilizatória contido no art. 71, § 1º, da Lei de Licitações – por ser tal privilégio flagrantemente inconstitucional. A súmula enfocada, tratando, obviamente, de toda a ordem justralhista, não poderia incorporar em sua proposta interpretativa da ordem jurídica – proposta construída após largo debate jurisprudencial – regra legal afrontante de antiga tradição constitucional do país e de texto expresso da Carta de 1988... Não poderia, de fato, incorporar tal regra jurídica pela simples razão de que norma inconstitucional não deve produzir efeitos.”³

Apesar das respeitadas opiniões dos renomados juristas acima citados, dentre outros, há uma segunda corrente, a qual nos filiamos, que defende a aplicação do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 e a não subsistência do item IV do Enunciado 331, por ser este o melhor posicionamento que se coaduna com os interesses públicos.

1. Procurador do Estado de Goiás. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás.

2. Comentários aos enunciados do TST. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 879.

3. Curso de direito do trabalho. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 455.

O teor da nova redação conferida ao item IV é totalmente absurdo e viola frontalmente a Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93), em seu artigo 71, parágrafo primeiro, conforme se demonstrará a seguir.

O mencionado artigo 71, em seu parágrafo primeiro, dispõe, de forma cristalina, o seguinte:

“Art. 71 - **O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas**, previdenciários, fiscais e comerciais da execução do contrato.

§ 1º - **A inadimplência do contrato com referência aos encargos trabalhistas**, fiscais e comerciais **não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento**, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o registro de imóveis.” (grifo nosso)

Assim, uma vez inadimplidos os encargos trabalhistas por parte da empresa contratada pela administração pública, tais débitos não poderão ser imputados a esta, mas sim ao próprio prestador de serviços, que é o real empregador. A redação do artigo é clara e objetiva, não dando ensejo a interpretações contrárias.

Aliás, esta é a opinião esposada por Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

“O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato (art. 71). A inadimplência do contratado não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis (art. 71, § 1º).⁴”

Comungando deste mesmo entendimento, temos as lições de Carlos Pinto Coelho Motta, senão vejamos:

“Incumbe ao contratado o pagamento de encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais, isentando a Administração Pública desse ônus também no caso de inadimplência do contratado.⁵”

E, por fim, o mesmo autor arremata o seguinte:

“Por via de conseqüência, não se autoriza ao contratado criar, durante a execução contratual, obrigação trabalhista para o contratante; e tampouco descumprir itens como capacidade financeira – que poderia ser afetada por sucessivos passivos trabalhistas.⁶”

Discorrendo sobre o tema em testilha, o Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios Leonardo Jubé de Moura preleciona que a administração pública não responde pelos encargos trabalhistas devidos pela empresa contratada, tendo em vista não existir qualquer relação jurídica estabelecida entre o Estado e o empregado daquela, senão vejamos sua opinião:

“Com efeito, o E. TST – reconhecendo a inexistência de vínculo empregatício – fixa a responsabilidade do ente público na órbita civil/administrativa, cogitando de responsabilidade objetiva do Estado e/ou de culpa *in vigilando e in eligendo*. Ora, não há, *in casu*, relação trabalhista entre a Administração e os empregados da empresa contratada. Há, isto sim, contrato de prestação de serviços, entre empresa e ente público, regido por normas de Direito Administrativo e de Direito Civil – nada que diga com Direito do Trabalho.⁷”

4. Direito Administrativo. 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 336.

5. Eficácia nas licitações e contratos: estudos e comentários sobre as Leis 8.666/93 e 8.987/95, com a redação dada pela Lei 9.648 de 27/5/98. 8ª ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 305.

6. Op. cit. p. 306.

7. Responsabilidade subsidiária dos entes da administração por débitos trabalhistas. Enunciado 331/TST. Ilegalidade e inconstitucionalidade. Disponível em <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em 18 de novembro de 2004.

A lei só abre uma exceção no que tange aos encargos previdenciários, em que a Administração Pública responde solidariamente com o contratado, nos termos da Lei nº 8212/1991 (art. 71, § 2º).

Analisando o mencionado Enunciado 331 pode-se constatar que ele diz exatamente o contrário do que está previsto no parágrafo primeiro do artigo 71, ao preceituar que o inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo prestador de serviços implica em responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, mesmo que este seja uma pessoa jurídica de direito público.

Permissa venia, tal entendimento jurisprudencial não pode prevalecer, visto que está em total desconformidade com a legislação que rege a matéria. Frise-se que a Consolidação das Leis do Trabalho é omissa no ponto referente à responsabilidade do tomador de serviços em contratos de terceirização, sendo que a matéria encontra-se regulamentada de forma precisa pelo artigo 71 da Lei de Licitações e Contratos.

Primeiramente, porque se trata de lei em sentido estrito, ou seja, em sentido formal e material, que passou pelo crivo dos Poderes Legislativo e Executivo que, todavia, não pode ser derogada por um mero entendimento jurisprudencial. Do contrário, os membros do Poder Judiciário estariam imiscuindo-se indevidamente na atividade legislativa.

Além do mais, em regra geral, a administração pública, ao contratar, já realiza o processo de licitação, de acordo com as diretrizes previstas na Lei nº 8.666/93, o que inclui a exigência de farta documentação, a fim de aferir a idoneidade da empresa contratada. Durante a fase pré-contratual o Estado utiliza de toda diligência para escolher a empresa com a qual irá celebrar o contrato. Dessarte, resta afastada qualquer alegação de culpa *in eligendo* por parte do Estado, pois o processo administrativo de licitação teve como objetivo escolher a melhor proposta e aferir a idoneidade econômica, financeira e jurídica da empresa para que seja celebrado o contrato de prestação de serviços com a administração pública.

Sobre a finalidade do procedimento licitatório, trazemos as precisas lições de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, *in verbis*:

“Licitação traz ínsita a idéia de disputa isonômica ao fim da qual será selecionada a proposta mais vantajosa aos interesses da Administração com vistas à celebração de um contrato administrativo, entre ela e o particular vencedor do certame, para a realização de obras, serviços, concessões, permissões, compras, alienações ou locações.”⁸

Assim, a administração pública ao terceirizar serviços mediante prévia licitação já demonstra o interesse em escolher o melhor contratado e empreende todos os esforços para que seja escolhida uma empresa economicamente idônea.

A terceirização da prestação de serviços, como o de vigilância e limpeza, é plenamente lícita e utilizada comumente pelos entes da administração pública, conforme podemos visualizar na lição de Maria Sylvania Zanella Di Pietro:

“Portanto, o que é perfeitamente possível no âmbito da Administração Pública é a terceirização como contrato de prestação de serviços. Na realidade, isto sempre foi feito, sem que se empregasse o termo terceirização, o que permite reafirmar que o direito administrativo moderno foi invadido por termos novos para designar institutos antigos, apenas com a diferença de que hoje vêm carregados de nova ideologia. Na atual Constituição, o inciso XXI do art. 37 dá o fundamento para a contratação de serviços, ao incluí-los, expressamente, entre os contratos dependentes de licitação. É evidente que o intuito do legislador não foi o de inovar – pois tais contratos sempre foram celebrados –, mas o de tornar expresso que a licitação é obrigatória, inclusive para as entidades da Administração indireta.”⁹

8. Op. cit. p. 355.

9. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 3ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 168

Se por ventura a empresa prestadora de serviços contratada pelo Estado para realização de serviços de limpeza ou vigilância não cumprir suas obrigações trabalhistas cabe ao empregado ingressar com reclamação trabalhista somente em desfavor da empresa e não em face da administração pública, pois esta não responde pelos encargos trabalhistas oriundos do contrato de prestação de serviços.

E, se por acaso a empresa não tiver patrimônio para honrar as suas dívidas trabalhistas, o reclamante deve requerer a desconsideração da personalidade jurídica a fim de atingir o patrimônio dos sócios da empresa. O inadimplemento das obrigações trabalhistas implica em fraude à lei, o que autoriza a aludida desconsideração da pessoa jurídica.

No tocante à culpa *in vigilando* por parte do Estado, tem-se que este argumento não procede, pelo fato de que é totalmente inviável que o Estado fiscalize a atividade de todas as empresas com as quais celebra contratos de prestação de serviços. Cabe ao Estado somente o ônus de tomar todas as precauções para escolher as empresas com as quais irá contratar, através do procedimento licitatório, sendo que o inadimplemento por conta dessas empresas não pode ser imputado àquele.

O Estado não tem meios de evitar o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte das empresas contratadas, podendo apenas aplicar sanções ao contratado, uma vez verificado o desrespeito às mesmas.

E repita-se, verificado o inadimplemento, a única medida a ser adotada pelo Estado é aplicar-lhe as sanções da Lei nº 8.666/93, como a rescisão unilateral do contrato.

Seguindo este norte, eis o entendimento perfilhado pela Procuradora do Estado de São Paulo Dora Maria de Oliveira Ramos:

“De outra forma, a princípio, não há que se falar em culpa *in vigilando* e/ou culpa *in eligendo*, uma vez ausente o dever de fiscalização do tomador do serviço, quanto ao cumprimento das obrigações sociais do prestador, fora das hipóteses previstas no ordenamento jurídico. (...) No tocante às verbas salariais, no entanto, não existe essa obrigação de fiscalizar. No âmbito dos ajustes firmados pela Administração Pública, a matéria é regulada pelo artigo 71 da Lei de Licitações (Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993), que dispõe ser obrigação da contratada o adimplemento das obrigações de caráter trabalhista, previdenciário, fiscal e comercial, não se admitindo o repasse à Administração das conseqüências de seu inadimplemento.¹⁰”

Conforme a explanação da douta procuradora, não existe qualquer lei que obrigue os entes da administração pública a fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas por parte das empresas prestadoras de serviço terceirizado. Pelo contrário, existe um dispositivo legal que afasta por completo a responsabilidade do Estado-contratante perante as dívidas trabalhistas assumidas pela empresa-contratada. Assim, incabível se cogitar de culpa *in vigilando* por parte do Estado, para imputar a este a responsabilidade pelas dívidas trabalhistas.

A observância incondicional do item IV do enunciado em questão implica em inviabilizar ou, no mínimo, dificultar a terceirização de prestação de serviços por parte dos entes que integram a administração pública.

Conforme dito anteriormente, a legislação consolidada não disciplina tal matéria, dada a sua especialidade. Somente a Lei de Licitações e Contratos é que trata da matéria de maneira clara e precisa.

Desse modo, torna-se imperiosa a estrita observância da legislação regente da matéria, tanto na fase pré-contratual (realização de licitação), quanto na fase posterior (execução do contrato), não havendo que se perquirir de culpa *in eligendo* ou *in vigilando* por parte do Estado.

10. Terceirização na administração pública. São Paulo: LTr, 2001, p. 146.

Do contrário, estaremos dando prevalência a um entendimento jurisprudencial em detrimento da legislação que rege a matéria. E, conforme dito anteriormente, é inconcebível que uma mera orientação jurisprudencial tenha o condão de revogar a legislação que passou por todo o processo legislativo.

Além do mais, não se pode deixar de aplicar uma lei sob a eventual alegação de que ela é injusta. A lei deve irrestrito respeito à Constituição Federal, e se ela não for expurgada do mundo jurídico via ação direta de inconstitucionalidade, ela somente perde vigência se for revogada ou modificada por outra, conforme previsão do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, *in litteris*:

“Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.”

Deste modo, inconcebível cogitar de eventual revogação da lei pelo enunciado jurisprudencial, mesmo que a intenção seja a melhor para com os interesses do trabalhador.

Além de todo o exposto, é forçoso lembrar que a administração pública é regida pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular. Assim, não deve prevalecer o entendimento que favoreça o interesse particular do empregado em detrimento do Poder Público como um todo, sob pena da Justiça Trabalhista causar danos indevidos ao erário e ao interesses público.

Discorrendo sobre o princípio da supremacia do interesse público, entendemos por bem transcrever as judiciosas lições do eminente Prof. Diógenes Gasparini:

“No embate entre o interesse público e o particular há de prevalecer o interesse público. Esse o grande princípio informativo do Direito Público no dizer de José Cretella Júnior (Tratado, cit. v. 10, p. 39). Com efeito nem mesmo se pode imaginar que o contrário possa acontecer, isto é, quer o interesse de um ou de um grupo possa vingar sobre o interesse de todos.¹¹”

Seguindo este entendimento doutrinário a Procuradora do Estado de Goiás, Amélia Augusta Fleury Teixeira, deixou consignado taxativamente o seguinte:

“A atividade desenvolvida pela Administração Pública é inquestionável; visa alcançar o interesse público, portanto, o da coletividade. A preponderância e defesa do interesse público levaram a atribuição de prerrogativas à Administração como parte do contrato, sem sacrifício dos direitos pecuniários do particular contratado. Ao se revestir de prerrogativas especiais para a tutela destes interesses, eles se tornaram inalienáveis, a supremacia do interesse público é indisponível. Decorre daí que, mesmo ao delegar o exercício de determinadas funções a outrem, a Administração delas não pode dispor. Ao contratar terceiros, o resultado desta contratação é de interesse coletivo. **O Contratado, deixando de cumprir suas obrigações de empregador e aplicando-se o Enunciado 331/TST, a Administração torna-se responsável pelo inadimplemento de terceiro. É o interesse privado sobrepondo ao público. Inconcebível tal situação.**¹²” (grifo nosso)

Conforme explanado em linhas derradeiras, dando-se prevalência ao Enunciado nº 331 em detrimento da Lei nº 8.666/93, estar-se-ia inviabilizando a utilização da terceirização por parte do Estado, pois ele assumiria as funções de um segurador universal dos débitos trabalhistas devidos pelas empresas com as quais celebra contrato de prestação de serviços terceirizados.

11. Direito Administrativo. 7ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 18.

12. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de Goiás, *A alteração do Enunciado 331/TST, face ao artigo 71 da Lei nº 8.666/93*, nº 21, Centro de Estudos: Goiânia, 2002.

Uma vez celebrado o contrato de prestação de serviços, o Estado se desincumbe de suas obrigações ao pagar o valor contratado, sendo que não há qualquer relação jurídica entre o Estado (contratante) e o empregado da empresa prestadora de serviços (contratada). Deste modo é inadmissível que os empregados lesados busquem a tutela jurisdicional em desfavor do Estado, que, por fim, além de pagar pelo serviço contratado, teria que arcar com as dívidas trabalhistas de outrem.

O entendimento que mais se coaduna com o interesse público é aquele no qual a administração pública não responda por débitos trabalhistas devidos pela empresa prestadora de serviços, pois esta é que deve ser responsabilizada exclusivamente por tais dívidas.

O eventual passivo trabalhista deve ser buscado perante o real empregador e não contra o Estado. Assim, a Justiça do Trabalho, instância independente e imparcial que é, tem o dever de perceber que o patrimônio público não é remédio para todos os males, não devendo o Estado ser responsabilizado indevidamente por obrigações devidas por terceiros.

Data máxima vênia dos respeitados doutrinadores que possuem opinião em sentido contrário, entendemos que o Enunciado 331, inciso IV, não tem o condão de prevalecer sobre o artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, que é o instrumento normativo que regula a responsabilidade contratual dos entes da administração pública.

BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. Direito Administrativo. 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização e outras formas. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 7ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

MOURA, Leonardo Jubé de. Responsabilidade subsidiária dos entes da administração por débitos trabalhistas. Enunciado 331/TST. Ilegalidade e inconstitucionalidade. Disponível em <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em 18 de novembro de 2004.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas licitações e contratos: estudos e comentários sobre as Leis 8.666/93 e 8.987/95, com a redação dada pela Lei 9.648 de 27/5/98. 8ª ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. Comentários aos enunciados do TST. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Terceirização na administração pública. São Paulo: LTr, 2001.

Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de Goiás, *A alteração do Enunciado 331/TST, face ao artigo 71 da Lei nº 8.666/93*, nº 21, Centro de Estudos: Goiânia, 2002.

DIREITO À INTIMIDADE X REVISTA PESSOAL DO EMPREGADO

Líliá Leonor Abreu*

Deyse Jacqueline Zimmermann**

No conceito legal de empregador contido no art. 2º da CLT está inserto o poder de direção, a saber: “considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e **dirige** a prestação pessoal de serviços.”

O poder controlador (fiscalizador) é um corolário do poder diretivo. Para o presente estudo - revista pessoal do empregado - interessa focar esse poder que *é o conjunto de prerrogativas dirigidas a propiciar o acompanhamento contínuo da prestação de trabalho e a própria vigilância efetivada ao longo do espaço empresarial interno. Medidas como o controle de portaria, as revistas, o circuito interno de televisão, o controle de horário e frequência, a prestação de contas (em certas funções e profissões) e outras providências correlatas é que seriam manifestação do poder de controle.*¹

Todavia, o exercício do poder de fiscalização encontra limites em princípios e direitos, que estão contidos na Carta Constitucional e em Convenção Internacional.

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios fundamentais da República brasileira e está configurada em cláusula pétrea da Constituição Federal, segundo previsão do seu art. 1º, inc. III.

A dignidade do trabalhador também está ressaltada pela Carta da República no capítulo atinente aos princípios gerais da atividade econômica, art. 170, **caput**: *A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...).* Disso resta claro que o objetivo do legislador foi sujeitar a atividade econômica à observância dos direitos humanos.

A inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas é direito fundamental individual, em conformidade com o inc. X do art. 5º da Carta Maior. Esse dispositivo constitucional também prevê indenização por danos morais e patrimoniais acaso esse preceito seja violado, na forma da lei civil.

É necessário sopesar até que ponto esse poder controlador, de revista pessoal, poderá interferir nos direitos estabelecidos no inc. X do art. 5º da CF.

É importante lembrar que a Convenção nº 111 da OIT, que trata da discriminação no emprego e profissão, ratificada pelo Brasil em 1965, reconhece o limite do poder do empregador quando este ofende a liberdade do empregado (como ser humano), em situações de desrespeito à dignidade humana, como na hipótese de prática de vistoria pessoal/corporal, aviltante e humilhante.

Feitas essas considerações, forçoso concluir que a revista pessoal no empregado só pode ser considerada lícita quando não agride a sua dignidade, mais precisamente sua honra e sua intimidade.

Conforme visto, o poder de direção do empregador deve ser exercido com o respeito aos direitos fundamentais do trabalhador. Para tanto, o empregador deve estar sempre atento ao senso de equilíbrio na relação trabalhista, dando maior ênfase ao princípio da dignidade humana.

Não raro, o poder fiscalizatório, ou poder de controle do empregador, extrapola o

* Juíza do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Professora da UFSC.

** Assessora de Juiz do TRT/12ª Região.

1. DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. LTr, São Paulo, 2ª ed., 2003, p. 629.

respeito à dignidade humana do trabalhador, tal como ocorre em relação a algumas formas de revista, configurando repreensível abuso de direito.

Apesar da importância da matéria, a legislação ordinária brasileira somente no final da década de 90, por meio da Lei nº 9.799, de 26 de maio de 1999, proibiu expressamente a revista íntima em empregadas ou funcionárias (art. 373-A, inc. IV, da CLT). Isso não significa que essa proteção deva se restringir às mulheres, já que, nos termos da Constituição, homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (inc. I do art. 5º). Ao coibir a revista íntima, o texto legal não proíbe a revista em si (não íntima).

Países como a Itália, a Espanha e a Argentina há muitas décadas possuem legislação que disciplina a matéria. No estudo fornecido por Alice Monteiro de Barros², o art. 6º da Lei nº 300/1970 (Estatuto dos Empregados da Itália) dispõe que *as revistas pessoais de controle sobre o empregado são vedadas, salvo nos casos em que sejam indispensáveis aos fins da tutela do patrimônio empresarial, em relação à qualidade dos instrumentos de trabalho, da matéria-prima ou dos produtos. Nesses casos, as revistas pessoais poderão ser efetuadas só na saída do local de trabalho, salvaguardando-se a dignidade e a intimidade do empregado, por meio de sistemas de seleção automática referentes à coletividade ou a grupos de empregados. As hipóteses e condições nas quais será permitida a revista pessoal, como também as correspondentes modalidades, deverão ser acordadas entre o empregador e o representante sindical ou, na falta deste, a comissão interna. A ausência de acordo poderá ser provida pelo inspetor do trabalho, a requerimento do empregador.* Na Espanha, o art. 10.1 da Constituição consagra o respeito à dignidade da pessoa, e o art. 18 do Estatuto dos Empregados da Espanha, sob a influência desse preceito, dispõe que *“as revistas sobre a pessoa do empregado, seus pertences e efeitos particulares, quando necessárias à proteção do patrimônio do empregador e dos demais empregados da empresa, devem ser feitas dentro do estabelecimento e no horário de trabalho. Na sua realização, respeitar-se-á ao máximo a dignidade e intimidade do empregado, contando-se com a assistência de um representante legal dos empregados ou, em sua ausência, de outro empregado da empresa, sempre que isto for possível”*. Na Argentina, influenciada pela Itália, o art. 70 da Lei do Contrato de Trabalho (Lei nº 20.744/1976) prevê que *os sistemas de controles pessoais do empregado, destinados à proteção dos bens do empregador, deverão ser usados discretamente, salvaguardando a dignidade do empregado, por intermédio de meios de seleção automática destinados à totalidade do pessoal. Os controles do pessoal feminino deverão ser feitos exclusivamente por pessoas do mesmo sexo. Em todas as situações, os sistemas deverão ser postos ao conhecimento da autoridade que fiscaliza a aplicação das normas trabalhistas (art. 71), a qual será autorizada a verificar se os sistemas de controle utilizados pela empresa não afetam, de forma manifesta e discriminatória, a dignidade do empregado.* Como se vê, nesses países há uma legislação mais detalhada sobre o assunto, dando um norte aos Juizes quando se deparam com caso concreto.

No Brasil, em que a lei infraconstitucional proíbe a revista íntima, a revista pessoal tem sido aceitável em algumas circunstâncias. Com efeito, a fim de resguardar seu patrimônio de eventuais furtos, ou como forma de segurança das pessoas, o empregador, investido do seu poder de controle, pode utilizar-se da revista pessoal dos empregados. Nesse caso, o ato deverá ser realizado no local da empresa, normalmente na saída e excepcionalmente na entrada. Para tanto, na lição de Alice Monteiro de Barros, *não basta a tutela genérica da propriedade; deverão existir circunstâncias concretas que justifiquem a revista. É mister que haja, na empresa, bens suscetíveis de subtração e ocultação, com valor material, ou que tenham relevância para o funcionamento da*

2. BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. LTr, São Paulo, 2005, pp. 563/565.

atividade empresarial e para a segurança das pessoas. Ademais, a tecnologia também poderá ser utilizada para evitar ou reduzir os efeitos da revista na intimidade dos empregados. A título de exemplo, a colocação de etiquetas magnéticas em livros e roupas torna desnecessária a inspeção em bolsas e sacolas nos estabelecimentos comerciais. Quando utilizada, a revista deve ser em caráter geral, impessoal, para evitar suspeitas, por meio de critério objetivo (sorteio, numeração, todos os integrantes de um turno ou setor), mediante ajuste prévio com a entidade sindical ou com o próprio empregado, na falta daquela, respeitando-se, ao máximo, os direitos da personalidade (intimidade, honra, entre outros).³ (...) Para evitar a introdução de objetos como explosivos ou outro objeto capaz de colocar em risco a segurança das pessoas ou o patrimônio empresarial, recomenda-se o sistema automático de detecção de objetos, não seletivo, geralmente usado nos aeroportos. Instalado tal sistema, pode-se justificar, diante do sinal de alarme, a revista individualizada de certos empregados, sempre com a menor publicidade possível, na presença de um colega de trabalho, dependendo da circunstância, de colega do mesmo sexo, e respeitando-se a dignidade pessoal do empregado.⁴ (...) A revista individual só se justifica quando fundada em sérias razões. A revista efetuada em uma ou poucas pessoas, ainda que de forma superficial e respeitosa, pode ser altamente lesiva para elas, pois se tornarão suspeitas. Daí a inadmissibilidade de controles discriminatórios, arbitrários, dos quais advenha predisposição contra os empregados selecionados.⁵

O Ministério Público do Trabalho tem promovido ações positivas com o objetivo de coibir a prática da revista íntima. Em 2004, o MPT da 4ª Região conseguiu com que uma empresa de alimentos assinasse um termo de compromisso de ajustamento de conduta, comprometendo-se a deixar de realizar revista íntima de seus funcionários, diretamente ou mediante prepostos. O termo previu ainda que a empresa fizesse circular dentro da indústria a redação dos arts. 5º, **caput**, I e X, da CF e 373-A da CLT.⁶ O mesmo resultado positivo obteve o MPT da 3ª Região junto a uma empresa de transporte de valores, no qual ela se comprometeu a parar com as revistas íntimas.⁷

A jurisprudência brasileira tem tolerado a revista até o limite do razoável, ou seja, não tem admitido conduta que agrida a dignidade da pessoa do trabalhador, ante os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal. Nesse contexto, é intolerável a revista que consiste em desnudar o trabalhador, ainda que diante de pessoas do mesmo sexo, nem mesmo quando haja suspeita de prática de ato de improbidade e autorização obreira.

Por outro lado, a vistoria de empregados na saída da empresa, em local próprio e reservado, sem contato físico e sem exigência de descobrir o corpo, tem sido aceitável.

Há julgadores, no entanto, que entendem que não há qualquer sentido em se proceder a uma revista cotidiana nos pertences do empregado sem que haja um motivo concreto capaz de caracterizar a prática de determinado ato ilícito. Para eles, a invasão da esfera particular do indivíduo compreende não apenas o seu corpo, mas também os seus pertences, não sendo necessário despir o empregado para que a violação da sua intimidade ocorra.⁸

Em contrapartida, outros consideram que a vistoria realizada em sacola de compras

3. *Ibid* em p. 558

4. *Ibid*, em p. 559

5. *Ibid*, em p. 562

6. <http://www.pgt.mpt.gov.br/noticias/2004/11/n592.html>

7. <http://www.pgt.mpt.gov.br/noticias/2005/04/n281.html>

8. DANO MORAL. REVISTA ÍNTIMA E DE BOLSAS DO EMPREGADO. VIOLAÇÃO AO DIREITO À INTIMIDADE. A revista de bolsa de empregado constitui-se em nítida violação ao direito à intimidade, constitucionalmente assegurado. Tal fato, somente, comporta exceção em hipótese de situação concreta capaz de caracterizar a prática de determinado ato ilícito por aquele cometido. No presente caso, indiscutíveis as constantes revistas desmotivadas da bolsa do empregado violaram a intimidade deste, gerando, assim, a obrigação da reclamada ao pagamento de indenização por dano moral. Mas não é só. A invasão desarrazoada da esfera particular do indivíduo, nesta compreendidos não apenas o seu corpo, mas também os seus pertences,

realizadas pelo empregado junto ao próprio empregador, em conformidade com as regras observadas em relação a todos os empregados, quando praticada de forma respeitosa e discreta, não configura qualquer ofensa aos denominados direitos de personalidade. Nesse caso, o desconforto pessoal causado pelo procedimento, sem que haja qualquer circunstância excepcional que demonstre a ocorrência de excessos suscetíveis de macular a honra subjetiva do empregado ou mesmo o seu conceito moral no universo pessoal a que pertence, não é suficiente para justificar a reparação patrimonial.⁹

Recentemente, a 2ª Turma do colendo TST reformou uma decisão de Tribunal Regional que entendeu inexistir dano moral na vistoria pessoal feita em empregado despedido, mas levada a efeito de forma respeitosa, por empresa que tem de velar pelos produtos que manipula de natureza farmacêutica, tóxica e psicotrópica. Para a Corte Superior Trabalhista, não há circunstância que autorize o empregador a proceder à revista de seus empregados, mormente se ela os constrange a se despirem, por mais respeitosa que seja a conduta do preposto responsável pela vistoria. Se a natureza da empresa é direcionada à manipulação de drogas e substâncias psicotrópicas, deve tomar as precauções necessárias à segurança, como, por exemplo, a instalação de câmeras, que em nada ofendem a dignidade do trabalhador.¹⁰

A 4ª Turma do TST manteve, por unanimidade, a condenação imposta a uma loja

é suficiente para configurar violação à intimidade do empregado, não sendo, pois, necessário despir o empregado (ou tocar sua genitália) para que tal violação ocorra. Não bastasse tudo isso, o empregador ainda expunha o reclamante ao vexame ao proceder às referidas revistas perante outros trabalhadores. Recurso ordinário improvido. (acórdão TRT 19ª Região, processo nº 01769-2003-003-19-00-1, Relator Juiz José Abílio Neves Souza)

9. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. VISTORIA DE SACOLA DE COMPRAS EFETIVADAS PERANTE O EMPREGADOR. INEXISTÊNCIA DE OFENSA MORAL. A vistoria realizada em sacola de compras efetivadas pelo empregado junto ao próprio empregador, em conformidade com as regras observadas em relação a todos os empregados, quando praticada de forma respeitosa e discreta, não configura qualquer ofensa aos denominados direitos de personalidade. O desconforto pessoal causado pelo procedimento, sem que haja qualquer circunstância excepcional que demonstre a ocorrência de excessos suscetíveis de macular a honra subjetiva da operária ou mesmo o seu conceito moral no universo profissional a que pertence, não é suficiente para justificar a reparação patrimonial pretendida. (acórdão TRT 10ª Região, processo nº 00510-2002-10, Relator Juiz Douglas Alencar Rodrigues)

10. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. REVISTA ÍNTIMA. O egrégio Tribunal de origem emitiu entendimento no sentido de que não há dano moral a ser objeto de indenização resultante de vistoria pessoal (revista) feita em empregado despedido, mas levada a efeito de forma respeitosa, por empresa que tem de velar pelos produtos que manipula de natureza farmacêutica, tóxica e psicotrópica. Logra o reclamante demonstrar o dissenso mediante o primeiro aresto transcrito e o último de fl. 180 (RO 313/97), ambos inadmitindo a revista pessoal, por constituir ato de constrangimento, não obstante a atividade da empresa seja ligada à manipulação de medicamentos e drogas. Recurso conhecido por divergência jurisprudencial. Quanto ao mérito, decide-se pelos seguintes fundamentos: filio-me à corrente cujo entendimento é favorável à indenização. Com efeito, não há circunstância que autorize o empregador a proceder à revista de seus empregados quanto mais se ela os constrange a despirem-se, por mais respeitosa que seja a conduta do preposto responsável pela vistoria. É de todos sabido que o contrato de trabalho envolve um mínimo de fidedúcia entre ambas as partes. Se ao empregador remanesce dúvida sobre a integridade moral do candidato ao emprego deve, então, recusar a contratação. Não há como conciliar uma confiança relativa com o contrato de trabalho variável conforme a natureza da atividade da empresa. Se esta a direciona para a manipulação de drogas e substâncias psicotrópicas, deve, naturalmente, tomar as precauções necessárias à segurança, como, por exemplo, a instalação de câmeras, que em nada ofendem a dignidade do trabalhador. Mas não pode, a pretexto disso, investir-se dos poderes de polícia e submeter seus empregados a situações de extremo constrangimento, com total desprezo do direito do cidadão à preservação de sua intimidade. Não é por menos que tais valores e direitos foram erigidos ao *status* de objeto de garantia constitucional, o que se verifica do contido nos arts. 1º, III, 5º, III, e sobretudo no art. 5º, X, todos da Constituição. Nesses preceitos estão garantidos como direitos fundamentais a dignidade da pessoa, a vedação do tratamento desumano e degradante, assim como a inviolabilidade da intimidade e da honra. Este Tribunal, inclusive por esta mesma Segunda Turma, já proferiu decisões no mesmo sentido quanto à revista íntima, como se pode verificar dos processos RR 641.571/00, Quarta Turma, DJ de 21-02-2003, Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, e RR 512.905/98, Segunda Turma, DJ de 07-02-2003, Rel. Juiz convocado José Pedro de Camargo. Recurso a que se dá provimento para condenar a reclamada ao pagamento de indenização por dano moral, na forma do pedido. (acórdão - proc. TST-RR-533.779/1999.3, Relator Juiz convocado Samuel Corrêa Leite, pub. no DJU em 06-02-2004)

de comércio varejista ao pagamento de indenização de R\$ 10.000,00 por danos morais a uma ex-empregada que era submetida diariamente a quatro revistas íntimas a fim de coibir eventuais furtos de mercadorias. Ficou consignado no acórdão que *o fato de haver instrumento normativo prevendo a revista de empregados revela-se marginal diante da controvérsia deduzida nos autos, não tanto pelo fato de o Regional ter explicitado que a cláusula coletiva vedava expressamente a realização de revistas constrangedoras, mas sobretudo em virtude de o cerne daquela residir na aferição do prejuízo à honra e à dignidade da empregada nos procedimentos adotados para a realização da aludida revista. Nesse contexto, sabe-se que o dano moral constitui uma lesão a direitos da personalidade, que no caso dos autos são a honra e a intimidade da autora da reclamação. A sua configuração se efetiva com o abalo à dignidade da pessoa em sua consideração pessoal ou social. Do trecho do acórdão recorrido, em que se consignara que as revistas eram realizadas “sem observância da discrição e respeito necessários, inclusive na presença de todas as funcionárias a serem revistas”, e que consistiam em “mostrar seus sutiãs e calcinhas para sua chefe quatro vezes ao dia, ao longo de todo o contrato de trabalho”, é latente a agressão à honra e à intimidade da autora, não havendo como se reputar não caracterizado o dano moral, bem como afigura-se incontestável o abuso do poder diretivo do empregador, em condições de afastar qualquer indício de afronta ao art. 2º da CLT pelo Tribunal Regional. Com efeito, a revista realizada pela reclamada denuncia excessiva fiscalização, expondo a empregada à vexatória situação de ter de se despir perante funcionários da empresa, com comprometimento da dignidade e intimidade do indivíduo, pelo que reputo o procedimento adotado como lesivo à honra, exigindo a reparação pretendida.*¹¹

A doutrina tem considerado a revista uma espécie de polícia privada. Por essa razão é admitida excepcionalmente e de maneira genérica, com observância à privacidade do empregado, aos seus pertences e aos espaços pessoais e funcionais.

Para que a revista pessoal de empregado seja admitida como meio de proteger o patrimônio do empregador, como preservação do próprio objeto da atividade econômica ou para a segurança interna da empresa, há levar em conta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, jamais se afastando, ainda que as intenções pareçam válidas, da preservação da intimidade da pessoa humana, direito fundamental, universal e intocável, sob pena de se caracterizar o dano moral.

É importante que as condições e hipóteses de admissibilidade da revista, enquanto não regulamentadas por lei específica, sejam ajustadas previamente com o sindicato da categoria (instrumento coletivo) e estejam contidas no regulamento da empresa, com observância do direito à intimidade e à honra do trabalhador e dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo que os abusos serão resolvidos pela Justiça do Trabalho, que é competente para julgar o conflito e reconhecer eventual dano moral (art. 114, inc. VI, da CF).

BIBLIOGRAFIA

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. LTr, São Paulo, 2005
DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. LTr, São Paulo, 2ª ed., 2003.

SITES: www.tst.gov.br
www.pgt.mpt.gov.br
www.trt10.gov.br
www.trt19.gov.br

11. Acórdão - proc. TST RR-2671/2001-433-02-00, Rel. Min. Barros Levenhagen, pub. no DJU em 15-04-2005.

NOVA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO E REGRAS PROCESSUAIS

Júlio César Bebber*

SUMÁRIO: 1. Considerações preliminares; 2. Escopo objetivo da ampliação da competência; 3. Princípios instrumentais de interpretação das normas constitucionais; 4. Processamento das causas não-trabalhistas; 5. Direito transitório.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O alargamento da competência da Justiça do Trabalho em face da nova redação dada ao art. 114 da CF pela EC n. 45 suscita o debate acerca das regras processuais aplicáveis às causas não-trabalhistas em *sentido estrito*.

Eis aí, portanto, o interesse na discussão do tema, para o qual passo a expender minhas primeiras impressões, sem qualquer pretensão de emitir juízo de valor absoluto.

2. ESCOPO OBJETIVO DA AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA

Antes de adentrar especificamente no tema, penso ser fundamental definir o escopo objetivo da ampliação da competência da Justiça do Trabalho, pois o considero a pedra de toque para análise desse novo momento histórico.

Dizer (como já ouvi) que o alargamento da competência da Justiça do Trabalho traduz distribuição de tarefas no Judiciário é pensamento simplista que ignora a inteligência do legislador e menospreza a importância (social e política) da reforma efetivada.

A ampliação da competência da Justiça do Trabalho, em meu sentir, deve-se:

a) *a exigência de acesso do jurisdicionado a uma estrutura judiciária mais ágil e a um processo simplificado.*

b) *à necessidade de uma nova postura na solução de certos conflitos, para os quais o juiz do trabalho está vocacionado.*

3. PRINCÍPIOS INSTRUMENTAIS DE INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Como a competência da Justiça do Trabalho possui assento constitucional (art. 114), não podemos deixar de observar alguns princípios instrumentais de interpretação, cuja noção sintética é a seguinte:

a) *princípio da supremacia da constituição.* As regras constitucionais se situam em posição hierárquica superior às demais normas do sistema jurídico, de modo que estas não podem existir validamente se incompatíveis com aquelas. A norma constitucional, portanto, seja ela qual for, tem prevalência.

b) *princípio da interpretação conforme a constituição.* Se uma norma infraconstitucional possuir mais de uma interpretação, dever-se-á buscar aquela compatível com a constituição. A aplicação desse princípio, em regra, permite a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.

c) *princípio da unidade da constituição.* As normas constitucionais não convivem em desequilíbrio. Ao contrário. Pressupõem equilíbrio e harmonia. Compete ao intérprete, portanto, encontrar o devido equilíbrio entre comandos que tutelam valores

* Juízo do Trabalho Titular da 2ª Vara do Trabalho de Campo Grande - MS, Professor de Direito Processual do Trabalho da Escola da Magistratura do Trabalho de Mato Grosso do Sul, Mestre em Direito do Trabalho

ou interesses em confronto.

d) *princípio da proporcionalidade*. Cabe ao juiz adotar postura ativa no sentido de impedir que uma determinada norma produza um resultado não-desejado pelo sistema. É o que se chama de justiça do caso concreto.

O princípio da proporcionalidade adquire operatividade por meio de subprincípios, que são: (i) *princípio da adequação e idoneidade*. O meio escolhido deve contribuir para a obtenção do resultado pretendido; (ii) *princípio da necessidade ou exigibilidade*. Deve-se escolher o meio menos gravoso ao cidadão para alcançar o objetivo pretendido; (iii) *princípio da proporcionalidade em sentido estrito*. Deve haver um equilíbrio na relação *meio-fim*.

e) *princípio da efetividade das normas constitucionais*. Deve prevalecer, no mundo dos fatos, os valores e interesses tutelados pela norma constitucional. Desse modo, entre as interpretações possíveis, deve prevalecer aquela que permite a atuação da vontade constitucional, evitando-se soluções que se refugiem na alegação de programaticidade.

4. PROCESSAMENTO DAS CAUSAS NÃO-TRABALHISTAS

Se um dos escopos do alargamento da competência da Justiça do Trabalho é a de proporcionar ao jurisdicionado uma *estrutura judiciária mais ágil e um processo simplificado* (*supra*, n. 2), outra não pode ser minha assertiva senão a de que às causas submetidas à Justiça do Trabalho, independentemente da natureza jurídica material litigiosa, aplicam-se as regras do processo do trabalho, salvo quanto as causas de procedimento especial.

Não faz o menor sentido transferir à Justiça do Trabalho a solução de certas causas para que a elas sejam aplicadas as mesmas regras processuais que as regiam. Isso representaria o fim da especialização da Justiça do Trabalho, uma vez que é exatamente no sistema processual que reside essa especialização.

O novo modelo constitucional não merece ser visto de modo simplista. Não podemos interpretar a profunda e importante transformação trazida com a EC n. 45 como mera mudança - mudou por mudar. O alargamento da competência da Justiça do Trabalho representa muito mais que isso. Representa o progresso, a modernidade e o desejo de algo novo: uma nova estrutura, um novo processo e uma nova postura na solução de causas antes submetidas à Justiça Comum.

Nas causas de competência da Justiça do Trabalho, portanto - salvo quanto às de procedimento especial -, devem-se observar todos os princípios, peculiaridades e técnicas do processo do trabalho, entre os quais destaco:

a) *ius postulandi*. Sempre sustentei que o *ius postulandi* não mais persiste no ordenamento processual trabalhista.¹ Esse, porém, não é o entendimento que prevalece. O STF, na ADI n. 1127-8, esclareceu que a postulação na Justiça do Trabalho não é privativa de advogado (Lei n. 8.906/1994, art. 1o.).

Admitida, então, a postulação pessoal, cumpre assinalar não ser ela restrita ao primeiro grau de jurisdição. Abrange todas as fases recursais, exceto a do recurso extraordinário, por exorbitar da jurisdição trabalhista.

Dessa prerrogativa, portanto, passam a gozar todos os jurisdicionados, independentemente do direito material litigioso.

Tal assertiva poderia ser objetada com a literalidade do art. 791 da CLT, que faz referência a *empregados e empregadores*.² Essa visão, entretanto, é equivocada. Se o

1. BEBBER, Júlio César. *Princípios do Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1997, p. 87-9.

2. CLT, art. 791. Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.

novo momento histórico remete à Justiça do Trabalho outras causas que não apenas as trabalhistas em sentido estrito, referida circunstância impõe nova interpretação das normas jurídicas existentes. É indispensável, por isso, que o intérprete da lei esteja aberto e atento ao novo momento, o que proporciona nova postura diante da nova realidade.

b) procedimento. Os procedimentos previstos e adotados no processo do trabalho devem reger, também, as ações agora submetidas à jurisdição trabalhista. Desse modo, se o valor atribuído à causa:

(i) for de até 2 (dois) salários mínimos, o procedimento a ser adotado é o previsto na Lei n. 5.584/1970.³

(ii) for superior a 2 (dois) e inferior a 40 (quarenta) salários mínimos, o procedimento a ser adotado é o sumariíssimo (CLT, art. 852-A).

(iii) for superior a 40 (quarenta) salários mínimos, o procedimento a ser adotado é o ordinário (CLT, art. 852-A).

As ações não sujeitas ao procedimento comum, ou seja, aquelas que possuem legislação específica devem tramitar de acordo com o regramento especial que lhes é destinado, como é o caso, entre outras, das ações de mandado de segurança (Lei n. 1.533/1951) e monitória (CPC, arts. 1.102-A a 1.102-C).

Algumas observações, entretanto, devem ser feitas à assertiva acima:

(i) *ação de consignação em pagamento.* A ação de consignação em pagamento, que é ação de rito especial (CPC, arts. 890 a 900), tem sido adaptada aos procedimentos trabalhistas⁴ diante da finalidade conciliatória e da quase sempre presente *reconvenção* (admitida pela jurisprudência majoritária)⁵

(ii) *ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho* (CF, art. 114, inc. VII). As ações que derivam da imposição de penalidades administrativas são, em regra, o mandado de segurança, a ação declaratória de nulidade e a ação de execução.

3. De relembra que a Lei n. 9.957/2000 (que instituiu o procedimento sumariíssimo) não ab-rogou, derogou ou revogou o procedimento da Lei n. 5.584/1970, como já tive oportunidade de ressaltar em obra específica (BEBBER, Júlio César. *Procedimento Sumariíssimo no Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2000, p. 27-9). No mesmo sentido: MELLET, Estêvão. *Procedimento Sumariíssimo Trabalhista*. São Paulo: LTr, 2002, p. 21-22. Em sentido contrário RODRIGUES PINTO, José Augusto e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual da Conciliação Preventiva e do Procedimento Sumariíssimo Trabalhista*. São Paulo: LTr, 2001, p. 159-61.

4. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. AUDIÊNCIA INAUGURAL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. ADEQUAÇÃO ÀS NORMAS QUE REGEM O PROCESSO TRABALHISTA. O fato de o Juízo *aquo* ter designado a realização de audiência não implica em inobservância do procedimento especial previsto nos arts. 890 e seguintes do CPC, mas sim em adequação deste às normas que regem o processo trabalhista. A doutrina e a jurisprudência dominantes entendem que ação de consignação em pagamento proposta perante a Justiça do Trabalho assume o aspecto de uma reclamação comum, não se aplicando o disposto no art. 896 do CPC. Logo, deve ser designada realização de audiência inaugural, procedendo-se à instrução e julgamento de acordo com as normas processuais trabalhistas. Inexistente, portanto, a nulidade alegada pelo Reclamado. Recurso desprovido por unanimidade (TRT-MS-RO-0605/1998, Rel. Juíza Geralda Pedroso, DJ-MS 30-9-1998).

5. AÇÃO RESCISÓRIA. RECONVENÇÃO EM AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. CABIMENTO. 1. Como se infere do artigo 297 do CPC, a reconvenção e a contestação, juntamente com a exceção, constituem modalidades distintas e autônomas de resposta do réu. Enquanto que a contestação representa a defesa do réu em face da ação ajuizada pelo autor, a reconvenção tem natureza de ação autônoma, cuja oposição independe do oferecimento ou não da contestação. 2. O fato de o artigo 896 do CPC e seus incisos não prever expressamente a possibilidade de o réu reconvir não constitui óbice à admissibilidade da reconvenção em ação de consignação em pagamento, pois tal dispositivo restringe-se a dispor acerca das matérias que podem ser alegadas em contestação nesse procedimento especial, cujo oferecimento, como acima visto, não condiciona a apresentação de reconvenção (TST-ROAR-397724, SBDI-2, Rel. Juiz Conv. Aloysio Corrêa da Veiga, DJU 11-10-2002).

A discussão que toma contornos relevantes nesse momento diz respeito à ação execução. A ação de segurança, como ressaltado acima, estará sujeita à tramitação segundo legislação especial e a ação declaratória de nulidade submeter-se-á ao rito processual trabalhista comum (não obstante a impossibilidade de obtenção de conciliação).

Imposta penalidade administrativa, constituído o crédito e expedida a certidão da dívida ativa, valia-se a Fazenda Pública do processo de execução para a cobrança do crédito na forma da LEF (Lei de execução fiscal). Repassada, então, essa competência para a Justiça do Trabalho, persiste o processamento executivo segundo as regras processuais especiais da Lei n. 6.830/1980?

Penso que não.

Como dito diversas vezes, não se pode imaginar que a transferência de competência ordenada pela EC n. 45 teve por escopo mera distribuição de tarefas. O objetivo certamente não foi esse. É da incumbência do intérprete, portanto, dar à transformação ocorrida o seu real valor (nova estrutura, novo processo e nova postura na solução de causas), inclusive no sentido de fortalecer o processo do trabalho - que é onde reside a especialização da Justiça do Trabalho.

Daí por que a ação de execução das *multas administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho* deverá ser regida pelas regras processuais trabalhistas para execução de título extrajudicial (CLT, art. 877-A). Embora possa parecer estranha essa afirmação, cumpre lembrar que a Justiça do Trabalho já age desse modo na execução de custas judiciais (CLT, art. 883) e das contribuições sociais (CLT, art. 880).

(iii) *cobrança de contribuição sindical* (CF, art. 114, inc. III). Tema de especial importância (e que pode gerar equívoco) diz respeito à cobrança judicial da contribuição sindical⁶, uma vez que para essa hipótese, segundo o art. 606, § 2o., da CLT, “são extensivos às entidades sindicais, com exceção do foro especial, os privilégios da Fazenda Pública, para cobrança da dívida ativa.”

Esse dispositivo legal, entretanto, não sobreviveu, segundo penso, à vigente Constituição Federal que vedou ao Estado a interferência e a intervenção na organização sindical (CF, art. 8o., inc. I) e, com isso, extinguiu o título que então embasava a execução.

Anteriormente a CF/1988 o título que permitia a execução era a certidão expedida pelas autoridades regionais do Ministério do Trabalho (CLT, art. 606, *caput*). Impossibilitadas estas de expedir referida certidão (CF, art. 8o., inc. I), e não havendo autorização para que as entidades sindicais criem título executivo, não há mais como valerem-se da ação executiva. Cabe-lhes, daí, socorrerem-se da ação ordinária de cobrança,⁷ agora segundo as regras do processo do trabalho.

c) **citação (no processo de conhecimento)**. A citação é integrada por dois elementos que, conjugados, traduzem as suas finalidades. São elas:

6. A cobrança das contribuições *confederativa, assistencial e associativa* deve ser efetuada por meio da ação de cobrança, submetida ao rito processuais trabalhistas.

7. APELAÇÃO CÍVEL. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL RURAL. CONTRIBUIÇÃO PARAFISCAL, DE NATUREZA TRIBUTÁRIA. CREDOR QUE NÃO TEM ATRIBUIÇÃO PARA CRIAR TÍTULO EXECUTIVO NEM ESTÁ LEGITIMADO A SOCORRER-SE DA EXECUÇÃO FISCAL INSTITUÍDA PELA LEI N. 6.830/80. PROCESSO DE CONHECIMENTO ADEQUADO PARA COBRANÇA DESSE CRÉDITO. FALTA DE INTERESSE PARA AGIR AFASTADA. RECURSO PROVIDO. Malgrado a natureza tributária da contribuição parafiscal, nem por isso as pessoas privadas legitimadas a receber esse tributo têm autorização para criar título executivo nem estão legitimadas a promover a execução fiscal instituída pela Lei nº 6.830/80 (art. 1º). À falta de título executivo, cobra-se o débito tributário por meio de processo de conhecimento, destinado à constituição dele, sendo este o caminho próprio para tal cobrança. (TJMS-AC-2003.008340-5/0000-00, 1ª T.Cív., Rel. Des. Jorge Eustácio da Silva Frias, J. 11-3-2004).

(i) levar ao demandado o conhecimento da demanda que lhe diz respeito, integrando-o ao processo na condição de parte (*cognição-integração*).

(ii) intimar o réu para comparecer à audiência designada e nela oferecer, querendo, sua resposta (*intimação*).

As causas não-trabalhistas de competência da Justiça do Trabalho aplica-se o regime geral da CLT para a citação, qual seja:

(i) encaminhamento via postal (CLT, art. 841).

(ii) realização impessoal. Basta, assim, que a correspondência seja entregue no endereço do réu.

(iii) presunção de recebimento 48h após a sua regular expedição (Súmula TST n. 16).⁸

(iv) realização por edital nas hipóteses de o réu criar embaraços ao seu recebimento ou quando não for encontrado (CLT, art. 841, § 1o.).

d) obrigatoriedade de comparecimento pessoal em audiência. Tendo em vista a finalidade conciliatória da Justiça do Trabalho (CLT, art. 764), em qualquer causa sujeita à sua jurisdição será obrigatório o comparecimento pessoal das partes em audiência (CLT, art. 843).⁹

Nas ações trabalhistas, ou seja, nas ações em que o direito litigioso envolve a relação de emprego, permite-se:

(i) ao empregador fazer-se representar por preposto que, salvo nas ações relativas à relações de emprego doméstico, deverá necessariamente ser seu empregado (OJ SBDI-1 n. 99).¹⁰

(ii) ao empregado fazer-se representar por outro empregado que pertença à mesma profissão, ou pelo seu sindicato, nos casos de doença ou qualquer outro motivo relevante (devidamente comprovado) que o impeça de comparecer pessoalmente.

Tais regras são aplicáveis, também, às causas não-trabalhistas?

Diante de situação que impeça o comparecimento de uma ou de ambas as partes em juízo, *qualquer pessoa* pode por elas comparecer a fim de comprovar o fato ocorrido, caso em que a audiência será adiada.

A questão que pode suscitar dúvida diz respeito à possibilidade de substituição (representação) da parte por preposto (importante realçar que não basta apenas a presença do advogado munido de contestação).¹¹ Tal problema, a meu ver, merece o seguinte tratamento:

(i) se as partes foram cientificadas de que a audiência será fracionada (de modo que nela somente se realizará a tentativa conciliatória e colheita da resposta do réu), poderão fazer-se apresentar por preposto (dotado de poderes para transigir). Aplica-se, por empréstimo, a regra do art. 277, § 3o., do CPC, independentemente de tramitação da causa pelo procedimento ordinário.

(ii) se as partes foram cientificadas de que na audiência será realizada, também, a instrução probatória, nela deverão comparecer pessoalmente, a fim de prestar o

8. Súmula TST n. 16. - NOTIFICAÇÃO. Presume-se recebida a notificação 48 (quarenta e oito) horas depois de sua postagem. O seu não-recebimento ou a entrega após o decurso desse prazo constitui ônus de prova do destinatário.

9. "Ao contrário do processo comum, em que as partes devem comparecer à audiência apenas quando requerido seu depoimento pessoal, ou quando este for determinado *ex officio* pelo juiz (arts. 342 e 343), no processo trabalhista é obrigatório o comparecimento delas, independentemente da presença dos seus representantes (CLT, art. 843). Essa medida visa propiciar a conciliação dos litigantes" (GIGLIO, Wagner D. *Direito Processual do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 175).

10. OJ SBDI-1 n. 99 - PREPOSTO. EXIGÊNCIA DA CONDIÇÃO DE EMPREGADO. Exceto quanto à reclamação de empregado doméstico, o preposto deve ser necessariamente empregado do reclamado. Inteligência do art. 843, § 1º da CLT.

11. OJ SBDI-1 n. 74 - REVELIA. AUSÊNCIA DA RECLAMADA. COMPARECIMENTO DE ADVOGADO. A reclamada ausente à audiência em que deveria apresentar defesa, é revel, ainda que presente seu advogado munido de procuração.

depoimento pessoal.

Limita-se a atuação do preposto, portanto, ao momento da conciliação, não lhe sendo permitido prestar declarações pelas partes.

Vale destacar, ainda, como argumentos de ratificação, que a aplicação da regra do art. 843, § 1o., da CLT:

(i) geraria as seguintes dúvidas: será aplicável somente ao réu ou também ao autor? Será aplicável somente ao tomador de serviço ou também poderá ser aplicada ao prestador? E nos casos em que houver reconvenção?

(ii) a regra da CLT parte da presunção de que o empregador possui muitos empregados e seu deslocamento pessoal às audiências trabalhistas poderia acarretar sérios prejuízos à organização e produção da empresa.¹²

e) arquivamento (sic). De acordo com o art. 844 da CLT, o não-comparecimento à audiência do: a) autor, importa na extinção do processo sem julgamento de mérito; b) réu, importa na revelia, com seu efeito programado (presunção de veracidade dos fatos articulados na petição inicial).

Essa regra rege, também, às causas não-trabalhistas?

Penso que sim.

O óbice que tenho ouvido à aplicação do art. 844 da CLT às causas não-trabalhistas é o de que ela poderia beneficiar o prestador de serviços em detrimento do tomador, que poderia ser a parte mais frágil nessa relação, como, v. g., no caso de ação de cobrança de honorários médicos.

Não obstante a possibilidade aventada possa efetivamente ocorrer, deve-se notar que a norma da CLT (em sentido ontológico), embora parta da noção de que o autor será, em regra, o empregado, objetivamente não revela essa idéia como móvel a distinguir os efeitos processuais que impõe. Assim, mesmo que o autor seja o tomador de serviços, ou seja, mesmo que o autor seja o empregador (uma vez que o acionamento da Justiça do Trabalho não é exclusividade do empregado) e o réu seja o prestador de serviços (empregado), os efeitos que devem ser impostos pela ausência de qualquer deles à audiência é o disciplinado no art. 844 da CLT.

Não vejo, portanto, qualquer impedimento à aplicação do art. 844 da CLT às causas não-trabalhistas submetidas à jurisdição laboral.

f) interrupção da prescrição mesmo diante do arquivamento (sic). Em consideração inicial devo lembrar que a natureza jurídica da prescrição, segundo a *opinio communis doctorum*, é de direito material (tanto que, para o nosso ordenamento jurídico, seu conceito e sua regulamentação está no Código Civil - art. 189 e ss.). Daí por que as causas não-trabalhistas trazem consigo o prazo prescricional relacionado com o direito material litigioso a ser aplicado.

Em linha seqüencial é preciso asseverar que o processo, porque não é destinado a ser perpétuo, deve terminar com o julgamento do mérito. Seu término sem exame do mérito (ou por arquivamento, na errônea linguagem do art. 844 da CLT) gera o que podemos chamar de crise processual.¹³ Contudo, realizada validamente a citação é o quanto basta para provocar o efeito interruptivo da prescrição (CC, art. 202, inc. I; CPC,

12. Nesse sentido Emilio Gonçalves: "no tocante ao empregador, levando em consideração que o seu comparecimento pessoal poderia revelar-se prejudicial à direção e à produção da empresa, permite que se faça representar, na audiência, pelo gerente ou por qualquer outro preposto" (GONÇALVES, Emilio. *O Preposto do Empregador no Processo do Trabalho*. 2. Ed. São Paulo: LTr, 1986, p. 14).

No mesmo sentido: GIGLIO, Wagner D. *Direito Processual do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 175-6

13. Verdadeira *crise* do processo existe quando ele é extinto sem julgamento do mérito. "Enquanto a extinção com julgamento de mérito é uma realização, a extinção sem julga-lo é um fracasso — e daí *acrise*" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. III, p. 181).

art. 219) para causas trabalhistas (Súmula TST n. 268)¹⁴ e não-trabalhistas.

Como bem ressalta Humberto Theodoro Júnior, “não é o processo que interrompe a prescrição, mas a citação nele efetuada. Uma vez interrompida pela citação, não se preocupa nossa lei com o destino que poderá ter a demanda subseqüentemente. Qualquer, portanto, que seja o desate do processo, a citação válida (...) continuará operando como causa interruptiva da prescrição”.¹⁵

g) resposta do réu e efeitos programados da revelia. A resposta do réu, para causas trabalhistas e não-trabalhistas, deverá ser oferecida em audiência (CLT, art. 847). Não há razão legal ou de equidade que imponha outra disciplina procedimental, mesmo nas causas em que a conciliação se revela juridicamente impossível.

No processo civil, os principais efeitos programados em decorrência da revelia são:

(i) presunção de veracidade dos fatos articulados na petição inicial (CLT, art. 319) - como regra;¹⁶ e

(ii) fluência de todos os prazos processuais, independentemente de intimação do revel (CPC, art. 322). É evidente que se o réu ingressar no processo, “ainda que após o encerramento da fase adequada ao exercício da defesa, não há porque sancioná-lo com a falta de intimação. Aliás, não teria sentido assegurar ao revel a possibilidade de intervenção e deixar de intimá-lo dos atos praticados. Ainda que não tenha contestado, ele é parte no processo e, a partir do momento em que passa a participar ativamente da relação processual, tem direito ao contraditório e à ampla defesa”.¹⁷

(iii) possibilidade de julgamento antecipado da lide (CPC, art. 330, inc. II).

Esses mesmos efeitos regem, também, o processo do trabalho, *ex vi* dos arts. 844 e 769 da CLT, com uma particularidade: o prazo recursal somente flui para o revel após ser ele intimado da sentença (CLT, art. 852, *in fine*).

Como as regras processuais trabalhistas devem ser aplicadas às causas não-trabalhistas julgadas pela Justiça do Trabalho, caberá observar o que dispõe o art. 852 da CLT.

h) curador especial ao revel. Segundo a regra do art. 90., inc. II, deverá o juiz nomear curador especial ao réu revel citado por edital ou com hora certa.

Por prever a citação por edital (CLT, art. 841) e ser omissa quanto à nomeação de curador ao réu revel citado por essa modalidade é que ao processo do trabalho deve-se aplicar o disposto no art. 90., inc. II, do CPC, como meio de salvaguardar o contraditório (CLT, art. 769).¹⁸

Não obstante isso, é majoritário o entendimento jurisprudencial em sentido contrário, que finca seus fundamentos na ausência da omissão da CLT quanto ao regramento do assunto no art. 793.¹⁹

14. Súmula TST n. 268 - PRESCRIÇÃO. INTERRUPTÃO. AÇÃO TRABALHISTA ARQUIVADA. A ação trabalhista, ainda que arquivada, interrompe a prescrição somente em relação aos pedidos idênticos.

15. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III, t. II, p. 263.

16. BEBBER, Júlio César. *Processo do Trabalho - Temas Atuais*. São Paulo: LTr, 2002, p. 62.

17. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. In. MARCATO, Antonio Carlos (Coord). *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2003, p 974.

18. BEBBER, Júlio César. *Princípios do Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1997, p. 206.

19. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. RÉU REVEL CITADO POR EDITAL. NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL. DESNECESSIDADE. Não se aplica o disposto no artigo 9º, inciso II, do CPC ao processo trabalhista. A CLT não é omissa quanto à nomeação de curador à lide, uma vez que, em seu artigo 793, disciplina sobre o tema, porém limitado ao caso de reclamante menor de 18 anos. Assim, nos termos do artigo 769 consolidado, não há exigência de nomeação de curador especial para o réu revel citado por edital, com base em aplicação subsidiária de norma inserida no Diploma Processual Civil. (TST-ROAR-441, SBDI-2, Rel. Min. Emmanoel Pereira, DJU 28-5-2004).

i) confissão ficta (sic). Caso se adote o procedimento de realização fracionada da audiência, duas situações devem ser observadas:

(i) a ausência do autor na audiência em prosseguimento, após contestada a ação, não mais importará na extinção do processo sem julgamento do mérito descrita no art. 844 da CLT (Súmula TST n. 9).²⁰

(ii) o não-comparecimento da parte na audiência em prosseguimento em que deve depor importa na presunção de veracidade dos fatos articulados pelo adversário, desde que se tenha realizado expressa intimação para comparecimento com aquela cominação (Súmula TST n. 74).²¹

j) testemunhas. No processo civil as testemunhas (em grande quantidade - CPC, art. 407, parágrafo único) devem ser previamente arroladas pelas partes (CPC, arts. 276, 278 e 407), realizando-se a sua intimação para depor.

As regras processuais trabalhistas a serem aplicadas às causas não-trabalhistas submetidas à Justiça do trabalho, entretanto, são as seguintes:

(i) a quantidade de testemunhas é de 2 (duas) ou 3 (três) para cada parte, tendo-se em conta, respectivamente, o processamento da causa pelo procedimento sumariíssimo (CLT, art. 852-G, § 2o.) e ordinário (CLT, art. 821).

Não deve o juiz, porém, ser um burocrata que aplica a lei mecanicamente, sem levar em conta as particularidades de cada caso.

Desse modo, fundado no princípio da livre investigação das provas (CLT, art. 765; CPC, art. 130), *poderá* o juiz, a fim de garantir o pleno exercício do direito de defesa, permitir a produção de prova testemunhal além do limite legalmente imposto.

(ii) não há necessidade de arrolamento prévio das testemunhas (CLT, arts. 852-B, 852-G, § 2o., 840 e 825), salvo se for funcionário civil ou militar, diante da necessidade de sua requisição (CLT, art. 823).

Tanto os funcionários públicos civis quanto os militares, “por causa da natureza dos misteres que exercem e leis que os regulam, estão sujeitos a especial disciplina e subordinação a outras autoridades das quais dependem para poder retirar-se do seu posto ou repartição. A ordem e a necessidade do serviço justificam a impossibilidade de se ausentarem sem autorização do respectivo comando ou chefe. Tais razões levaram o legislador, aliás, na conformidade do direito pátrio tradicional e a exemplo do direito estrangeiro, a condicionar a obrigação de comparecer do militar e do servidor público à requisição desse comparecimento ao respectivo comandante ou chefe da repartição”.²²

(iii) as testemunhas somente serão intimadas, nas causas processadas pelo procedimento:

- *sumariíssimo*, se a testemunha, comprovadamente convidada pela própria parte, deixar de comparecer (CLT, art. 852-H, § 3º).

- *ordinário*, se a parte alegar (sem necessidade de comprovar) haver convidado a testemunha ausente (CLT, art. 825, parágrafo único).

k) o depoimento pessoal como faculdade do juiz. Enquanto no processo civil o depoimento pessoal da parte constitui direito de seu adversário (CPC, art. 343), no processo do trabalho trata-se de uma faculdade do juiz (CLT, art. 848).²³

Desse modo, somente se entender necessário o depoimento da parte é que o juiz o procederá. O indeferimento do pedido para oitiva da parte adversa não importa

20. Súmula TST n. 9. - AUSÊNCIA DO RECLAMANTE. A ausência do reclamante, quando adiada a instrução após contestada a ação em audiência, não importa arquivamento do processo.

21. Súmula TST n. 74. - CONFISSÃO. Aplica-se a pena de confissão à parte que, expressamente intimada com aquela cominação, não comparecer à audiência em prosseguimento, na qual deveria depor.

22. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. IV, p. 290.

23. TST-ERR-319239, SBDI-1, Rel. Min. Rider de Brito, DJU 7-4-2000.

em restrição ao direito de defesa, “em virtude do princípio do livre convencimento motivado (art. 131 do CPC), da ampla liberdade na direção do processo de que está investido o magistrado trabalhista (art. 765 da CLT) e por força do art. 848 da CLT, que confere ao magistrado trabalhista a prerrogativa para decidir sobre a pertinência de se interrogar os litigantes”.²⁴

I) sistema recursal. Ao aplicar as regras processuais trabalhistas às causas não-trabalhistas julgadas pela Justiça do Trabalho tem-se que observar o sistema recursal específico. Daí que, entre outras:

(i) *a decisão que admite impugnação imediata por meio de recurso é apenas a sentença.*

As decisões interlocutórias não admitem impugnação imediata - princípio da irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias - (CLT, art. 893, § 1o.)²⁵, exceto em hipóteses restritas - pronunciamento judicial: suscetível de impugnação mediante recurso para o mesmo Tribunal; de acolhimento de exceção de incompetência, com a remessa dos autos para Tribunal Regional distinto daquele a que se vincula o juízo excepcionado; que decide a impugnação ao valor da causa; que conclui pela incompetência absoluta da Justiça do Trabalho para julgamento da causa - (Súmula TST n. 214).²⁶

(ii) *os recursos cabíveis são:*

- nos processos de conhecimento e cautelar: embargos de declaração (CLT, art. 879-A); recurso ordinário (CLT, art. 895); recurso de revista (CLT, art. 896); recurso de embargos ao recurso de revista (CLT, art. 894 e Lei n. 7.701/1988, art. 3o., III, b); recurso de agravo de instrumento (art. 897, b); recurso de agravo regimental; recurso de agravo interno; recurso de revisão (Lei 5.584/1970, art. 2o., § 1o.).

- no processo de execução: recurso de agravo de petição (CLT, art. 897, a); recurso de revista (CLT, art. 896); recurso de embargos ao recurso de revista (CLT, art. 894 e Lei n. 7.701/1988, art. 3o., III, b); recurso de agravo de instrumento (art. 897, b); recurso de agravo regimental; recurso de agravo interno.

(iii) *os prazos recursais que devem ser observados são:*

- de 48h para o recurso de revisão (Lei 5.584/1970, art. 2o., § 1o.).

- de 5 dias para o recurso de embargos de declaração (CLT, art. 897-A).

- de 8 dias para os recursos ordinário, de revista, de embargos ao recurso de revista, de agravo de instrumento, de agravo interno, de agravo de petição (Lei n. 5.584/1970, art. 6o.).

- os fixados no regimento interno de cada tribunal para o recurso de agravo regimental.

(iv) *o depósito do valor da condenação pelo tomador dos serviços²⁷ constitui pressuposto de admissibilidade recursal (CLT, art. 899, § 1o. e Lei n. 8.177/1991, art. 40).*

24. TST-RR-628455, 5ª T., Rel. Min. Fíder de Brito, DJU 12-3-2004.

25. BEBBER, Júlio César. *Recursos no Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2000, p. 258.

26. Súmula TST n. 214. Decisão interlocutória. Irrecorribilidade. Na Justiça do Trabalho, as decisões interlocutórias somente ensejam recurso imediato quando suscetíveis de impugnação mediante recurso para o mesmo Tribunal ou na hipótese de acolhimento de exceção de incompetência, com a remessa dos autos para Tribunal Regional distinto daquele a que se vincula o juízo excepcionado, consoante disposto no art. 799, § 2o., da CLT.

27. O depósito recursal é exigido apenas do empregador: AÇÃO RESCISÓRIA. DEPÓSITO RECURSAL E EMPREGADO. CABIMENTO. A obrigação do depósito recursal não diz respeito ao empregado. No processo do trabalho o ônus processual do depósito “ad recursum” somente ocorre quando o empregador é recorrente e quando houver condenação em “pecúnia”, sendo os honorários e as custas processuais meros consectários da sucumbência. Preliminar de deserção rejeitada (...) (TST-ROAR-54180/1992, SBDI-1, Rel. Min. Vantuil Abdala, DJ 03-5-1996, p. 14195).

Excetuados os recursos de revisão, de embargos de declaração e de agravos de instrumento, regimental e interno, nenhum outro recurso será conhecido sem que tenha havido o prévio depósito do valor da condenação, respeitados os limites legalmente fixados.

A cada novo recurso é devido novo depósito, até que se atinja o valor integral arbitrado à condenação. Atingido este, nenhum outro depósito será exigido, salvo se houver majoração do valor da condenação, ou imposição de multa (OJ SBDI-1 n. 139).²⁸

O depósito deverá ser efetuado (em conta remunerada) em Banco Oficial situado na sede do juízo e à disposição deste, mediante guia de depósito judicial emitida pela Secretaria Judiciária. Não é aplicável, portanto, a regra do § 4o., do art. 899, da CLT (depósito na conta vinculada do FGTS), diante da flagrante incompatibilidade.

É da responsabilidade do recorrente zelar pela regularidade e correção dos valores depositados, bem como comprovar a realização do depósito no prazo destinado à interposição do recurso (Lei n. 5.584/1970, art. 7o.; Súmula TST n. 245).²⁹

Não se exige depósito recursal:

- quando não se tratar de condenação em pecúnia (Súmula TST n. 161).³⁰
- da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das autarquias ou fundações de direito público federais, estaduais ou municipais que não explorem atividades econômicas (Decreto-lei n. 779/1969, art. 1o., inc. IV).
- da massa falida (Súmula TST n. 86).³¹
- dos entes de direito público externo (TST IN n. 3/1993, item X).
- da herança jacente (TST IN n. 3/1993, item X).
- da parte que, comprovando insuficiência de recursos, receber assistência judiciária integral e gratuita do Estado (TST IN n. 3/1993, item X).

(v) os recursos serão recebidos, sempre, sem efeito suspensivo (CLT, art. 899).

m) honorários advocatícios. Segundo Giuseppe Chiovenda, “a atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetivou”.³² Por isso, doutrinariamente sempre defendi a necessidade de se adotar, no processo do trabalho, a mesma disciplina do processo civil quanto aos honorários advocatícios.³³

Sedimentou-se a jurisprudência trabalhista, porém, no sentido de que a condenação ao pagamento de honorários advocatícios do vencido somente se justificasse por ele beneficiário da justiça gratuita e estiver assistido juridicamente pela sua entidade sindical (Súmulas TST ns. 219 e 329 e OJ SBDI-1 n. 305).³⁴

28. OJ SBDI-1 n. 139 - DEPÓSITO RECURSAL. COMPLEMENTAÇÃO DEVIDA. APLICAÇÃO DA INSTRUÇÃO NORMATIVA 03/93, II. Está a parte recorrente obrigada a efetuar o depósito legal, integralmente, em relação a cada novo recurso interposto, sob pena de deserção. Atingido o valor da condenação, nenhum depósito mais é exigido para qualquer recurso.

29. Súmula TST n. 245 - DEPÓSITO RECURSAL. PRAZO. O depósito recursal deve ser feito e comprovado no prazo alusivo ao recurso. A interposição antecipada deste não prejudica a dilação legal.

30. Súmula TST n. 161. - DEPÓSITO. CONDENAÇÃO EM PECÚNIA. Se não há condenação a pagamento em pecúnia, descabe o depósito de que tratam os §§ 1o e 2o do art. 899 da CLT.

31. Súmula TST n. 86 - DESERÇÃO. MASSA FALIDA. Não ocorre deserção de recurso da massa falida por falta de pagamento de custas ou de depósito do valor da condenação.

32. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1942, v. I, p. 285-6.

33. BEBBER, Júlio César. *Princípios do Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. A solidez de entendimento diverso, porém, me impede, no exercício da magistratura, de julgar segundo minha convicção pessoal de justiça e me obriga a ceder, com escopo de evitar o retardamento da prestação jurisdicional definitiva.

34. Súmula TST n. 219 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HIPÓTESE DE CANCELAMENTO. Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário

Aplicadas às causas não-trabalhistas as mesmas regras que regem o processo do trabalho, tem-se que observar o que a jurisprudência já solidificou em tema de honorários advocatícios.

n) execução. A execução das dívidas não-trabalhistas (fundadas em títulos judiciais ou extrajudiciais) observarão as regras processuais trabalhistas. Por isso, entre outros:

(i) *rege a execução, no processo do trabalho, primordialmente, a CLT.* Omitindo-se essa na regulamentação da situação jurídica, deve-se buscar subsidiariamente, em ordem vertical (ou seja: somente será lícito buscar norma legal do diploma seguinte se omissa o anterior), o que dispõem: a Lei n. 5.584/1970, a Lei n. 6.830/1980 (LEF) e o Código de Processo Civil (CLT, art. 889).

(ii) *a citação³⁵ para a execução não obedece ao regime geral da via postal do processo de conhecimento, devendo ser realizada por mandado (modalidade prioritária) ou por edital (CLT, art. 880, §§ 2o. e 3o.).*

(iii) *a citação, embora realizada por mandado, não precisa ser pessoal.* Não obstante a existência de divergência quanto a essa assertiva,³⁶ destaco que o TST assim já concluiu em decisões emanadas da SBDI-1 e da 3a. Turma.³⁷

(iv) *em se tratando de execução por quantia certa, o mandado executivo contempla, além da ordem para citação do executado (CLT, arts. 880 e 883; LEF, art. 7o., inc. I), ordens para:*

inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.

Súmula TST n. 329 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 133 Da CF/1988. Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado no Enunciado n. 219 do Tribunal Superior do Trabalho.

OJ SBDI-1 n. 305 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REQUISITOS. JUSTIÇA DO TRABALHO. Na Justiça do Trabalho, o deferimento de honorários advocatícios sujeita-se à constatação da ocorrência concomitante de dois requisitos: o benefício da justiça gratuita e a assistência por sindicato.

35. "A citação na execução é o chamamento inicial do executado para vir satisfazer o crédito, para praticar determinado ato ou simplesmente para vir acompanhar a cadeia de atos executórios destinados a satisfazê-lo, conforme estabelecido no procedimento legal" (GRECO, Leonardo. O Processo de Execução. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, v. 1, p. 196).

36. "Ao contrário da citação pertinente ao processo de conhecimento, a relativa à execução é pessoal; isso significa que a validade desse ato está subordinada à sua realização na pessoa do devedor, ou daquele que se encontra dotado de poderes expressos para recebê-la. Não vigora aqui, portanto, o princípio da 'citação impessoal', implícito no art. 841 da CLT" (TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Execução no Processo do Trabalho. 7. ed., São Paulo: LTr, 2001, p. 421-2).

A "citação deve ser feita na pessoa do devedor, de representante legal ou de procurador com poder expresso para recebê-la". Nenhum valor tem, "portanto, a citação feita na pessoa de preposto do devedor, como ocorre comumente, pois este não tem legitimação para recebê-la" (RODRIGUES PINTO, José Augusto. Execução Trabalhista. 9. ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 152).

37. NULIDADE DE CITAÇÃO NO PROCESSO DE EXECUÇÃO. IMPESSOALIDADE NA ENTREGA. Nesta Justiça Especializada, a despersonalização do empregador (empresa, etc), coloca na situação de representante todo aquele que a ele se vincula, ainda que por subordinação, reputando-se desnecessário que o seja na pessoa do dono do estabelecimento. Alcança até a hipótese de que o receptor da ciência nem sequer esteja vinculado por relação de emprego ao empreendimento (TST-RR-360030/1997, 3a T., Rel. Min. José Luiz Vasconcellos, DJU 31-3-2000, p. 122).

EMBARGOS. PROCESSO DE EXECUÇÃO. CITAÇÃO. VALIDADE. IMPESSOALIDADE. Não ocorre ofensa literal ao art. 5o, incisos LIV e LV, da Constituição da República, a ensejar o conhecimento da Revista, pois não é nula a citação realizada pelo Oficial de Justiça, na pessoa do cônjuge da Embargante. Na Justiça do Trabalho, a citação prescinde de pessoalidade, mormente quando alcançada a finalidade legal (TST-ERR-756399/2001, SBDI-1, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJU 28-6-2002).

NULIDADE DE CITAÇÃO NO PROCESSO DE EXECUÇÃO. IMPESSOALIDADE NA ENTREGA. Nesta Justiça Especializada, a despersonalização do empregador (empresa, etc), coloca na situação de representante todo aquele que a ele se vincula, ainda que por subordinação, reputando-se desnecessário que o seja na pessoa do dono do estabelecimento. Alcança até a hipótese de que o receptor da ciência nem sequer esteja vinculado por relação de emprego ao empreendimento (TST-RR-360030/1997, 3a T., Rel. Min. José Luiz Vasconcellos, DJU 31-3-2000, p. 122).

- penhora de bens, caso o executado não pague ou garanta a execução (CLT, arts. 880 e 883; LEF, art. 7o., inc. II).
 - arresto de bens para a hipótese de o executado, procurado por duas vezes no espaço de 48h, não ser encontrado (LEF, art. 7o., inc. III).
 - avaliação dos bens que forem apreendidos pelo arresto ou penhora (LEF, art. 7o., inc. V).
 - registro da penhora ou do arresto, independentemente do pagamento de custas ou de outras despesas (LEF, arts. 7o., inc. IV e 14).
- (v) os bens apreendidos mediante penhora serão expropriados em praça única pelo maior lance (CLT, art. 888, § 1o.).

o) embargos do executado. Na esteira de aplicação das regras processuais trabalhistas na execução das dívidas não-trabalhistas, cumpre ressaltar que o executado terá 5 (cinco) dias para ajuizar seus embargos (CLT, art. 884).

p) prazo em dobro na hipótese do art. 191 do CPC. Segundo o artigo 191 do CPC, havendo litisconsórcio e tendo os litisconsortes diferentes procuradores, ser-lhes-ão contados em dobro os prazos para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos.

Autores há que preconizam a não-aplicação do art. 191 do CPC no processo do trabalho, sob alegação de que esse ramo do direito possui como princípio basilar a celeridade.

Tal pensamento, a meu ver, é equivocado.

A CLT é completamente omissa a respeito do tema “*litisconsórcio*”, o que, por determinação do art. 769, atrai a incidência supletiva da regra processual civil. Além disso, não tem qualquer sentido invocar o princípio da celeridade como óbice à utilização do art. 191 do CPC no processo do trabalho, uma vez que o processo civil também é norteado por esse mesmo princípio.³⁸

Não obstante isso, a jurisprudência trabalhista já firmou entendimento pela inaplicabilidade do art. 191 do CPC no processo do trabalho (OJ SBDI-1 n. 310).³⁹

q) regime financeiro e gratuidade judicial dos processos de conhecimento, cautelar e execução. O regime financeiro para as causas não-trabalhistas será o dos artigos 789 a 790-B da CLT. Destaca-se, então, nessa seara, a regra geral de não-exigibilidade de antecipação de honorários periciais.

5. DIREITO TRANSITÓRIO

As leis processuais (assim como as demais leis) começam a vigorar (em todo o país) 45 dias depois de publicadas, salvo disposição em contrário (LICC, art. 1o., *caput*).

Publicada a lei, começa ela a produzir efeitos no dia programado,⁴⁰ respeitadas, porém, as situações jurídicas definitivamente constituídas (LICC, art. 6o.; CF, art. 5o., inc. XXXVI). Trata-se, aqui, de enunciar o *princípio da imediata aplicação da lei*.

A exata compreensão desse princípio obriga-nos a recorrer ao estudo do direito transitório. Tal direito é que permite distinguir entre o efeito retroativo e o efeito imediato da lei. Desse modo, se “la loi prétend s’appliquer à des faits accomplis (*facta praeterita*), elle est rétroactive; si elle prétend s’appliquer à des situations en cours (*facta pendentes*), il faudra établir une séparation entre les parties antérieures à la date du changement de

38. BEBBER, Júlio César. *Recursos no Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2000, p. 102-3.

39. OJ SBDI-1 n. 310. LITISCONSORTES. PROCURADORES DISTINTOS. PRAZO EM DOBRO. ART. 191 DO CPC. INAPLICÁVEL AO PROCESSO DO TRABALHO. A regra contida no art. 191 do CPC é inaplicável ao processo do trabalho, em face da sua incompatibilidade com o princípio da celeridade inerente ao processo trabalhista.

40. RAO, Vicente. *O Direito e a Vidas dos Direitos*. 5. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 322-3.

législation, qui ne pourraient être atteintes sans rétroactivité, et les parties postérieures, pour lesquelles la loi nouvelle, si elle doit s'appliquer, n'aura jamais qu'un effet immédiat; enfin, vis-à-vis des faits à venir (*facta futura*), il est clair que la loi ne peut jamais être rétroactive".⁴¹

Em outros termos: se a lei nova regula: a) os *facta praeterita* é retroativa; b) os *facta pendentia* têm efeito imediato. Nesse caso, cumpre distinguir as situações: (i) anteriores à lei nova, as quais, de regra, ostentam imunidade em relação a ela; (ii) posteriores à lei nova, as quais, de regra, são atingidas pela mudança legislativa.

5.1. OS EFEITOS DA LEI NOVA SOBRE OS PROCESSOS EM CURSO

O processo se constitui por uma série de atos interdependentes e integrantes de uma cadeia unitária idealizados para prática sucessiva no tempo. Tal fato torna delicada a solução do conflito temporal diante de processos em curso ao início da vigência da nova lei processual.

Para a solução desse problema a doutrina idealizou os seguintes sistemas:

a) *sistema da unidade processual*. De acordo com esse sistema, o processo é constituído por um complexo de atos inseparáveis que forma uma unidade (um único corpo). E, sendo único, deverá ser regido por uma única lei, que será a lei antiga, em respeito ao princípio da irretroatividade das leis.

b) *sistema das fases processuais*. Segundo esse sistema, o processo (embora seja uma unidade) está dividido em fases autônomas (postulatória, instrutória, decisória e recursal), as quais, em razão dessa autonomia, podem ser disciplinadas por leis diferentes. Assim, estando em curso um processo, a lei nova disciplinará apenas as fases ainda não iniciadas, o que implica dizer que a fase não encerrada reger-se-á pela lei antiga.

c) *sistema do isolamento dos atos processuais*. Para esse sistema (que conta com a adesão da maioria dos juristas, aos quais integro, e com a previsão do art. 2o. do CPP)⁴², o processo, embora seja uma unidade, é constituído por atos que podem ser considerados isoladamente para efeito de aplicação da lei nova. Assim, se as leis "provêm para o futuro"⁴³, deve ser imediatamente aplicada "a lei nova aos atos que ainda não foram praticados",⁴⁴ respeitando-se a coisa julgada, o ato jurídico-processual perfeito e os direitos processuais adquiridos e integrados ao patrimônio dos sujeitos do processo.⁴⁵

5.2. DIREITO TRANSITÓRIO E RECURSO

Segundo a melhor doutrina⁴⁶, a recorribilidade vincula-se à lei do tempo em que a decisão for *publicada*. É irrelevante, portanto, a data da intimação da decisão às partes. O cabimento (e não o processamento) do recurso rege-se pela lei vigente na data da publicação.

41. ROUBIER, Paul. *Le Droit Transitoire*. 2. ed. Paris: Dalloz et Sirey, 1960. n. 38, p. 177.

42. CPP, art. 2o. A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

43. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1, p. 32.

44. MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Millennium, 2000, v. I, p. 89.

45. "A lei processual - e nisso não difere de nenhuma outra - dispõe para o futuro, respeitando os atos e os efeitos dos atos praticados sob a égide da lei revogada. É a consagração do princípio *tempus regit actum*" (FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 24).

46. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Inovações e Estudos do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 105; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. V, p. 239-40.

DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA APRECIAR E JULGAR PEDIDOS DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO. COMPETÊNCIA ABSOLUTA OU CONDICIONADA ?

Júlio Bernardo do Carmo¹

Nenhum tema jurídico causou, após a vigência da Constituição Federal de 1988, tanto desconforto doutrinário e jurisprudencial quanto o da competência para apreciar ações envolvendo pedidos de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente do trabalho.

Antes da vigência da Carta Republicana de 1988 o tema era pacífico porque o legislador constituinte sempre excepcionava taxativamente a competência da Justiça Comum para apreciar e julgar os dissídios envolvendo acidentes de trabalho. A diretriz era explícita: continuam na competência da Justiça Comum as causas que tenham como objeto pedidos conectados a acidentes do trabalho. Como na Constituição Federal de 1988 a regra exceptiva deixou de existir, a exegese em torno da competência para apreciar dissídios envolvendo acidentes de trabalho passou a ter regência exclusiva no artigo 109, item I, da Constituição Federal, assim vazado: Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I- as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente do trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho. Como o artigo 114 da Constituição Federal de 1988 restringia a competência da Justiça do Trabalho para os dissídios travados entre empregadores e empregados, em típica relação jurídica onde era exigível o tônus subordinativo, mesmo quando envolvia entes estatais e de Direito Público Externo, excepcionando-se apenas outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei, sendo exemplo típico o caso do pequeno empreiteiro, visualizado como operário ou artífice, que tinha acesso à Justiça do Trabalho para demandar eventuais direitos em face de seu tomador de serviço, conforme regra permissiva existente na CLT, tornou-se incontroversa a exegese de que as lides envolvendo acidentes do trabalho, mesmo em se tratando de dolo ou culpa do empregador, eram genuína e originariamente da competência da Justiça Comum, conforme inúmeros precedentes jurisprudenciais do STJ e do STF, em que pese, à época, tisonasse um grande contingente de juízes do trabalho em apregoar, sem assento constitucional, a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar pedidos de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidentes do trabalho, quando figurava no pólo passivo da lide o empregador. O deslize de perspectiva era evidente porque a competência da Justiça do Trabalho era focada no artigo 114 da Magna Carta e invocável em razão da pessoa, ao passo que o artigo 109, item I, da Lex Legum com clareza solar estabelecia a competência **ratione materiae** da Justiça Comum para apreciar e julgar todo e qualquer litígio oriundo de acidente de trabalho. Ou seja: se a Constituição Federal de 1988, de forma explícita, estabeleceu a competência **ratione materiae** da Justiça Comum para apreciar as lides acidentárias, carecia de respaldo constitucional pregar ao mesmo tempo uma competência implícita da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar pedidos de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidentes de trabalho desde que o

1. Júlio Bernardo do Carmo é Juiz Vice-Corregedor do TRT da 3ª. Região.

empregador figurasse como demandado no pólo passivo da ação. A exegese era extremamente míope e incongruente porque para o mesmo fato gerador do dissídio, o acidente do trabalho, podia em exegese forçada atribuir-se competência concorrente, ora em favor da Justiça Comum, (o que interessava aqui, o **punctum pluriens** era que a lide fosse armada tendo como fato gerador, logo **ratione materiae**, um acidente do trabalho), ora em favor da Justiça do Trabalho (o acidente de trabalho é irrelevante como referenciador de competência, mostrando-se significativo sim (logo, **ratione personae**) o fato de que a lide era proposta em face de empregador. Essa babel interpretativa infiltrou-se perniciosamente nos tribunais, sendo que em face desse imbróglio jurídico pululavam arestos cortejando as duas teses jurídicas, quando em verdadeiro mito de Sísifo, esquartejava-se a competência ora em favor da Justiça Comum, ora em favor da Justiça do Trabalho, e assim se repetia indefinidamente uma luta inglória análoga à de herdeiros carniceiros disputando o mesmo espólio, o que só redundava em desprestígio para a Justiça e contribuía para multiplicar os conflitos de competência no âmbito dos tribunais, em flagrante desrespeito ao direito dos jurisdicionados que passavam a ser crucificados com o efeito deletério de decisões conflitantes, retardando-se, ao máximo, a entrega de uma prestação jurisdicional afeta a uma Justiça que por seus princípios peculiares deveria ser célere e efetiva. Não bastasse isso, agravava-se a circunstância antitética de atribuir-se dualidade de competência a órgãos distintos do Poder Judiciário para apreciarem o mesmo fato gerador do dissídio (o acidente do trabalho), o que importava em incontornável vilipêndio ao princípio da unidade de convicção, como bem ressaltado pelo eminente Ministro do Excelso STF César Peluso, redator do RE n. 438639/05-MG. E assim era porque se a competência genuína e originária para apreciar todo e qualquer litígio que tivesse como substrato jurídico o acidente de trabalho era da Justiça Comum, a quem compete inclusive pronunciar-se sobre a caracterização ou não do próprio acidente do trabalho no plano fático-jurídico e uma vez tendo decidido, e.g., aquele segmento do Poder Judiciário pela ocorrência ou inoccorrência do acidente de trabalho, que margem de decisão sobra para a Justiça do Trabalho apreciar o mesmo fato em face de empregador: qual seja, a caracterização ou não do acidente de trabalho ? A rigor, nenhuma. A não ser que, ferindo-se o princípio da unidade de convicção, pronunciasse existir o acidente de trabalho quando este foi tido por inexistente pela Justiça Comum ou pronunciasse inexistente o mesmo fato quando na Justiça Comum tal fato foi dado por incontroverso. A decisão judicial discrepante da Justiça do Trabalho, em chças com a decisão judicial soberana da Justiça Comum, que constitucionalmente ostenta a competência **ex-ratione-materiae** para entender configurado ou não o acidente de trabalho, obraria de imediato no vácuo jurídico e se transitada em julgado, seria mesmo passível de corte rescisório fundado em sua incompetência absoluta para caracterizar ou descaracterizar a ocorrência do acidente de trabalho no mundo jurídico. Tome-se o exemplo possível de em uma lide acidentária, armada entre o segurado e a autarquia federal (INSS) ter sido administrativamente descaracterizada a ocorrência do acidente de trabalho, decisão que vem a ser confirmada pela Justiça Federal ou Comum. (vide parágrafo terceiro , inciso XI, do art. 109 da Constituição Federal), sendo que simultaneamente, em lide distinta que invoca ser de sua competência, a Justiça do Trabalho venha a condenar o empregador a pagar indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho. Há flagrante e incontornável vilipêndio ao princípio da unidade de convicção que torna rescindível a decisão da Justiça do Trabalho por absoluta ausência de competência para declarar caracterizado com efeitos **erga omnes** o fato gerador do acidente de trabalho. De duas uma: ou a condenação exsurgida contra o empregador, em face de pronunciamento discrepante da Justiça Federal ou da Justiça Comum, perde automaticamente seu objeto, sendo totalmente inexequível por ter perimido a sua execução, circunstância que pode e deve ser pronunciada **ex officio** pelo Juiz do Trabalho nos respectivos autos, ou a se entender

que a decisão da Justiça do Trabalho continua soberana e surtindo eficácia no mundo jurídico, teria lugar o corte rescisório calcado na incompetência absoluta do Juízo. Desses argumentos se extrai que a competência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar pedidos de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidentes do trabalho jamais seria absoluta e, sim, contingente, condicionada e só pronunciável **incidenter tantum**, sem qualquer eficácia vinculativa em face de decisão discrepante do INSS ou da Justiça Federal ou Comum, quando vierem a entender não caracterizado o acidente de trabalho ou vice-versa. Os argumentos supra tecidos prestam-se a reforçar a tese jurídica de que a competência da Justiça do Trabalho nesta seara nunca seria absoluta mas sempre condicionada ao que, em última instância, vier a ser decidido pela Justiça Federal ou pela Justiça Comum. E nem se diga que sendo incontroversa a ocorrência do acidente de trabalho a Justiça do Trabalho poderia obrar de forma absoluta e soberana na dirimência do litígio que lhe é afeto (responsabilidade subjetiva do empregador). Ledo engano. A incontrovérsia em torno de um fato jurídico jamais erige-se em regra atribuidora de competência absoluta e ou originária, ostentando antes o valor de mera regra excludente do ônus da prova, conforme comando constante de nosso digesto processual. Ou seja: o fato de ser incontroverso o acidente de trabalho torna apenas mais ágil a tramitação do dissídio perante a Justiça do Trabalho, mas nem por isso a decisão que vier a proferir, sempre revestida de caráter **incidenter tantum**, teria o condão de vincular com efeito **erga omnes** seja a autarquia federal (INSS) ou a Justiça Federal ou Comum, sendo que essas últimas, em face de sua competência genuína e originária, poderão, se for o caso, novamente pronunciar-se em caráter vinculativo e decisivo sobre o tema do acidente de trabalho. Tome-se o exemplo de uma decisão judicial transitada em julgado pronunciada pela Justiça Federal ou pela Justiça Comum que entenda caracterizado o acidente de trabalho. Posteriormente, em ação rescisória desse julgado, o INSS vem a obter ganho de causa, v.g., por ocorrência de erro de fato, quando desconstituída a decisão judicial originária, outra se profere em desfavor da caracterização do acidente de trabalho. Nesse caso, a decisão judicial que tenha sido proferida na Justiça do Trabalho contra o empregador (danos morais e materiais, por dolo ou culpa envolvendo acidente de trabalho), ainda que tenha dado por incontroverso o acidente de trabalho, torna-se um nada jurídico, uma peça totalmente inócua, sem carga de eficácia no mundo jurídico, sendo tranquilamente passível de corte rescisório. Pergunta-se: que competência é essa que ostenta a Justiça do Trabalho para condenar o empregador em indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidentes de trabalho se, eventualmente, pode ser totalmente relegada ao oblívio jurídico pela Justiça Federal ou pela Justiça Comum ou até mesmo rescindível quando discrepante daqueles julgados ? A conclusão é uma só: trata-se de competência condicionada, meramente **incidenter tantum** que não tem o condão de vincular terceiros, sendo eventualmente passível de contestação na esfera administrativa do INSS ou até mesmo judicialmente, nos casos enfocados. Se se trata de competência tão apequenada teria valido a pena lutar acirradamente para abocanhá-la ? Resta indagar se as reflexões jurídicas tecidas acima subsistem após a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45/2.004. A reforma do Judiciário, no que tange à Justiça do Trabalho, veio com a nova redação do artigo 114 da Constituição Federal que, a nosso sentir, em nada interferiu com o comando legal do artigo 109, inciso I, da mesma Lex Legum. Ou seja: o fato de a Justiça do Trabalho ter tido ampliada a sua competência para processar e julgar, consoante o inciso VI do artigo 114 da EC/45/2.004, as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho não investiu essa Justiça Especializada de competência **ex-ratione-personae** para dirimir litígios que tenham como substrato jurídico os acidentes de trabalho, mesmo em se tratando de dolo ou culpa do empregador, isto porque o artigo 109, inciso I, da Lex Legum, intocado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, continua a estabelecer a competência absoluta

e originária **ex-ratione-materiae** da Justiça Comum para apreciar e julgar os dissídios envolvendo contendas em torno de acidentes do trabalho. É como já dito alhures, se a Constituição Federal no artigo 109, inciso I, instituiu a competência em razão da matéria da Justiça Comum para as lides acidentárias de qualquer natureza, não poderia ao mesmo tempo ter criado a competência “ em razão da pessoa “ para que a Justiça do Trabalho aprecie e julgue lides lastreadas em acidentes de trabalho pelo simples fato de figurar no pólo passivo da ação um empregador. Ora, a competência **ex-ratione-personae** que se colhe da Constituição Federal milita apenas em prol da União, entidade autárquica ou empresa pública federal quando figurem na lide como interessadas, seja na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes, sendo que o privilégio de foro (julgamento por juízes federais) nessas circunstâncias decai automaticamente quando a lide versar falência, acidente de trabalho ou matérias afetas ao conhecimento da Justiça Eleitoral ou da Justiça do Trabalho. Não se enxerga, por mais indulgente que se queira ser com a Justiça do Trabalho, qualquer criação “ por passe de mágica “ de sua competência **ex ratione personae** para dirimir litígios acidentários pelo simples fato do empregador figurar no pólo passivo da lide. Onde está escrito isso ? No artigo 109, inciso I, só existe delimitação de competência **ex ratione personae** em favor da União, autarquias e empresas públicas, e, excepcionalmente, delimitação de competência **ex ratione materiae** no que pertine a litígios envolvendo acidentes do trabalho, ainda que figure no pólo passivo da relação jurídica processual um empregador, que pela sua própria natureza (lide acidentária) continua a gravitar na esfera de competência da Justiça Comum, assim como os de falência, sendo que as matérias eleitorais e trabalhistas tocam às respectivas justiças, constitucionalmente criadas para esta finalidade. No que pertine ao artigo 114, inciso VI, da Lex Legum, atribui-se sim competência **ex ratione materiae** em favor da Justiça do Trabalho, para dirimir as ações de indenização por danos morais ou patrimoniais, decorrentes da relação de trabalho, excepcionando-se, logicamente, a competência igualmente em razão da matéria envolvendo acidentes de trabalho, que gravitam constitucionalmente na esfera de competência da Justiça Comum. O fato de o acidente de trabalho nascer de uma relação de trabalho lato sensu, ou especificamente de uma relação de emprego strictu sensu, não acarreta por via atrativa a competência da Justiça do Trabalho para apreciar as lides que o envolvam, a não ser que se revogue o artigo 109, inciso I, da Carta da República. Não me parece razoável traçar exegese simplista contemporizadora da competência da Justiça do Trabalho nestes termos: as lides puramente previdenciárias (revisão de proventos de aposentadoria, classificação e revisão de benefícios previdenciários e congêneres) movidas pelo segurado em face do INSS (autarquia federal) são de competência da Justiça Federal em razão da pessoa, e as lides envolvendo acidentes de trabalho ajuizadas em face da autarquia federal seriam da competência da Justiça Comum, sendo que (aqui vem a inovação sem qualquer respaldo constitucional) quando o litígio não versar seja uma lide tipicamente previdenciária, ou contendas envolvendo acidentes de trabalho, todas movidas contra o INSS, mas sim perquirição de responsabilidade subjetiva do empregador, a competência seria então da Justiça do Trabalho. O malabarismo jurídico contido em tão usada exegese não convence porque se a lide envolve acidente de trabalho não existe na Constituição Federal regra atribuidora de competência da Justiça do Trabalho **ex ratione personae** pelo simples fato de um empregador figurar no pólo passivo da lide, a não ser que se queira atribuir à Justiça Especializada do Trabalho uma competência apequenada e inexpressiva porque sem força vinculativa contra o INSS, contra a Justiça Federal ou contra a Justiça Comum, dado o fato já demonstrado de que a Justiça do Trabalho só pode apreciar a caracterização ou não do acidente de trabalho em caráter meramente incidental, ou seja, típica decisão **incidenter tantum** sem eficácia vinculativa. De nada adianta atribuir-se uma competência reinventada no texto da Constituição Federal em razão da pessoa em favor da Justiça do Trabalho envolvendo exclusivamente responsabilidade subjetiva do empregador em casos de acidentes de trabalho quando,

a rigor, a última palavra sobre a caracterização ou descaracterização do acidente de trabalho, posta como substrato jurídico daquela lide, encontra-se no monopólio da Justiça Comum. E nem mesmo a incontrovérsia do acidente de trabalho milita em prol da competência da Justiça do Trabalho em lide envolvendo responsabilidade subjetiva do empregador, porque facilita apenas a colheita da prova e a formação da convicção do juízo, como dito alhures, sem jamais atribuir competência originária em razão da pessoa em favor da Justiça do Trabalho para apreciar as lides envolvendo indenizações por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidentes de trabalho, só porque ajuizável em face do empregador. Símile modo não milita em prol da competência da Justiça do Trabalho a dicção do artigo 7º, inciso XXVIII da Constituição Federal, porque o direito ali assegurado ao trabalhador é o de seguro contra acidentes de trabalho, sendo que a menção à responsabilidade subjetiva do empregador é feita apenas para não tornar compensável aquele direito expressamente assegurado, vedando-se ao empregador que institua seguro contra acidentes de trabalho em favor do trabalhador invoque a concessão desse direito para eximir-se de sua responsabilidade subjetiva em caso de prática de dolo ou culpa envolvendo acidente de trabalho, cuja matéria continua dirimível no bojo de ação competente manejável contra o empregador perante a Justiça Comum, por força da regra estatuída no artigo 109, inciso I, da Lex Legum. A conclusão a que se chega é a de que a Justiça do Trabalho, mesmo à luz da Emenda Constitucional n. 45/2004, não ostenta competência para apreciar e julgar litígios envolvendo acidentes de trabalho, ainda que figure no pólo passivo da lide um empregador, à míngua de existência no texto da Lei Maior de atribuição de competência *ratione personae* à Justiça do Trabalho para lides dessa natureza. Se e quando, por força da recente decisão do excelso Supremo Tribunal Federal, proferida no conflito de competência n. 7204/-1-MG, onde figurou como relator o eminente ministro Carlos Brito, divisar-se possível competência **ex ratione personae** da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidentes do trabalho, em face de responsabilidade subjetiva do empregador, pelo simples fato deste último figurar no pólo passivo da lide, a decisão da Justiça do Trabalho, porque sempre proferível **incidenter tantum** e sem força vinculativa, seria apequenada e ancilar em face de decisões proferidas no âmbito administrativo autárquico ou mesmo no âmbito da Justiça Comum, as quais continuam ostentando competência absoluta e privativa para entender caracterizado ou não o acidente de trabalho. Prova maior da pequenez e da ausência de vinculação da suposta competência da Justiça do Trabalho para apreciar a responsabilidade subjetiva do empregador em casos de acidente de trabalho, quando obrar com dolo ou culpa, reside no fato de que sendo questionada a caracterização do acidente de trabalho na esfera administrativa ou no âmbito da Justiça Comum, o Juiz do Trabalho para evitar decisões conflitantes e para cortejar o princípio da unidade de convicção teria que sobrestar o andamento do feito, uma vez controvertida a caracterização do acidente de trabalho, até pronunciamento definitivo da esfera competente, peculiaridade que não se compatibiliza com a chamada competência originária absoluta. Conclui-se, finalmente, que a existir competência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar ações de danos morais e patrimoniais decorrentes de acidentes de trabalho, a mesma seria sim uma competência tipicamente ancilar e incidental, sem eficácia vinculativa.

Somente uma reforma do Judiciário mais generosa e atribuidora de competência à Justiça do Trabalho para apreciar todo e qualquer litígio envolvendo acidente de trabalho, mesmo quando figure na lide a autarquia federal e não apenas a responsabilidade subjetiva do empregador, é que colocaria de vez uma pá de cal sobre o tema porque revestiria a Justiça Especializada de uma competência originária e absoluta para apreciar tais litígios e não apenas de uma competência condicionada e ancilar como acontece até agora.

Alguns exemplos práticos advindos das relações de trabalho podem elucidar

melhor a tese jurídica aqui desenvolvida, pois servirão para ora descaracterizar o acidente de trabalho, ora para caracterizá-lo, sendo que nesta última hipótese deve ser feita a distinção entre o acidente de trabalho derivado de descumprimento de uma obrigação contratual e aquele que conjuntamente representa um ilícito contratual e ainda um descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde do trabalhador. A distinção prática entre as modalidades de acidente de trabalho atrás referenciadas é fundamental como elemento jurídico denotador seja de uma competência originária e absoluta da Justiça Comum para apreciar a lide acidentária, contraposta a uma competência condicionada e ancilar da Justiça do Trabalho para apreciar incidentalmente o mesmo acidente do trabalho para tornar efetivos direitos trabalhistas que gravitem originariamente na esfera de sua competência constitucional ou ainda para caracterizar um fato jurídico complexo oriundo de determinado acidente de trabalho que, pelas características peculiares que o envolvem, pode acarretar tríplice consequência processual no âmbito da competência da Justiça Comum e da Justiça do Trabalho, dado que o mesmo fato jurídico (acidente de trabalho) pode a um só tempo detonar a responsabilidade objetiva da autarquia federal, mantenedora do monopólio de seguros de acidentes do trabalho (SAT), a responsabilidade subjetiva do empregador acarretadora de indenização regressiva e ressarcitória dos custos que o INSS teve com o acidente de trabalho em face do segurado (artigo 120 da Lei n. 8.213/91), como ainda a responsabilidade igualmente subjetiva do empregador, por dolo ou culpa, geradora quer de indenização pleiteável pelo empregado a título de danos morais e materiais decorrentes do acidente do trabalho (lide acidentária) e também, frise-se, simultaneamente a responsabilidade pessoal do empregador e ou de seus prepostos que por inobservância de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde do trabalhador, tornou possível, por sua incuria, a ocorrência do acidente de trabalho, muito embora, ressalte-se, a exigência do cumprimento dessas últimas normas possa igualmente ser feita em caráter meramente preventivo, com a finalidade de afastar a ocorrência de infortúnios no ambiente de trabalho. Passamos agora a citar os exemplos práticos acima mencionados. Primeiro exemplo: estando a cumprir normalmente as obrigações inerentes ao contrato de trabalho, determinado trabalhador vem a sofrer, no ambiente de trabalho, de um infarto do miocárdio por circunstância tipicamente congênita, vindo a ser imediatamente hospitalizado. Nesta hipótese, a competência para declarar caracterizado ou não o acidente de trabalho para fins de conceder ao trabalhador ou a seus descendentes direitos previdenciários dele decorrentes compete originariamente, na esfera administrativa ao INSS, e na esfera judicial à Justiça Comum. (artigo 109, I, da CF). Parece-me que no caso concreto que ora se traz à baila não estaria caracterizado o acidente de trabalho, exatamente porque o trabalhador sofria de doença congênita que apenas, casualmente, manifestou-se no ambiente de trabalho, sendo indiscutível que o infarto do miocárdio, sem qualquer conexão com a sua atividade profissional, poderia ter aflorado em qualquer tempo e lugar. O questionamento jurídico em torno da caracterização ou não do acidente de trabalho citado, na ação movida pelo trabalhador ou por seus descendentes contra a autarquia federal (INSS) faz aflorar típica lide acidentária de competência originária e absoluta da Justiça Comum. Segundo exemplo: um motorista de caminhão de bebidas, a quem o empregador atribua a função cumulativa de descarregar as bebidas e entregá-las aos diversos clientes inseridos em rota preestabelecida pela empresa, tendo predisposição cardíaca congênita, vem, igualmente, a sofrer de infarto do miocárdio ao descarregar parte da carga do caminhão junto a determinado cliente. Igualmente neste segundo exemplo detém, na esfera administrativa, a autarquia federal (INSS) e na órbita judicial, a Justiça Comum, competência absoluta e originária para entender caracterizado ou não o acidente de trabalho, tudo com o fito de assegurar ao trabalhador ou a seus dependentes os direitos previdenciários pertinentes, por se tratar novamente de uma lide tipicamente acidentária (artigo 109, I, da CF). Neste segundo exemplo será caracterizada como acidente de trabalho, a meu sentir, qualquer enfermidade ou defeito sofrido com anterioridade pelo

trabalhador, que se agrave como conseqüência da lesão constitutiva do acidente de trabalho, ou seja, a predisposição cardíaca congênita do trabalhador não afastará, na hipótese, a caracterização do acidente de trabalho, que teve como causa um sobre-esforço físico exigido pelo empregador. Diga-se, em caráter complementar, que em nossa legislação previdenciária equipara-se a acidente de trabalho a doença profissional ou do trabalho, para fins de percepção dos direitos previdenciários que lhe dizem respeito. Consoante a legislação previdenciária, entende-se por doença profissional aquela produzida ou desencadeada pelo exercício de trabalho peculiar a determinada atividade e constante da relação de que trata o anexo II do Decreto n. 3.048, de 06 de maio de 1.999 e que está diretamente relacionada com o artigo 20 da Lei n. 8.213 de 1.991. Doença do trabalho é a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relaciona diretamente, desde que constante da relação do anexo citado. A caracterização ou não da doença profissional ou do trabalho depende de resultado positivo obtido em perícia médica feita pelo INSS e quando contestada pelo trabalhador deve a lide acidentária ser apreciada e julgada originariamente pela Justiça Comum. (art. 109, I, da CF). As ações envolvendo pedidos de danos morais e materiais decorrentes de acidentes de trabalho ou de doenças profissionais ou do trabalho a ele equiparadas, mesmo quando ajuizadas pelo trabalhador em face do empregador, são dirimidas, como típicas lides acidentárias, pela Justiça Comum dos Estados, tratando-se de competência **ex ratione materiae**. Terceiro exemplo: um empregado, por força do descumprimento pelo empregador de norma trabalhista relativa à segurança, higiene e saúde do trabalhador, vem a sofrer acidente de trabalho. A ação que o trabalhador tenha contra o INSS para discutir as conseqüências jurídicas do acidente de trabalho é da competência da Justiça Comum, o mesmo acontecendo com a ação movida pelo trabalhador em face de seu empregador para haver indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes do mesmo acidente de trabalho, por continuar a tratar-se de típica lide acidentária. (art. 109, inciso I, da CF). Por outro lado, a ação que o trabalhador ostente contra o empregador para que este, em face do acidente de trabalho e para evitar riscos futuros, passe a observar as normas trabalhistas referentes a segurança, higiene e saúde do trabalhador, é indiscutivelmente da Justiça do Trabalho, por força da orientação jurisprudencial consubstanciada na súmula n. 736 do excelso Supremo Tribunal Federal, não cabendo, todavia, postular-se nessa ação danos materiais e morais relativos ao acidente de trabalho em si (lide acidentária de competência da Justiça Comum, art. 109, I, CF), muito embora se possa pleitear danos dessa natureza em face do empregador que sejam dissociados do acidente de trabalho, mas que tenham igualmente origem no descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde do trabalhador. Nesta última hipótese, quando não se encontra em discussão nos autos o acidente de trabalho, como causa da reparação civil, a competência exclusiva da Justiça do Trabalho é absoluta, em razão da matéria. Esta última lide não é acidentária e sim corporificadora de responsabilidade subjetiva do empregador que, no âmbito da relação de emprego, ao descumprir norma trabalhista de proteção à segurança, higiene e saúde, acabou acarretando danos morais e materiais ao trabalhador, mesmo quando a infração possa igualmente ter como conseqüência um acidente do trabalho. A competência absoluta para essa última ação é indiscutivelmente **ratione materiae** da Justiça do Trabalho e encontra respaldo constitucional tanto no **caput** quanto no item VI do mesmo artigo 114 da Constituição Federal.

Belo Horizonte, 9 de julho de 2005.

ÉTICA NO DIREITO E NO PROCESSO DO TRABALHO

José Ernesto Manzi¹

Sumário: 1) Introdução. 2) Significado da Ética. 3) Objeto da Ética. 4) Ética e Relações de Trabalho. 5) Ética das partes no Processo do Trabalho. 6) Ética dos Operadores Jurídicos Trabalhistas: a) do Advogado; b) do Ministério Público do Trabalho; c) do Juiz. 7) Policiamento ético dos operadores. 8) Conclusão.

1) INTRODUÇÃO²

A sociedade de (e do) consumo, do consumismo, do descartável (que se projeta não só sobre os bens de consumo, mas sobre as relações sociais³, os casamentos, as amizades, etc.), do egoísmo e do hedonismo⁴, do lucro fácil, do menor esforço, do niilismo⁵ e do imediatismo, transplantou para o convívio humano, seus valores⁶ ou desvalores criando o que em sociologia se denomina “personalidade de base”⁷ que não traduz o ideal ético⁸. A personalidade de base contemporânea não tem por característica mais proeminente a imoralidade⁹ mas a amoralidade¹⁰. A amoralidade é a concretização do relativismo¹¹ que torna tudo justificável, mais difícil o convívio social, e mais necessária a presença de normas cogentes e sanções severas a incentivar (ou desincentivar) comportamentos.

Os meios cibernéticos facilitaram o acesso às informações, ampliando, enormemente, o cabedal de conhecimentos acessíveis, mas a contrapartida foi a sua

1. Juiz do Trabalho em Santa Catarina. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (SC). Especialista em Processo Civil (Unoesc – Chapecô), em Direito Administrativo (*Università degli Studi di Roma – La Sapienza*) e em Processos Constitucionais (*Universidad de Castilla – La Mancha: Toledo – Espanha*). Ex-Professor das Faculdades Metropolitanas Unidas e São Judas Tadeu (São Paulo – SP) e da UNOESC (São Miguel do Oeste – SC). Professor da Escola de Preparação para a Magistratura do Trabalho e Especialização em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho da AMATRA-XII.

2. Buscou-se, em um formato acadêmico, indicar, a medida do possível, o maior número de conceitos, o que justifica o excesso de notas de rodapé, utilizadas para não quebrar a fluidez do texto.

3. “Na esfera da sociabilidade, levantam-se utilitarismos como regra de vida mediante a exacerbação do consumo, dos narcisismos, do egoísmo, do abandono da solidariedade, com a implantação, galopante, de uma ética pragmática individualista. É dessa forma que a sociedade e os indivíduos aceitam dar adeus à generosidade, à solidariedade e à emoção com a entronização do reino do cálculo (a partir do cálculo econômico) e da competitividade.” (SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização – do pensamento único à consciência universal**). 9e. Rio de Janeiro: Record, 2002, p. 54).

4. Doutrina que considera que o prazer individual e imediato é o único bem possível, princípio e fim da vida moral. Em sentido filosófico traduz a doutrina que considera o prazer como o único bem possível, portanto como o fundamento da vida moral. Distingue-se do utilitarismo do Século XVIII porque, para este último, o bem não está no prazer individual, mas no prazer do “maior número possível de pessoas”, ou seja, na utilidade social. (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 497.).

5. Aqui tomado em sentido filosófico: Doutrina segundo a qual não há verdade moral nem hierarquia de valores. (ABBAGNANO, op. cit. p. 712.).

6. Valor: em geral, o que deve ser objeto de preferência ou escolha (ABBAGNO, op. cit. p. 989). Filos. “Caráter do que, de modo relativo (ou para um só ou para alguns) ou de modo absoluto (para todos), é tido ou deve ser tido como objeto de estima ou de desejo.” (FERREIRA, Aurélio B. H. **Novo dicionário Aurélio**. 15e. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975. p. 1439.

7. Configuração psicológica própria dos membros de uma determinada sociedade, e que se manifesta por um certo estilo de vida.

8. A ética é o estudo dos juízos de apreciação referentes à conduta humana suscetível de qualificação do ponto de vista do bem e do mal, seja relativamente a determinada sociedade, seja de modo absoluto.

9. Em filosofia, diz-se de conduta ou doutrina que contraria regra moral prescrita para um dado tempo e lugar.

10. Em filosofia, diz-se da conduta humana que, suscetível de qualificação moral, não se pauta, pelas regras morais vigentes em um dado tempo e lugar, seja por ignorância do indivíduo ou do grupo considerado, seja pela indiferença, expressa e fundamentada, aos valores morais.

11. Atitude ou doutrina que afirma que as verdades (morais, religiosas, políticas, científicas, etc.) variam conforme a época, o lugar, o grupo social e os indivíduos.

superficialização, a sua banalização, conhecendo-se cada menos, sobre cada vez mais. As relações intersubjetivas não permaneceram imunes a esta influência, ampliaram-se dia-a-dia, facilitadas pelos meios de comunicação; porém, essa ampliação se dá em quantidade, com a redução da qualidade. Em outras palavras, foram contaminadas pelo utilitarismo, pelo comodismo e pelo egoísmo, tornando-se descartáveis e descartadas ante o menor sinal de preocupação ou desconforto. Até a religião vem sendo substituída por uma religiosidade, que permite a adaptação da fé à conduta e não da conduta à fé e que está fulcrada não em valores eternos, mas em valores imediatos, satisfações psicológicas ou mesmo numa crença na satisfação material ou pessoal imediata¹². O homem tornou-se imediatista e impaciente, passou a fazer questão dos segundos e vive angustiado e estressado, com quem quer que o faça perdê-los, ao mesmo tempo em que despreza as premências alheias.

O Direito, por servir a regular as relações interpessoais não ficou imune a esta realidade, sendo por ela atingido, diretamente. As relações jurídicas por atingirem, indiscriminadamente, a todos não ficaram incólumes ao *modus vivendi* da população. Uma sociedade que preze valores morais, que seja rigorosa em sua aplicação, projetará esta filosofia para todos os papéis sociais, na família, na educação, na religião, no trabalho etc. A personalidade (em sentido comum e não jurídico) é o elemento estável da conduta, a maneira habitual de ser. Não é possível manter-se a autenticidade, sofrendo-se, ao mesmo tempo de uma esquizofrênica dupla-personalidade: agir bem em alguns aspectos da vida e mal em outros. Os atributos¹³ necessários não admitem dosagem: ninguém pode ser meio honesto, meio fiel, etc.

O homem não vive, com-vive e onde há vida em sociedade, aí está o Direito (*ubi societas, ibi jus*) e aí estão os imperativos éticos a assinalar que nem tudo que é jurídico é honesto (*non omne quod licet honestum est*) devendo o homem honesto impor-se limites maiores do que a lei lhe confere, principalmente em suas relações com outras pessoas, pois, afinal, como ensina Aristóteles, “ pelos atos que praticamos em nossas relações com outras pessoas, tornamo-nos justos ou injustos (...)”¹⁴.

O objetivo deste trabalho é delinear alguns aspectos sobre a ética¹⁵, sobre a conduta ética das partes nas relações jurídicas, perfunctoriamente, dando-se, a seguir, algum relevo aos ditames éticos impostos aos atores no Direito do Trabalho¹⁶ e no Processo do Trabalho¹⁷.

A Ética é uma ciência, com objeto vastíssimo e impassível de apreensão, a ela se destinando tratados e teses, razão que impele a restrição do conteúdo, para ampliação da compreensão. Em síntese, nosso objeto é a conduta ética no processo judiciário, como reflexo da conduta nas relações jurídicas em geral, delineando-se por necessário à compreensão, o elemento “ética”.

12. A referência à religião dá-se porque, reconhecidamente, a motivação religiosa é a mais universal das motivações que alimentam o agir ético. LIMA VAZ, Henrique Cláudio. **Ética & direito**. São Paulo: Loyola/Landy. 2002, p. 37.

13. qualidades inerentes à substância

14. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2000, p. 41.

15. A ética é uma ciência (ou uma filosofia já que se afirma que uma ciência não daria conta de um objeto tão complexo e com conceitos tão vagos), de forma que, o aprofundamento do tema seria incompatível com o tipo de trabalho desenvolvido.

16. “Direito do Trabalho é o ramo da ciência do direito que tem por objeto as normas jurídicas que disciplinam as relações de trabalho subordinado, determinam os seus sujeitos e as organizações destinadas à proteção desse trabalho, em sua estrutura e atividade.” (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 3e. São Paulo: Saraiva. 1984, p.98).

17. Por Processo do Trabalho temos aquele destinado a resolver os litígios entre empregados e empregadores, em face de direitos emergentes da relação empregatícia.

Como o palco em que os atores em foco desenvolvem suas condutas é o Direito (e nele o Processo), necessário tratar também da Lei. Toda lei é um comando ético e moral, criado a partir da realidade social, que está sob o jugo dos valores.¹⁸ Os valores não podem ser alijados do Direito¹⁹ e do Processo. O afastamento dos valores torna o Direito material um instrumento para a exploração do homem pelo homem (dos aquinhoados pelos desaquinhoados e vice-versa) e não uma parceria ou cooperação mútua, derivado do mandamento bíblico que nos impõe amar ao próximo como a nós mesmos (ou não fazer a outrem, o que não gostaríamos que nos fizessem). Quando os valores morais são alijados dos Processos judiciais, eles se tornam um jogo de astúcias, onde não vence quem tem razão (ou quem é socorrido pelo Direito) e sim que for mais ardiloso (isto quando tratamos das partes) ou se transformam em mera representação estética²⁰, onde a aparência do justo se sobrepõe ao seu conteúdo substancial (falando dos operadores jurídicos).

2) SIGNIFICADO DA ÉTICA

Considerada etimologicamente, o vocábulo latino *ethica* deriva do grego *ethiké*, sendo *moralis* (filosofia) o vocábulo latino decorrente da tradução, feita por Cícero, do nome grego. Um e outro termo designam o que se refere ao caráter, às atitudes humanas em geral, e, em particular, às regras de conduta e sua justificação²¹. Os estudos históricos e etimológicos do termo “ética” revelam que o *éthos* está revestido de ambigüidades, o que torna a própria discussão da matéria também aberta. O termo *éthos* (grego, singular) é o hábito ou comportamento pessoal, decorrente da natureza, das convenções pessoais ou da educação, *ethé* (grego, plural) é o conjunto de hábitos ou comportamentos de grupos ou de uma coletividade, podendo corresponder aos próprios costumes.²²

O que caracteriza a ética é a sua dimensão pessoal, isto é, o esforço do homem para fundamentar e legitimar a sua conduta.

Ensina Orlando Ferreira de Melo que Ética é “significante polissêmico cujos significados variam desde o de ciência da conduta até o de moral, *tout court*. Como categoria de Política Jurídica, é o valor fundamental da conduta humana.”²³

A ética é uma ciência, a ciência da conduta. Existem duas concepções fundamentais dessa ciência: a primeira que a considera como ciência do **fim** para o qual a conduta dos homens deve ser orientada e dos **meios** para atingir tal **fim**, deduzindo tanto o fim quanto os meios da natureza do homem; a segunda, a que a considera como a ciência do **móvel** da conduta humana e procura determinar tal móvel com vistas a dirigir ou disciplinar essa conduta.²⁴

A ética não se confunde com a moral, embora a discussão sobre a diferença entre ambas seja mais acadêmica do que prática. Para os que reconhecem importância nessa diferenciação, o conceito de ética é mais extenso que o de moral, sendo os

18. OLIVEIRA, Isócrates de. **Dom Silogildo e outras histórias**. Apud CALANZANI, José João. **Metáforas jurídicas (conceitos básicos de Direito através do processo pedagógico da metáfora)**. Belo Horizonte: Inédita, 1999, p. 45.

19. tido como o conjunto de normas jurídicas que disciplinam as relações intersubjetivas.

20. Não no sentido platônico. Para Platão, o belo é a manifestação evidente das Idéias (isto é, dos valores), sendo, por isso, a via de acesso mais fácil e óbvia e tais valores. (PLATÃO. **Fedro**. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 87). O sentido que pretendemos empregar é o da busca da aparência do justo, em detrimento do respectivo conteúdo; da justiça formal, em detrimento da material.

21. SILVA, Octacílio Paula. **Ética do magistrado à luz do direito comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 26.

22. BITTAR, Eduardo C.B. **Curso de ética jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 6.

23. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2000. p. 39.

24. ABBAGNANO, op. cit. p. 380.

problemas éticos caracterizados pela sua generalidade e os morais, os referentes à vida cotidiana, eclodindo nas situações concretas; outros preferem reconhecer como traço principal da diferenciação o fato da moral ser uma ciência normativa, enquanto a ética seria uma ciência²⁵ especulativa²⁶. Para outros a moral é considerada uma arte²⁷, o saber-viver, ou arte de viver²⁸.

A ética é uma capacidade coligada com a liberdade da qual faz uso todo ser humano, de deliberar ou decidir qual a melhor, mas oportuna ou mais adequada forma de conduzir a própria personalidade em interação (familiar, grupal, social)²⁹

A liberdade é o poder, baseado na razão e na vontade, de agir ou não agir, de fazer isto ou aquilo, portanto de praticar atos deliberados. A liberdade torna o homem responsável por seus atos na medida em que forem voluntários. A imputabilidade e a responsabilidade de uma ação podem ficar diminuídas ou suprimidas pela ignorância, inadvertência, violência, medo, hábitos, afeições imoderadas ou outros fatores psíquicos e sociais. Todo ato diretamente querido é imputável a seu autor³⁰.

Assim, a ética demanda do agente uma conduta livre e autônoma³¹, dirigida pela convicção pessoal³², insusceptível de coerção³³, encontrando-se entre os saberes humanos de maior importância, tanto para a compreensão do homem, quanto da sociedade e seus fenômenos.

Em resumo, como conceito operacional, adotamos aquele referido por Octacílio Silva, ou seja, “como ciência normativo-valorativa que tem por objeto a conduta humana, que visa ao bem social e individual, e que se manifesta através do direito, da moral, costumes e convenções sociais.”³⁴

Como o bem (*bonum*) considera-se tudo o que possui valor, preço, dignidade a qualquer título, sendo o objeto da ética³⁵ o mal (*malum*), seu correlativo, traduz o não-ser ou o objeto da aptidão negativa ou de um juízo negativo. O foco do exame, contudo, é o apetecível, o bem, sendo o mal a sua contradição.

O bem social é aquele que interessa à sociedade como um todo e não, egoisticamente, a alguém em particular.

O caráter normativo decorre de ser a ética um conhecimento que enuncia ou que constitui uma norma.

O espectro axiológico (valorativo) aqui é adotado *como o que deve ser objeto de preferência ou escolha*. Aliás, desde a Antiguidade, a palavra *valor* foi usada para indicar a utilidade ou o preço de bens materiais e a dignidade ou o mérito das pessoas

25. Note-se, como já dito, que o próprio caráter científico da ética é negado por quem lhe atribui caráter filosófico (conforme já dito).

26. que tem por objeto o estudo filosófico da ação e da conduta humana, procurando a justificação natural dos juízos de valor sobre a moralidade. (VASQUES, Adolfo Sanches. **Ética**, 2e. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1975. p. 219).

27. “... a moral é uma arte... a arte de viver bem. E o que quer dizer viver bem? A resposta é simples: viver bem quer dizer viver como é próprio de um homem, como um homem deve viver. Assim, do mesmo modo que a pintura é a arte de pintar, a moral é a arte de viver como um ser humano.” (LORDA, Juan Luis. **Moral: a arte de viver**. São Paulo: Quadrante, 2001. p. 12.

28. SAVATER, Fernando. **Ética para meu filho**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 31.

29. BITTAR, op. cit. p. 5.

30. Neste sentido, o Catecismo da Igreja Católica Apostólica Romana, cânones 1731 a 1736.

31. O agir inconsciente ou manipulado não pode gerar responsabilidade ética.

32. A sede da decisão deve ser individual, ainda que sujeita a influências de valores morais, familiares, religiosos etc.

33. A conduta ética deve decorrer do livre convencimento do agente dentro de regras e costumes sociais e não pelo temor causado por normas jurídicas que impõem penas privativas de liberdade ou restritivas de direitos.

34. SILVA, Octacílio Paula. **Ética do magistrado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 30.

35. ABBAGANO, op. cit. p. 107.

(embora tal acepção não tenha significado filosófico³⁶, por não ter dado origem a problemas filosóficos).

3) OBJETO DA ÉTICA

O objeto do saber ético não é o estudo do bem, em si. Mas o saber acerca das ações e dos hábitos humanos e das habilidades para lidar com umas e com outros. É sim o estudo do bem e do mal, deitando-se sobre a questão de como distingui-los, mas, principalmente, de como exercitá-los³⁷ para desenvolver suas faculdades psíquicas para administrá-los. Dentro de seu objeto encontram-se englobadas as normas morais, ou seja, a deontologia³⁸.

É a experiência decorrente do exercício da convivência social que indicou ao homem, através dos séculos, o conteúdo das normas éticas, ou seja, o que é bom e o que é mau, o que gera felicidade ou a infelicidade, a paz social ou a intranqüilidade etc. Logicamente que esta percepção varia em razão de inúmeros fatores, de ordem cultural, histórica, religiosa etc., estabelecendo padrões de conduta tidos por aceitáveis ou reprováveis.

As normas morais convivem com as normas sociais (dentre elas as legais) estabelecendo, por isso, a relação entre o direito e a moral, entre o direito e a ética, embora nem sempre o conteúdo das ações possa ser coincidentemente considerado pela Ética e pelo Direito (de igual modo), embora as convergências sejam tanto maiores quanto maior for a perfeição do sistema legal ou normativo. Há normas jurídicas que contrariam a ética e a moral e que somente conseguem se afirmar em face do poder de coerção³⁹ estatal, sendo, apesar disto, as mais descumpridas ou inobservadas.

A obrigação natural, a preocupação com a moralidade pública, os princípios gerais de direito, o conceito de boa-fé etc. são traços inegáveis da intrínseca relação entre o direito e a moral.

A confluência entre o Direito e a Ética, entre o Direito e a Moral é que constitui o objeto da Ciência Ética, que interessa à Ciência Jurídica. Como ensina Reale, "há o problema do valor da conduta ou do valor da ação, do bem a ser realizado, que constitui capítulo do estudo denominado *Ética*. (...) Analisando o problema da *Ética*, entendida como doutrina do valor do *bem* e da conduta humana que o visa realizar..."⁴⁰

Este o conceito operacional adotado, necessário que é, como premissa à elaboração do presente trabalho.

4) ÉTICA E RELAÇÕES DE TRABALHO

De forma resumida, as obrigações principais impostas pelo contrato de trabalho são o de prestar o serviço e o de dar o trabalho⁴¹ e pagá-lo. Logicamente que a estas obrigações principais somam-se várias outras acessórias, porém importantes como o

36. O uso filosófico do termo só começa quando o seu significado é generalizado para indicar *qualquer* objeto de preferência ou de escolha, sendo precursores dessa utilização os estoícos (escola filosófica que se caracteriza pela consideração do problema moral).

37. "(...) toda a virtude é gerada e destruída pelas mesmas causas e pelos mesmos meios, do mesmo modo acontece com a arte: tocando a lira é que se formam os bons e os maus músicos..." (ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*. Op. cit. p. 41). O exercício do bem é que nos faz bons. O exercício do mal é que nos faz maus. As disposições do caráter e as sanções morais, sociais ou religiosas é que nos fazem optar pela prática de um ou de outro.

38. O estudo dos princípios, fundamentos e sistemas de moral.

39. No sentido de forma emanada do Estado que impõe o cumprimento da norma.

40. REALE, Miguel. *Introdução à Filosofia*. 3e. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 26-27.

41. A obrigação do empregador não é apenas de pagar, mas também de permitir a execução do trabalho para o qual o empregado foi contratado. O salário sem o trabalho fere também o empregado, a medida que lhe retira a dignidade.

do respeito mútuo, respeito à lei e às cláusulas do contrato etc.

Os artigos 482⁴² e 483⁴³, da CLT trazem motivações que autorizam a rescisão justa do contrato de trabalho, tanto por parte do empregado, quanto por parte do empregador. Por óbvio que os fatos tipificados constituem o ápice do desacerto ético, havendo condutas legalmente atípicas, mas eticamente reprováveis.

A falta de ética por parte do empregado, na execução de suas obrigações contratuais pode assumir inúmeras formas. No descumprimento qualitativo ou quantitativo voluntário (desídia) em um descumprimento com o sucesso do empreendimento a que se comprometeu ao assumir o posto de trabalho; no desrespeito ao patrimônio do empregador (que pode ir até do deixar uma luz acesa, desnecessariamente até o dano doloso, o furto etc.), no egoísmo que costuma destruir qualquer trabalho em equipe; na preocupação única com as obrigações do empregador, sem nenhuma ou pouca preocupação com suas próprias obrigações; pelo esquecimento de detalhe essencial, qual seja, de que se é pago para se oferecer resultado, inclusive o lucro do empregador, o crescimento da empresa, seu bom-nome etc. A falta de ética coletivizada conduz entes sindicais obreiros a formular exigências e mais exigências, mesmo sabendo que as empresas ou empregadores pessoas físicas não têm condições de cumpri-las e que podem ir à falência ou à dispensa de empregados, ou seja, “matar a galinha dos ovos”; a não reconhecer os esforços da classe patronal ou de empresa em particular, para manter os postos de trabalho ou, em sentido contrário, em trocar interesses particulares (salários altos para os dirigentes, ampliação da estabilidade, contribuições sindicais etc.) pelos interesses da categoria, no que popularmente se chama de peleguismo.

A falta de ética por parte do empregador também pode atingir várias facetas: no abuso do poder de subordinar ou punir; no assédio sexual ou moral; na sonegação de direitos trabalhistas (inclusive com o uso da fraude); na exigência de anotações inverídicas de horário de trabalho nos controles ou de lançamento de firmas em recibos inverídicos, em verdadeira extorsão econômica; na despreocupação com a saúde do trabalhador, nas ameaças de demissão e punição injustas, a retirar a paz do empregado;

42. Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: a) ato de improbidade; b) incontinência de conduta ou mau procedimento; c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço; d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena; e) desídia no desempenho das respectivas funções; f) embriaguez habitual ou em serviço; g) violação de segredo da empresa; h) ato de indisciplina ou de insubordinação; i) abandono de emprego; j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; l) prática constante de jogos de azar. Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios contra a segurança nacional.

43. O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato; b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo; c) correr perigo manifesto de mal considerável; d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato; e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama; f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários. § 1º - O empregado poderá suspender a prestação dos serviços ou rescindir o contrato, quando tiver de desempenhar obrigações legais, incompatíveis com a continuação do serviço.

na apropriação indébita de contribuições previdenciárias a prejudicar o empregado, em particular e a própria segurança previdenciária da sociedade; na insensibilidade com a condição humana do empregado etc. Elevada a nível coletivo a conduta reprovável produz Sindicatos Patronais que travam com os empregados e suas agremiações verdadeiras guerras, esquecendo-se que empregado é investimento e não despesa; que cada centavo dado ao empregado reverte em consumo e aumento da economia; a negar-se, irremediavelmente, à negociação, aproveitando-se da morosidade da Justiça ou até da ausência de instrumentos efetivos, recordando-se que o Poder Normativo da Justiça do Trabalho para muitos doutrinadores está morto (mormente com o advento da Emenda Constitucional n. 45); a impor, cada vez mais, a redução de direitos, principalmente para novos empregados, com a conseqüente precarização do emprego, renovação da mão-de-obra e marginalização de trabalhadores mais experientes (ou melhor remunerados).

O descumprimento da lei trabalhista⁴⁴ ultrapassa a seara individual. Os maus empregadores além de ter empregados alijados do mercado de consumo (quem ganha mal, não pode consumir), constituem, de forma indubitável, concorrentes desleais. A sonegação de direitos trabalhistas, por vezes acompanhadas das sonegações fiscal e previdenciária permite o barateamento dos custos e uma concorrência desleal com os empregadores que cumprem a lei, pagam seus tributos e salários dignos, permitindo a seus empregados a aquisição de produtos e serviços em quantidade maior do que os destinados à sobrevivência, em acréscimo aos tributos repassados à Sociedade, tudo isso em virtual decréscimo do lucro.

A míope ética da sociedade projeta-se sobre o contrato de trabalho. O empregador passa a tratar o empregado como uma peça descartável, substituída a qualquer momento e que não merece melhor consideração do que um equipamento barato. O empregado, por sua vez, comporta-se como se estivesse fazendo um favor ao empregador, exercendo uma atividade provisória até que consiga melhor colocação. O empregador deixa de investir na formação do empregado e o empregado nada faz para melhorar sua prestação de serviço, para dar o melhor de si. As partes atuam de forma medíocre na relação, apenas no indispensável a mantê-la, cada qual considerando que recebe muito pouco pela contraprestação prestada. Empregado e Empregador vêem-se como descartáveis, buscando sugar da relação o máximo para si, dando o mínimo de si, de forma egoísta e imediatista (a medida que as condutas que nascem desta filosofia fadam ao insucesso o pacto laboral, conduzindo ao seu desfazimento). É exatamente essa disposição que vai projetar-se no Processo do Trabalho.

5) ÉTICA DAS PARTES NO PROCESSO DO TRABALHO

O agir das partes durante o contrato projetará efeitos também sobre o lapso que o suceder e em que for acionado o Estado-Juiz para solucionar o conflito de interesses. Toma-se aqui, para exame o agir das partes, enquanto interlocutores no processo judicial já que, dos aspectos deontológicos⁴⁵ se cuidará em itens próprios, considerado cada papel desempenhado (advogado, juiz, procurador etc.).

O empregado que se considerou subjetivamente desvalorizado poderá buscar não apenas aquilo que a lei ou o contrato (individual ou coletivo) lhe concedem e lhe foi sonegado, mas, igualmente, parcelas a que não faria jus. O ex-empregador, por seu turno, fará o possível para não pagar nem aquilo que a lei ou o contrato garantem e ele

44. Com maior rigor, o trabalho escravo que ainda grassa nos rincões, constitui o total alijamento dos direitos humanos e trabalhistas do indivíduo a ele submetido.

45. tomados no sentido da ética profissional.

descumpriu, não sendo raros os casos dos que reconhecem terem praticado um ato de caridade ao oferecerem o posto de trabalho ao ex-empregado, arrotando a prática de um ato de mera liberalidade, que não pode ser mais onerado e até ameaçando o Estado-Juiz, de não mais empregar, se sua conduta for censurada. As pré-disposições de um ou de outro poderão levar à instrução de testemunhas; no forjar de documentos; na alteração da verdade dos fatos; em petições iniciais formuladas com esperança na revelia; na defesa que nega tudo, com ou sem razão; na criação de incidentes processuais visando retardar o resultado ou tornar inviável sua utilidade; na resistência injustificada aos atos executórios, criando-se incidentes, ocultando-se bens; na criação de listas-negras, para fadar ao desemprego todos os que exercerem o direito de petição⁴⁶ etc.

Não se pode esperar que quem aja sem ética durante o contrato, passe a fazê-lo no decorrer do Processo do Trabalho, embora os olhos da Justiça e mesmo a própria necessidade do concurso do advogado venham a impedir ou dificultar muitas vezes, a instrumentalização do processo como meio de enriquecimento ilícito (de autor ou réu).

Do mesmo modo, os Operadores Jurídicos (Advogados, Procuradores do Trabalho, Juizes, servidores e peritos) trazem para o processo um pouco (ou muito) de sua conduta, havendo, do ponto de vista ético, alguma ou total identidade entre a atividade profissional e a pessoal, social e familiar desses Operadores.

A primeira manifestação da ausência de atributos éticos é anterior ao próprio processo e por vezes ao próprio contrato de trabalho, impelindo, por exemplo, o mal empregador a não contratar como empregado a quem já foi autor de ação trabalhista (como referido acima) ou abusando da precariedade da situação financeira do empregado ou do excesso de mão de obra para oferecer salário injusto ou condições indignas de labor. Faz, por seu turno, o mal empregado, a ocultar más-referências anteriores ou formar um currículo inexistente, indicando uma experiência, capacidade ou idoneidade que não possui.

A falta de ética no Processo se concretiza de inúmeras maneiras. A alteração da verdade dos fatos é a principal delas.⁴⁷ Por parte do autor inicia com a própria afirmação de um vínculo empregatício inexistente, em face da maior tutela da lei sobre os contratos de trabalho, em relação a liames de outra natureza (civil, agrário, administrativo ou comercial). A outra faceta da mesma ocorrência é a negativa de um vínculo existente, por parte do empregador, buscando aferir-lhe natureza jurídica que imponha exigências mais brandas⁴⁸. Fruto desta alteração da verdade, está a busca pela prova do fato inexistente ou pela contraprova fraudulenta do fato existente⁴⁹. Contribui para esses agires a inexistência de uma sucumbência recíproca no Processo do Trabalho, fixando-

46. Lei deveria limitar a expedição de certidões de distribuição de reclamatória trabalhista na qualidade de autor e ampliar os casos em que esta seria devida, na forma negativa, para habilitação em licitações públicas. Há projeto de lei neste último sentido, encaminhado pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho – ANAMATRA.

47. "Nada engana com uma força e uma autoridade tão terrível como a verdade mal dita. Ela dá aos erros que a envolvem um peso que tais erros jamais teriam por si mesmos. Prestigia-os. A mistura de verdade e de erro produz, na boca do mundo, efeitos desastrosos. Da à verdade a aparência do erro, ao erro a aparência da verdade. Faz com que o erro participe do respeito que é devido à verdade." HELLO, Ernest. **Textes choisis**. Fribourg: Ed. Egloff, 1945, p. 161. **In** FAUS, Francisco. **A língua**. São Paulo: Quadrante, 1994, p. 43.

48. O contrato de trabalho adquire, nessa negação, uma impessoalidade, um não-assalariamento, uma eventualidade e uma autonomia, inexistentes na prática ou na vigência.

49. Esta busca pode iniciar-se durante o próprio contrato de trabalho, ao se impor, por exemplo, a anotação de horário de trabalho diverso do efetivamente realizado (ou, em sentido oposto, o exagero de anotação de jornada, por parte do empregado, quando a fiscalização é deficiente) ou a colheita de assinatura em recibos que não espelham os valores realmente pagos (ou a negativa de recebimento, de valor efetivamente pago, na ótica inversa etc.; a destruição de recibos por parte do empregado etc). Esses exemplos são constatáveis, no dia-a-dia, nos processos trabalhistas.

se honorários proporcionais aos pedidos acolhidos e ainda, a confusão que se faz entre o princípio da eventualidade e a má-fé processual⁵⁰.

A consequência das condutas reprováveis se projeta do Processo para o mercado de trabalho. Se por um lado, a má-conduta do empregado no processo induz, quando não apreendida, a ocorrência de condenações injustas e astronômicas (do ponto de vista financeiro) gerando um temor que implica na retração do mercado de trabalho⁵¹. Por outro lado, em sentido oposto, a má-conduta do empregador enquanto ator do Processo, quando não descoberta ou punida, ocasiona uma sensação de impunidade que incentiva o descumprimento da lei, que faz com que o empregador (e com ele outros) passe (ou persista) na sonegação de direitos trabalhistas, com prejuízos igualmente para toda a sociedade (o Direito do Trabalho é o mais importante instrumento de política social, de distribuição de renda, de progresso econômico, mormente em um país em que as desigualdades são consideradas inaceitáveis, dentro de padrões internacionais).

É indispensável a criação de mecanismos que induzam o cumprimento voluntário da lei⁵²; que tornem não apetecíveis tanto o uso do Processo como o meio de resistência indevida à pretensão, como a busca aventureira do locupletamento, do indébito, com a utilização do Processo Judiciário do Trabalho.

Em termos de Política Jurídica se obteria o primeiro objetivo (cumprimento voluntário das obrigações), com a ampliação dos juros moratórios (que são os mais baixos utilizados no Judiciário)⁵³ no Processo ou a fixação de um “plus” que se ampliasse conforme a resistência persistisse, ou seja, pela fase do Processo⁵⁴. Na contramão dessa visão está a homologação simplista de rescisões contratuais por sindicatos, membros do Ministério Público ou mesmo por Juízes do Trabalho em que a transação do contrato se faz apenas pelo valor da rescisão, paga completamente a destempo, sem qualquer acréscimo ou multa e de forma parcelada. Logicamente que esse tipo de conduta cria uma vantagem no resistir às pretensões, por permitir pagar menos, ao se pagar depois e mais, com a garantia de jugular total, ou parcialmente, a discussão posterior.

O segundo objetivo, dosado sempre com a facilidade de acesso ao judiciário (e à justiça)⁵⁵ se traduz pela punição do espírito de emulação e da má-fé processual e pela

50. Segundo o princípio da eventualidade, “as partes têm a obrigação de produzir, de uma só vez, todas as alegações e requerimentos nas fases processuais correspondentes, ainda que as razões sejam excludentes e incompatíveis uma das outras.” PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 5e. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2003. p. 130. Este princípio conduzido, **deve ser harmonizado** com o princípio da lealdade processual (“todos os sujeitos do processo devem manter uma conduta ética adequada, de acordo com os deveres de verdade, moralidade e probidade em todas as fases do procedimento.” (PORTANOVA, op. cit. p. 56)). O princípio da eventualidade não é uma carta em branco para que a parte possa alterar a verdade dos fatos e sim para que alegue todos os fatos, embora possa indicar mais de uma consequência jurídica para um mesmo fenômeno.

51. Uma condenação injusta faz com que o ex-empregador deixe de contratar os empregados que necessita, temendo ser levado à falência ou à miséria. O descrédito no sistema judiciário causa, deste modo, prejuízos econômicos e sociais.
52. Não pode haver benefício no descumprimento. Se for menor o dano infligido do que a satisfação ou benefício derivado do descumprimento da obrigação legal, as obrigações não serão cumpridas e o Judiciário não dará (já não dá) conta da solução de tantas demandas. Neste sentido, a lição de Hobbes. HOBBS, Thomas. **Leviatã (ou a matéria, a forma e poder de um estado eclesiástico e civil)**. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 229.

53. Há projeto de lei sendo apreciado para aplicação da taxa SELIC aos débitos trabalhistas.

54. O pagamento antes da sentença de primeiro grau imporia, por exemplo, um “plus” de 25%, na fase recursal ordinária 50%, na fase recursal extraordinária 100% e assim por diante..., salvo quando o juiz ou tribunal reconhecesse o caráter dúbio do direito em discussão. Tal afirmação se faz em caráter de política jurídica, inexistindo normas positivas neste sentido.

55. que se estabelece pela simplificação das formas, redução de custas, pagamento ao final das despesas do processo etc., mas, principalmente, pela adoção, no ensino médio, do direito usual como disciplina. Embora muito mais importante

adoção, no Processo do Trabalho, da sucumbência recíproca, que impediria os empregados de postular pretensões duvidosas ou imorais, contando com uma hipotética revelia, quando o direito não lhe socorre ou lhe socorre em parcela menor, como já referido.

Entretanto, uma ressalva deve ser feita. O Poder Judiciário do Trabalho sempre foi acusado de ser parcial, ou seja, de pender para o empregado; de sempre impingir ao empregador, bom ou mal cumpridor de suas obrigações, uma condenação; de distorcer o conteúdo dos fatos e das normas para proteger a parte considerada hipossuficiente. A desigualdade somente se revela quando há a criação de um privilégio pessoal em detrimento do compartilhamento social e não o contrário⁵⁶. A aparente desigualdade da lei trabalhista visa exatamente esse compartilhamento (social). O juiz aplica a lei, não podendo nivelar os desiguais, quando o sistema normativo impõe o contrário⁵⁷.

Quem tem esta visão (da parcialidade da Justiça do Trabalho), parte de uma premissa distorcida. Pretende que a Justiça Especializada seja comutativa, quando, na realidade é distributiva⁵⁸. Que trate igualmente partes desiguais, quando a lei lhe impõe que as trate desigualmente. Dar tratamento isonômico às partes, conforme preceitua NELSON NERY JÚNIOR significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades⁵⁹.

Portanto, há de se mencionar que o princípio da igualdade das partes não assegura ao juiz igualar as partes quando a própria lei estabelece a desigualdade⁶⁰; quando a lei possui um caráter protetor, o juiz, ao retirá-lo, passa a decidir "*contra legem*" portanto, de forma arbitrária; quando vai além da proteção concedida pela lei, decide *praeter legem*. No que tange às desigualdades criadas pela própria lei, a título de exemplo, pode-se mencionar aquele tratamento dado no direito do consumidor: onde o art. 4º reconhece a fragilidade ou a desigualdade do consumidor perante o fornecedor, estabelecendo a inversão do ônus da prova, face à maior possibilidade do fornecedor produzir a prova⁶¹ ou, mais especificamente, no Processo do Trabalho, a exigência de depósito recursal⁶² como requisito ao conhecimento de recurso interposto pelo

que a língua estrangeira (ministrada mas de regra não aprendida) o direito usual, as noções básicas que ampliam a noção e o exercício da cidadania. Como medida, a curto prazo se poderia, por exemplo, impor a participação em um pequeno curso de direito usual do trabalho, a quem fosse obter Carteira de Trabalho e Previdência Social ou a quem desse entrada em pedido para abertura de empresa (quanto a estes, inclusive, o ideal seria o repasse de noções básicas acerca de obrigações previdenciárias e fiscais, bem como, de administração empresarial). A administração é uma ciência, mas até a administração pública e judiciária no Brasil ainda se fazem de forma empírica.

56. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Itajaí: CMCJ-UNIVALI. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998. p.46.

57. "A imparcialidade consiste em postar-se o juiz em situação de equidistância das partes. Mas é mais do que isso. Imparcial é o juiz que procura compensar a debilidade de uma das partes, para garantir o equilíbrio de oportunidades a cada qual conferidas. Imparcial é o juiz que se sensibiliza com o hipossuficiente, perante cuja insuficiência o atuar equidistante é sinônimo de injustiça." (NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 2e. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999. p. 271).

58. Aristóteles reconhecia a existência de três espécies de Justiça: a Comutativa, a Distributiva e a Social. A justiça distributiva tem por escopo fundamental a divisão de bens e honras da comunidade, segundo a noção de que cada um perceba o proveito adequado a seus méritos. Num enfoque metafórico, significa a realização da Justiça segundo um critério de PROGRESSÃO GEOMÉTRICA. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, op. cit. p. 109.

59. NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 3ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1996. p. 42.

60. DELGADO, José Augusto. Sujeitos do Processo. **Revista de Processo**, São Paulo no. 30, ano 8, 1983, p. 69.

61. FERNANDES NETO, Guilherme. **O ABUSO DE DIREITO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (cláusulas, práticas e publicidades abusivas)**. Brasília: Brasília Jurídica, 1ª ed., 1999, p. 32.

62. Art. 899, da Consolidação das Leis do Trabalho: Art. 899 - Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora. § 1º - Sendo a condenação de valor até 10 (dez) vezes o valor-de-referência regional, nos dissídios individuais, só será admitido o recurso, inclusive o extraordinário, mediante prévio depósito da respectiva importância. Transitada em

empregador⁶³ e ainda, a possibilidade do juiz mandar, *ex officio* indenizar quando entender desaconselhável reintegrar (art. 496, da CLT).

Logicamente que o direito material do trabalho brasileiro está a necessitar de modernização, porquanto se não torna excessivamente onerosa a contratação formal (por ser a carga maior, de natureza tributária), participa deste onerar incentivando, deste modo, a contratação informal; porém há uma base principiológica que informa tanto o Direito do Trabalho, quanto o Processo do Trabalho que não pode ser olvidada, sob pena de igualarem-se os desiguais, ampliando-se a miséria. Os avanços econômicos, científicos e tecnológicos fizeram descobrir inúmeras formas de produzir riquezas, mas não um modo eficiente de distribuí-las equitativamente, sendo o Direito do Trabalho, apesar de suas falhas, ainda um instrumento indispensável a tal mister⁶⁴.

Por outro lado, não se pode aceitar o uso de provas ilícitas no Processo do Trabalho. A Constituição Federal expressamente prevê a vedação da utilização de provas ilícitas no Processo, seja o Civil ou Penal, conforme norma contida no artigo 5º inciso LVI⁶⁵. Às partes cabe o ônus de produzir as provas, na exata medida dos interesses que estejam a defender na causa; é precisamente com vistas ao exercício dessa atividade que assume especial importância o princípio da liceidade dos meios de prova⁶⁶.

Ensina DJANIRA MARIA RADAMÉS DE SÁ que por prova lícita deve entender-se aquela derivada de um ato que esteja em consonância com o direito ou decorrente da forma legítima pela qual é produzida⁶⁷. O juiz não pode levar em consideração uma prova ilícita, seja nas sentenças/ acórdãos, seja nos despachos ou no momento de inquirir testemunhas, embora convenha deixá-la nos autos, a fim de que a todo o momento a parte prejudicada possa tomá-la em consideração para vigiar o convencimento do juiz⁶⁸.

A Ética e a moral antecedem o direito e são muito mais exigentes do que ele. Os comportamentos processuais das partes que podem ser objeto de sanção estão delineados em lei (v.g. artigos 17 e 18, do CPC)⁶⁹, não encerrando, contudo, os tipos, todos os desacertos éticos. Nos atos atípicos, embora descabida a sanção processual, nada impede que o Juiz imponha à parte a adequação de sua conduta, no exercício de seu poder de polícia, para conter, por exemplo, a falta de urbanidade, a ironia etc. ainda que, a sanção em si, somente se aplique aos fatos tipificados no direito positivo como ilícitos⁷⁰.

julgado a decisão recorrida, ordenar-se-á o levantamento imediato da importância do depósito, em favor da parte vencedora, por simples despacho do juiz.

63. No direito espanhol descabe recurso ordinário trabalhista contra decisões fulcradas em prova oral (se considera que o juiz que colheu a prova possui maior possibilidade de interpretá-la) e o depósito judicial deve ser integral.

64. Daí a afirmação de Maurício Godinho Delgado em Congressos de que não se sente constrangido em lhe imputarem o ser um juiz de hora extra e aviso prévio, por serem estes, talvez, poucos exemplares de institutos para distribuição de renda, neste país.

65. LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos

66. que impõe que as provas sejam produzidas na conformidade ao direito; juridicidade, legalidade.

67. SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Teoria Geral do Direito Processual Civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 27.

68. PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997. p. 204.

69. A litigância de má-fé não pode ser presumida, nem declarada com base em mera presunção, conforme a lição de Veiga Jr. (VEIGA JR., CELSO LEAL DA. **Perguntas & respostas de direito e processo do trabalho**. Itajaí: Univali, 1999, p. 76.

70. quanto a tipificação for de índole processual não só pode, como DEVE ser sancionada no processo; quando for de índole criminal (falsificação de documentos, coação no curso processo etc.) deve receber a cominação endoprocessual, sem prejuízo de se oficiar a responsabilização criminal dos responsáveis.

Por fim, as partes têm as obrigações ética, moral e jurídica de expor os fatos com veracidade e franqueza. Como já referido alhures, o princípio da eventualidade apenas impõe que “todas as matérias alusivas à defesa devam ser argüidas conjuntamente, para, no caso, ou na eventualidade de não serem acolhidas as alegadas em primeiro lugar, serem apreciadas as que lhes sigam”⁷¹. Não autoriza, portanto que, se criem fatos ou se distorçam conteúdos, em uma verdadeira autorização em branco para obstaculizar a prestação jurisdicional, torná-la ineficaz ou obter provimento injusto, decorrente de premissas fáticas inverídicas.

6) ÉTICA DOS OPERADORES JURÍDICOS TRABALHISTAS

A intenção é de abordar apenas os pontos principais. Cada aspecto aqui tratado (e outros igualmente relevantes) poderia, por si só, justificar a formulação de um estudo mais profundo, um artigo ou até uma obra específica. Justifica-se assim, o aparente exame perfunctório dos conteúdos.

Como não se tratará, em específico dos Servidores da Justiça, se faz remissão expressa ao Decreto nº 1.171, de 22.6.94 que aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público do Poder Executivo Federal, que embora não se refira, de forma específica, aos servidores do Poder Judiciário da União indica nortes para o agir desses servidores impondo dignidade, decoro, zelo, eficácia, consciência, o prezar dos valores éticos, a moralidade, o respeito aos cidadãos, o dever de não omitir ou não falsear a verdade, a cortesia, a boa-vontade, o esforço e principalmente, o respeito irrestrito aos usuários do serviço que são, em última análise, os verdadeiros contratantes⁷².

Não se tratará ainda dos aspectos éticos da atuação de peritos, em razão dos limites impostos ao trabalho. Ressaltem-se apenas os efeitos nefastos da inexistência de uma assistência judiciária estatal, para remunerar os peritos, nos casos de sucumbência da parte miserável, sobre o resultado dos próprios laudos, induzindo nos expertos o temor pelo não recebimento de honorários e despesas, quando vencido o empregado, que lhes afeta, de forma indubitável, a isenção e com ela, o agir ético⁷³.

a) Ética do Advogado

O advogado exerce, no processo, talvez a função mais relevante. Enquanto os equívocos do juiz ensejam o direito ao recurso, os equívocos do advogado atraem preclusões e perempções, prejudicando, por vezes, o direito material das partes. Explica-se: no **error in iudicando** as partes, valendo-se do sistema recursal, podem obter, nos Juízos Recursais a adequação da decisão a parâmetros jurídicos mais perfeitos⁷⁴. A má formulação de uma petição inicial, de uma defesa, um recurso etc. impede que a parte, em muitas situações venha corrigir a deficiência, em face dos sistema de preclusões⁷⁵. O erro do juiz assim é mais facilmente corrigível que o do advogado.

71. ARRUDA ALVIM. PINTO, Teresa Arruda Alvim. **Manual de direito processual civil (processo de conhecimento)**. 4e. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 178.

72. O grande mal do serviço público é a sensação de que o servidor público faz favores aos usuários, ao cumprir o dever. Justificam-se, deste modo, as filas intermináveis, a falta de cortesia, a despreocupação com os casos urgentes etc.

73. O Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina contornou, em parte, esta necessidade, ao estabelecer o pagamento de honorários periciais pelo próprio Tribunal, quando vencido o empregado detentor de assistência judiciária, até um certo limite (PORTARIA Nº GP 0506, de 1º de outubro de 2004).

74. Embora nem sempre quem julgue por último, julgue melhor.

75. Por preclusão, consideramos a perda de uma determinada faculdade processual civil, ou pelo não exercício dela na ordem legal (temporal), ou por haver-se realizado uma atividade incompatível com esse exercício (lógica), ou, ainda, por já ter sido ela validamente exercitada (consumativa).

Esta constatação já imporia, por si só, à Ordem dos Advogados do Brasil rigorosa seleção dos Bacharéis em Direito que pretendam ingressar em seus quadros⁷⁶, o contínuo aperfeiçoamento dos causídicos e a imposição de afastamento compulsório, até aprovação em nova prova de habilitação àqueles que demonstrem inépcia no exercício profissional, seja porque ingressaram nos quadros quando o exame de ordem não era obrigatório, seja porque, na prática posterior, demonstraram despreparo⁷⁷.

Impõe ao Bacharel, por seu turno, que se atualize, constantemente, nas ciências jurídicas; que leia, que participe de cursos de formação e aperfeiçoamento; que se especialize⁷⁸, que tenha a humildade de reconhecer que não sabe e, com base nisto, aprofundar seus estudos antes de propor ou contestar uma ação, encaminhando o cliente a um colega, caso se sinta despreparado. O processo, para o advogado, por ser apenas mais um, mas para o cliente, pode ser o mais importante de sua vida, senão o único⁷⁹.

Ao lado da formação intelectual, contudo, a mais importante é a formação moral dos advogados até porque, dentro de padrões éticos mínimos, o advogado reconhece a importância do caso que lhe é exposto para preparar-se ou para recusá-lo, com humildade.

O advogado faz o primeiro peneiramento ético cabendo-lhe buscar obter a verdade de seu cliente e não propor ações que visem não a justiça, mas a injustiça, a vingança, a emulação⁸⁰. Logicamente que, como o advogado é indispensável à administração da justiça⁸¹ haverá ocasiões em que deverá defender quem não tem razão, mas, nesse caso, sua luta deve visar a efetivação da justiça, ou seja, em demonstrar até que ponto as sanções da lei devem ser aplicadas. O advogado exerce atividade de

76. O que vem se verificando, nos últimos tempos, com índices recordes de reprovação nos exames de ordem, embora haja críticos que vejam, no sistema, apenas uma "reserva de mercado"

77. No sistema italiano, a capacidade postulatória é adquirida gradualmente. O advogado, uma vez habilitado, deve, por um determinado prazo, atuar apenas em conjunto com outro advogado. Passado este prazo, o advogado adquire capacidade postulatória em primeiro grau de jurisdição. Para advogar junto à Corte de Cassação (Tribunal de Recurso) necessários ainda alguns anos e assim sucessivamente. No Brasil, **in thesi** um advogado inscrito na OAB pode, no mesmo dia, ingressar com ação originária do Supremo Tribunal Federal, prejudicando milhares de pessoas se agir com inépcia. Este sistema (da capacidade postulatória gradual) deveria ser adotado no Brasil, ainda que imperfeito (nem sempre o melhor advogado é o inscrito há mais tempo). Se o juiz passa por diversas entrâncias e somente chega à instância recursal, em média, após uma ou duas décadas de trabalho, não se justifica que o advogado, cujos atos são potencialmente mais prejudiciais na inépcia, opere sem qualquer limite, quando ainda um neófito.

78. A aparente informalidade do Processo do Trabalho é uma armadilha para os incautos. O Processo do Trabalho, apesar do **jus postulandi** é formal e os advogados que não o conhecem, por militar eventualmente na seara trabalhista costumam causar graves prejuízos a seus constituintes. Quem entende de tudo, não entende de nada; a especialização consiste saber cada vez mais, sobre cada vez menos. O Direito é muito complexo para que os advogados pretendam ser "autoridades" em todos os seus ramos, principalmente nos ramos especializados, onde poderão se defrontar com adversos especializados e com juízes e procuradores especialistas.

79. Talvez o maior problema enfrentado nesta época de massificação do acesso à justiça é a perda do caráter humano e humanitário do processo, muitas vezes tratado com excessivo academicismo ou tecnicismo ou com o desprezo que se dedica aos fatos corriqueiros. Atrás de cada processo está, além da discussão patrimonial ou pessoal, em foco, o comportamento ético das partes, enquanto pessoas, de forma que, uma injustiça se projetará sobre as vidas das partes, sobre a sua visão de justiça, etc. Uma sentença trabalhista avalia o proceder profissional (e ético) das partes, às vezes no decorrer de décadas.

80. O advogado que tem em mente apenas os honorários que alcançará, poderá ter a visão distorcida, buscando para o cliente e para si, um direito que não possui e até perder a tecnicidade no exercício profissional, deixando que as emoções tomem o lugar da razão (há um adágio popular que diz que, "quem advogada em causa própria tem um otário por cliente"; quanto maiores os honorários mais "própria" se torna a causa").

81. o **jus postulandi** ou seja, a capacidade da parte de residir no juízo trabalhista, independentemente de advogado não se justifica mais, seja porque há advogados em número suficiente, seja porque, cabe ao Estado prover as partes carentes de assistência jurídica.

meio e não de fim; não é contratado para vencer e sim para lutar, dentro de padrões éticos, morais e jurídicos. O advogado, contudo, não está obrigado a revelar fato prejudicial a seu cliente, podendo ocultá-lo⁸², sem distorcê-lo; tem ademais, a obrigação de ser parcial⁸³, já que, se assumir a imparcialidade que cabe ao juiz, fará com que a balança penda para o adversário processual causando injustiça.

Proposta a ação, o advogado não deve utilizar-se de estratégias para postergar o processo ou prejudicar o direito de petição ou de defesa, permitir (ou incentivar, ou dirigir) o uso de provas forjadas. O Processo do Trabalho tem objeto alimentar, de forma que se apresenta injustificável, com maior rigor, a chicana. O advogado de empregado que posterga a solução, na esperança de obter um acordo mais vantajoso ou maior até que os próprios direitos que seriam reconhecidos na sentença, pratica ato censurável do ponto de vista ético e moral. O advogado de empresa que empresta seu patrocínio para que salários devidos sejam sonogados ou para fazer com que o devido seja postergado, no afã de obter um acordo desvantajoso para o obreiro, desesperado, também merece censura.

Dispõe o art. 31 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil⁸⁴ que “ *O advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia.*”

A disposição é sábia. A fama do advogado se firma perante a clientela e os demais operadores jurídicos, quanto mais se preocupar com o seu proceder, em adquirir respeito e confiança, contribuindo para o prestígio da classe da advocacia, obtendo satisfação financeira como resultado natural e não como (único) objetivo daí porque honorários (que não é apenas o que remunera o profissional liberal, mas o que o faz, em sua raiz, de forma honrosa).

Sendo a conciliação um dos objetivos principais do Processo do Trabalho deve o advogado, na medida do possível, buscar sua ocorrência. A tomada como referência dos honorários em forma percentual (ou por fase do processo), por vezes, faz com que o advogado se esqueça das necessidades de seu constituinte, negando-se, de forma peremptória, à realização de um acordo, mesmo que benéfico à parte que o nomeou ou, o que é pior, garantir a ela, resultado favorável, mesmo antes da produção das provas.

O Código de Ética da Advocacia que está inserido no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906, de 04.07.94) tipifica várias condutas dos advogados como contrárias à ética, cada qual igualmente importante⁸⁵, deve-se apenas que, a verba honorária, mormente no Processo do Trabalho não deve constituir um instrumento de exploração do trabalhador e sim a justa contraprestação pelo trabalho do advogado. Advogado não é sócio da parte, não se podendo admitir a fixação de honorários superiores a 20%, ressaltando-se que, os honorários de assistência judiciária visam

82. Daí a crítica que se faz hoje às diligências de busca e apreensão em escritórios de advocacia. Estas buscas são lícitas na medida em que o advogado é que é o suspeito da prática de delitos (porquanto do contrário ele seria imune à persecução penal, que não pode poupar ninguém, em face do princípio da igualdade); são ilícitas quando visam buscar, nos escaninhos do advogado, prova para incriminar seus clientes. Nessa última hipótese haverá um grave atentado ao Estado Democrático de Direito, porquanto criará um temor generalizado em declinar ao próprio advogado, a realidade dos fatos, tornando inviável a ampla defesa.

83. O advogado deve ser parcial, no sentido de realçar, entre as várias faces da verdade, aquelas que são mais favoráveis ao direito de seu cliente, recolhendo, dentre os fatos reais, apenas os aspectos que são favoráveis à sua tese. CALAMANDREI, Pietro. **Eles, os juizes, vistos por nós, os advogados**. 5e. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 397, p. 71.

84. Brasil. Legislação. Lei Federal nº 8906/94. Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

85. O objeto é apenas as figuras mais importantes ou com maior aplicação no Processo do Trabalho, como já se disse.

ressarcir a parte de seus gastos e não um “plus” aos honorários objetos do contrato de prestação de serviços advocatícios⁸⁶.

Medida salutar que pode ser tomada, para resguardar os direitos e deveres dos advogados é o depósito dos honorários advocatícios em conta vinculada ao causídico, com o depósito da parte cabente ao constituinte em conta a ele vinculada. Garante-se assim que, a parte não abusará do *jus postulandi* e retirará o alvará sacando o valor correspondente sem respeitar os honorários; garante-se, por outro lado, que a parte também receberá a medida exata do que lhe cabe; garantirá, por fim, que o Fisco conheça exatamente os valores pagos a cada um, para apuração do imposto de renda, além de excluir a incidência da CPMF.

B) Ética do Procurador do Trabalho

O Ministério Público do Trabalho está inserido no seio do Ministério Público da União. Sua importância avulta, dia a dia, com a descoberta das ações coletivas, ações civis públicas etc. O Procurador do Trabalho possui instrumentos para melhorar as condições de trabalho, rompendo, quando não se tratarem de interesses puramente individuais, a inércia imposta pelo temor de desemprego; tem ainda como proteger a saúde do trabalhador e sua própria integridade física e mental, melhorando suas condições de trabalho ao impor a adoção de medidas que aperfeiçoem o meio-ambiente de trabalho.

O Ministério Público na Itália é conhecido como a Magistratura em pé, ou seja, aquela que pode agir por não estar acometida da inércia que se impõe à jurisdição, em nome da imparcialidade, ou um *organo schietatamente giurisdizionale*⁸⁷. Nesta ótica, o maior mal que pode acometer o membro do Ministério Público é a inércia que não lhe é própria. O membro do Ministério Público deve fazer aquilo que o Juiz faria se não devesse ser inerte. Não se preocupar apenas com o frio cumprimento da lei ou com a defesa dos órgãos públicos (muitas vezes como se os interesses da Fazenda pública fossem sinônimos de interesse público)⁸⁸ mas com o aperfeiçoamento das instituições (inclusive da Justiça do Trabalho) e da própria relação de trabalho, não individualizada⁸⁹.

A atuação do Ministério Público do Trabalho ainda é acanhada, seja em face de sua pequena estrutura, seja em face de limitações legais, seja porque a consciência (interna e externa) de seu poder/dever ainda não atingiu a plenitude; entretanto, é necessário se ampliar a legitimidade do **parquet** para que, livre das amarras que conduzem ações por ele propostas à extinção desempenhe o papel que a Constituição lhe atribui, como um verdadeiro quarto poder. O Ministério Público não tem sua função restrita à atuação em juízo⁹⁰, cabendo-lhe a defesa dos interesses sociais indisponíveis

86. Esta ressalva é feita porque na seara trabalhista já se viram honorários de 50% ou mais e porque o art. 22, do EOAB veda a cobrança de honorários advocatícios dos beneficiários da assistência judiciária (o pagamento se faz pelo Estado).

87. SATTI, Salvatore. PUNZI, Carmine. **Diritto Processuale Civile**. 12e. Padova: CEDAM, 1996. p. 107.

88. "... o Ministério Público já não é procurador do rei; não mais lhe cabe defender o interesse pessoal do monarca, nem os interesses do Estado, enquanto pessoa jurídica de Direito Público. E essa solução é correta, porque a evolução do pensamento tornou evidente que, não raro, os interesses da sociedade não são os mesmos do Estado. Ao contrário, muita vez são interesses marcadamente conflitantes..." (ALVARENGA, Cláudio Ferraz de. O juiz e o promotor. As atribuições constitucionais do Ministério Público e as funções do juiz. *In* NALINI, José Renato (Coordenador). **Curso de deontologia da magistratura**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 57).

89. Onde há apenas interesse individual, o Ministério Público não pode intervir, salvo em se tratando de interesse de menor ou de indígena.

90. Sendo que os procedimentos administrativos hoje, onde o Ministério Público é atuante, constitui forma de atuação mais eficiente, mais rápida e mais eficaz que os procedimentos judiciais, ajustando condutas e prevenindo o descumprimento da lei.

com o uso de medidas administrativas, destacando-se o inquérito civil público⁹¹.

Se fosse possível resumir, em poucas palavras o dever ético dos representantes do Ministério Público do Trabalho se poderia afirmar que lhes cabe zelar pelo prestígio da justiça⁹², desempenhar com presteza e zelo suas funções, adotar providências sempre que se defrontar com qualquer regularidade e principalmente, romper, na medida do possível, os obstáculos que se apresentam frente à efetividade dos direitos sociais (dentre eles os trabalhistas), mormente quando seus beneficiários, impelidos pela coação econômica são instados a aguardar o respectivo perecimento. Fiscalizar o cumprimento da lei para impor à própria sociedade, nela se incluindo empregadores, empregados, juízes, advogados, peritos etc. o respeito a seus princípios.

c) Ética do Juiz

Na obra de Plutarco, César, indagado se deporiam contra Clódio, que o fez, injustamente, repudiar Pompéia, nega-se a fazê-lo, colocando como atributo da mulher de César não apenas ser honesta, como também parecer honesta⁹³; este atributo é

91. As funções do Ministério Público do Trabalho estão especificadas no art. 83, da Lei Complementar nº 75/93: **Art. 83.** Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: I - promover as ações que lhe sejam atribuídas pela Constituição Federal e pelas leis trabalhistas; II - manifestar-se em qualquer fase do processo trabalhista, acolhendo solicitação do juiz ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse público que justifique a intervenção; III - promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos; IV - propor as ações cabíveis para declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva que viole as liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores; V - propor as ações necessárias à defesa dos direitos e interesses dos menores, incapazes e índios, decorrentes das relações de trabalho; VI - recorrer das decisões da Justiça do Trabalho, quando entender necessário, tanto nos processos em que for parte, como naqueles em que officiar como fiscal da lei, bem como o pedir revisão dos Enunciados da Súmula de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho; VII - funcionar nas sessões dos Tribunais Trabalhistas, manifestando-se verbalmente sobre a matéria em debate, sempre que entender necessário, sendo-lhe assegurado o direito de vista dos processos em julgamento, podendo solicitar as requisições e diligências que julgar convenientes; VIII - instaurar instância em caso de greve, quando a defesa da ordem jurídica ou o interesse público assim o exigir; IX - promover ou participar da instrução e conciliação em dissídios decorrentes da paralisação de serviços de qualquer natureza, oficiando obrigatoriamente nos processos, manifestando sua concordância ou discordância, em eventuais acordos firmados antes da homologação, resguardado o direito de recorrer em caso de violação à lei e à Constituição Federal; X - promover mandado de injunção, quando a competência for da Justiça do Trabalho; XI - atuar como árbitro, se assim for solicitado pelas partes, nos dissídios de competência da Justiça do Trabalho;

XII - requerer as diligências que julgar convenientes para o correto andamento dos processos e para a melhor solução das lides trabalhistas; XIII - intervir obrigatoriamente em todos os feitos nos segundo e terceiro graus de jurisdição da Justiça do Trabalho, quando a parte for pessoa jurídica de Direito Público, Estado estrangeiro ou organismo internacional.

92. mostrando-se estereis as discussões com a magistratura ou com a advocacia, sem significar entretanto, que o membro do Ministério Público deva, de qualquer modo, agir por temor ou para agradar um e outro. Neste sentido (o do agradar) entende-se que uma das instituições que presta um desserviço à causa da justiça é o chamado quinto constitucional, que impõe que, na formação dos Tribunais, a 1/5 parte das vagas seja reservada aos advogados e membros do Ministério Público (artigos 111, I e 115, II da Constituição Federal). A justificativa seria um "arejar" dos posicionamentos, o que por óbvio não é alcançado, considerando-se que os Juízes (e Desembargadores) assim nomeados, são vitalícios desde a posse. Causa, contudo, um certo temor, em membros do Ministério Público, de não serem escolhidos na lista tríplice preparada pelos Tribunais para a nomeação, se forem rigorosos no exercício de seu ofício. Quanto aos advogados, nem sempre o saber jurídico é o requisito para a indicação (e nomeação) senão o conhecimento político, embora se reconheça que, em muitos casos, a escolha foi sábia.

93. "Clódio, jovem romano de nobre nascimento, mas insolente e audacioso, amava Pompéia, mulher de César. Certa vez, introduziu-se secretamente na casa de César, disfarçado em músico, pois as mulheres aí celebravam um sacrifício

exigível também do juiz. A sociedade não quer ser julgada por quem possua atributos morais inferiores aos demonstrados pela(s) parte(s) submetida(s) a julgamento.

A ética do juiz manifesta-se em seu comportamento na vida privada e no exercício das atividades administrativas e judiciais, nestas, principalmente na motivação de suas decisões.

O concurso público pode, quando muito, verificar o nível intelectual, não sendo instrumento de aferição de atributos morais, só revelados com o tempo, no agir pessoal e profissional. O ideal de se encontrarem, na magistratura, indivíduos acima da média moral⁹⁴ nem sempre é atingido. Nem sempre são encontrados apenas juízes carismáticos e despidos de máculas de caráter, ao menos mais evidentes, em uma época em que os valores, como já dito, vêm sendo relativizados, o vício menoscabado, assim como os direitos e obrigações, superestimando as prerrogativas de seu cargo. O poder, aliás, costuma fazer aflorar os vícios de caráter, em face da sensação de impunidade que produz e também da sensação de onipotência, de superioridade, que costumam resvalar no egoísmo e no egocentrismo. Entretanto, o juiz deve ser um exemplo para a Sociedade. Deve ser o homem justo ou o homem bom e prudente; um paradigma para os demais membros da Sociedade⁹⁵, sem contudo, perder a humanidade, sem o que, não conseguirá aceitar nos homens, a falibilidade que lhes é característica.

Ao decidir o juiz nada mais faz do que escolher dentre vários valores possíveis, aqueles que lhe parecem mais corretos, ou mais indicados, ou apropriados.⁹⁶ Estes valores representam a síntese do juiz e emanam do contexto socioeconômico, preconceitos, costumes, religião, maturidade psicológica e social, família, formação acadêmica, filosofia, tradição, bom-senso, comportamento ético etc. Tais valores afetam principalmente a forma do juiz interpretar os fatos e o Direito, refletindo deste modo, de forma inexorável, na Motivação decisória. Fruto dos valores em que esteve ou está imerso, o Juiz não se encontra acima da média moral do povo, embora possa pensar o contrário, por mal psicológico ou ético.

Os deveres éticos do juiz ultrapassam as obrigações impostas pelo art. 35⁹⁷ da

misterioso do qual são excluídos os homens. Não havia um só homem na casa, mas Clódio, adolescente ainda, e completamente imberbe, esperou que pudesse se misturar com as mulheres até chegar ao pé de Pompéia, sem ser reconhecido. Tendo entrado de noite em uma casa assim tão grande, perdeu-se. E caminhava de um lado para outro, quando foi encontrado por uma das escravas de Aurélia, mãe de César, que lhe perguntou seu nome. Forçado a responder, disse que procurava uma das aias de Pompéia chamada Abra. Reconhecendo a escrava que tal voz não era uma voz feminina, chamou aos gritos as mulheres: estas fecharam as portas, revistaram tudo e encontraram Clódio no quarto da moça com a qual entrara. O ruído que causou esse acontecimento obrigou César a repudiar Pompéia e a intentar contra Clódio um processo por impiedade." César se recusou a depor contra Clódio: "**Minha mulher, - asseverou, - não cometeu adultério. Eu a repudiei porque a mulher de César deve estar isenta não somente das ações vergonhosas, mas ainda de toda e qualquer suspeita.**" PLUTARCO. *Vidas paralelas*. Tradução de Sady Garibaldi. São Paulo: Atena Editora, n. XXIX. Capturado em 23.07.05 em < http://www.suigeneris.pro.br/filo_cicero.htm > .

94. seguindo o versículo bíblico de que, quem não tem pecado, deve atirar a primeira pedra, ninguém aceita ser julgado por quem apresenta ainda mais defeitos morais.

95. "O paradigma do magistrado seria aquele cujo comportamento não mereça repreensão, reprovação ou advertência, à luz da apreciação do bom pai de família, do varão prudente e virtuoso que, dedicando-se a julgar, não pode ser mais vulnerável do que os destinatários de seu julgamento. (...) O microcosmos é severo na avaliação de suas autoridades." (NALINI, José Renato. O juiz e suas atribuições funcionais. Introdução à deontologia da magistratura. *In* CURSO DE DEONTOLOGIA DA MAGISTRATURA, op. cit. p. 15.

96. "... todo homem, e assim também o juiz, é levado a dar significado e alcance universal e até transcendente àquela ordem de valores imprimidas em sua consciência individual. Depois, vê tais valores nas Regras jurídicas. Contudo, estas não são postas só por si. É a Motivação ideológica da Sentença." (PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da Sentença**. 3e. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997, p. 16.

97. Art. 35 - São deveres do magistrado: I - Cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício; II - não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar; III - determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais; IV - tratar com

Lei Orgânica da Magistratura Nacional (como ocorre aliás, com as demais carreiras jurídicas). As condutas impostas visam, geralmente, o sancionamento da omissão ou da conduta contrária. A ética contudo, é mais exigente que o Direito. Quem tem por função (ou sacerdócio) julgar seus semelhantes deve ainda ser mais exigente consigo próprio não se permitindo deslizos de qualquer espécie, mantendo conduta ilibada dentro e fora do fórum e um pundonor inatacável. O juiz precisa ser como a mulher de César, ou seja, não basta ser virtuoso, deve, também, parecer virtuoso, ainda que essa aparência não decorra da intenção de mostrá-la que é em si, falta de humildade. Não pode demonstrar as fraquezas próprias às paixões humanas (ainda que as possua), nem se preocupar com a fama e as luzes dos holofotes, buscando apenas a satisfação de sua consciência. Deve ainda policiar-se para não ser implacável com seus semelhantes, exigindo-lhes uma virtude que o próprio magistrado não possui.

O Juiz deve ser **forte e firme**⁹⁸; o poder não lhe pertence, pertence a povo e deve ser usado no benefício deste. O juiz que pouco ou nada se preocupa em descobrir a verdade e se esquece que o objetivo do processo é, em última análise, o fazimento da justiça, não teve, ou não tem vocação para a magistratura.

O Juiz deve ainda ser **humano** (dosando de sensibilidade a aplicação da lei) e principalmente (re)conciliador. Sua preocupação deve ser não apenas a harmonização formal das partes, tornando latente o litígio, mas reatar os liames sociais feridos pelo litígio.

Toda a conduta do juiz depende, por primeiro, de ser, verdadeiramente, vocacionado⁹⁹ para o mister, como devem ser vocacionados todos os sacerdotes que são afinal, aqueles que oferecem o sacrifício. A vocação traz consigo a Sensibilidade, que é a “propriedade do organismo vivo de perceber as modificações do meio externo e interno e de reagir a elas de maneira adequada”¹⁰⁰ trazendo também o equilíbrio emocional, que indispensável a quem se coloca no centro da controvérsia, para equilibrar as forças¹⁰¹ e ainda a serenidade (paz e tranqüilidade de espírito), sem a qual, não há como fazer uso da razão¹⁰².

urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quanto se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência. V - residir na sede da Comarca salvo autorização do órgão disciplinar a que estiver subordinado; VI - comparecer pontualmente à hora de iniciar-se o expediente ou a sessão, e não se ausentar injustificadamente antes de seu término; VII - exercer assídua fiscalização sobre os subordinados, especialmente no que se refere à cobrança de custas e emolumentos, embora não haja reclamação das partes; VIII - manter conduta irrepreensível na vida pública e particular.

98. “ (...) Embora inaceitável a idéia do Estado autoritário, ditador, não se lhe pode negar certa dose de autoridade. Impossível a convivência social em um Estado fraco, sem capacidade de impor a sua vontade. O necessário equilíbrio entre a autoridade do Estado e os Direitos do cidadão é perfeitamente alcançado com a plena participação destes no destino daquele. Assim, desde que o legislador assegure às partes o Direito de participar da formação do provimento jurisdicional, influndo em seu conteúdo, nenhum mal há em reforçar a autoridade do juiz no Processo.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 57).

99. Vocação é escolha, chamamento, tendência, predestinação.

100. FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995, verbete sensibilidade.

101. SILVA, Octacílio Paula. **Ética do magistrado à luz do Direito comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 258 (365p.)

102. BENETI estabelece as seguintes afirmações positivas dos deveres do Juiz, seguidos de seus pecados capitais: Os Mandamentos do Juiz: 1) Ser justo: agir veraz e honesto (...) 2) Ser independente (...) 3) Ser bom (...) 4) Ser firme (...) 5) Ser diligente (...) 6) Ser transparente. Na Motivação de decisões, no comportamento pessoal, social e familiar. Na evidência pública de conduta responsável e irrepreensível. 7) Ser social... 8) Ser disponível (...) 9) Ser culto (...) 10) Ser religioso. Na religião que o Juiz tiver...” (...) Os pecados capitais do juiz. O pecado é a negação da virtude... 1) Improbidade...

Em específico, o Juiz do Trabalho não pode olvidar-se que a Justiça do Trabalho é uma justiça social, a quem cabe solucionar os conflitos entre o Capital e o Trabalho, impedindo tanto a exploração do homem pelo homem, quanto o enriquecimento ilícito (dos empregados e dos empregadores), a fraude e a frustração dos fins sociais da lei trabalhista. Não pode olvidar também, que deve fazer uma justiça distributiva e não comutativa, fazendo prevalecer a realidade sobre as formas e o caráter tuitivo do Direito do Trabalho, ou seja, tratando igualmente os iguais e desigualmente os desiguais; se pretender aplicar uma justiça comutativa estará se utilizando de uma visão estrábica dos direitos trabalhistas e demonstrando sua falta de vocação.

7) POLICIAMENTO ÉTICO DOS OPERADORES JURÍDICOS

Por operadores jurídicos consideramos, como conceito operacional, os Advogados Trabalhistas, os Procuradores do Trabalho e os Juizes do Trabalho, embora pudessem ser incluídos nesta categoria os servidores públicos, os peritos e até os parlamentares.

Todos os agentes jurídicos acusam-se, mutuamente, de corporativos e, não raro, quando assim fazem, têm alguma razão. Nosso sistema de policiamento ético com honrosas exceções, cada vez mais freqüentes, são imperfeitos. O temor em demonstrar a imperfeição de seus membros conduz não à amputação do membro defeituoso, muitas vezes necessária, mas à ocultação, à ratificação pelos órgãos destinados a corrigir, dos atos que mereciam correção.

Se os Juizes não punem, por vezes, as imperfeições dos magistrados, também os advogados e o Ministério Público não o fazem nas respectivas corporações, como se a punição do faltoso, ao invés de demonstrar a virtude¹⁰³, demonstrasse o vício; em outras situações, verifica-se a transformação de órgãos julgadores em defensorias, sempre que a acusação é externa.

O Judiciário já tem seu controle externo, através Conselho Nacional de Justiça¹⁰⁴

2) Medo (...) 3) Indecisão (...) 4) Vaidade (...) 5) Prepotência (...) 6) Subserviência (...) 7) Formalismo (...) 8) Vulgaridade (...) 9) Obscurantismo (...) 10) Novidadismo. (...) 11) Lentidão (...) 12) Preguiça (...) 13) Ignorância (...).” BENETI, Sidnei Agostinho. Da conduta do juiz. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 178-180 (258p.)

103. “A **virtude moral**, como valor, volta-se para o aperfeiçoamento do homem como exigência dos costumes para torná-lo vocacionado para o bem.” SILVA, Moacyr Motta da. **Direito, justiça, virtude moral & razão**: reflexões. Curitiba: Juruá. 2003. p. 42 (199p.).

104. Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de quinze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo: (...) § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; III receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correccional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; IV representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; V rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juizes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; VI elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; VII elaborar

assim como o Ministério Público (Conselho Nacional do Ministério Público). Foi válida sua instituição, apesar do temor criado quanto à independência do juiz; entretanto, sua composição e função poderiam ter sido aperfeiçoados, de forma a converter se em um Conselho da Justiça e não um Conselho do Poder Judiciário. Exerceria assim, as mesmas funções que lhe cabem em relação ao Poder Judiciário, mas também em relação à Advocacia, ao Ministério Público (contemplado este com um Conselho próprio) e a própria Polícia.

Um controle de toda a Justiça permitiria a revisão, a pedido do prejudicado, do denunciante, do Judiciário, da Advocacia ou do Ministério Público, de qualquer processo administrativo disciplinar, seja contra juiz, advogado ou procurador. Embora tal afirmação se faça a nível de política jurídica, já há um mecanismo que não é, contudo, utilizado: a punição administrativa do faltoso não é faculdade da corporação, qualquer que seja, por se tratar de dever funcional, cometendo, portanto, o crime de prevaricação ou favorecimento os que, contra toda a prova dos autos, absolvem em nome do corporativismo¹⁰⁵. Nessa ótica, quando juizes, procuradores ou conselheiros da OAB forem denunciados por prevaricação, quando apreciarem processo disciplinar como mera incomodidade corporativa, sem dúvida, a justiça como instituição será aperfeiçoada. O que não se pode, contudo, é fazer uma “caça as bruxas” que impinja temor aos operadores jurídicos de desagradar, de atuar com o rigor que suas funções, igualmente indispensáveis, impõem.

8) CONCLUSÃO

A ética é matéria para tratados e estudos profundos. As noções teóricas, contidas na introdução, de forma perfunctória, serviram como mero apronto teórico; um arcabouço mínimo de conceitos operacionais indispensáveis. A justiça, representada pela balança é equilíbrio. A ética, na ótica de Platão e Aristóteles é equilíbrio e moderação¹⁰⁶. Não pode haver justiça sem ética, seja nas relações de trabalho, seja no Processo do Trabalho. Sem ética não há justiça; sem justiça o afastamento da vida em sociedade, dos valores éticos, será cada vez maior. Assim, se pode dizer **que não há justiça sem ética, nem ética sem justiça**.

A crise do Direito é uma crise ética, embora tenha repercussões institucionais e sociais. As instituições jurídicas apenas conseguem sobreviver e agir de forma eficaz, quando a sociedade, no geral, atua dentro de padrões morais e éticos que tornem dispensável o sancionamento e que culminem por aperfeiçoar os próprios operadores, com sua boa contaminação.

A ampliação da educação, como integrante da cidadania¹⁰⁷, bem como, do

relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

105. Frise-se que a Ordem dos Advogados do Brasil, que impõe o pagamento de anuidades a seus membros e exerce a polícia administrativa da classe dos advogados exerce com **múnus** público. Sua direção e conselheiros atuam como verdadeiros agentes públicos, sujeitos, portanto, aos imperativos éticos que norteiam todo o serviço público. A egrégia Ordem dos Advogados do Brasil não é uma associação, é uma autarquia e está sujeita ao controle social, tão sujeita quanto o Poder Judiciário e o Ministério Público. Somente assim, alvejada de suas máculas, é que poderá exercer o papel relevante que a Constituição da República lhe outorga.

106. GAARDER, Jostein. **O mundo de Sofia (romance da história da filosofia)**. Tradução de João Azenha Júnior. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 132.

107. Em um país em desenvolvimento, é muito mais importante a transmissão aos jovens e crianças de noções de um direito usual, que lhes mostre os parâmetros da cidadania, lhes apontando direitos e deveres, do que as toscas noções de língua estrangeira que por anos a fio, fazem parte das ementas de cursos primários. Tais noções, no que se refere ao Direito do Trabalho, Tributário e Comercial deveriam ser obrigatórias a todos quantos requeressem o arquivamento de

reconhecimento, pela sociedade, da eficácia (e ética) dos operadores jurídicos, colaborará para uma agir mais conforme com a ética, com a moral e com a lei, em benefício de toda a sociedade. Nas relações de trabalho, por sua abrangência e no Processo do Trabalho, por sua premência, maiores os reclamos de um agir ético pelos empregados, pelos empregadores, pelos representantes sindicais, pelas partes nos processos trabalhistas, pelos Juízes, pelos Advogados e pelos Procuradores do Trabalho.

A consciência deontológica vem se ampliando, dia a dia, mas necessita de instrumentos que apressem seu aperfeiçoamento, em face das graves conseqüências derivadas dos deslizes éticos dos operadores jurídicos. A justiça colaboraria muito com a ética, utilizando-se de instrumentos contidos no direito positivo que inviabilizassem o corporativismo cego, embora o ideal seja a criação de um controle da justiça como um todo, ao invés de um controle apenas do Judiciário.

Em complementação e preparação há de se referir a importância de uma formação jurídica que privilegie a ética, que incentive o aperfeiçoamento constante e que dê consciência aos acadêmicos de que a cidadania depende da forma como amplia-se o senso de responsabilidade, civismo e moralidade em contraponto a uma atitude em que se busca, egoisticamente, apenas a aplicação da Lei de Gerson¹⁰⁸.

Estas as idéias que se pretendia repassar neste trabalho. Esclarece-se que as citações bibliográficas estão inseridas nas próprias referências, com indicações suficientes de origem, observando-se as normas da ABNT, o que justifica a ausência nauseante de uma bibliografia final.

contrato de sociedade comercial ou civil. A ficção de que todos conhecem à lei, serve como presunção jurídica, mas não ajuda na construção da cidadania.

108. A Lei de Gerson vem de um comercial de cigarros em que o Gerson, jogador da copa de 70, aparecia falando "eu gosto de levar vantagem em tudo, certo?" e virou um ícone da malandragem e corrupção, do egoísmo, da falta de ética, da relativização dos valores éticos e jurídicos.

AS NOVAS COMPETÊNCIAS DA JUSTIÇA DO TRABALHO E SEUS IMPACTOS NO PROCEDIMENTO RECURSAL

Douglas Alencar Rodrigues*

INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, inúmeras inovações foram impostas ao Poder Judiciário.

De todos os seus segmentos, entretanto, a Justiça do Trabalho foi a que experimentou a mais profunda alteração, seja pela criação do Conselho Superior da Justiça do Trabalho e da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Juízes, seja pelo aumento expressivo de sua competência, tal como gizado no novo art. 114 da CF.

Constitui objetivo desse ensaio propor breve análise acerca de alguns dos aspectos que estão suscitando intensas dúvidas, envolvendo os impactos das novas regras de competência sobre as ações que já tramitavam perante os vários órgãos do Poder Judiciário, precisamente no que pertine à regra da *perpetuatio jurisdictionis*, inscrita no art. 87 do CPC.

1. O RITO PROCESSUAL E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Como ponto inicial de análise, parece oportuno reprimir que o rito processual - compreendido como conjunto de atos processuais ordenados em caráter seqüencial e preclusivo, direcionados ao julgamento final da lide - encerra matéria gravada de inegável interesse público, pois envolve a forma como o Estado deve agir para a entrega da prestação jurisdicional¹.

Afinal, se o processo o instrumento representa a forma - ou o método - estatal de resolução dos conflitos de interesses individuais, coletivos e difusos responsáveis pela ruptura do equilíbrio necessário ao desenvolvimento harmônico e profícuo da sociedade, parece lógica a conclusão de que apenas poderia ser objeto de regulação por parte do próprio Estado, que, ao impedir e qualificar como crime o exercício arbitrário das próprias razões - a chamada justiça pelas próprias mãos - avocou a si, em caráter indelegável, a responsabilidade pela entrega da jurisdição.²

Disso decorre que a adequação do rito procedimental indicado em determinada ação ao figurino legal estabelecido em lei constitui pressuposto necessário ao regular desenvolvimento da relação jurídica processual, competindo aos órgãos do Poder Judiciário verificar, de ofício, a conformidade entre o rito indicado na petição inicial e as regras legais informativas do procedimento.³

* Juiz do Trabalho do TRT 10ª Região e Conselheiro do CNJ.

1. "O processo é o meio pelo qual a jurisdição atua. Em conseqüência, falece às partes e ao próprio juiz optar por formas processuais e procedimentos não previstos em lei." (CASTRO, Ernani Fidelis de. Manual de Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento. São Paulo: Saraiva, 7ª ed., 1999, p. 39).

2. "O modo de atuar em juízo para se obter determinada providência jurisdicional é atividade juridicamente regulada, ou seja, atividade que se efetiva mediante formas prefixadas em lei. ... Permitir que a atividade processual se desenvolva segundo melhor pareça às partes - os mais autorizados juizes do próprio interesse, ou nos moldes fixados pelo magistrado, o melhor árbitro das necessidades no caso particular - porque técnico e imparcial, seria olvidar-se que numa ou noutra hipótese a incerteza e a insegurança representariam o alto preço de vantagens muito discutíveis. A legalidade da forma, por conseguinte, se impôs como solução universal, estando na lei, e somente nela, toda a ordenação da atividade a ser desenvolvida para que o Estado realize os seus fins de Justiça." (PASSOS, J. J. Calmom de. Comentários ao CPC. Rio de Janeiro: Forense, 1983, 4ª ed., p. 6).

3. Daí porque, como pressuposto processual, deve o juiz dele conhecer de ofício "... assim que lhe seja apresentada a petição inicial e durante todo o desenrolar do processo, mesmo que as partes nada hajam alegado a respeito." (ARAGÃO, E. D. Moniz de. Comentários ao CPC. Rio de Janeiro: Forense, 6ª ed., p. 545).

Portanto, a vigilância da regularidade do procedimento, porque pressuposto processual objetivo intrínseco - tema de ordem pública, cognoscível de ofício a qualquer tempo ou grau de jurisdição (CPC, art. 267, § 3º) - encerra matéria afeta à competência do órgão julgador, que inclusive está autorizado a adotar quaisquer medidas tendentes ao seu completo e exauriente esclarecimento (CPC, art. 130 c/c o art. 765 da CLT).

2. O CRITÉRIO DA “PERPETUATIO JURISDICTIONIS” - ART. 87 DO CPC

Buscando dissipar eventuais dúvidas, o art. 87 do Código de Processo Civil enuncia o critério básico a ser observado na fixação da competência dos órgãos do Poder Judiciário, fazendo-o nos seguintes termos: “*Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia.*”

Objetiva o preceito, num primeiro momento, por a salvo de disputas a competência dos órgãos do Poder Judiciário, em face das naturais alterações dos vários aspectos considerados pelo legislador para a definição da competência dos órgãos judiciais.

Nesse sentido, por exemplo, se o Réu citado regularmente em ação fundada em direito real vem a falecer, encontrando-se seu sucessor residindo em outra unidade da federação, não se poderá falar em deslocamento da competência, quando regularmente atendido em momento anterior o critério do art. 94 do CPC.

Diferentemente, porém, ainda observando esse mesmo exemplo, se a ação for proposta apenas após operada a sucessão do titular falecido da relação jurídica de direito material, parece evidente que a competência territorial será definida pelo local do domicílio do sucessor.

Nada obstante, para além desse primeiro aspecto e apesar da sugerível clareza do dispositivo inscrito no art. 87 do CPC, quando o debate envolve alteração da competência em razão da matéria surgem inúmeros questionamentos, que desafiam a inteligência de todos na busca da solução que melhor atenda ao interesse público na mais efetiva administração da Justiça.

Afinal, se a competência é definida no instante em que proposta a ação, parece irrefutável a conclusão de que a alteração da competência em razão da matéria - como no recente caso da Emenda Constitucional n. 45, que deslocou para a Justiça do Trabalho inúmeros conflitos antes vinculados à competência das Justiças Federal e dos Estados - deve ensejar, como efeito imediato e direto, o envio de todas as ações, independentemente da fase processual em que se encontrem, tenham sido julgadas ou não, ao novo ramo jurisdicional competente.⁴

Mas essa solução de caráter objetivo - opção primeira de todos os intérpretes que até agora se pronunciaram a respeito, também coerente com a própria compreensão literal do art. 87 do CPC - não está de todo imune a críticas e censuras.

De fato, as particularidades próprias e a ausência de uniformidade entre os ritos processuais e os sistemas recursais que disciplinam a atuação dos vários segmentos do Poder Judiciário nacional não parece recomendar a transferência automática de todas as ações e recursos, independentemente da fase processual ou recursal em que

4. “CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. Ocorrendo alteração legislativa da competência *ratione materiae*, afastado fica o princípio de *perpetuatio jurisdictionis* firmado com o ajuizamento da causa. Não tendo a lei ressalvado, os processos em curso se sujeitam a modificação, com incidência do art. 87, fine, CPC, independentemente da fase em que se encontram. (CC 948-GO, DATA JUL. 14-03-90).” (STJ, CC 954/GO, Ministro ATHOS CARNEIRO, DJ 20.08.1990 p. 7954). “INSTALADA A JUNTA DE CONCILIAÇÃO E JULGAMENTO, CESSA A COMPETÊNCIA DO JUIZ DE DIREITO EM MATÉRIA TRABALHISTA, INCLUSIVE PARA A EXECUÇÃO DAS SENTENÇAS POR ELE PROFERIDAS.” (Súmula 10/STJ)

se encontrem.

Assim por exemplo, se uma ação proposta por um representante comercial autônomo em face da empresa representada já foi julgada pelo juiz de direito e pelo tribunal de justiça, havendo embargos infringentes pendentes de apreciação, não parece razoável que os autos sejam enviados ao tribunal trabalhista, com fundamento no que prevê o art. 87 do CPC, em razão do que disposto na EC 45/2004.

Nessa situação, a ausência de regra de transição explícita, ordenando a imediata transferência das ações já julgadas aos novos órgãos jurisdicionais materialmente competentes, faz evidente a opção do legislador fundamental em preservar nesses específicos juízos a responsabilidade pela conclusão da tramitação dessas ações.

Não por outra razão, aliás, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consagrou o entendimento de que as regras que alteram a competência dos órgãos judiciários são aplicáveis imediatamente, salvo se antes foi proferido o julgamento, hipótese em que persiste a competência residual do tribunal a que vinculado o juiz sentenciante.⁵

Por isso, ainda considerando o exemplo antes citado, proferida a sentença e julgada a apelação, não há como considerar possível a imediata modificação da competência, com o conseqüente envio dos autos da ação já julgada a órgão jurisdicional diverso. Essa conclusão, ao contrário de negar a eficácia imediata das novas regras relativas ao tema da competência, previstas na EC 45/2004, apenas objetiva evitar sejam elas aplicadas de forma retroativa, conduzindo a resultado interpretativo pouco razoável e contrário ao ideal de segurança dos atos praticados pelo Poder Público.

Também nesse exato sentido recente decisão proferida pela Egrégia 2ª Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça, ao analisar conflito de competência entre juiz do trabalho e juiz de direito, em ação de reparação de danos morais decorrentes de acidente de trabalho.⁶

Para além, portanto, do debate estritamente teórico-dogmático acerca do real significado - ou da compreensão mais adequada - do art. 87 do CPC, o enfrentamento da nova realidade ditada pela EC 45/2004, relativamente à competência dos órgãos da Justiça do Trabalho, há de se processar também à luz dos postulados genéricos informativos da ciência processual, que se qualificam como jurídico, lógico, econômico e político.

Sob essa perspectiva, a melhor solução para a questão sob exame parece ser aquela já alvitrada pelo Supremo Tribunal Federal. Afinal, contraria a lógica e a própria segurança do procedimento a mudança da sistemática procedimental, com seus reflexos no campo recursal, após exercitada a cognição e o julgamento do conflito em primeira instância.

5. EMENTA: Norma constitucional de competência: eficácia imediata mas, salvo disposição expressa, não retroativa.

1. A norma constitucional tem eficácia imediata e pode ter eficácia retroativa: esta última, porém, não se presume e reclama regra expressa. 2. A alteração superveniente da competência, ainda que ditada por norma constitucional, não afeta a validade da sentença anteriormente proferida. 3. Válida a sentença anterior à eliminação da competência do juiz que a prolatou, subsiste a competência recursal do tribunal respectivo. (STF, CC 6967/RJ, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ DATA 26-09-1997 PP-47476).

6. "Nas ações de acidente de trabalho, o que define a competência ou não da Justiça do Trabalho é a sentença proferida na causa: se já foi prolatada pelo juiz de Direito por onde tramitava, a competência permanece na Justiça comum estadual, cabendo o eventual recurso à corte de segundo grau correspondente; se não foi proferida a decisão, o processo deve ser remetido desde logo à Justiça do Trabalho. A decisão é da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao determinar que a ação de indenização de Carlos Eduardo Ferrari contra a ex-empregadora Indústria de Máquinas Agrícolas Piccin Ltda. seja julgada pelo juiz da 2ª Vara do Trabalho de São Carlos, em São Paulo. O trabalhador entrou na Justiça com uma ação, pretendendo ser indenizado por danos morais em decorrência de acidente de trabalho na

Sob o prisma da melhor política judiciária, mostra-se recomendável preservar a integral tramitação do feito nos ramos judiciais que já deram início ao julgamento do conflito, como vem orientando a Excelsa Corte, o que se harmoniza à noção de que “... *que o processo deve ter o máximo rendimento possível, como garantia da sociedade, com o mínimo de sacrifício da liberdade individual.*”⁷

Como um dos objetivos essenciais dos sistemas democráticos de organização social, prepondera o ideal da segurança jurídica⁸, postulado que também se expressa no direito dos cidadãos ao processo estruturado com base em regras justas e razoáveis, previamente definidas, que seja resolvido em razoável lapso de tempo, sem maiores percalços, com total obediência ao contraditório e ao amplo direito de defesa.⁹

Com esse espírito, inclusive, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho, analisando a eficácia imediata do rito sumaríssimo previsto na Lei 9957/2000, fez editar a Orientação Jurisprudencial nº 260 da SDI-I, consagrando o entendimento de que o rito recursal a ser observado é aquele vigente no exato instante do ajuizamento da ação, pouco

qual perdeu quase toda a mão direita. Segundo esclareceu, quando exercia a função de ajudante de prensista B, em 17/7/1986, o acidente lhe causou a perda de quatro falanges maiores e menores dos dedos, que foram decepados pela máquina. Na ação por danos morais, ele afirma que a deformação em seu corpo lhe traz enorme dor psicológica. Após examinar o processo, o juiz de Direito afirmou sua incompetência para julgar o caso, determinando, então, o envio à Justiça do Trabalho. Após receber, a 2ª Vara do Trabalho de São Carlos suscitou o conflito no STJ, afirmando que o Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Superior do Trabalho e o STJ têm decidido há muito tempo pela competência da Justiça comum estadual para a processar e julgar ações em que se pretende indenização decorrente de acidente de trabalho ou doença profissional do trabalho. Após examinar o conflito, o ministro Barros Monteiro, relator do processo, afirmou que o STJ firmara a orientação de que a competência era da Justiça comum estadual, acatando decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal. Mas ressaltou que a decisão do STF foi modificada posteriormente, no julgamento do conflito de competência 7.204-1/MG. “O Tribunal, por unanimidade, conheceu do conflito e definiu a competência da justiça trabalhista a partir da Emenda Constitucional 45/2004, para julgamento das ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho”, afirmou o relator do caso, ministro Carlos Brito. “Não resta dúvida, pois, de que, diante do pronunciamento proferido pelo intérprete máximo da lei maior, a partir da Emenda Constitucional supramencionada a competência para processar e julgar as ações reparatórias de danos patrimoniais e morais decorrentes de acidente de trabalho é da Justiça especializada”, considerou o relator. Para o ministro, a questão era saber qual o momento ou estágio processual que define a incidência do novo texto constitucional, questão resolvida pelo STF, definindo a competência pela presença ou ausência de sentença proferida na causa. “No caso em exame, ainda não foi prolatada a sentença, motivo pelo qual se conclui pela competência da Justiça trabalhista”, concluiu o ministro Barros Monteiro.” (notícia extraída do site do STJ - www.stj.gov.br - acesso em 25.08.2005).

7. WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil. São Paulo: Editora RT, 3ª edição, 2000, p. 66.

8. “O conteúdo da segurança do direito e bem assim o da justiça devem adaptar-se um ao outro; não podem ferir-se mutuamente, desmentir-se, anular-se. (...) o conteúdo da justiça é liberdade, cultura, felicidade relativa; o da segurança, ordem e paz. (...) O que é preciso é que vigore determinado sistema jurídico e haja a convicção de que será aplicado nos casos particulares, pois é isto o que dá a segurança jurídica. (...) Se a solução é imprevisível, é que não há sistema, mas variação ou, pelo menos, incerteza e vacilação. (...) A atividade humana encontraria empecilhos e desalentos se não soubesse que do ato A surgiriam os fatos a, b e c, que são os efeitos dele no mundo das relações sociais. É por isto que as revoluções prejudicam toda a vida econômica e produtiva. A ordem é a mais objetiva revelação do bem, porque representa a revelação experimental.” (MIRANDA, Pontes de. Sistema de Ciência Positiva do Direito. Rio de Janeiro: Editor Borsó, 1972, t. IV, pp. 193 e seguintes. *Apud* LACOMBE, Américo. **Princípios Constitucionais Tributários**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 51).

9. O princípio da segurança jurídica não está expresso na Constituição, mas, além de ser decorrência lógica da isonomia, pois só poderá haver igualdade (perante a lei e na lei) onde houver segurança jurídica, ele vem implementado pelo princípio da legalidade, pela garantia à coisa julgada, ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, cujo corolário é a irretroatividade das leis. Vem ainda implementado pelo princípio da separação dos poderes e pela possibilidade de recurso à Justiça, exercida por magistratura independente.” (LACOMBE, Américo. **Princípios Constitucionais Tributários**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 50).

importando as alterações legislativas posteriores.¹⁰

3. AS SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS DAS LIMINARES E ANTECIPAÇÕES DOS EFEITOS DA TUTELA

Como desdobramento do debate ora apresentado, surgem as questões relativas à persistência ou não da competência dos órgãos jurisdicionais que já deram início ao exame do conflito, seja de forma perfunctória - como no caso das medidas cautelares preparatórias e/ou incidentais, em que analisada a tutela do direito ao processo efetivo (artigos 273, § 7º, e 796 e seguintes, todos do CPC), seja de modo exauriente, embora provisório - como nas situações em que se questiona a antecipação dos efeitos da tutela (CPC, artigos 273 e 461).

Traçado o critério da prolação do julgamento como limite para a incidência da regra da *perpetuatio jurisdictionis*, inscrita no art. 87 do CPC, a solução para essas situações não se apresenta complexa, apenas demandando a análise da natureza e do próprio objeto da cognição exercitada em cada qual dessas situações pelos órgãos do Poder Judiciário.

Nas ações cautelares, como se sabe, o bem jurídico tutelado diz respeito, regra geral, à garantia de obtenção de um resultado útil e eficaz na ação principal.

Não se edita, por isso, nessas ações de caráter instrumental, exames profusos e exaurientes em torno das situações jurídicas apresentadas pelos litigantes, o que é próprio à ação principal, mas apenas a análise - em caráter deliberativo, gravado pela precariedade e superficialidade da cognição - da plausibilidade jurídica dos argumentos apresentados pelo autor da medida (*fumus boni iuris*) e mesmo dos riscos presentes na demora na obtenção da solução definitiva da lide.

Propõe-se a cautelar, portanto, no interesse da parte requerente e do próprio Estado, à tutela do direito ao processo efetivo, capaz de realizar no plano concreto da realidade a reparação jurídica, moral e/ou patrimonial reconhecida pela coisa julgada.

Disso decorre que o comando judicial que se constitui nessas ações está situado em órbita instrumental própria e específica, não se mostrando apto a alcançar a qualidade imutável que qualifica a coisa julgada (excepcionada a hipótese do art. 810 do CPC), tanto que sujeita à revogação ou modificação a qualquer tempo, enquanto pendente o processo principal (CPC, art. 807).

Assim delineado o objetivo e a natureza do processo cautelar, parece não haver qualquer óbice a que as ações - a que estão vinculadas medidas cautelares incidentais, apreciadas liminarmente ou não - sejam enviadas aos novos órgãos judiciais competentes.

Diferente solução parece recomendar a hipótese de ação cuja pretensão já tenha sido apreciada em sede de antecipação dos efeitos da tutela.

Nesse caso, tendo presentes os requisitos inscritos nos artigos 273 e 461, ambos do CPC, há emissão de juízo explícito sobre o próprio mérito do conflito, em decisão interlocutória suscetível de impugnação por agravo de instrumento.

Por isso, e tendo em conta que o objeto tutelado no provimento antecipatório dos efeitos da tutela confunde-se com o próprio objeto da lide, há que se considerar aplicável a essas situações a compreensão da Excelsa Corte acerca do art. 87 do CPC,

10. Agravo de instrumento. Recurso de revista. Procedimento sumaríssimo. Lei nº 9957/2000. Processos em curso. (Inserido em 27.09.2002) I - É inaplicável o rito sumaríssimo aos processos iniciados antes da vigência da Lei nº 9957/2000. II - No caso de o despacho denegatório de recurso de revista invocar, em processo iniciado antes da Lei nº 9957/2000, o § 6º do art. 896 da CLT (rito sumaríssimo), como óbice ao trânsito do apelo calcado em divergência jurisprudencial ou violação de dispositivo infraconstitucional, o Tribunal superará o obstáculo, apreciando o recurso sob esses fundamentos.

acima enunciada, de sorte que as novas regras de competência apenas não de ser imediatamente aplicadas enquanto não proferido qualquer exame do mérito do conflito submetido ao Poder Judiciário.

Havendo, portanto, exame judicial em sede de antecipação dos efeitos da tutela, pouco importando o resultado alcançado, há que se reconhecer a competência residual do juízo correspondente.

CONCLUSÃO

A atividade interpretativa das regras e princípios jurídicos, exercitada por todos quantos atuam na seara judicial, há de estar voltada à obtenção de resultados práticos e efetivos, compatíveis com os princípios postos na Constituição ou, como quer a Lei de Introdução ao Código Civil, com as finalidades sociais visadas com a edição das normas.

Nesse contexto, o tema proposto neste ensaio, envolvendo a competência residual dos órgãos jurisdicionais que tiveram transpostas à Justiça do Trabalho parte de suas competências materiais, deve ser analisado sob o prisma dos princípios gerais que informam o direito processual - político, lógico, econômico e jurídico -, possibilitando a obtenção dos resultados mais coerentes e harmônicos com o ideal de amplo acesso à jurisdição.

Para além, portanto, da tarefa de buscar sustentação para posições que conduzam a resultados altamente questionáveis - capazes de prolongar indefinidamente a tramitação dos feitos, em detrimento do objetivo maior de impor solução rápida aos conflitos materiais subjacentes -, parece recomendável prestigiar o postulado agora positivado na Constituição do direito das partes à razoável duração dos processos (art. 5º, LXXVIII), desdobramento lógico do próprio cânone constitucional da universalidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV).

ASSÉDIO MORAL: CAUSAS, EFEITOS E IMPLICAÇÕES JURÍDICAS

José Roberto Dias Leite*

RESUMO

O trabalho objetiva alertar sobre as causas e efeitos do assédio moral, da agressão e danos à saúde da vítima, caracterizando o agressor, as formas de coação, bullicídio. Trata das implicações jurídicas, leis municipais já aprovadas e projetos de lei em tramitação. A garantia de indenização da Lex Legum, a consolidação pela CLT, o assédio moral no Serviço Público, nas organizações empresariais, sindicais e não governamentais, o respeito e dignidade à pessoa humana.

Palavras-chaves: Assédio moral, psicoterrorismo, aspectos jurídicos, indenização.

1. HISTÓRICO

Tanto no serviço público quanto no privado, assédio moral surge apreciado de forma tímida; tão antigo quanto o próprio trabalho, o trabalhador está sujeito a sofrer com as formas perversas dispendida por seu superior hierárquico.

As expressões *harcèlement moral* (assédio moral) da França; *bullying* (tiranizar) da Inglaterra; *mobbing* (molestar) dos Estados Unidos e *murahachibu* (ostracismo social) do Japão, no Brasil nomina-se assédio moral, forma de psicoterrorismo no trabalho, assédio psicológico. Um dos trabalhos pioneiros sobre o assunto foi denunciado pela jornalista inglesa Andréa Adams¹, que faleceu de câncer em plena campanha para transformar em delito o psicoterrorismo no trabalho, como aconteceu com a questão do assédio sexual.

Segundo Heinz Leymann, psicólogo do trabalho pioneiro no assunto:... a deliberada degradação das condições de trabalho através do estabelecimento de comunicações não éticas (abusivas) que se caracterizam pela repetição por longo tempo, de um comportamento hostil de um superior ou colega contra um indivíduo que apresenta, como reação de um quadro de miséria física, psicológica e social duradoura...²

Para Hirigoyen, francesa, uma das maiores autoridades no assunto:

O assédio moral no trabalho é toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, por em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho³.

2. CAUSA, EFEITO E EVOLUÇÃO

O assédio moral é o resultado da ação de uma chefia, que no uso de suas prerrogativas, literalmente, tortura o subordinado, seja no campo do trabalho privado ou público. São muitas as táticas utilizadas para o exercício dessa nociva atuação. Prejudicando sistematicamente a atuação laboral da vítima, ignoram-se suas sugestões ou solicitações, reduzindo-lhe o poder hierárquico ou, deliberadamente, fazendo-lhe críticas negativas, levando-o à humilhação constante, expondo a vítima a situações

* José Roberto Dias Leite – Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais e Aplicadas do Vale do Jurumirim – EDUVALE – Avaré – 2005.

1. ADAMS Andréa, CRAWFORD, Neil *Bullying at Work: how to confront and overcome it*, 1992.

2. Apud In. MENEZES, C.A C.de. **Assédio moral e seus efeitos jurídicos**. Síntese Trabalhista: Porto Alegre, n.169, p.140-150, jul. 2003.

3. HIRIGOYEN, M.F. **Assédio moral: a violência perversa no cotidiano**. 5.ed. Ed. Bertrand do Brasil: São Paulo. 2002. 223p. p.65

constrangedoras e humilhantes, por repetição e prolongamento. O que temos hoje é sua intensificação e forma de abordagens.

Existem agressores hábeis na difusão de boatos de natureza depreciativa ou pejorativa. O objetivo do agente agressor é alcançado, dependendo das circunstâncias, pois a auto-estima do ofendido não resiste e entra em processo de degradação. O ator menor do assédio moral está solitário e isolado. Dos colegas de trabalho o apoio é praticamente impossível, pelo temor de “contágio” e o conseqüente efeito, desemprego. Alguns exemplos: determina-se ao subordinado uma tarefa com dimensão ou prazo impossíveis de serem cumpridos; atribui-se a outros, geralmente colegas da vítima, idéias interessantes, antes propostas pelo assediado; passam-se ordens diretas aos demais trabalhadores, destituindo da autoridade necessária o servidor responsável; coloca-se a vítima no ostracismo ou exposta ao ridículo, repetidamente; omitem-se, de forma mascarada, informações para o melhor desempenho funcional do trabalhador.

Entretanto, o assédio moral não se confunde com formas aceitáveis de “pressão”, exercidas por chefias lúcidas e racionais e dotadas de liderança saudável, quando se objetiva, de maneira humana e racional, o sucesso no mundo dos negócios.

O chefe “torturador” - quase sempre tomado por uma personalidade distorcida - representa o papel de um servidor bem intencionado, fiel e preocupado, que aparenta querer o melhor para os subordinados; mostra, ao grande público, um comportamento exatamente contrário ao que pratica, diuturnamente.

Para Hirigoyen o perfil do agressor narcisista:

Os grandes perversos são também seres narcisistas e, como tal, vazios, que se alimentam da energia vital e da seiva do outro. Como sujeito megalômano, o perverso tem um senso grandioso da própria importância, é absorvido por fantasias de sucesso ilimitado e de poder. Acredita ser especial e singular, pensa que tudo lhe é devido; tem excessiva necessidade de ser admirado, e age como um vampiro. Não tem empatia, alimenta-se da energia dos que se vêem seduzidos pelo seu charme; sente profunda inveja daqueles que parecem possuir coisas que lhe faltam, ou que simplesmente sabem extrair prazer da vida. São críticos ferinos; sentem prazer em criticar os outros, assim, provam-se onipotentes, diante da nulidade dos outros. Vazios e despossuídos de subjetividade, os perversos são seres irresponsáveis; por isso, ocultam-se, jogando os seus erros e limitações nos outros. Afinal, tudo que acontece de mau é sempre culpa dos outros⁴.

Aparentemente, o agressor é uma pessoa que está muito satisfeita com ela mesma e raramente se questiona sobre suas atitudes. É incapaz de sentir empatia, considerada como a capacidade de colocar-se no lugar do outro, porque não estará à altura de sentir o mal que seus ataques podem fazer ao seu próximo. Mas enquanto não descoberto os seus meios de agir, o agressor persegue seu objetivo.

Segundo GUEDES, existem tipos de agressores: o instigador; o casual; o colérico; o megalômano; o frustrado; o crítico; o sádico; o puxa-saco; o tirano; o aterrorizado; o invejoso; o carreirista; o pusilânime⁵.

Entretanto, é importante frizar que o poder de chefia extingue-se na própria ação administrativa, normatizada, que dosa sanções e determina limites. Note-se que para se denominar assédio, o agente ativo será sempre o superior hierárquico do agente passivo, vítima do dano. O caráter continuado da tirania exercida pela empresa através

4. HIRIGOYEN, M.F. Assédio moral: a violência perversa no cotidiano. 5.ed. Bertrand do Brasil: São Paulo. 2002. 223p. p.143. Disponível em: <http://www.tribunalpopular.hpg.ig.com.br/her.html> - Acesso em: 09 jul 2005.

5. GUEDES, M.N. **Terror psicológico no trabalho**. São Paulo, LTr, 2003, p.59-60

de seu preposto, ainda que não configure o assédio moral, - porquanto ausentes o cerco e a discriminação vez que a prática atingia indistintamente todos os subordinados, caracteriza a gestão por injúria, a que alude HIRIGOYEN⁶:

Denominamos gestão por injúria o tipo de comportamento despótico de certos administradores, despreparados, que submetem os empregados a uma pressão terrível ou os tratam com violência, injuriando-os ou insultando-os, com total falta de respeito. (...) Quer tais dirigentes estejam ou não conscientes da brutalidade de suas ofensas, seu comportamento é indigno e inadmissível. Só uma ação coletiva pode dar fim a ele. Uma reação conjunta, o quanto antes, por parte dos trabalhadores para denunciar tais práticas escravagistas. Com efeito, alguns administradores manejam melhor o chicote que a carroça, submetendo o ambiente de trabalho ao império do medo⁷.

O desabrochar do individualismo reafirma o perfil do “novo trabalhador”: flexível, capaz, competitivo, criativo, qualificado e empregável, habilidades estas que o qualificam para a demanda do mercado. Estar “apto” significa responsabilizar os trabalhadores pela formação/qualificação e culpabilizá-los pelo desemprego, aumento da pobreza urbana e miséria, desfocando a realidade e impondo aos trabalhadores um sofrimento perverso. Entretanto, o assédio moral não se confunde com formas aceitáveis de “pressão”, exercidas por chefias lúcidas e racionais e dotadas de liderança saudável, quando se objetiva, de maneira humana e racional, o sucesso no mundo dos negócios, com resultados econômicos e sociais favoráveis ao trabalhador e à sua comunidade, desde que obedecidos os limites necessários.

Para Bernardo Leite Moreira:

... é importante que façamos clara distinção entre as características de assédio moral e a pressão da chefia pelo cumprimento de prazos, metas e objetivos do negócio. Mais ainda, entendemos que a pressão da competitividade contagia a ação das chefias tornando-os exigentes e, muitas vezes fazendo-os considerar que seus subordinados podem fazer mais do que imaginam que podem. Sem dúvida não discordo desse ponto de vista. Reforço que a exigência de superação sempre está acompanhada de significativa dose de confiança e preocupação pelo desenvolvimento dos subordinados. A chefia pode, e deve, pressionar com frequência e exigir que seus subordinados se superem. Mas presumo que fique claro que não é a isso que se refere o assédio moral.⁸

As agressões sofridas pelas vítimas no ambiente de trabalho desencadeiam distúrbios físicos e psíquicos e desenvolvimento de várias patologias. Esse processo pode levá-la à incapacidade permanente e até matá-la durante o expediente de trabalho e ou levá-la ao suicídio: o chamado bullicídio.

3. ASPECTOS JURÍDICOS NO BRASIL

A Carta Magna de 1988 preconiza que o Estado Brasileiro se fundamenta e se justifica pela garantia que oferece ao exercício da cidadania, do respeito à dignidade da pessoa humana, de reconhecimento dos meios e instrumentos de valorização social do trabalho, assegurando a prevalência do interesse social em detrimento do mero interesse particular do lucro (*art. 5º, XXIII, art. 170, III*), *reafirmando, ainda, o art. 193*

6. HIRIGOYEN, Op. Cit. p.28

7. HIRIGOYEN, M.F. **Mal-estar no trabalho**: redefinindo o assédio moral. Rio de Janeiro. Bertrand do Brasil: 2002. p.43. I Seminário Internacional Sobre Assédio Moral no Trabalho, realizado em abril 2002, São Paulo - Brasil. Disponível em: <http://www.assediomoral.org/site/eventos/lseminario/3auditorio.php> Acesso em: 09 jul 2005.

8. Moreira B. L. **Assédio Moral**, 2005 p.1 http://www.golrh.com.br/artigos/artigos.asp?COD_Tema= 304

que: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”, cabendo ressaltar que os direitos sociais previstos no art. 6º e logo a seguir discriminados no artigo seguinte são apenas enumerativos, indicativos, comportando a existência de outros mais que visem à melhoria de sua condição social (art. 7º, Caput).

A médica do Trabalho Margarida Barreto da PUC de São Paulo, em pesquisa realizada, aponta que 36% da população brasileira economicamente ativa, passa por violência moral.

A ofensa à honra, dano essencialmente pessoal, já era prevista no *Código Comercial e a CLT fez o papel de “consolidar” o dispositivo preexistente, tipificando-a como motivo de despedida motivada (artigo 482) ou de denúncia, pelo empregado, do contrato de trabalho (artigo 483)*. A novidade ocorreu no âmbito do direito do trabalho, quando se deu um tratamento jurídico próprio ao dano pessoal ocorrente no seu interior. Até então, a figura da ofensa à honra só era tratada como falta anticontratual. Uma antiga discussão, sobre o direito a indenização autônoma no acidente do trabalho, acatada pelo texto constitucional (*artigo 7º, inciso XXVIII*), acabou abrindo espaço para se perceber que as indenizações pré-tarifadas, pela ocorrência de “justa causa”, não cobriam um dano essencialmente diverso, como o pessoal⁹.

Paulo Eduardo Vieira de Oliveira, magistrado paulista, leciona:

As duas principais obrigações sinalagmáticas que a relação de emprego implica (prestar serviço de modo subordinado e pagamento), levaram autores a afirmar, que ela comporta, apenas, uma relação patrimonial. Não se pode negar que esta seja importante, mas a relação empregatícia cria, também, uma intersubjetividade entre empregado e empregador, seja este pessoa física ou jurídica. Se ela não existisse, ter-se-ia que apelar, como de fato se fez, para uma relação essencial e juridicamente diversa, para explicar o dano pessoal entre empregado e empregador. Pode parecer paradoxal, mas foram alguns escritos e acórdãos, tratando de aspectos processuais (a não competência do juízo trabalhista para julgar conflitos decorrentes de danos pessoais), que contribuíram para esse entendimento, enfatizando, com razão, a relação pessoal que o dano implica e, que este inexistiria na relação de emprego. Como conclusão, é importante que se frise, que há uma relação intersubjetiva entre empregado e empregador muito acentuada, que dá oportunidade, pelo trato sucessivo da relação, a uma das partes (e até a ambas em dano pessoal recíproco), de uma causar dano pessoal à outra ou, ainda, do dano acontecer reciprocamente.¹⁰

4. LEIS E PROJETOS DE LEIS

Existem leis e projetos de leis municipais já aprovadas, entre eles: Americana, SP; Campinas, SP; Guarulhos, SP; Itacemópolis, SP; Jaboticabal, SP; São Paulo, SP; Cascavel, PR; Natal, RN; Porto Alegre, RS; São Gabriel do Oeste, MS; Sindrolândia, MS¹¹. No Congresso Nacional, diversos projetos de lei, pretendendo a normatização legal reguladora do fenômeno, dentre os quais, citamos:

a) Projeto de Lei Federal Nº 5970/2001, iniciativa do Dep. Inácio Arruda, PCdoB - CE, alterando o art. 483, da CLT, inserindo a prática de coação moral como motivo para que o empregado, a seu cargo, sendo vítima, possa rescindir ou não o contrato de

9. OLIVEIRA, P.E.V. **O dano pessoal no direito do trabalho**. São Paulo: Revista Amatra II, mar-abr, 2002.

10. OLIVEIRA, P.E.V. **O dano pessoal no direito do trabalho**. São Paulo: Revista Amatra II, mar-abr, 2002.

11. disponível em: <http://www.assediomoral.org/site/legisla/index.php> acesso em 22 jul 2005.

trabalho, bem como trata de particulares indenizatórias a favor do empregado por força do ato de coação moral contra sua pessoa.

b) Projeto de Lei Nº 4591/2001, iniciativa de Rita Camata, Dep. PSDB – ES; *modifica a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990*, proibindo a prática do assédio moral no âmbito do serviço público federal e cominando com pena que vai da singela advertência até a demissão, esta em caso de reincidência.

c) Projeto de Lei Nº 4.742/2001, iniciativa do Dep. Marcos de Jesus PL - PE. introduz o *artigo 136-A no Código Penal*, tipificando o assédio moral com a seguinte redação:

Art. 136-A. Depreciar, de qualquer forma e reiteradamente a imagem ou o desempenho de servidor público ou empregado, em razão de subordinação hierárquica funcional ou laboral, sem justa causa, ou tratá-lo com rigor excessivo, colocando em risco ou afetando sua saúde física ou psíquica. Pena - detenção de um a dois anos.

Na Câmara Federal tramita o Projeto de Lei Nº 7.124/02, do Senado Federal, que visa taxar o dano moral em valor certo e determinado, ampliando também as possibilidades de entendimento do que venha a ser o dano moral, as ocorrências relativas às ofensas ao nome, à honra, à fama, à imagem, à intimidade, à credibilidade, à respeitabilidade, à liberdade de ação, à auto-estima e ao respeito próprio¹².

O serviço público, no Brasil, é também um campo fértil para o desenvolvimento do assédio moral, e tanto é que entre nós já foram editadas algumas leis municipais sobre o assunto, destacando-se a Lei Nº 13.288, de janeiro de 2001, de São Paulo, que trata da temática no âmbito da Administração. A referida lei conceitua o assédio moral como “todo o tipo de ação, gesto ou palavra que atinja, pela repetição, a auto-estima e a segurança de um indivíduo, fazendo-o duvidar de si e de sua competência, implicando em dano ao ambiente de trabalho, à evolução da carreira profissional ou à estabilidade do vínculo empregatício do funcionário, tais como: marcar tarefas com prazos impossíveis; passar alguém de uma área de responsabilidade para funções triviais; tomar crédito de idéias de outros; ignorar ou excluir um funcionário só se dirigindo a ele por meio de terceiros; sonegar informações de forma insistente; espalhar rumores maliciosos; criticar com persistência, subestimar esforços” (*art. 1º, parágrafo único*).

Aplicar esse preceito legal aos empregados, em geral, por analogia, não nos parece possível, a não ser que *enquadremos a conduta no artigo 483 da CLT*. Isso porque quem legisla sobre Direito do Trabalho é a União e, segundo, porque invocar o parágrafo único do *artigo 8º da CLT*, ao fundamento de que o Direito Comum seria aplicável não nos parece correto, porque o legislador, quando se refere ao Direito Comum, quer significar o Direito Civil à semelhança do disposto no *artigo 769 da CLT*.

O ideal seria, portanto, uma norma de âmbito federal inserida na CLT combatendo o assédio, à semelhança da legislação francesa, a começar com medidas de prevenção e coibindo o assédio moral com a nulidade da dispensa, da transferência, da demissão ou da punição disciplinar nele fundada, facultando à parte prejudicada a rescisão indireta, sem prejuízo da indenização pelos danos ocasionados (material e/ou moral), já que o assunto é tratado de forma incompleta pelo legislador nacional.

Enquanto ausente a legislação, as Convenções Coletivas poderão ser um instrumento eficaz para estabelecer o conceito de assédio moral, com as infrações e sanções nesse terreno, além das medidas destinadas a evitar essa prática. No Brasil,

12. SALVADOR, L. **Assédio moral**: TRT da 17ª reconhece que violação à dignidade humana dá direito à indenização. Disponível em: <http://www.fenassec.com.br/artigos/art83.htm> Acesso em: 08 jul. 2005

alguns sindicatos já começam a inserir nas convenções coletivas cláusulas dessa natureza, como se infere da 81ª cláusula da convenção coletiva celebrada pelo SEMAPI. Dispõe a referida cláusula:

Constrangimento moral: As empresas envidarão esforços para que sejam implementadas orientações de conduta comportamental aos seus respectivos supervisores, gerentes e dirigentes para que, no exercício de suas funções, visem evitar ou coibir práticas que possam caracterizar agressão e constrangimento moral ou antiético a seus subordinados.

Parágrafo único: Nos casos de denúncia por parte do trabalhador, será formada uma comissão paritária de 6 (seis) membros, SEMAPI/Entidades abrangidas, excluída a empregadora denunciada, para avaliação e acompanhamento da referida denúncia¹³.

No Ministério do Trabalho, a Portaria Nº 604, de 2000, instituiu os Núcleos de Promoção de Igualdade de Oportunidades e de Combate à Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão. O art. 2º, II da referida Portaria atribui competência ao referido núcleo para propor estratégias e ações que visem a eliminar a discriminação e o tratamento degradante e que protejam a dignidade da pessoa humana, em matéria de trabalho. O inciso IV do art. 2º, dispõe que compete aos Núcleos celebrar parcerias com organizações empresariais, sindicais e não governamentais, objetivando a sistematização do fluxo de informações relativas a vagas disponibilizadas e preenchidas por segmentos da população mais vulneráveis à discriminação¹⁴.

A jurisprudência começa a dar os primeiros passos a respeito da temática, como se infere da ementa desse acórdão da 17ª Região, cujo teor estabelece:

Dano moral. Assédio moral. Contrato de inação. Indenização por dano moral. A tortura psicológica, destinada a golpear a auto-estima do empregado, visando forçar sua demissão ou apressar a sua dispensa através de métodos que resultem em sobrecarregar o empregado de tarefas inúteis, sonegar-lhe informações e fingir que não o vê, resultam em assédio moral, cujo efeito é o direito à indenização por dano moral, porque ultrapassa o âmbito profissional, eis que minam a saúde física e mental da vítima e corrói a sua auto-estima. No caso dos autos, o assédio foi além, porque a empresa transformou o contrato de atividade em contrato de inação, quebrando o caráter sinalagmático do contrato de trabalho, e por consequência, descumprindo a sua principal obrigação que é a de fornecer o trabalho, fonte de dignidade do empregado. Recurso improvido". TRT-17ª Região – RO 1315.2000.00.17.00.1. Ac. 2276/2001, 20.08.02. Rel. Juíza Sônia das Dores Dionízio. Revista LTr 66-10/1237¹⁵.

ASSÉDIO MORAL – RESOLUÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO POR JUSTA CAUSA DO EMPREGADOR - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - CABIMENTO. O assédio moral, como forma de degradação deliberada das condições de trabalho por parte do empregador em relação ao obreiro, consubstanciado em atos e atitudes negativas ocasionando prejuízos emocionais para o trabalhador, face à exposição ao ridículo, humilhação e descrédito em relação aos demais trabalhadores, constitui ofensa à dignidade da pessoa humana e quebra do caráter sinalagmático do Contrato de Trabalho. Autorizando, por conseguinte, a resolução da relação empregatícia por justa causa do empregador, ensejando inclusive, indenização por dano moral". TRT – 15ª Região - 01711-2001-111-15-00-0 - RO 20.534/2002. Relª.: Juíza Mariane Khayat F. do Nascimento. Publicado em

13. SEMAPRI - Sindicato dos Empregados em Empresas de Assessoramento, Perícias, Informações e Pesquisas e Fundações Estaduais do Rio Grande do Sul.

14. Barros, A M. Assédio Moral: disponível em: http://www.amatra6.com.br/amatra/ed20_1.htm

15. SALVADOR, L. **Assédio moral**: TRT da 17ª reconhece que violação à dignidade humana dá direito à indenização. Disponível em: <http://www.fenassec.com.br/artigos/art83.htm> Acesso em: 08 jul. 2005.

5. A LEGISLAÇÃO VIGENTE AUTORIZA O DEFERIMENTO DA INDENIZAÇÃO

Do exame do contrato de trabalho, conclui-se ter ele natureza onerosa, sinalagmática e comutativa, sendo tutelado pelos conhecidos princípios de proteção, da realidade, da razoabilidade e da boa-fé, norteadores do Direito do Trabalho. A principal obrigação do empregador é a de dar trabalho, pagando os salários correspondentes, sendo expressamente proibido impor ao seu subordinado qualquer tipo de discriminação, pena de responsabilização por seus atos, a título de indenização pelo dano pessoal causado ao empregado. Examinando esta questão, Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, atual Presidente do STF, mesmo quando ainda era Min. do TST, assim já entendia: “A violência ocorre minuto a minuto, enquanto o empregador, violando não só o que foi contratado, mas, também, o disposto no § 2º, do art. 461 consolidado - preceito imperativo - coloca-se na insustentável posição de exigir trabalho de maior valia, considerando o enquadramento do empregado, e observa contraprestação inferior, o que conflita com a natureza onerosa, sinalagmática e comutativa do contrato de trabalho e com os princípios de proteção, da realidade, da razoabilidade e da boa-fé, norteadores do Direito do Trabalho. Conscientizem-se os empregadores de que a busca do lucro não se sobrepõe, juridicamente, à dignidade do trabalhador como pessoa humana e partícipe da obra que encerra o empreendimento econômico”¹⁶. Não é a condição econômica de poder ofertar emprego, com pagamento de salários que assegura eventual direito do empregador e ou seu preposto tratar o empregado como mera mercadoria, praticando atos discriminatórios que o atinjam inclusive em sua dignidade laboral.

Assim, o lesado por assédio moral pode pleitear em juízo além das verbas decorrentes da rescisão contratual indireta, também, ainda, a indenização por dano moral assegurada pelo *inciso X do art. 5º da Lex Legum*, pois que a relação de trabalho não é de suserania, é de igualdade, de respeito, de intenso respeito, cabendo frisar que a igualdade prevista no *art. 5º da CF* não restringe a relação de trabalho à mera dependência econômica subordinada: assegura ao trabalhador o necessário respeito - à dignidade humana, à cidadania, à imagem, honradez e auto-estima. *O Novo Código Civil corrigiu a incompletude da regra do art. 159, incluindo a expressão “dano moral”,* fato que vem reforçar a nova tendência jurisprudencial e doutrinária.

6. CONCLUSÃO

O Congresso Nacional, apesar de pendências de aprovação de leis expressa e específicas regulamentadas por esta relevante questão social, tem permitido à legislação vigente no País e ao Poder Judiciário a entrega da prestação jurisdicional quando provocada, podendo a contento definir o valor indenizatório correspondente a vítima assediada moralmente, julgando e concedendo o valor indenizatório correspondente aos prejuízos sofridos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Assédio Moral No Trabalho: Chega de humilhação. disponível em: <http://www.assediomoral.org/site/legisla/index.php> acesso em 22 jul 2005.

ADAMS A; CRAWFORD, N. *Bullying at Work: how to confront and overcome it*, 1992.

ALMEIDA, M.E.M. **Abuso do direito e concorrência desleal**. São Paulo: Quartier

16. Tribunal Superior do Trabalho, 1ª T., Ac. 3.879, RR7.642/86, 09/11/1987, Rel: Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello.

Latin, 2004.

BARROS, A M. **Assédio Moral**: disponível em: http://www.amatra6.com.br/amatra/ed20_1.htm BRASIL. Leis, Decretos e etc **Consolidação das Leis do Trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Leis, Decretos e etc **Constituição da República Federativa do Brasil**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GUEDES, M.N. **Terror psicológico no trabalho**. São Paulo: LTR, 2003. 167p. Mobbing: a violência psicológica no trabalho. **Revista LTR**. n. 02, p. 162-165, fev. 2003.

HIRIGOYEN, M.F. **Assédio Moral** - A violência perversa do cotidiano. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 5. ed. 2002. 223p. Disponível em: <http://www.tribunalpopular.hpg.ig.com.br/her.html> - Acesso em: 09 jul 2005.

Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral. Rio de Janeiro. Bertrand do Brasil: 2002. p.28-43. I Seminário Internacional Sobre Assédio Moral no Trabalho, realizado em abril 2002, São Paulo - Brasil. Disponível em: <http://www.assediomoral.org/site/eventos/Iseminario/3auditorio.php> Acesso em: 09 jul 2005.

MENEZES, C.A C.de. **Assédio moral e seus efeitos jurídicos**. Síntese Trabalhista: Porto Alegre, n.169, p.140-150, jul. 2003.

MOREIRA, Bernardo Leite. **Assédio Moral**. Disponível em: http://www.golrh.com.br/artigos/abre_artigo.asp?cod_tema=304. Acesso em: 08 jul. 2005.

OLIVEIRA, E.S. **Assédio Moral**: sujeitos, danos à saúde e legislação. Revista Gênese, n.134, fev. 2004.

OLIVEIRA, M.L.B.R. **Relação de emprego**: o elemento “subordinação” no contrato de trabalho com as novas tecnologias. **Síntese trabalhista**, Porto Alegre, n. 164, p. 127-133, fev. 2003.

OLIVEIRA, P.E.V. **O dano pessoal no direito do trabalho**. São Paulo: Revista Amatra II, mar-abr, 2002.

SALVADOR, L. **Assédio moral**: TRT da 17ª reconhece que violação à dignidade humana dá direito à indenização. Disponível em: <http://www.fenassec.com.br/artigos/art83.htm> Acesso em: 08 jul. 2005.

SALVADOR, L. **Assédio moral**. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/doutrina/artigos/x/81/55/815/> Acesso em: 08 jul 2005.

SEMAPRI - Sindicato dos Empregados em Empresas de Assessoramento, Perícias, Informações e Pesquisas e Fundações Estaduais do Rio Grande do Sul.

SOUZA AGUIAR, A L. **Assédio moral nas organizações**: estudo de caso dos empregados demitidos e em litígio judicial trabalhista no Estado da Bahia. Dissertação de Mestrado. UNIFACS, Salvador-BA. out 2003. Disponível em: http://www.assediomoral.org/site/biblio/MD_02.php Acesso em: 09 jul. 2005.

SÜSSEKIND, A; MARANHÃO, D.; VIANNA, S. et al. **Instituições de direito de trabalho**. 19. ed. São Paulo: LTR, 2000. v. 1.

TARCITANO, J.S.C., GUIMARÃES, C.D. **Assédio Moral no ambiente de trabalho**. Disponível em: <http://www.partes.com.br/assediomoral/reflexao.asp> Acesso em: 08 jul 2005.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. 1ª T., Ac. 3.879, RR 7.642/86, 09/11/1987, Rel: Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello.

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004 E PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA DO TRABALHO

José Miguel de Campos*

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 – Direito do Trabalho; 2.1 – Conceito – Objetivo – Objeto; 2.2 – Fundamentos; 2.3 – Divisão; 2.4 – Dissídio Coletivo; 3 – Poder Normativo da Justiça do Trabalho; 3.1 – Degradação do Poder Normativo; 4 – Emenda Constitucional nº 45/2004: a expressão “de comum acordo”; 5 – Greve; 6 – Atividades essenciais; 7 – Competência do MPT para ajuizamento de DC; 8 – Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Debatida por mais de longos 12 anos, a Reforma do Judiciário, após passar por diversas fases, incluindo aquela em que parecia certa a extinção da Justiça do Trabalho, consubstanciou-se na Emenda Constitucional nº 45, promulgada em 31.12.04, pela qual, ao contrário das expectativas iniciais, a Justiça Obreira saiu prestigiada, fortalecida, contemplada que foi com sensível e adequada ampliação de sua competência.

Inobstante, com relação ao Poder Normativo, a reforma foi impiedosa, entendendo muitos que sua extinção foi inapelavelmente decretada, enquanto que outros assim não entendem, gerando acalorado debate.

Adepto da primeira formulação, entende o autor que ao inserir no texto constitucional a expressão “ DE COMUM ACORDO” (ART. 114, § 2º), o legislador, de fato e indubitavelmente, deu golpe fatal no Poder Normativo da Justiça do Trabalho, na forma até então compreendido, porquanto, mesmo havendo o acordo das partes para o ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica, não haverá sentença normativa ao final, mas decisão arbitral.

Entretanto, em julgamentos recentes, os Tribunais Regionais de São Paulo e de Minas Gerais, por suas Sessões de Dissídios Coletivos, entenderam que nada mudou, o primeiro à unanimidade e o segundo por escassa maioria.

Vencido na tese de que hodiernamente somente se poderá dar curso a dissídio coletivo quando ajuizado “DE COMUM ACORDO”, pelas partes ou em caso de greve, pelo Ministério Público do Trabalho, do voto vencido na oportunidade, acrescido de outras considerações, despretenciosamente, pretende apenas e tão-somente levar o tema ao debate, de modo a atingir solução que atenda ao interesse geral da coletividade, sem paixão ou tecnicismo exagerado.

É o que ao final faz, sugerindo “tornar-se obrigatória a intimação do suscitado para prévia e expressamente manifestar sua posição de concordância ou discordância em face do dissídio, antes mesmo das tratativas conciliatórias”, definindo-se, o curso normal do processo ou seu arquivamento, respectivamente, por simples despacho do juiz instrutor.

2. DIREITO DO TRABALHO

2.1 – CONCEITO – OBJETIVO – OBJETO

Em apertada síntese introdutória, temos que o Direito do Trabalho é o conjunto de princípios e normas que têm por fim a organização e a tutela do trabalho.

Seu objeto é o trabalho humano voluntário e subordinado.

E seu objetivo é a paz social, conseguida através do ordenamento das relações entre empregado e empregador que são os pólos (sujeitos) do contrato de trabalho.

* JUIZ DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DE MINAS GERAIS

2.2– FUNDAMENTOS

Ensina EVARISTO DE MORAES FILHO que:

“O Direito do Trabalho é um produto típico do Século XX. Somente neste século surgiram as condições sociais que tornaram possível o aparecimento do Direito do Trabalho como um ramo novo da comum ciência Jurídica, com características próprias e autonomia doutrinária”.¹

A Revolução Industrial, com a introdução da máquina e novas técnicas de produção, tornou socialmente reduzida a importância do trabalhador em relação ao tempo em que labutava no regime de artesanato.

Por outro lado, os ideais de liberdade e igualdade dos homens perante a lei, conduziram ao paradoxo de, em se colocando o empregado em igualdade de condições diante do empregador para a celebração de um contrato de trabalho livremente ajustado, praticar-se a maior das injustiças sociais, em virtude da influência do poder econômico e da flagrante desigualdade entre as partes.

ROBERT MOSSÉ afirma que as concepções liberais e individualistas foram hipocritamente utilizadas como meio de assegurar a dominação do patronato sobre o proletariado.

“Desta maneira, a liberdade, provinda de generosas inspirações, ia tornar-se a liberdade de o forte explorar o fraco: a raposa livre no galinheiro livre”.

Essa impossibilidade de o economicamente fraco enfrentar de igual para igual o economicamente forte, determinou o surgimento de leis que procuraram compensar a inferioridade econômica com a superioridade jurídica, compondose, então, o novo ramo de direito – o Direito do Trabalho – de índole tuitiva e que, no dizer de DÉLIO MARANHÃO,

“encerra profunda significação moral que não deve ser esquecida e que vai coincidir, em última análise, com aquele mesmo ideal, de valor permanente e absoluto, de que se fez expressão a Declaração dos Direitos do Homem – ideal falseado pela economia capitalista – o respeito à dignidade da pessoa humana”²

2.3– DIVISÃO: INDIVIDUAL E COLETIVO

O Direito Individual do Trabalho consubstancia o conjunto de leis e normas que consideram o empregado em suas relações individuais com o empregador.

Já o Direito Coletivo do Trabalho se ocupa das relações entre empregado e empregador enquanto reunidos, isto é, tratando de interesses de grupos. Pressupõe uma relação coletiva de trabalho.

Surgiu da necessidade de “*coalizão*” dos hipossuficientes assalariados, para fazer face ao poderio econômico dos patrões, buscando equilibrar o relacionamento entre as duas partes.

A união dos economicamente fracos tornou-os mais fortes, dando origem às primeiras leis sociais e às entidades sindicais.

Tem como objetivo o estudo das associações profissionais; sindicatos; negociações coletivas de trabalho; e os conflitos do trabalho, entre os quais a greve, bem como as formas de preveni-los.

Como se infere, o objeto deste trabalho se contém no ramo do Direito Coletivo do Trabalho.

1. EVARISTO, Moraes Filho,

Tratado Elementar de Direito do Trabalho

2. MARANHÃO, Délio

Direito do Trabalho

2.4 – DISSÍDIO COLETIVO

Cumpra distinguir dissídios de natureza “*jurídica*” dos de natureza “*econômica*”, porquanto o poder normativo é exercitado quando da decisão dos segundos. Os de natureza “*jurídica*” visam a aplicação ou interpretação de norma preexistente; enquanto que os de natureza econômica se destinam à alteração ou à criação de novas normas e condições de trabalho, sendo as hipóteses mais correntes os que objetivam aumentos salariais.

A origem do poder normativo está intimamente ligada à necessidade de solução dos conflitos coletivos oriundos das relações de trabalho, sendo dois os sistemas utilizados para tanto: o “*jurisdicional*” e o “*não-jurisdicional*”.

COUTURE, com a propriedade e adequação habituais, analisou ambos na sua obra “*Solución Política y Solución Jurisdiccional de los Conflictos del Trabajo*”, assim se pronunciando:

“Frente a este modo de ver, según el cual el conflicto del trabajo debe necesariamente dirimirse por acto de las partes, em el libre juego de sus fuerzas reciprocas, y ressaltando al Estado tan solo una función tutelar, dirigida a assegurar el adecuado comportamiento em la lucha, debe alzarse, em nuestro concepto, otra concepción que parte de premisas opuestas. Conforme no concebimos para el conflicto individual otro metodo de decisión como no sea e de los jueces del Estado, no concebimos para el conflicto colectivo aún em sua máxima magnitud otro medio de decisión que el de la función jurisdiccional específica. La lucha entre las partes y el resultado de sus respectivas fuerzas constituyen, em nuestro concepto, una solución contingente del conflicto; el fallo comprensivo y documentado del tribunal especial de conflictos, setuando em metodo jurisdiccional, examinando todos sus términos (nível de vida, salario, possibilidade de la empresa, futuro de la industria, etc.), constituye la solución correcta del mismo. El primero deja librada la solución, como em el orden político, a la habilidad e la fuerza da las voluntades; el segundo, la deja librada a la justicia”³.

No Brasil adotou-se o sistema “*jurisdiccional*” desde que não haja autocomposição das partes, cabendo à Justiça do Trabalho o desate da questão, dando ensanchas ao exercício do Poder Normativo, até a promulgação da EC – 45/04, que, ao que parece, alterou significativamente a normatização do tema, como adiante se verá.

3. PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Poder Normativo, portanto, é a faculdade conferida à Justiça do Trabalho pela Constituição Federal, para editar regras jurídicas pertinentes e para solução dos conflitos do trabalho de natureza econômica.

Como acentuava COQUEIJO COSTA, não se trata de delegação do Poder Legislativo, e sim de competência constitucional atribuída à Justiça obreira. Competência esta que permite aos tribunais trabalhistas não só aplicar normas preexistentes, como também **criar** normas e condições de trabalho.

ADROALDO MESQUITA DA COSTA deixou claro na sua declaração de voto, quando integrante da Constituinte de 1946, que:

“Se não se deixar expreso na Constituição que à Justiça do Trabalho compete estabelecer normas nos dissídios coletivos, **tenho para mim que esta não terá tal competência. À Justiça, cabe aplicar a lei, de acordo com esta compete decidir os casos concretos, mas jamais terá a faculdade de criá-la, porque não é de juiz a função de legislar. A Justiça do**

3. COUTURE, Eduardo
Fundamentos do Direito Processual Civil

Trabalho, porém, tem peculiaridades que não devem ser esquecidas no texto constitucional, precisamente por serem peculiaridades. Praticamente, ela ficará ineficiente e se tornara inoperante para julgar os dissídios coletivos se não se lhe desse a competência normativa”. (original sem grifos) ⁴.

Também PONTES DE MIRANDA ensina:

“É a Constituição que lhe permite editar normas; não é a título de interpretação; é a título de legislação ou de captação técnica dos casos e costumes negociais” ⁵.

Manifesta-se o poder normativo através das decisões de conflitos coletivos de natureza econômica, ou seja, que visam a fixação de novas condições de trabalho, envolvendo interesses abstratos, “*ad futurum*”, consubstanciando-se na sentença normativa, que cria ou modifica condições de trabalho, e, por isso, é de natureza “*constitutiva*” (CHOVENDA), “*dispositiva*” (CARNELUTTI), ou “*determinativa*” (RASELLI), mas nunca “*condenatória*” (JAEGER). ⁶.

Ao prolatar uma sentença normativa o juiz exerce “*uma atividade formalmente jurisdicional, e materialmente legislativa*” (CARNELUTTI). É que ao decidirem dissídios coletivos de natureza econômica, os juizes não estão jungidos a regras preexistentes, podendo criar nova norma como se legisladores fossem.

No exercício da competência normativa os Tribunais consideram não só os interesses das partes litigantes, mas, também, e principalmente, os interesses gerais da coletividade.

Distingue-se a sentença normativa das demais, pela sua eficácia “*erga omnes*”, que a aproxima ou equipara à lei, enquanto que as outras produzem efeitos somente “*inter partes*”.

Unâimes são os doutrinadores em considerar a sentença normativa como fonte formal do Direito do Trabalho, afirmando JOSÉ ANCHIETA FALLEIROS ser a mesma “*fonte original do Direito do Trabalho, verdadeira inovação, de características constitucional*” ⁷.

Para EVARISTO DE MORAES FILHO, a sentença normativa “*é misto de sentença e lei, abstrata, indeterminada e geral, como Direito aplicável à espécie. Tem conteúdo constitutivo*”.

DORVAL DE LACERDA a define como sendo fruto do “*poder do Magistrado do Trabalho de emanar ordenanças destinadas a regular novas condições de trabalho*”.

Como a sentença normativa visa a fixação de norma geral e obrigatória “*ad futurum*” CRUET diz que em tais casos o juiz adquire a qualidade de “*legislador suplente*”, e RIPERT, “*de legislador de casos particulares*”. Tais sentenças criam Direito.

3.1 – DEGRADAÇÃO DO PODER NORMATIVO

O regime militar instalado no País em 1964, julgando-se acima do bem e do mal, houve por bem controlar todos os movimentos sociais, iniciando pelos sindicais. Os trabalhadores foram vendo direitos anteriormente conquistados se perderem. Atividade sindical, reuniões, nem pensar.

De certo que essa maléfica atuação dos homens instalados no poder refletiu diretamente no campo do Direito do Trabalho, cassando direitos individuais e reduzindo

4. Anais da Constitucional de 1946

5. PONTES DE MIRANDA

Comentários à Constituição de 1946

6. COSTA, Coqueijo

Direito Judiciário do Trabalho

7. FALLEIROS, José Anchieta

Interpretação e Aplicação do Direito do Trabalho

drasticamente o Poder Normativo da Justiça do Trabalho, que passou a ser mera homologadora de índices de aumento de salários fixados pelo Poder Executivo, muitas vezes maquiados.

Assim é que no império da Lei número 4.725/65 a fixação do índice de aumento obedeceu a fórmula matemática, tendo determinado o seu artigo 1º que a “sentença tomará por base o índice resultante da reconstituição do salário real médio da categoria nos últimos vinte e quatro meses anteriores ao término da vigência do último acordo ou sentença normativa”.

Posteriormente, foi editada a lei nº 6.147/74, modificada pela lei nº 6.205/75, ambas contendo normas rígidas de controle dos aumentos salariais, não deixando campo de aplicação e exercício do poder normativo, o que obrigou o Tribunal Superior do Trabalho a formular o Prejulgado 56, revogando todos os anteriores atinentes à matéria, estabelecendo normas a serem seguidas nos dissídios pertinentes, afirmando no seu item XV serem as suas normas as reguladoras da competência normativa da Justiça do Trabalho em matéria salarial.

Seqüencialmente, veio a lume a Lei nº 6.708/79, que introduziu o reajuste automático dos salários mediante a utilização do “Índice Nacional de Preços ao Consumidor” (INPC), que é aplicado com incidência de fatores diferenciados de acordo com a faixa salarial do empregado (0,8/1/1,1), **independentemente de negociação coletiva**, como afirma a Exposição de Motivos que acompanhou o projeto de lei.

Atualmente baliza a matéria a Lei nº 10.192/01, que veda a estipulação ou fixação de cláusula de reajuste ou correção salarial automática vinculada a índice de preços.

MUTATIS, MUTANDI, assim ainda procedem hoje os Tribunais, exercendo um arremedo de Poder Normativo agonizante desde a década de sessenta, como observaram GOMES – GOTTSCHALK já nos idos de 1968, no seu “Curso de Direito do Trabalho”, portanto antes da edição das leis nos 6.147/74, 6.205/75 e 6.708/79:

“Com as novas diretrizes impostas ao poder normativo constitucional da Justiça do Trabalho, caracterizou-se, de forma inequívoca, a finalidade da sentença arbitral, como instrumento, não da formação do Direito Coletivo ou propiciador da convenção coletiva, como sucede alhures, mas, de execução da política econômica e de trabalho do Governo. As restrições àquele poder, a estrita predeterminação do percentual do aumento salarial, as exigências e ônus inovados para as empresas, e outras medidas criadas numa série de leis e decretos-leis e decretos estão a demonstrar que em regime inflacionário e de economia dirigida, o critério de equidade, inspirador das sentenças normativas, acaba por se degenerar em arbítrio legalizado, em holocausto dos interesses da comunidade inteira. **Desfigurou-se tanto o poder normativo dos tribunais do trabalho** que, dele, não resta, senão, a aparência; convertido como está em órgão homologatório de cálculos estatísticos, muitas vezes irrealis”⁸.

4. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004 – A EXPRESSÃO “DE COMUM ACORDO”

À luz do *novel* texto constitucional, indubitavelmente é condição de procedibilidade de dissídio coletivo de natureza jurídica o “**comum acordo**” entre as partes, o qual deve ser demonstrado de **forma expressa** e “**a priori**”, tornando inequívoca a intenção das mesmas em eleger o Poder Judiciário para o desate da controvérsia instaurada.

Na falta da indeclinável prova ou em caso de expressa discordância, deve o

8. GOMES, Orlando e GOTTSCHALK
Curso de Direito do Trabalho

processo ser extinto, de plano, sem julgamento do mérito (267, IV, CPC), **antes mesmo da fase conciliatória**, porquanto ausente uma das condições da ação, exatamente a criada pela nova redação do parágrafo 2º do artigo 114 da Emenda Constitucional nº 45/2004.

Inquestionavelmente, o legislador constituinte derivado extirpou do ordenamento jurídico função judiciária que constituía verdadeira usurpação ao Poder Legislativo, à vista da clássica teoria de freios e contrapesos de Montesquieu, que de tão atípica só existente em poucos países.

A este respeito merece nota o bem elaborado estudo de Marcos Neves Fava, publicado pela ANAMATRA⁹⁻¹⁰ em Nova Competência da Justiça do Trabalho (Grijaldo Fernandes Coutinho, Marcos Neves Fava, coord. São Paulo. LTr, 2005, p. 276/291), no qual se rememora que a Constituição da República de 1988, em seu art. 2º, dispõe que os poderes são “independentes e harmônicos entre si”, o que se aquilata como cláusula pétreia no art. 60, parágrafo 4º, III, e que “...cada um dos poderes da República realiza funções típicas ou atípicas. Ocorrerá o exercício destas últimas apenas quando qualquer dos Poderes receber expressa autorização do poder constituinte originário (...). Uma das expressivas exceções ao método de organização estatal da tripartição de poderes coincide com o “poder normativo” atribuído à Justiça do Trabalho para decisão dos litígios coletivos” (p. 279).

Não é demais recordar a nova redação conferida ao parágrafo 2º do art. 114 da Constituição da República de 1988:

“Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente”.

O texto condiciona a instauração do dissídio de natureza econômica ao comum acordo entre as partes (*interpretação lingüística ou gramatical*).

Se quando uma das partes se recusa a negociar - hipótese em que resta caracterizado seu total desinteresse pela produção da norma autônoma e conseqüente indiferença ao aspecto social da negociação - não pode a Justiça do Trabalho, pelo chamado de só um órgão de classe, suprir o vazio normativo, s. m. j., e com a devida vênia aos respeitáveis entendimentos em sentido contrário, menos autorizada ainda está esta Justiça a pronunciar-se, quando os atores sociais tentaram negociação que malogrou (*interpretação lógica*).

Se no antigo ordenamento jurídico a “prestação jurisdicional normativa” se inspirava no princípio protetivo, pelo qual não se admitia que permanecesse sem instrumento coletivo uma categoria organizada, hoje percebeu-se que a sociedade globalizada e o chamado “neoliberal” sistema de governo implicam nova leitura dos fatos sociais, sendo forçosa a conclusão de que suprir o vazio normativo não reflete mais o ideal de igualdade jurídica entre patrões e empregados, sendo mais eficiente, para este almejado fim, que o próprio sujeito de direito seja capaz de impor-se socialmente perante aqueles que se contrapõem a seus interesses (*Occasio legis – circunstância histórica motivadora da lei*).

Por esta razão é que a leitura que se faz da nova ordem constitucional deve estar inspirada na tentativa de trazer a maior concretude possível da liberdade sindical ao

9. ANAMATRA

Nova Competência da Justiça do Trabalho

10. ANAMATRA

Justiça do Trabalho – Competência ampliada

ordenamento jurídico brasileiro (*interpretação sistemática*), merecendo subsídio para a exegese o que dispõe a Convenção nº 98 da OIT, intitulada "Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva", aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 49, de 1952 e com vigência nacional a partir de 18 de novembro de 1953:

“art. 4º – Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais, para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização dos meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores com o objetivo de regular, por meio de convenções, os termos e condições de emprego”.

Conforme se observa, é conceito pacífico na doutrina internacional que a livre negociação traduz liberdade sindical, porquanto os convenientes, em igualdade jurídica, compõem-se ou, se não chegam a tanto, escolhem (o que também traduz liberdade) quem deve apresentar desfecho ao impasse.

Merece transcurso, também, trecho do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 226/91 e vigente a partir de 24-04-92:

“art. 8º - Os Estados-Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir:

a) o direito de toda pessoa de fundar com outras sindicatos e de filiar-se ao sindicato de sua escolha, sujeitando-se unicamente aos estatutos da organização interessada, com o objetivo de promover e de proteger seus interesses econômicos e sociais. O exercício desse direito só poderá ser objeto das restrições previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades alheias;”.

Há que se ter em vista ser sindicato de empregados que vem sustentando a necessidade de mútuo consentimento (conforme ocorrido nos autos do DC 00318-2005-000-03-00-7, envolvendo as categorias econômica do transporte de passageiros de Belo Horizonte – SETRABH – e profissional dos rodoviários de Belo Horizonte – STTRBH –, bem como no DC – 00387-2005-000-03-00-0-DC, tendo como suscitado o mesmo STTRBH, **o que deixa claro que o interesse é na forma autônoma de solução de conflitos e derroga por definitivo a falsa sensação que se tem, plantada no protecionismo getulista, de que julgar é garantir equilíbrio aos trabalhadores. Deixar de acolher a preliminar implicaria, com permissão, ser mais realista que o rei...**

Nos casos referenciados, não há que se falar, pois, em **concordância tácita** pelo simples exercício de defesa, mas em **discordância expressa**, que vem sendo manifestada desde a negociação perante a DRT, com registro formal em ata.

Aliás, o argumento de que a apresentação de defesa pelo suscitado implica em **tácita concordância**, é, *data vênia*, sofismático, porquanto citado para tanto, não há outra alternativa processual que o atendimento ao chamamento judicial...

O Ilustre e Respeitado jurista desta Casa, Juiz Maurício Godinho Delgado, em artigo publicado no Suplemento Especial “O Trabalho”, abril/05, no. 98, p.2666, comenta: **“REDUÇÃO DO PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Com a promulgação da Emenda Constitucional no. 45/04, verifica-se que o Poder Normativo atribuído à Justiça do Trabalho restou quantitativamente reduzido e qualitativamente alterado, na medida em que:**

- apenas de comum acordo, o dissídio coletivo poderá ser ajuizado, o que faz das

Cortes Trabalhistas verdadeiras Cortes de Arbitragem, pois a característica própria da arbitragem é a livre eleição das partes (...)

- os únicos dissídios coletivos genuínos serão aqueles propostos pelo Ministério Público, nos casos de greve em serviços essenciais, que comprometam o interesse público.

A alteração constitucional parece salutar, na medida em que se promove dentro do contexto de valorização da composição dos conflitos coletivos, de preferência diretamente pelas partes envolvidas, que são as que melhor conhecem as condições de trabalho e a situação por que passa o setor produtivo em questão”.

Elemento expressivo de convicção é o teor das manifestações dos I. Parlamentares na condução de seus votos quando da apreciação da matéria na Câmara dos Deputados (www.diap.org.br/agencia/anexos/Ref_JudDeComumAcordo.doc), quando por maioria de 334 votos, 53 contra e duas abstenções, a expressão “de comum acordo” foi mantida no texto da norma constitucional focalizada (*Trabalhos preparatórios*).

Em resumo, a minoria sustentou que a manutenção da expressão feriria o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, impedindo o acesso à Justiça e retirando desta a apreciação de lesão ou ameaça de lesão a direitos, com espeque no pronunciamento do Em. Parlamentar Sérgio Miranda (voto condutor):

“Sr. Presidente, na condição de autor do destaque, reitero que a expressão “de comum acordo”, constante do § 2º do art. 114 da Constituição Federal, trata de situação em que uma parte se recusa à negociação coletiva e à arbitragem. Recorrer à Justiça só será possível, segundo o texto da Relatora, se houver comum acordo.

Ora, Sr. Presidente, trata-se de profunda contradição. Na nossa opinião, isso fere o inciso XXXV do art. 5º, que impõe que nenhuma lesão ou ameaça de lesão pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. Além de ser inconstitucional, reflete a incompreensão de que todos os conflitos trabalhistas podem ser resolvidos no âmbito da sociedade civil, sem recorrer ao Estado, que, neste caso, dará garantia ao mais fraco. A sociedade civil é o âmbito do domínio do poder econômico e nela a parte mais fraca será sempre prejudicada.

Por uma questão de constitucionalidade, porque fere uma cláusula pétrea e evita o recurso à Justiça da parte que se sente prejudicada, pela compreensão de recuperarmos uma parte mínima do poder normativo... E não se arguente, Sr. Presidente, que o movimento sindical e os trabalhadores poderão ser prejudicados, porque no texto da Relatora está incluído, no fim do parágrafo, que a Justiça do Trabalho poderá decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente. Há um direito mínimo preservado no texto da Relatora: o “de comum acordo” evita uma solução jurídica da parte que se sente prejudicada e beneficia aquele que quer manter o impasse a todo custo.

Nesse sentido, o PCdoB vota pela retirada da expressão.”

Entretanto, a questão é jurídica e técnica, esclarecendo-se a partir do estabelecimento da natureza jurídica da decisão normativa, que nunca foi **propriamente jurisdicional**, pois não está o Poder Judiciário, no julgamento do dissídio coletivo, a dirimir conflitos, aplicando o ordenamento jurídico a um caso concreto de pretensão resistida.

Quanto à natureza jurídica da arbitragem, ensina Amauri Mascaro Nascimento (Direito Sindical, 2ª ed. São Paulo: LTr, 1984, p. 325) que os juristas contemporâneos ora conferem-lhe natureza *contratualista* (Mattirolo e Chiovenda), realçando a espontaneidade como seu traço determinante, sob a forma de ajuste entre as partes

para submeterem a questão a um árbitro, ora natureza *jurisdicionalista* (Mortara, Alcalá-Zamora y Castillo, Aroca e Carnellutti), tendo-a como autêntico processo jurisdicional, mas de juizes indicados pelas partes, sob o amparo da autorização estatal. Seja de uma forma ou de outra, “Na arbitragem intervêm um ou vários terceiros escolhidos pelas partes, com o beneplácito da disposição legal, esgotando-se sua **autoritas** com um único exercício, enquanto que na jurisdição o terceiro imparcial é determinado pelo próprio Estado para solucionar todos os conflitos que surjam, estando investido de **autoritas** e de **potestas**”.

Certo se faz que até para aqueles que perfilharem o entendimento de que a sentença normativa manterá, *em esfera de criação de direito*, natureza jurisdicionalista, a exigência de mútuo acordo entre os contendores para a instauração da instância não se afigura como cerceio de qualquer espécie de direito, conforme já se manifestou o Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 251.989-AgR/SC – Rel. Ministro Celso de Mello, 26/10/99 (RTJ/STF, vol. 187, no. 03, p. 186ss):

“**EMENTA:** (...) O direito de petição, fundado no art. 5º, XXXIV, a, da Constituição não pode ser invocado, genericamente, para exonerar qualquer dos sujeitos processuais do dever de observar as exigências que condicionam o exercício do direito de ação, pois tratando-se de controvérsia judicial, cumpre respeitar os pressupostos e os requisitos fixados pela legislação processual comum”.

Daí porque o raciocínio de que o “mútuo acordo” ofende a liberdade de ação, *data venia*, é sofismático, não havendo que se falar em ofensa ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

O Il. Vice-Procurador-Geral do Trabalho, Otávio Brito Lopes, em recente artigo publicado na Revista Jurídica Consulex (ano IX, no. 197), o com bastante propriedade, afirma:

“*Em se tratando, entretanto, de arbitragem judicial voluntária, como a nosso ver é a hipótese, não há que se falar em tal inconstitucionalidade, mesmo porque a arbitragem voluntária é de nossa tradição e decorre de nosso ordenamento jurídico (Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996), haja vista que o Brasil não adota a arbitragem compulsória. A Lei nº 9.307, de 1996, quando disciplina a cláusula compromissória e afasta a jurisdição para a solução de conflitos, é constitucional e não afeta o princípio do livre acesso ao Judiciário, conforme já declarado pelo Pleno do Supremo do Tribunal Federal (Processo SE nº 5206 AgR/EP, Espanha, Tribunal Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJU 30-04-04, p. 29)*”.

E a expressiva maioria dos parlamentares, indubitavelmente, fixando a **mens legis, o objetivo, o desiderato do constituinte derivado**, impôs a permanência da inquinada expressão, com os seguintes referenciais:

Exmo. Deputado Inocêncio de Oliveria:

“*Sr. Presidente, discutimos com o nobre Deputado Vivaldo Barbosa, que tem a melhor das intenções. Se olharmos o início do texto, para depois dizermos que só podemos fazer isso em comum acordo, vamos forçar sempre o entendimento. Vamos fazer com que as partes cheguem ao entendimento. Caso contrário, ao retirarmos isso, vai haver tantos litígios que a demanda na Justiça vai ser tão grande que não compensaria a retirada do texto. Por isso, o PFL, para a manutenção do texto, recomenda o voto “sim”.*”

Exmo. Deputado Mendes Ribeiro Filho:

“*Sr. Presidente, vou inscrever esta sessão nos meus cadernos especiais. Durante o trabalho da Comissão, a grande discussão era o poder normativo da Justiça do Trabalho. Estavam tentando terminar com a*

Justiça do Trabalho, não queriam o poder normativo. Eu era uma das poucas vezes a defendê-lo. Buscou-se o Fórum Barelli, o poder normativo mitigado, as duas partes do entendimento, para buscar a intervenção da Justiça, a fim de aproximar e não para separar. O que se quer é que a Justiça do Trabalho fique com a participação, com o poder normativo, quando as partes se julgarem incapazes de encaminhar o diálogo. É um avanço. Agora, se retirarmos o “de comum acordo”, teremos exatamente o poder normativo da Justiça do Trabalho, contra o qual tantas e tantas lideranças se manifestaram. Por isso, o PMDB mantém o texto da Relatora, porque entende que é um avanço termos esse poder normativo que está no texto. O PMDB vota “sim”.

Exmo. Deputado Ricardo Berzoini:

*“Sr. Presidente, quero esclarecer que uma das teses mais caras ao Partido dos Trabalhadores é a luta contra o poder normativo da Justiça do Trabalho. **Acreditamos que a negociação coletiva se constrói pela vontade das partes.** Ou seja, se não tivermos no processo de negociação a garantia da exaustão dos argumentos, da busca do conflito e da sua negociação, vai acontecer o que vemos em muitos movimentos hoje, particularmente em São Paulo, como o recente caso dos metroviários, em que a empresa recorre ao poder normativo antes de esgotada a capacidade de negociação. Portanto, na nossa avaliação, manter a expressão “de comum acordo” é uma forma de garantir que haja exaustão do processo de negociação coletiva. O Partido dos Trabalhadores vota pela manutenção da expressão, combatendo o poder normativo da Justiça do Trabalho, que hoje é um elemento de obstáculo à livre negociação coletiva. (Palmas.)”*

Exmo. Deputado Avenzoar Arruda:

*“Sr. Presidente, ouvi atentamente os argumentos dos Deputados Sérgio Miranda e Vivaldo Barbosa. S.Exas. tentam passar a idéia de que como solução para o conflito patrão/empregado existe o recurso ao tribunal, que seria aparentemente neutro, porque não teria absolutamente nada a ver com isso. Esse é um primeiro entendimento a respeito do qual divergimos. A nossa segunda divergência diz respeito à **possibilidade de recurso à Justiça para que, na verdade, o Judiciário legisle sobre matéria trabalhista. Esse é um grave problema. Podemos dizer que o Congresso é lento, que as Comissões não funcionam, que os projetos aqui têm uma tramitação difícil, mas não podemos transferir essa função para a Justiça do Trabalho, a fim de que ela normatize o piso salarial e estabeleça os direitos trabalhistas.** Portanto, mantenho o voto “sim” do PT, porque é absolutamente coerente com a nossa tradição de defesa da tese de que esse conflito tem que ser resolvido por outras normas, inclusive a norma legislativa, que cabe ao Congresso Nacional” (original sem grifos).*

Oferecem subsídio teleológico as afirmações de Antônio Augusto de Queiroz, diretor de documentação do Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar (DIAP), publicadas no mesmo sítio da internet suso mencionado, no sentido de que “A Emenda Constitucional 45, promulgada e publicada em dezembro de 2004, alterou a competência da Justiça do Trabalho, de um lado para ampliar suas atribuições em matéria de direito individual, e de outro, para limitar drasticamente a possibilidade de dissídio coletivo de natureza econômica. (...). Com este dispositivo, que se encontra em plena vigência, o chamado poder normativo da Justiça do Trabalho (...) só poderá ser acionado pelo sindicato de trabalhadores se houver o “de acordo” do patrão”.

Outra novidade introduzida no referido parágrafo é de necessária observância, uma vez instaurado o dissídio coletivo, das cláusulas anteriormente convencionadas, **o que corrobora o entendimento de ser imprescindível o mútuo consentimento dos contendores.** Caso contrário, haveria desestímulo à composição de forma autônoma, já que uma das partes poderia sempre e a qualquer momento suprir a manifestação livre da vontade da outra e simplesmente pedir ao Estado que lhe garantisse a prorrogação indefinida das condições de trabalho, **conclusão que implica o reconhecimento de que todos os ajustes coletivos integrarão os contratos de trabalho e que a liberdade de negociação de um estará fatalmente rendida à vontade do outro** (*Interpretação lógica e sistemática*).

Sem embargo da certeza que paira acerca dos conhecimentos acadêmicos de todos os Juízes componentes da Egrégia Seção de Dissídios Coletivos do TRT/MG, tendo em vista o debate travado na sessão de julgamento do já referido DC proposto pelo Sindicato das Empresas de Transporte de Passageiros de Belo Horizonte em face do Sindicato dos Trabalhadores em Transportes Rodoviários de Belo Horizonte (00318-2005-000-03-00-7-DC), em torno da preliminar que acolhe, pede o autor vênias para, nem de longe com pretensões didáticas, discorrer brevemente sobre hermenêutica jurídica, à luz da doutrina abalizada do professor Francesco Ferrara, da Universidade de Pisa, traduzida para o português por Manuel A. D. de Andrade como *Interpretação e Aplicação das Leis* (2ª ed. Livraria Acadêmica. Saraiva, São Paulo, 1937), obra consistente em capítulo destacado do compêndio original *Trattato di diritto civile italiano*.¹¹

Já à fl. 01 discorre o autor que “O juiz está submetido às leis, decide como a lei lhe ordena, é o executor e não o criador da lei. A sua função específica consiste na aplicação do direito”. Logo, afora os erros materiais, pode a autoridade judiciária, ao fazer a aplicação da lei, retificar o texto publicado em modo diverso do original aprovado pelas câmaras? (fl. 06). Ainda que se tratasse o “mútuo acordo” de erro conceitual de redação ou coordenação, em que legislador se equivocasse na manifestação de vontade, “tais êrros fazem parte da lei e têm força vinculante. O juiz não pode remediá-los, exceto no caso único de a rectificação poder deduzir-se por interpretação do próprio conteúdo do texto ou da sua conexão com outras normas. Em qualquer outro caso, a correção só é possível pela via legislativa. A actividade crítica do poder judicial tem mais vasto campo para se exercitar quando se trata de leis antigas...” (fl. 09).

É certo que “a lei, porém, não se identifica com a letra da lei”. (...) Só nos sistemas jurídicos primitivos a letra da lei era decisiva, tendo um valor místico e sacramental. Pelo contrário, com o desenvolvimento da civilização, esta concepção é abandonada e **procura-se a intenção legislativa.** Relevante é o elemento espiritual, a *voluntas legis*, embora deduzida através das palavras do legislador. Entender uma lei, portanto, não é somente aferrar de modo mecânico o sentido aparente e imediato que resulta da conexão verbal; **é indagar com profundidade o pensamento legislativo (...), penetrar o mais que é possível (como diz Windscheid) na alma do legislador, reconstruir o pensamento legislativo**” (fls. 20/21).

“Cumprir evitar os excessos: duma parte o daqueles que por timidez ou inexperiência estão estritamente agarrados ao texto da lei, para não perderem o caminho (e muitas vezes tôda uma era doutrinal é marcada por esta tendência, assim acontecendo com os comentadores que segue imediatamente à publicação dum código); **por outro lado, o perigo ainda mais grave é de que o interprete, deixando-se apaixonar por uma tese, trabalho de fantasia e julgue encontrar**

11. FERRARA, Francesco
Interpretação e Aplicação das Leis

no direito positivo ideias e princípios que são antes o fructo das suas locubrações teóricas ou das suas preferências sentimentais. A interpretação deve ser objectiva, equilibrada, sem paixão, arrojada por vezes, mas não revolucionária, aguda, mas sempre respeitadora da lei” (fl. 22).

“A interpretação é uma atividade única complexa, de natureza lógica e prática, pois consiste em induzir de certas circunstâncias a vontade legislativa. (...) Não há várias espécies de interpretação. A interpretação é única: os diversos meios empregados ajudam-se uns aos outros, combinam-se e controlam-se reciprocamente, e assim todos contribuem para a averiguação do sentido legislativo” (fl. 24).

Deixa claro o autor que o objetivo da interpretação é e *voluntas legis, non legislatoris*, ou seja, “o intérprete deve apurar o conteúdo de vontade que alcançou expressão em forma constitucional” (fl. 26). “A vida jurídica todos os dias oferece ocasião para se tirarem novos princípios das palavras da lei que subsistem de modo autônomo como vontade objectivada do poder legislativo. Especialmente à medida que a lei vai afastando da sua origem, a importância da intenção do legislador vai afrouxando até se dissolver: o intérprete tardio acha-se imbuído de mudadas concepções jurídicas, e com isto a lei recebe um significado e um alcance diverso do que originariamente foi querido pelo legislador” (fl. 29).

“O jurista há de ter sempre diante dos olhos o escopo da lei, quere dizer, o resultado prático que ela se propõe conseguir. (...) Ora isto pressupõe que o intérprete não deve limitar-se a simples operações lógicas, mas tem de efectuar complexas apreciações de interesses, embora dentro do âmbito legal!” (fl. 32).

Com grande propriedade, ao meu ver, alcançou o Exmo. Juiz Luiz Otávio Linhares Renault o escopo legislativo, *wishfull thinking* do Constituinte, no voto Revisor do citado dissídio envolvendo os rodoviários, ao elucidar que “outra interpretação que se queira dar à letra clara da Carta Magna representa a manutenção do *statu quo ante*, o que me parece não possa ter sido a vontade do constituinte: **modificar para nada alterar**. A esterilidade da nova redação do par. 2º do inciso IX, do art. 114, ficaria evidente e retiraria do seu texto toda e qualquer utilidade prática, caso não se lhe interprete dessa maneira inovadora: instauração da instância de comum acordo”.

Quanto aos métodos de interpretação, menciona o professor Ferrara ser o literal ou lingüístico o de mais baixo grau (fl. 33), sopesando, contudo, que “Deve-se partir do conceito de que tôdas as palavras têm no discurso uma função e um sentido próprio, de que neste não há nada supérfluo ou contraditório, e por isso o sentido literal há de surgir da compreensão harmônica de todo o contexto” (fl. 35).

Diz da interpretação lógica ou racional possuir três elementos, o racional, o sistemático e o histórico. Quanto ao primeiro, “Devemos partir do conceito de que a lei quere dar satisfação às exigências econômicas e sociais que brotam das relações (natureza das coisas). (...) A interpretação não é pura arte dialética, não se desenvolve com método geométrico num círculo de abstrações, mas prescrita as necessidades práticas da vida e a realidade social”. (...) A *ratio legis* pode mudar com o tempo. O intérprete, examinando uma norma de há um século, não está incondicionalmente vinculado a procurar a razão que induziu o legislador de então, mas qual é o fundamento racional de agora” (fls. 38/39). Do elemento sistemático diz que “Um princípio jurídico não existe isoladamente, mas está ligado por nexos íntimos com outros princípios” (fl. 39) e, do elemento histórico, que “Uma norma de direito não brota dum jacto, como Minerva armada da cabeça de Júpter legislador. Mesmo quando versa sobre relações novas, a regulamentação inspira-se freqüentemente na imitação de outras relações que já tem disciplina no sistema” (fl. 40).

Aqui, rememora-se a doutrina internacional da Organização Internacional do Trabalho sobre liberdade sindical e sua evolução histórica no Brasil.

Capítulo isolado merece o tema **“Os trabalhos preparatórios”** (fls. 41/44), em que o autor desenvolve, *verbis*: “A história do preceito positivo compreende não somente a indagação da sua origem remota, como também a do seu nascimento recente, e portanto dos trabalhos legislativos que prepararam a sua introdução num código. Trata-se dos projectos de lei, das discussões de comissões, dos motivos, relatórios e discursos que constituem os materiais de elaboração das leis. (...) **Os trabalhos preparatórios podem esclarecer-nos relativamente às ideias e ao espírito dos proponentes da lei ou de alguns votantes, e valem como subsidio, quando puder demonstrar-se que tais ideias e princípios foram incorporados na lei”**.”

Salvo melhor juízo, é exatamente este o caso das notas taquigráficas parcialmente transcritas neste trabalho.

A redução da lei a uma folha de papel impresso, “não se podendo, portanto, descobrir-lhe uma vontade” (fl. 69) é associada pelo autor à escola do direito livre ou método livre de interpretação, merecedor de sérias críticas: “Unger, Dernburg e Hellwig acusam este método de querer substituir à firmeza dos comandos legais o subjectivismo dos juizes, criando um estado perigoso de anarquia e de insegurança jurídica. Nenhuma autoridade pode ser obrigada a mais estricte obediência à lei do que a autoridade dos tribunais, que fôram estabelecidos justamente para a sua defesa e realização. O juiz que por uma suposta equidade e oportunidade intenta mudar a lei, comete uma violação jurídica” (fls. 70/71).

Reforça a necessária pesquisa da *voluntas legis* o fato de que “não é verdade que o jurista opere só com corolários e construções e seja um mero autómato de decisões. O método construtivo não obsta a que se ponderem interesses e apreciem exigências sociais, perscrutando a natureza das relações; simplesmente, o intérprete induz *aquelas apreciações* que a lei fez e não as que a êle lhe apraz fazer, tirando-as do sentimento próprio ou das suas pessoais convicções. A interpretação da lei é, de facto, essencialmente teleológica; mira ao resultado prático; quer realizar um ordenamento de proteção”. (fl. 75).

“Temos que distinguir entre desvio *intencional* e desvio *inconsciente* do sentido da lei. Ora é negável que, ainda com o mais escrupuloso sentido do dever de respeito à lei, o juiz pode enganar-se acerca do valor da disposição, e é induzido a concebê-la no sentido que lhe parece mais conforme. Para isto influem as ideias do tempo, as condições do ambiente, etc. Mas se isso é inevitável, não é justificado, porém, que se vá passar ao juiz um salvo-conduto teórico para a violação da lei” (fl. 76).

Somente na integração do ordenamento jurídico permite-se a criação de normas em abstrato pelo magistrado: “...no caso de lacunas o juiz deve decidir segundo as regras que adotaria se fôsse legislador. Pelo que toca, porém, ao problema de saber se no nosso ordenamento constitucional o juiz goza de tal poder, não é duvidoso que o nosso sistema atribui a órgãos diferentes a produção do direito e a sua aplicação: os poderes da autoridade judiciária são limitados à aplicação da lei” (fl. 77).

“O juiz deve ficar pago com a sua nobre missão e não ir mais longe, passando a usurpar os domínios do legislador. Os dois poderes estão divididos, e assim devem estar” (fls. 79/80).

Nada do que foi dito destoa, ao contrário, corrobora, com o estudo do elaborador destas linhas, sobre o processo decisório e a lógica jurídica decisional, publicado na Revista Tribunal Regional 3ª Reg., Belo Horizonte, jan./jun/99, p. 63/67. Naquela oportunidade, sob o enfoque da hermenêutica, afirmei:

IHERING dizia que “A interpretação lógica consiste em procurar-se o pensamento da lei, passando por cima das palavras”; e VICENTE RÁO, citando RUGGIERO, afirma: “O processo lógico-jurídico ou científico, mais em harmonia com o sentido social e humano do direito, parte do texto que examina, mas vai além dos elementos materiais que o texto lhe proporciona quando, por processos lógicos, investiga a *ratio legis* (ou razão que justifica e fundamenta o preceito), a *vis* (ou virtude normativa do preceito, que lhe advém, não da vontade subjetiva de quem o elaborou, mas da eficácia intrínseca e objetiva adquirida ao se destacar de seu autor) e a *occasio legis* (ou particular circunstância do momento histórico, que determinou a criação do preceito).

Inquestionável, pois, que o tema é novo e relevante, marca um momento histórico e define feições do futuro do sindicalismo no Brasil. E sendo o juiz a *viva vox iuris*, são naturais ponderações cautelosas. Neste sentido não se olvida de que o Tribunal Regional da 2ª Região, em dissídio coletivo de greve, rejeitou, por unanimidade, a “preliminar de extinção ante a falta de comum acordo entre as partes” (DC 0018/2005, publicado em 13-05-05). Mas para que a técnica jurídica possa exsurgir com segurança, faz-se necessário imbricar-se na atividade hermenêutica e rememorar o sentido de que ao judiciário cumpre aplicar a lei, não sendo jurídica a intenção de modificar o rumo que o executivo, ancorado no legislativo, confere às questões políticas do país. Mais interessa, a todos, a manutenção do estado de direito.

O autor está efetivamente convencido de que houve modificação na natureza jurídica da sentença normativa, hoje não mais *com alma da lei*, mas de *arbitragem judicial voluntária*, pelo que submete-se ao jugo da Carta Maior.

“A aplicação axiológica do Direito não nega que o juiz deve manter-se dentro do sistema jurídico. Desapareceria aquele mínimo de segurança jurídica, sempre desejável, se cada juiz pudesse, sem justificativa, a seu talante, transformar-se em legislador. Estaria, sem dúvida, instaurado o regime da arbitrariedade judicial. O que se afirma é que o juiz tem uma grande cota de arbítrio, sem sair do sistema legal” (Herkenhoff, João Batista. Como aplicar o direito: (à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política), 3ª ed. rev., ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1994, p. 93).¹²

Observa-se então, que **desde** há cerca de 100 anos, FERRARA ensinava como interpretar leis, pontuando a importância da pesquisa sobre a idéia do legislador ao reproduzir a norma, através do estudo de exposições de motivo, relatórios, discursos, **votos**, etc...tudo com o objetivo de atingir a melhor e mais adequada exegese, no que foi acompanhado **até os dias de hoje, por hermeneutas modernos e de escol**, como J.B.HERKENHOFF, CRISTIANO ANDRADE, FLÓSCOLO DA NÓBREGA, MIGUEL REALE E CARLOS MAXIMIANO, entre muitos outros, estes ratificando aquele, sem nunca desprezar a vontade do legislador, inquestionavelmente relevante na pesquisa da vontade da lei, que, por óbvia evidência, há de suplantar aquela, como preconiza OVIEDO, defendendo certo “predomínio da interpretação objetiva e destacando-se entre os elementos do processo interpretativo, a *ratio legis*, que postula a prevalência do resultado interpretativo mais adequado à finalidade da lei” (Formación y Aplicación del Derecho).

Desprezar a manifestação clara do legislador durante o processo legislativo relegando sua atuação a plano secundário, é, *data venia*, tornar letra morta postulados máximos da Constituição Federal, consubstanciados no seu TÍTULO I.

Ao Judiciário, efetivamente, não cabe legislar, exceto quando expressamente autorizado, **como antes acontecia.**

12. HERKENHOFF, João Batista
Como aplicar o direito

E, irretorquivelmente, com ou sem a clareza que deveria dominar todas as leis, mormente a Carta Magna, o legislador, com o beneplácito ou não dos operadores do Direito do Trabalho, atendendo ao momento atual, de fato, desejou e deseja, por um fim no Poder Normativo da Justiça do Trabalho.

Registre-se, por último, que os artífices da tal façanha são os mais lúdimos representantes dos trabalhadores, como se observa da manifestação dos deputados petistas no ato da aprovação da norma.

5. GREVE

A greve é, indubitavelmente, a mais eficaz e talvez a única arma dos assalariados contra o poder econômico dos patrões.

Desde que os operários tomaram consciência de que sua união lhes gerava melhores condições de reivindicação, os movimentos grevistas foram utilizados com frequência.

É fenômeno social antigo, decorrente do conflito entre capital e trabalho.

Proibida nos regimes totalitários, nos democráticos se afigura como elemento imprescindível de diálogo, porquanto é a *ultima ratio* a que podem recorrer os hipossuficientes, uma vez baldados os demais recursos.

Para KROTOSCHIN,

“greve é o abandono do trabalho, que realizam em comum vários trabalhadores, com um fim determinado”.¹⁴.

Segundo RIVERO-SAVATIER, citado por Délio Maranhão,

“greve é a cessação combinada do trabalho pelos trabalhadores, visando a constranger o empregador, por este meio de pressão, a aceitar-lhes o ponto de vista sobre a questão objeto do dissídio”.¹⁵.

E o direito de greve define-se pelo seu objeto: “é o direito de fazê-la”. É um direito que se legitima pelo seu fim: interesses profissionais, constituindo-se fenômeno coletivo.

No Brasil a greve trilhou três fases: tolerância, repressão e reconhecimento.

Atualmente é direito garantido constitucionalmente, sendo reguladora pela Lei nº 7783/89, que a define no seu artigo 2º, *in versis*:

“Art. 2º - Para os fins desta Lei, considera-se legítimo exercício do direito de greve a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador.”

6. ATIVIDADES ESSENCIAIS

Sempre objeto de definição legal, *v.g.*, DL-9070/46 e DL-1632/78, os “serviços ou atividades essenciais”, estão hoje elencados no artigo 10 da Lei nº 7.783/89, a saber:

I – tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;

II – assistência médica e hospitalar;

III – distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;

IV – funerários;

V – transporte coletivo;

13. MASCARO, Amauri Nascimento
Direito Sindical

14. KROTOSCHIN, Ernesto
Instituciones de Derecho del Trabajo

15. MARANHÃO, Délio
Instituições de Direito do Trabalho

- VI – captação e tratamento de esgoto e lixo;
- VII – telecomunicações;
- VIII – guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;
- IX – processamento de dados ligados a serviços essenciais;
- X – controle de tráfego aéreo;
- XI – compensação bancária.

Estipula a lei-*sus*, que a greve nestes serviços deverá preservar “a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade”, sem o que o movimento será abusivo e considerado ilegal.

7. COMPETÊNCIA DO MPT PARA AJUIZAMENTO DE DISSÍDIO COLETIVO

Quanto ao tema pouco a dizer, posto que a novidade foi sua inserção no texto constitucional, com limitação aos casos de greve em “atividade essencial”, com possibilidade de lesão ao interesse público” (EC – 45/2004, art. 114, § 3º).

De fato, a Lei nº 7.783/89, que ainda regula a matéria, já concedia ao Ministério Público do Trabalho a prerrogativa de ajuizar “dissídio coletivo em caso de greve”.

Pontua-se, por oportuno, que neste caso (de greve), estando “de comum acordo”, parece claro que também as partes em dissenso poderão fazê-lo (art. 8º, Lei nº 7.783/89).

8. CONCLUSÃO

O tema é novo e relevante, marcando momento histórico no direito coletivo do trabalho e no sindicalismo brasileiros.

Degradando-se desde a década de sessenta, parece que a emenda constitucional nº 45/2004 sepultou de vez o poder normativo nos moldes até então conhecido e praticado.

Pode-se concluir que:

1. Permanece no caso de ajuizamento pelo Ministério Público do Trabalho, no caso de greve “em atividade essencial, com possibilidade de lesão ao interesse público”.
2. Transformou-se em arbitragem judicial, no caso de ajuizamento em “comum acordo”.
3. Deixou de existir na falta de “comum acordo” entre as partes.

Entretanto, a fase de transição exige ponderação e cautela. Embora o autor esteja absolutamente convencido de que o “comum acordo” é, por determinação constitucional, **condição** ao direito de ver a pretensão examinada pela Justiça do Trabalho, entende possível **solução transitória** até pacificação do tema, sugerindo, **“a obrigatória e preliminar intimação do suscitado para expressamente manifestar previamente sua posição – concordância ou discordância – antes de qualquer outro procedimento, até mesmo das tentativas conciliatórias”**, definindo-se, então, o curso do processo ou seu arquivamento.

AS COOPERATIVAS DE TRABALHO

Valdete Souto Severo*

O tema relativo às cooperativas de trabalho tem despertado o interesse dos juristas, que levantam questões fundamentais capazes de revelar a fraude que existe por trás da contratação de empregados por meio de interposta pessoa. Entretanto, quando essa realidade se traduz em uma situação concreta, o problema por vezes é enfrentado com certo descaso. Tenho verificado despreocupação com o resultado prático e com a repercussão social de uma sentença que verse relação de trabalho perpetrada por intermédio de uma cooperativa de prestação de serviços.

Quando nós, Juízes do Trabalho, estamos diante de um processo em que um trabalhador reclama vínculo de emprego por haver sido contratado sob o manto de uma cooperativa, o exame da situação fática não pode se restringir à análise superficial de documentos que sabemos haver sido previamente confeccionados e assinados quando da assunção ao posto de trabalho. Não é mais possível, diante dos princípios que orientam nosso Estado Democrático de Direito e presente o compromisso social da Justiça do Trabalho, examinar situações tais com olhos voltados apenas para as formalidades exigidas no texto de Lei. É preciso perseguir o que de real há por trás dos papéis, dos estatutos e das fórmulas.

Esse rápido ensaio pretende apenas alertar para a necessidade de que os Juízes do Trabalho retomem seu papel de garantidores dos direitos sociais arduamente conquistados pelos trabalhadores brasileiros, e não sirvam - com os mesmos olhos vendados da deusa Thêmis - aos mecanismos de precarização e supressão de direitos fundamentais mínimos.

Tenho examinado os processos que chegam para a instrução, envolvendo trabalho prestado por “cooperativados”. Até hoje não houve um único feito em que a instrução processual tenha indicado resultado diverso: em todas as demandas, a situação fática revela a existência de um trabalhador que coloca a sua mão-de-obra à disposição da cooperativa ou de terceiro com quem ela mantém contrato de prestação de serviços, em troca de um valor fixo por mês.

Esse trabalhador se submete a controle de horário, obedece ordens e tem descontados os dias em que porventura faltar ao serviço. É contratado na sede da tomadora dos serviços e lá realiza suas atividades, sendo, via de regra, sujeito às ordens dos empregados que lá trabalham. Muitas vezes, a investigação dos fatos revela pessoas laborando, na condição de ‘cooperativadas’, ao lado de outras que, embora exerçam exatamente a mesma atividade, detêm a condição de empregadas.

O mais interessante é que essa situação fática não é negada pelos representantes das cooperativas ou das tomadoras dos serviços. Embora tenham incorporado a idéia de que a denominação “cooperativa” tem o poder mágico de eximir os empregadores reais de qualquer responsabilidade sobre o trabalhador que contratam, essas pessoas costumam revelar a realidade da relação que se estabelece sob o manto de pretensa cooperativa. Alguns exemplos de declarações prestadas por prepostos demonstram verdadeiro escárnio com a legislação trabalhista. Em algum momento da recente história de fragilização dos direitos trabalhistas perdeu-se a mais elementar noção dos princípios que regem o direito do trabalho, dos fundamentos que justificam a sua existência.

Assim é que tais prepostos não têm pejo em revelar a existência de “paleteadores-empregados” e “paleteadores-cooperativados”, pessoas que exercem a mesma atividade, mas são (des) protegidos de modo diferente. Ou de “cooperativados-

* Juíza do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região

operadores” e “cooperativados-associados”. Essa última distinção se refere aos cooperados “recrutados” junto aos postos de trabalho, para a prestação de serviços, então classificados como “cooperativados-operadores”, e aqueles que são somente associados, ou sejam, não prestam serviços, mas apenas auferem as vantagens decorrentes dos contratos de prestação de serviços que firmam. A prova oral costuma revelar, também, que os trabalhadores são recrutados no próprio local de trabalho, passando, muitas vezes, da condição de empregado à condição de cooperativado. A diferença é a exclusão dos direitos que anteriormente eram garantidos.

Essa é a hipótese verificada em um processo que recentemente examinei, em que restou evidenciado haver o trabalhador prestado serviços por intermédio de uma cooperativa, na sede de um hospital público, tendo - antes e após tal período - trabalhado como empregado diretamente contratado pela referida entidade, na mesma função e sob as ordens das mesmas pessoas. A preposta da cooperativa, quando ouvida em juízo, revelou que a diretoria da cooperativa era composta pelas mesmas pessoas, desde a sua fundação. Revelou, também, quanto ao modo de atuação da cooperativa, que ao ganhar a licitação para prestar serviços ao hospital, realizaram uma reunião com os empregados da entidade, propondo a adesão à cooperativa. Deram aos então empregados da tomadora dos serviços a “opção” de passarem à situação de cooperativados ou perderem o emprego.

Assim agindo, as pretensas cooperativas de trabalho invertem de modo absoluto a lógica prevista na Lei 5.764-71, que preconiza a adesão voluntária de pessoas que “reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro” (artigo 3º). No caso, os trabalhadores detentores da condição de celetistas são “convidados” a aderir à Cooperativa, tendo por segunda opção o desemprego.

A perversidade repousa na circunstância de que o empregado se vê obrigado a abrir mão das garantias que até então detinha, para não perder a fonte de sua subsistência. Tais circunstâncias certamente escandalizam a todos nós. Entretanto, ao contrário do que se pode pensar, não se trata de situação excepcional. Essa é a regra. Basta perguntar. Basta perder algumas horas instruindo com cuidado um processo dessa natureza, para percebermos que a regra dentre as cooperativas de prestação de serviços tem sido exatamente essa!

A realidade é, pois, simples de ser verificada: os trabalhadores permanecem realizando as mesmas atividades, sob o comando das mesmas pessoas, no mesmo local. Entretanto, seus salários são reduzidos pela metade e direitos antes garantidos, tal como pagamento de horas extras e de adicional de insalubridade, são sumariamente suprimidos. Essa prática, em um país como o Brasil, que conta com milhões de trabalhadores desempregados, equivale a tornar letra morta todas as garantias arduamente conquistadas no decorrer dos anos e consubstanciadas na CLT.

Como Juízes do Trabalho, não podemos olvidar o que significa o verdadeiro trabalho cooperativado. Para isso, basta consultar o texto da Lei específica. O trabalho cooperativado implica compromisso de integralização do capital-social e participação nos resultados da associação, de sorte a garantir melhoria nas condições daqueles que, unidos, obtêm sucesso maior do que o que seria possível, caso atuassem separadamente. Assim dispõe o artigo 4º da Lei 5.764-71. Se os pretensos cooperativados recebem salários fixos são, à evidência, empregados, pois colocam sua mão-de-obra à disposição de terceiros, mediante remuneração, sem que o lucro ou o prejuízo advindo da atividade cooperativa seja com eles dividido.

Diante deste cenário de total desconsideração pelo trabalhador e manifesta fraude, afigura-se inaplicável o quanto disposto na Lei 8.949-94. Aludida Lei, que

acrescentou o parágrafo único ao artigo 442 da CLT, não autoriza a contratação de empregados de modo temporário, sem o registro do vínculo. Essa Lei, na realidade, apenas refere que não há formação de vínculo de emprego entre a cooperativa e seus associados, e entre estes e os tomadores dos serviços. Portanto, apenas traduz o óbvio, porque disciplina matéria já alcançada pelo artigo 90 da Lei 5.764-71.

É evidente que entre os associados de cooperativa que atenda os requisitos do artigo 3º da Lei 5.764-71 sequer poder-se-ia cogitar da existência de relação jurídica de emprego. Tal dispositivo prevê que na verdadeira sociedade cooperativa as pessoas “reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro”, com a finalidade de melhorar a remuneração e as condições de trabalho pessoal de seus associados. Porém, em todos os casos que até hoje examinei, sequer se vislumbram os caracteres de uma verdadeira cooperativa.

É inconcebível cogitar-se de cooperativa que tem por escopo a prestação de serviço subordinado, em que os cooperativados não detêm os meios de produção, mas, apenas, colocam sua mão-de-obra à disposição de terceiros. Ao examinarmos as situações concretas, não demoramos a perceber que as relações estabelecidas entre os pretensos cooperativados e as tomadoras dos serviços em tudo se assemelham à relação de emprego. A única diferença repousa na circunstância de que uma alteração legal de finalidade duvidosa fez surgir a possibilidade de que tais trabalhadores fossem ‘recrutados’, sem que sequer as garantias afetas ao denominado ‘contrato mínimo’ lhes fossem asseguradas.

Nesse sentido, a modificação introduzida no artigo 442 da CLT deve ser encarada em seus precisos termos, ou seja, como mera repetição do que diz a legislação específica e não como modo de supressão de direitos fundamentais do trabalhador. No máximo estaríamos autorizados a concluir, após um exame mais crítico do contexto social em que editada essa alteração legal, tenha a nova redação do artigo 442 da CLT sido formulada com a intenção de abrir espaço a proliferação indevida de pseudo-cooperativas fraudulentas. Tentemos, porém, manter a fé na idoneidade do legislador, para considerar tenha havido mera repetição dos termos da Lei específica, para melhor esclarecer os cidadãos a propósito do vínculo que efetivamente se estabelece entre uma verdadeira cooperativa e seus colaboradores.

Ora, entre um grupo de pessoas que se reúne em função de suas habilidades específicas, para o efeito de juntos obter melhor resultado, competindo em melhores condições no mercado de trabalho e, com isso, obtendo maior lucro, é óbvio que sequer há cogitar da existência de vínculo. Trabalhadores assim organizados dividem o lucro do trabalho que realizam, participam das decisões coletivas, discutem e decidem o modo e as condições como o trabalho será produzido e ofertado a terceiros.

Quando há “cooperativados operadores”; quando há recrutamento de pessoal para trabalhar mediante remuneração fixa; quando existe subordinação e manifesta diferença entre membros de uma mesma cooperativa (uns coordenam, mandam e são melhor remunerados, enquanto outros obedecem, se sujeitam e são pior remunerados), não é possível pensar em cooperativismo!

Tanto já se escreveu sobre a fraude nas cooperativas de trabalho. Porém, quando examino um processo em que são colacionadas decisões judiciais chancelando essa prática de contratação de trabalhadores sem as garantias previstas na CLT, percebo que o muito ainda tem sido insuficiente para fazer perceber a relevância do tema.

As cooperativas de trabalho, os ateliês de prestação de serviço, as ‘terceirizadas’, constituem, todas elas, figuras recentemente introduzidas no cenário das relações trabalhistas, com uma finalidade evidente: diminuir custos. Não é por acaso que a Lei 5.764, de 1971, tenha permanecido esquecida por mais de vinte anos, para só agora se tornar tão atraente àqueles que pretendem formar um verdadeiro negócio empresarial, objetivando lucro com redução de gastos.

O objetivo é nobre: reduzir gastos. Entretanto, parte da premissa de que o trabalhador deve ser sacrificado, com a supressão de direitos, para que o negócio se mantenha íntegro. Inverte a lógica de que o empregador é quem deve suportar o risco do empreendimento. Transfere para o empregado, parte hipossuficiente da relação de trabalho, o ônus daí decorrente.

Quando examino situações como aquela antes mencionada, de trabalhadores recrutados em seu local de trabalho e “convidados” a assumir a situação de cooperativados, sob pena de perderem seus empregos, percebo que o óbvio, o essencial, no que tange ao direito do trabalho, tem sido reiteradamente olvidado. Não apenas pelas pessoas que engendram e praticam essa espécie de fraude, mas também por operadores jurídicos que fecham os olhos à realidade e chancelam tais condutas ilegais.

Não fosse o descomprometimento de parte do Poder Judiciário Trabalhista, não fosse a inércia por parte de alguns (felizmente cada vez menos!) membros da Delegacia Regional do Trabalho e do Ministério Público do Trabalho, a situação não teria chegado ao ponto em que chegou. Na região do Vale dos Sinos, no Rio Grande do Sul, várias cooperativas de trabalho atuam de modo manifestamente fraudulento, prestando serviços, inclusive, a órgãos e empresas públicas.

É importante percebermos o que significa, em uma perspectiva maior, a aceitação da prática de contratação de trabalhadores por meio de interposta pessoa, eximindo-se - o verdadeiro beneficiário da mão-de-obra - dos encargos decorrentes de uma relação de emprego. O malefício não se traduz apenas nas perdas imediatas desse trabalhador. Está consubstanciado, isso sim, no retrocesso que representa. Anos de conquistas trabalhistas são trocadas por absolutamente nada, apenas para proteger a lógica do capital. Não há, porém, sociedade capitalista que subsista, quando formada por um povo espoliado, cujos direitos mínimos são desrespeitados.

Esse trabalhador antes mencionado, contratado por um hospital público, que teve sua remuneração reduzida e suprimidos os direitos ao FGTS, às férias, à gratificação natalina, às horas extras e ao adicional de insalubridade, tem sua dignidade abalada. Tal situação, multiplicada aos milhares - tal é a quantidade de cooperativas de serviço atuando atualmente - resulta num povo humilhado, destituído de sua dignidade humana, reduzido à condição de mero sobrevivente. Um povo assim constituído, não consome, apenas sobrevive.

Por isso, a lógica do capital é perversa sob qualquer ângulo de análise. É perversa quando atribui ao empregado o ônus do empreendimento. É perversa quando retira direitos já conquistados, destituindo o homem de sua dignidade e, pois, da condição que o diferencia dos animais. É perversa quando gera uma sociedade de sobreviventes que, porque espoliados, não consomem e, não consumindo, não geram riqueza, não movimentam a máquina capitalista. É preciso lembrar que o argumento de que é melhor ter um trabalho, mesmo cooperativado, do que estar desempregado, já serviu para justificar a prática da escravidão, por várias décadas, em nosso país.

A proposta que faço a todos os operadores jurídicos é simples: leiam, com cuidado, a lei que trata do trabalho cooperativado. Em seguida, deem os olhos, ainda que com brevidade, sobre os primeiros artigos da nossa Constituição Federal. Examinem, então, o texto da CLT. Depois disso, analisem com máximo cuidado as questões que envolvem cooperativas de prestação de serviços, colham todas as declarações possíveis, a fim de tentar perceber a realidade que está por trás dos documentos formalmente produzidos. Se perdermos um pouco de tempo agora, evitaremos a necessidade de, em um futuro próximo, sermos obrigados a lutar pela reconquista de direitos trabalhistas já consolidados, que agonizam diante da atitude passiva daqueles que chancelam essa prática odiosa!

A RELEVÂNCIA DO DIÁLOGO SOCIAL, NA ERA DAS REFORMAS, PARA SALVAGUARDAR O HUMANISMO DO DIREITO DO TRABALHO

Dinaura Godinho Pimentel Gomes*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A atuação sindical no cenário da globalização econômica: estudos de direito comparado; 3. O caráter liberticida do mercado e a função social da empresa, nos termos da Constituição Federal brasileira; 4. A importância da negociação coletiva como procedimento indispensável para se implementar reformas trabalhistas; 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Na era da globalização econômica, o trabalho vivo está cada vez mais reduzido e o trabalho morto ampliado, embora, não se possa deixar de considerar que se vive numa SOCIEDADE DE TRABALHO. A maioria das pessoas do planeta depende do próprio labor para ter uma vida digna. Um novo paradigma regulatório se impõe, para substituir o atual, de modo a abranger todas as formas de trabalho socialmente úteis. Os excluídos já não podem mais esperar. Urge a mobilização dos agentes sociais em favor da inclusão social *pelo trabalho*.

Estatisticamente, no primeiro mundo, um percentual de menos de trinta por cento da população economicamente ativa está sob a tutela do direito do trabalho clássico. No Brasil, dos 80 milhões de trabalhadores que integram a População Economicamente Ativa – PEA - apenas 23 milhões são considerados trabalhadores formais, contribuintes do INSS. Ademais, aponta o recente Relatório de Desenvolvimento Humano de 2004, elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) o imensurável agravamento da pobreza nos países de reduzido desenvolvimento humano. Hoje, há 831 milhões de pessoas subnutridas num universo de 1,1 bilhão, que vivem com menos de US\$1 por dia. Enquanto isso, viceja o formidável enriquecimento das empresas multinacionais, que são as grandes beneficiárias do processo de globalização econômica. A esse respeito, os professores Flávia Piovesan e Joaquim Herrera Flores ressaltam que “das cem maiores economias mundiais, 51 são empresas multinacionais e 49 são Estados nacionais”¹.

O fato de aumentar consideravelmente o número de pessoas que passam fome, por falta de *trabalho*, apesar da existência de bens em quantidade suficiente, “só pode explicar-se pela falta de direitos e não pela escassez de bens. O problema fundamental é o da organização da sociedade”, nas palavras do professor Antônio José de Avelãs Nunes², da Faculdade de Direito de Coimbra. Por isso, se o neoliberalismo, como matriz ideológica da chamada globalização, for hoje irreversível, imperioso ao País aderir e participar da internacionalização da economia, contudo de modo que se possa dela tirar o melhor proveito em favor da classe trabalhadora³.

* Dinaura Godinho Pimentel Gomes é Juíza do Trabalho, Titular da 1ª Vara de Londrina. Doutora em Direito do Trabalho e Sindical pela Universidade *Degli Studi di Roma – La Sapienza*, com revalidação pela Universidade de São Paulo – USP - e Pós-Doutorado em Direito junto à Pontifícia Universidade Católica - PUC-SP.

1. PIOVESAN, Flávia; FLORES, Joaquim Herrera. Pobreza, multiculturalismo e justiça social. In: Folha de São Paulo, 27 de julho de 2004, p. A3.

2. NUNES, Antônio José Avelãs. Neoliberalismo e Direitos Humanos. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003, p. 116.

3. Cf. Amauri Mascaro NASCIMENTO. Compêndio de Direito Sindical. 3ª Edição. São Paulo: LTr, p. 101.

2. A ATUAÇÃO SINDICAL NO CENÁRIO DA GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA: ESTUDOS DE DIREITO COMPARADO

O Estado Democrático de Direito é o modelo que melhor propicia o debate, principalmente em vista de necessárias REFORMAS A RESPEITO DA REGULAÇÃO DO TRABALHO, que concilie a criação de empregos estáveis e de qualidade com as necessidades da empresa, diante das exigências de um mercado flutuante.

Nesse cenário, é através do diálogo que vem se buscando com menos dificuldades, nos países democráticos, manter as conquistas dos trabalhadores compatíveis com a sua dignidade humana, diante dos efeitos nefastos da globalização da economia. Na Alemanha, por exemplo, a tradição negocial é de longa data. O órgão de representação dos trabalhadores tem ampla competência negocial no âmbito das empresas. Aliás, de um modo geral, na União Européia, o “diálogo social” ocupa uma posição central. Com base nele, as nações visam chegar a um “capitalismo regulamentado”, cuja meta é criar um alto grau de igualdade através de uma ampla redistribuição dos benefícios da economia de mercado. Guiadas pelo princípio da solidariedade, as empresas e os trabalhadores buscam realizar acordos moderados e ajustados às diferentes realidades. Para chegar a esse resultado, os países industrializados desenvolvidos, econômica e politicamente, contam com atuantes instituições representativas de importantes setores da sociedade civil que articulam negociações em diversos níveis, nacional, regionais e nos locais de trabalho⁴.

A globalização, não raro, irradia-se, compromete a nacionalidade, reduz o tamanho do Estado, afeta o povo, sua cultura e condiciona o desenvolvimento e o futuro do país. Impiedosamente, devora o capital nacional, tomando conta do parque industrial nativo. Valendo-se do avanço tecnológico reduz os empregos e portanto contribui decisivamente para a exclusão social⁵. Isso se deve à maior capacidade do mundo dos negócios centrado nos grandes blocos transnacionais de criar suas próprias regras, livre de critérios preestabelecidos, para atribuição de maior poder e de seguras guias políticas. Nessa senda, indubitavelmente, a globalização amplia de fato o espaço dos poderes privados e limita os poderes públicos, nacionais e internacionais. O sistema legal global, incipiente, vem submetido aos imperativos dos mercados que operam com lógicas diversas e cada vez mais de forma desagregadora⁶.

Para amenizar a disseminação da exploração do trabalho humano, em larga escala, com escandalosa violação das normas sociais e desrespeito aos direitos humanos, a Organização Internacional do Trabalho aprovou em 1998 a “*Declaração relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho*”, declarando como direitos fundamentais de alcance a proibição do trabalho escravo e infantil, o direito a não discriminação e os direitos de liberdade sindical e de negociação coletiva⁷. Vislumbra-se que a finalidade

4. Cf. José PASTORE. Reforma Sindical: para onde o Brasil quer ir (estudos de casos de pluralidade sindical). São Paulo: LTr, 2003, p. 16-17. Um outro exemplo ocorreu recentemente na França, quando a representação sindical dos trabalhadores, da fábrica de componentes automotivos da multinacional alemã BORCH, celebrou um acordo para trabalhar além das 35 horas previstas em lei. Igualmente, esse fato se deu na cidade de Bocholt, na Alemanha, junto à empresa SIEMENS. Cf. Folha de São Paulo, 8 de julho de 2004, p. A 12.

5. Nas palavras de José Carlos AROUCA. O Sindicato em um mundo globalizado. São Paulo: LTr, 2003, p. 957.

6. Cf. aponta o “Progetto di ricerca internazionale globalizzazione e pace”, resultante do IV Congresso Internacional do Instituto Jacques Maritain (Quali regole per la globalizzazione? Diritto, diritti e ordine mondiale). Treviso, Villa Albrizzi-Franchetti, 13-14 de dezembro de 2001. In: Pozzoli, Lafayette. Direito Comunitário Europeu – Uma perspectiva para a América Latina. São Paulo: Editora Método, 2003, p. 216.

7. MARTINEZ, Juan M. Ramírez y otros. Curso de Drecho del Trabajo – Fuentes. Derecho Sindical. Contrato de trabajo. Seguridad Social. Proceso Laboral. Valença: Tirant Lo Blanch, 2002, p. 38. Tradução livre.

concreta de tal declaração é a de tornar claro ao mundo que os direitos inscritos nos documentos normativos internacionais efetivamente são DIREITOS HUMANOS e que integram os direitos sociais fundamentais, que não podem ser violentados nem desvirtuados, mas plenamente tutelados pelos países membros, que assumiram o compromisso de assim respeitá-los na Carta de Adesão à OIT.

Desse modo, verifica-se que, nos países de capitalismo mais avançado da Europa, os empresários nacionais e os trabalhadores em geral igualmente sofrem o domínio dos monopólios econômicos, dos grandes conglomerados internacionais. Nesse contexto, é o diálogo e a postura ética dos protagonistas sociais, no seio das relações de trabalho, que, a final, têm possibilitado a adaptação das garantias e direitos dos trabalhadores às exigências técnico-produtivas das empresas, no sentido de melhor salvaguardar a dignidade da pessoa humana.

O diálogo social, por conseguinte, além de trazer solução aos conflitos coletivos, afasta a hipótese de se impor a desregulamentação das condições de trabalho, a exemplo do que ocorria na época da crise provocada pela primeira Revolução Industrial. Portanto, em razão do acelerado desemprego, esses países da Europa buscam diversas soluções, através da negociação coletiva tendente ao acordo. De início, adotaram novos tipos de contratos individuais de trabalho, considerados atípicos, como aqueles por prazo determinado, serviços temporários e de tempo parcial, quebrando assim o tradicional princípio da estabilidade no emprego.

Na Espanha, os resultados advindos dessa política de implantação de novos tipos de contratos não atenderam às expectativas voltadas à premente solução dos grandes problemas sociais. O processo de flexibilização iniciou-se por volta de 1984, quando a taxa de desempregados alcançava o percentual de 10%. Entretanto, “após uma década de reformas flexibilizadoras, o desemprego, que deveria ter baixado, subiu para cerca de 22%”, conforme aponta Oscar Ermida Uriarte⁸. Posteriormente, reformas negociadas foram introduzidas para restringir tais possibilidades de contratação por prazo certo, com a finalidade de restabelecer a estabilidade e combater o trabalho precário, mediante a celebração do ACORDO INTERNACIONAL DE ESTABILIDADE NO EMPREGO, em 1997, justamente para promover o contrato por prazo indeterminado. Em razão dessa nova política, o desemprego caiu para 18 ou 19%⁹.

Denota-se que a tendência marcante, na Espanha, tem sido aquela de potencializar o desenvolvimento da negociação coletiva, como elemento regulador das relações de trabalho e das condições de trabalho, capaz de introduzir mecanismos de adaptação equilibrada¹⁰ das normas legais rígidas a novas circunstâncias exigidas das empresas de um modo geral, por força da tecnologia ou automação do processo produtivo.

Essa tem sido a diretriz da União Européia, que procura desenvolver a idéia do DIÁLOGO SOCIAL, valorizando os contratos coletivos de trabalho, como fonte de normatização comunitária, tal como vem espelhado na CARTA COMUNITÁRIA DE DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS, de 1989, que “fixa regras de tutela dos trabalhadores, dentre as quais a liberdade de associação sindical e contratação coletiva”¹¹.

8. URIARTE, Oscar Ermida. A Flexibilidade. São Paulo: LTr, 2002, p. 57.

9. Idem. Ibidem. Nesse particular, convém notar que, na Itália, desde 1997, a lei facultou interrupções aos contratos por prazo determinado, por conta de um seguro social e da empresa, para propiciar a formação profissional do trabalhador precariamente contratado, justamente visando o seu reingresso no mercado de forma mais estabilizada.

10. Cf. Juan M. Ramírez Martínez e outros. Curso de Derecho del Trabajo. Fuentes. Derecho Sindical. Contrato de trabajo. Seguridad Social. Proceso Laboral. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002, p. 37.

11. *Apud* Amauri Mascaro Nascimento. Compêndio de Direito Sindical, op. cit. pp. 101 e 102.

Inegavelmente, a experiência desses países vem mostrando que a flexibilização ditada pelos ideólogos do neoliberalismo, como forma de se obter a pretendida adaptação das normas de proteção dos trabalhadores às imposições da globalização econômica, não gera empregos. Ao contrário, deflagra a deteriorização da qualidade de empregos que restam e a acentuada exclusão, dando ensejo aos bolsões de desempregados que recorrem cada vez mais à informalidade. Denota-se que o melhor caminho, para se enfrentar essas crises que atingem o mundo do trabalho, não é o das reformas legais, no sentido de flexibilizar ao máximo a legislação trabalhista, porque o “verdadeiro problema do emprego não é o Direito do Trabalho nem o sistema das relações de trabalho. O verdadeiro problema é um sistema econômico que destrói mais do que gera postos de trabalho. A substituição da mão-de-obra por tecnologia, a possibilidade técnica de produzir com menos mão-de-obra, mais a conveniência economicista de manter um desemprego funcional são os reais problemas”¹².

Como não pode haver retrocessos nas conquistas dos trabalhadores¹³, cumpre aos operadores do Direito do Trabalho tratar da questão hodierna, procurando a solução mais *humana*, baseada em critérios de justiça e de adequação social, no sentido de identificar, analisar e discutir esses problemas, no âmbito da dogmática jurídica, porém pela identificação dos valores que animam o ordenamento positivo. Contudo, a tarefa mais importante incumbe ao próprio Estado-nação, que adota o modelo Democrático de Direito, do qual adveio a proteção legal dos trabalhadores.

Vale dizer, conforme muito bem enfatiza Arion Sayão Romita¹⁴, mediante uma legislação de suporte, cumpre ao Estado estimular “a organização da classe trabalhadora para que esta alcance pela via da negociação com a classe patronal a realização de seus legítimos interesses. Não cabe só ao Estado-legislador, menos ainda ao Estado-Juiz, proteger o trabalhador. É a união da classe trabalhadora, sua organização em entes sindicais livres, autênticos e representativos que protege o trabalhador. É no regime de liberdades públicas, assegurado o direito de reunião e de livre manifestação do pensamento, em suma, em regime de liberdade sindical, que o trabalhador encontra a única proteção que almeja, ou seja, a proteção derivada de sua própria força”.

Um sistema político de democracia *formal*, que não fortalece as entidades sindicais para a negociação coletiva, proporciona desequilíbrio na correlação de forças e ainda gera a involuntária desregulamentação, provocando a volta da barbárie. A *contrario sensu*, onde plenamente vigora a democracia participativa dá-se prevalência ao dirigismo consentido, de baixo para cima, para se conservar as bases do capitalismo, com sustentação da liberdade dos grupos intermediários da sociedade civil, onde se incluem os órgãos de representação sindical dos trabalhadores (e dos empregadores), fomentando-se a negociação coletiva e até mesmo a *concertação social*, como formas de se desenvolver novas políticas de responsabilidade e de colaboração entre o Estado (democrático) e os protagonistas das relações de trabalho (mais representativos). Enfim, “não intervir, fomentar a negociação e fiscalizar o cumprimento das normas, eis os principais aspectos que devem ser preocupação de um Estado democrático”¹⁵.

A democratização de uma sociedade se mede pela intensidade da realização, em seu interior, da tendência ao associativismo social, sendo o sindicato “uma das

12. Nas palavras de Oscar Ermida Uriarte, op. cit. p. 59.

13. Não se pode nunca esquecer que “a dura realidade da história (...) demonstra que a liberdade de contratar, que foi e é uma quimera fora do poder econômico, converteu-se em um jogo dominado pelos mais fortes”, nas palavras de Paulo Luiz Neto Lobo. In: O Contrato: exigências e concepções atuais. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 11, *apud* LAIMER, Adriano Guedes. O novo papel dos sindicatos. São Paulo: LTr, 2003, p. 79.

14. ROMITA, Arion Sayão. O Princípio da Proteção em Xequê e outros ensaios. São Paulo: LTr, 2003, p. 31.

15. LAIMER, Adriano Guedes. O novo papel dos Sindicatos. São Paulo: LTr, 2003, p. 71.

estruturas indispensáveis ao funcionamento do subsistema das relações de trabalho”¹⁶, mormente no que tange à promoção de reformas compatíveis com a dignidade humana do trabalhador e com a capacidade econômica das empresas. Imprescindível se torna, portanto, a redefinição do papel das organizações sindicais, a exemplo do que ocorre nos países de industrialização mais avançada que adotam o modelo *abstencionista*, onde se prioriza a formação de um sistema sindical autônomo e legítimo¹⁷ para reger as relações de trabalho, porém, sob a tutela e promoção do Estado.

Decorre daí que as soluções mais viáveis, no âmbito de uma sociedade democrática, impõem a *flexibilidade* negociada, para adaptação do direito do trabalho a essas transformações impostas pela globalização econômica. Impõem uma política de cooperação, de solidariedade em ação, entre os interlocutores sociais, apoiada e estimulada pelo Estado, a quem cabe prestigiar e promover a liberdade econômica e sindical¹⁸. É ao Governo que incumbe liderar o processo reestruturante das relações sociais, à luz da Constituição Federal.

Nesse contexto, o papel do SINDICATO deve ser repensado e mais valorizado para, em parceria com o Governo e empresas de grande porte (nacionais e transnacionais), ter força e legitimidade suficientes para se envolver com outras questões da sociedade civil, atinentes aos direitos humanos, minorias, consumidores, estendendo sua atuação junto aos trabalhadores que se encontram fora do mundo do emprego e aos que se acham totalmente na informalidade.

Essa mudança de atuação tem sido obtida com pactos sociais, que derivam da participação efetiva dos sindicatos mais representativos, na prática de *concertação social*, poderoso “método do consenso como fórmula para canalizar as tensões da sociedade industrial”¹⁹. Por exemplo, na Espanha, desde o final dos anos 70 e na Itália, a partir de 1983, vêm sendo firmados pactos sociais de grande amplitude. O Pacto de Moncloa na Espanha e o Pacto pelo Emprego na Itália tiveram reflexos nos seus respectivos sistemas de relações de trabalho, tornando-os um pouco mais negociais. O mesmo aconteceu em outros países, nos quais as parcerias entre os atores sociais vêm funcionando de maneira contínua, como é o caso da Holanda, da Irlanda, Suécia, Noruega, Finlândia e Dinamarca. Em todos esses países, há uma interação entre a negociação centralizada com os demais níveis de negociação descentralizada²⁰.

Assim, as normas que hoje regem os contratos individuais de trabalho, em sua maioria, advêm mais da negociação coletiva, contudo, sob a forte sustentação do Estado, a quem compete garantir a aplicabilidade e eficácia das normas coletivas.

Na Itália, os sindicatos recebem inclusive delegação legislativa para regulamentação contratual de determinados institutos jurídicos, apenas genericamente disciplinados pela lei. Nessas hipóteses ficam também habilitados a derogar *in pejus* mesmo as normas de lei inderrogáveis, com objetivos de maior flexibilização na utilização da força de trabalho e também em prol da tutela de objetivos ocupacionais da mão-de-obra²¹.

16. Nas palavras de Pedro Proscurcin. Do Contrato de trabalho ao contrato de atividade. São Paulo: LTr, p. 381.

17. Vale lembrar a propósito o *Statuto dei Lavoratori* – Lei n. 300, de 20 de maio de 1970, na Itália; a *Lei Auroux*, na França, que sustentam e amparam a autonomia privada coletiva, inclusive para incentivar a negociação coletiva no âmbito das empresas.

18. Cf. Amauri Mascaro Nascimento. *Compêndio de Direito Sindical*, op. cit., p. 73.

19. Nas palavras de Carlos López-Monis, *apud* PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito Sindical e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p. 216.

20. Cf. José Pastore, op. cit., p. 21.

21. Cf. Maria Cecília Fernandes Alvares Leite. Tendências do sindicalismo italiano – evolução processual da contratação coletiva – abordagem doutrinária entre diversos autores – um ponto de reflexão para o sindicalismo brasileiro. In: *Direito Coletivo do Trabalho em uma sociedade pós-industrial*/Tárcio José Vidotti, Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani, coord. São Paulo: Ltr, 2003, p. 378.

Em França, tem havido intensa participação dos sindicatos nos serviços de emprego e desemprego do governo, tal como se dá em outros países da Europa. Além disso, são chamados pelos órgãos de governo para a prestação de serviços de treinamento, requalificação, assistência jurídica e consultoria no campo de impostos, o que lhes garante muito poder e recursos financeiros²².

Desse modo, além de fazer ressurgir sua força, essa participação ativa propicia aos Sindicatos assumir sua visão social, como forma de contribuir para a reestruturação do conceito de *trabalho*, o que por certo valoriza a coesão social e ameniza os trágicos efeitos da exclusão.

No Brasil, foi criado o Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social, no início do atual Governo, formado por noventa conselheiros, entre sindicalistas, empresários, outros membros da sociedade civil e do próprio governo federal., voltado à implementação de projetos de efetiva democracia participativa. Entretanto, esse Conselho nunca atuou, porque o que mais se evidencia é a intolerável²³ concentração do poder na Presidência da República, em total descompasso com o adotado modelo de Estado Democrático de Direito.

4. O CARÁTER LIBERTICIDA DO MERCADO E A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA MODERNA, NOS TERMOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal brasileira vigente estabelece um regime de mercado organizado do tipo liberal, porém, voltado para um capitalismo social. Nesse contexto, sob o ponto de vista funcional, é a empresa que detém o dinamismo necessário, aquela força em movimento dirigida para um determinado escopo produtivo²⁴, razão por que deve atuar como instrumento da organização da atividade econômica, no efetivo exercício de sua função social, nos termos dos 170, II e III). Provém daí a assertiva de que toda e qualquer propriedade privada, aí incluída aquela dos meios de produção, só se legitima se cumprir uma função dirigida à justiça social²⁵.

Nesse cenário, diante dos princípios e regras fundamentais da Constituição Federal, que resguardam a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, o trabalhador não pode ser colocado apenas a serviço dos interesses econômicos de empresas e pessoas físicas, que, sem escrúpulos, preocupam-se tão-somente com o aumento de lucros e a redução de gastos. Convém reiterar que, à luz da Lei Maior, que têm por fim proteger a dignidade da pessoa humana – um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, inc. III) - o trabalho deve ser visto como valor social (art. 1º, inc. IV), sendo certo assim que tanto a ordem econômica quanto a ordem social devem ter por base o primado do trabalho humano (CF, arts. 170 e 193). Como muito bem pondera *Pedro Proscurcin*²⁶, “imaginar que a empresa seja mais competitiva, porque seu pessoal tem contratos de trabalho precários, significa legitimar lucros com a

22. Cf. José Pastore, op. cit., p. 23.

23. O presidente nacional da OAB, no lançamento da Campanha Nacional pela mudança da lei do plebiscito e do referendo no Brasil, salientou que, desde a época da colonização, o povo brasileiro tem permanecido à margem da vida política nacional, mesmo em tempos de democracia formal, como hoje. Na mesma oportunidade, o Ministro do STJ, Humberto de Barros, ao criticar a concentração do poder nas mãos do Executivo, asseverou que o Brasil caminha para uma situação peculiar “quase ditatorial”. Cf. Folha de São Paulo, 16 de novembro de 2004, p. A 5.

24. Cf. ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa (Profili dell'impresa). Trad. Fábio Konder Comparato. In: Revista de Direito Mercantil, n. 104. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 116.

25. SILVA, José Afonso da.. Propriedade dos meios de produção e propriedade socializada. In: Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 786.

26. PROSCURCIN, Pedro. Do contrato de trabalho ao contrato de atividade. São Paulo: LTr, 2003, p. 192.

exploração alheia. Portanto, sendo a exploração da mão-de-obra uma prática criminosa, posto que explorar o outro é mais do que se apropriar do patrimônio alheio, tal comportamento não é ético e muito menos moral. Lucros por essa via devem ser configurados como enriquecimento ilícito”.

Não se pode perder de vista o papel ético-cultural do Direito, mormente no que pertine às conquistas históricas obtidas no campo do Direito do Trabalho, que, “em seu todo, é um direito de conquista”²⁷.

É inadmissível a prevalência dos interesses econômicos, quando se percebe que decisões patronais unilateralmente tomadas, tal como a relativa à dispensa coletiva, refletem a negação explícita de princípios e regras fundamentais proclamados pela Constituição Federal, que resguardam a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, sem os quais não será possível construir uma sociedade livre, justa e solidária. Uma melhor interpretação da norma insculpida no art. 7º, inc. I, da Constituição Federal se impõe, diante das despedidas coletivas *socialmente injustificadas*.

5. A IMPORTÂNCIA DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA COMO PROCEDIMENTO INDISPENSÁVEL PARA SE IMPLEMENTAR REFORMAS TRABALHISTAS

Sob a égide do Estado Democrático de Direito, é necessário despertar cada vez mais a consciência coletiva, porque **REFORMAS TRABALHISTAS TENDENTES À FLEXIBILIZAÇÃO** só se justificam e se legitimam por meio de uma responsável e ética negociação coletiva entabulada por organizações sindicais efetivamente representativas²⁸, pressuposto indispensável para o necessário equilíbrio das relações de trabalho e tutela efetiva dos direitos dos trabalhadores.

Não se pode mais manter, no Brasil, a vetusta estrutura sindical corporativista. Uma vez conquistada a democracia política, há quinze anos, é mister que se promova o exercício da cidadania participativa, mediante a o fomento da formação espontânea de grupos sociais dirigidos à satisfação de interesses comuns e coletivos²⁹, ao invés de se esperar por soluções da política populista do Governo.

É mister que se promova o exercício pleno da autonomia privada, de modo que a liberdade sindical se estenda aos locais de trabalho, no Brasil, tal como acontece nos países que desenvolvem políticas de capitalismo avançado, mediante uma responsável contratação coletiva. Através desse mecanismo, os empresários, de forma mais freqüente, junto aos legítimos representantes de seus empregados, vinculados aos sindicatos mais representativos, conseguem adaptar as condições econômicas específicas de determinado setor com as necessidades de competir, valorando melhor

27. Notável expressão de José Augusto Rodrigues Pinto. In: Direito Sindical e Coletivo do Trabalho. São Paulo: LTr, 2002, p. 47.

28. “Para a OIT a internacionalização da economia provoca um claro impacto nas relações industriais, contribuindo diretamente para o enfraquecimento do poder dos sindicatos... Estes, para continuarem a ter seu papel de intermediadores, deverão assumir funções similares às das ONGs. Isso permitiria que as vozes dos trabalhadores e a dos que querem trabalhar fossem ouvidas, levando a uma distribuição equitativa dos frutos do crescimento. Esse processo, por sua vez, levaria ao envolvimento com outras questões: direitos humanos, minorias, consumidores, desempregados. O sucesso dependeria da capacidade dos sindicatos de adaptar-se à nova dinâmica, tendo de abrir-se a outros setores e a um espectro social mais amplo... O sindicalismo só não desaparecerá, segundo a OIT, se, por evolução natural, souber transformar-se em um novo ente adaptado à informalidade e à exclusão social”. Nas palavras de AROUCA, José Carlos, op. cit. p. 968.

29. Salienta Anthony Giddens - em sua obra *A Terceira Via*. (The third way) Trad. Maria Luisa X. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 90 - que “uma sociedade cada vez mais reflexiva é também uma sociedade marcada por elevados níveis de auto-organização”. Com base em estudos desenvolvidos por Robert Wuthnow, o professor da Universidade de Cambridge aponta que “40% dos americanos – cerca de 75 milhões – pertencem a pelo menos um pequeno grupo que se reúne regularmente. Nesses grupos é gerado um sentimento comunitário, mas não somente no antigo sentido de ser parte de uma área local. O que ocorre é antes que pessoas com preocupações semelhantes se juntam para empreender uma ‘jornada pela vida’...”.

a produtividade dos trabalhadores³⁰. Contudo, essa garantia de organização, nos locais de trabalho, depende da introdução de previsão legal, para dar sustentação à negociação coletiva, não sendo suficiente constar dos instrumentos normativos a possibilidade de sua instituição³¹.

Nesse sentido, vêm se desenvolvendo as relações de trabalho na Unidade Européia. A esse respeito, lembra Luisa Galantino³² que a posição ali adotada reflete mais um caráter participativo do que conflitual, pressupondo, dessa forma, diversos tipos de representação geral dos trabalhadores no âmbito das empresas, independentemente da representação do tipo sindical. É certo também que, há muito tempo, foram aprovadas normas comunitárias que prevêem direitos de informação e de consulta à representação dos trabalhadores, com referência a matérias específicas da relação de emprego que envolvem as despedidas coletivas, nos casos de transferências de empresas, fusão de sociedades por ações, bem como a respeito de saúde e segurança do trabalho. Assim, de forma mais específica, na Itália, diante de uma doutrina de tipo mais geral, mas também mais vinculante, ditada pela lei, a autonomia coletiva permaneceu capaz de adaptar melhor a doutrina às exigências concretas, contrapostas, de flexibilidade e de tutela do trabalho, conforme ressalta a jurista *Roberta Bortone*³³.

Vale dizer, na Itália, a atividade sindical nos locais de trabalho vem regulada e protegida pelas normas do *Statuto dei Lavoratori* que, desse modo, não só impedem ao empregador de interferir, na esfera da liberdade sindical, como também estabelecem medidas de amparo à atividade sindical desenvolvida nesses locais. Como direito subjetivo dos trabalhadores assim organizados, o empregador tem por obrigação assegurar o seu pleno exercício.

5. CONCLUSÃO

O direito comparado e a experiência demonstram que só com a democratização da empresa, com a divisão de responsabilidades, o empresário consegue manter-se competitivo numa estrutura capitalista e, ao mesmo tempo, contribui na concretização do princípio da dignidade da pessoa humana³⁴.

Diante do que prevê a Constituição Federal, urge assegurar, no Brasil, maior participação ativa dos trabalhadores, através de seus autênticos órgãos de representação sindical, nos processos de reestruturação tecnológica, produtiva e organizacional da empresa, mediante o procedimento da negociação coletiva. A dura realidade do alto índice de desemprego estrutural aponta ser cada vez mais necessário tutelar o trabalhador em face da automação – em sintonia com o art. 7º, inciso XXVII, assegurando-lhe efetivamente as previstas garantias de readaptação funcional, requalificação e remanejamento da mão-de-obra afetada pela reestruturação, diante das próprias peculiaridades de cada empresa.

Mesmo nos casos mais ocorrentes de não se poder preservar o posto de trabalho a todos, a negociação coletiva é ainda o instrumento mais democrático para se estabelecer a ordem preferencial das demissões (antigüidade na empresa, encargos de família, idade, facilidade de readaptação em outra função).

30. Na Alemanha, por exemplo a IG METAL (Central dos Trabalhadores Metalúrgicos) e a DGB (Associação dos Empresários) negociam contratos para o setor metalúrgico que servem de exemplos para vários outros setores. Nesse processo, porém, inúmeras adaptações são feitas regional e localmente – até mesmo por empresa". Desse modo, nos demais países da Europa aumenta o número de negociações por empresas, articuladas com os contratos setoriais. Esse tipo de negociação cresce na Áustria, Bélgica, França, Holanda, Portugal, Espanha, Grécia, Itália e Eslováquia, entre outros países. Cf. PASTORE, José. Reforma Sindical: para onde o Brasil quer ir? São Paulo: LTr, 2003, pp. 17-20.

31. Cf. LAIMER, Adriano Guedes. O novo papel dos sindicatos. São Paulo: LTr, 2003, 68-69.

32. GALANTINO, Luisa. Diritto Comunitario del Lavoro. Torino: G. Giappichelli, 2001, p. 228 (tradução livre).

33. BORTONE, Roberta. A relação entre lei e contrato coletivo de trabalho e os problemas atuais do direito sindical. In: Revista Trabalhista (ANAMATRA), Vol. IV, trad. de Pedro Gasparini, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 236-237.

34. Cf. Pedro Proscurcin. O trabalho na reestruturação produtiva - análise jurídica dos impactos no posto de trabalho. São Paulo: LTr, 2001, p. 109.

Portanto, é imperioso implementar, no Brasil, as normas dos Tratados Internacionais de proteção dos Direitos Humanos ratificados, nos termos do art. 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal e, assim, promover a *liberdade sindical*, nos moldes democráticos de sustentação legal da autonomia coletiva³⁵, conforme estabelece a Convenção 87, da OIT. Esse é o caminho para se fazer valer a Lei Maior, resguardando-se a dignidade da pessoa humana nas relações laborais, individuais e coletivas, mediante a valorização do trabalho humano.

Impõe-se também dar ênfase à função social da empresa e à função social do contrato coletivo de trabalho, para que este seja celebrado sempre à luz dos princípios da probidade e da boa-fé dos interlocutores sociais, como exige a nova ordem civil, que antes era liberal e recentemente passou por significativa mudança de perfil político-ideológico, adquirindo, por regras imperativas, feições sociais.

Por derradeiro, não se pode admitir, num Estado Democrático de Direito, a concentração de poder nas mãos do Chefe do Executivo³⁶, com fortes indícios de autoritarismo, principalmente na tomada de iniciativas voltadas à flexibilidade de direitos dos trabalhadores, assegurados por lei, inclusive pela Constituição Federal, como direitos sociais fundamentais, diante do que dispõem expressamente os arts. 7o, incs. XIII, XIV, XXVI, e 8o, incisos III e VI. Ao contrário, toda e qualquer reforma trabalhista que se pretenda introduzir, no Brasil, em vista do desenvolvimento econômico do País ou para atender exigências ditadas pelo fenômeno da globalização, deve decorrer de amplo debate e sério diálogo social, através da negociação coletiva ou da concertação social, sem afastar os demais instrumentos de manifestação da soberania popular, como o *referendum* e plebiscitos³⁷. Apenas pelos meios democráticos será possível optar pela solução mais compatível com a **DIGNIDADE DO TRABALHADOR** e manter as conquistas sociais do passado.

Cumprir lembrar sempre que tais conquistas foram obtidas depois de muita luta e sofrimentos daqueles que marcaram a História, justamente para traçar e robustecer a noção hodierna de *mínimo existencial*. Assim, impõe-se a *proibição de retrocesso social*, “que assume feições de verdadeiro princípio constitucional implícito”³⁸, em qualquer tempo e circunstância.

35. Trazendo-se ainda à baila estudos de direito comparado - sendo certo que foi na Itália que nasceu a teoria da autonomia privada coletiva - cumpre ressaltar os ensinamentos da jurista Roberta Bortone, a qual, ao tratar da evolução do sistema italiano nos últimos vinte anos, assinala que, diante de uma doutrina do tipo mais geral, mas também mais vinculante, ditada pela lei, a *autonomia coletiva permaneceu capaz de adaptar melhor às exigências concretas, contrapostas, de flexibilidade e de tutela do trabalho*, enfatizando que não concorda com a atual política italiana que tende a flexibilizar o Direito sem garantir de fato a existência e a vida dos sindicatos realmente representativos. – Vide *A Relação entre lei e contrato coletivo de trabalho e os problemas atuais do direito sindical*. In: Revista Trabalhista, Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 236 e 246.

36. A título de exemplo dessa preocupante centralização, convém destacar, dentre outras, a decisão do Governo federal de expedir Medida Provisória para impor a concentração obrigatória dos jogadores de futebol até três dias por semana. Além disso, existe a possibilidade de essa pretensa Medida Provisória suprimir direitos trabalhistas desses atletas, como o adicional noturno, mormente porque os jogos são realizados também no período noturno. CF. Folha de São Paulo, 14 de novembro de 2004, p. D 6. Nessa mesma esteira, de ressaltar a forte tendência centralizadora, Celso Luiz Limongi, Desembargador do TJSP e presidente da Associação Paulista de Magistrados, destaca indícios de autoritarismo do Governo Federal, em seu artigo “Metamorfoses”, in: Folha de São Paulo, 16 de novembro de 2004, p. A 3, em sintonia com o Manifesto de Magistrados e Magistradas em Defesa dos Valores Constitucionais, que resultou na ‘Carta de São Paulo’, “para chamar a Nação Brasileira à reflexão sobre a paulatina exclusão de valores que caracterizam o Estado Democrático de Direito firmado na Constituição Cidadã”, de 1988”.

37. A OAB lançou, no dia 15 de novembro de 2004, campanha nacional pela mudança da Lei 9709/98, para possibilitar o efetivo uso desses instrumentos, apresentando um anteprojeto elaborado pelo jurista Fábio Konder Comparato, que prevê a iniciativa popular, para o fim de eliminar a interpretação defeituosa do art. 14, da CF, que restringe tal iniciativa ao Congresso Nacional. CF. Folha de São Paulo, 16.11.2004, p. A 5.

38. Nas palavras de SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. (Neo) Constitucionalismo. Ontem, os Códigos, Hoje, as Constituições. Porto Alegre, 2004, p. 152.

COLETES À PROVA DE BALAS: IMPRESCINDÍVEIS EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL DOS VIGILANTES

Diego Cunha Maeso Montes*

I – INTRÓITO

A idéia da elaboração deste brevíssimo ensaio nasceu da apreciação de um pedido de antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, sem a oitiva da parte contrária, formulado em uma ação civil pública em que o Sindicato-autor buscava o correto atendimento das normas de segurança e saúde do trabalhador vigentes, com o correspondente fornecimento de colete à prova de balas – nível II – aos membros da categoria profissional. A discussão proposta era essa: os coletes à prova de bala devem ser considerados como equipamentos de proteção individual, ainda que a legislação vigente não tenha, de forma específica, os considerado como tal? A resposta a esta pergunta será o objeto do presente estudo, que analisará, da mesma forma, alguns desdobramentos da posição a ser tomada.

II – O DIREITO DE PROPRIEDADE E SUA RELAÇÃO O MEIO AMBIENTE. EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL

A Carta Magna brasileira de 1988 introduz em nosso ordenamento significativas transformações na disciplina da propriedade, tendo como principal característica uma política de tendência intervencionista e solidarista, vindo ao encontro dos chamados “direitos de terceira dimensão”.

A noção de “função social da propriedade” não é enfrentada pelo Código Civil de 1916, tendo sido implementada em nosso Direito, pela primeira vez, através da Constituição de 1946¹.

A Constituição de 1967² também demonstrou a preocupação do ordenamento jurídico brasileiro com a função social, sendo que, na década de setenta, em artigo pioneiro, Orlando Gomes trouxe à baila a discussão acerca da superação do modelo individualista de propriedade, propondo a introdução de uma categoria denominada “propriedade-empresa”.

* Juiz do Trabalho / 2ª Região

Especialista em Direito Processual Civil – UNISINOS/RS

1. CF/1946. Art 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

2. CF/1967. Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: I- liberdade de iniciativa; II- valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III- função social da propriedade; IV- harmonia e solidariedade entre os fatores de produção; V- desenvolvimento econômico; VI- repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. § 1º- Para os fins previstos neste artigo, a União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento de prévia e justa indenização em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação, a qualquer tempo, como meio de pagamento de até cinquenta por cento do imposto territorial rural e como pagamento do preço de terras públicas. § 2º- A lei disporá sobre o volume anual ou periódico das emissões, sobre as características dos títulos, a taxa dos juros, o prazo e as condições de resgate. § 3º- A desapropriação de que trata o § 1º é da competência exclusiva da União e limitar-se-á às áreas incluídas nas zonas prioritárias, fixadas em decreto do Poder Executivo, só recaindo sobre propriedades rurais cuja forma de exploração contrarie o disposto neste artigo, conforme for definido em lei. § 4º- A indenização em títulos somente se fará quando se tratar de latifúndio, como tal conceituado em lei, excetuadas as benfeitorias necessárias e úteis, que serão sempre pagas em dinheiro. § 5º- Os planos que envolvem desapropriação para fins de reforma agrária serão aprovados por decreto do Poder Executivo, e sua execução será da competência de órgãos colegiados, constituídos por brasileiros, de notável saber e idoneidade, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal. § 6º- Nos casos de desapropriação, na forma do § 1º do presente artigo, os proprietários ficarão isentos dos impostos federais, estaduais e municipais que incidam sobre a transferência da propriedade desapropriada. § 7º- Não será permitida greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei. § 8º- São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei da União, quando indispensável por motivos de segurança nacional, ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime de competição

Todavia, foi com o advento da Constituição de 1988 que a “função social” foi incluída no rol dos direitos e garantias fundamentais, a saber, no inciso XXIII, do seu artigo 5º. É essa fundamental diferença que distingue o atual preceito constitucional daquele contido nas Constituições anteriores.

E, de acordo como o texto ora em vigor, “a função social tornou-se direito fundamental”³.

Tal qual ocorre com “... a cláusula geral da boa-fé objetiva, fonte de criação de deveres para as partes na relação obrigacional, também da função social emanariam deveres para os titulares de direitos de natureza real, além de deveres para o legislador e o administrador, na execução de políticas públicas relacionadas à propriedade...”⁴.

Nossa atual carta política estabeleceu “...vários estatutos para as diversas ‘situações proprietárias’, segundo a destinação do bem –rural ou urbano–; a potencialidade econômica –produtiva ou improdutiva–; e a titularidade, isto é, levando em conta se a aquisição se dá por parte de estrangeiro ou de brasileiro”⁵.

O Legislador Constituinte de 1988 inovou significativamente, ao funcionalizar a propriedade aos valores sociais existenciais. A noção do modelo proprietário napoleônico-pandectista vem sendo criticada há tempo, realizando-se “uma radical crítica ao direito subjetivo, seguida da proposta de sua substituição pela ‘noção realista de função social’”⁶ que “foi feita por Léon Duguit, ao afirmar que a propriedade é uma função social (pois está lhe seria inerente) e não *tem* uma função social”⁷.

É no artigo 186 da atual carta constitucional que se podem encontrar os requisitos segundo os quais a propriedade rural atende à sua função social. São eles: a) o seu aproveitamento racional e adequado; b) a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; c) a observação das disposições que regulam as relações do trabalho; d) que sua exploração não favoreça tão-somente o bem-estar dos proprietários, mas também o dos trabalhadores.

Conforme se pode observar, o direito de fruir a propriedade, exercido pelo proprietário, é condicionada “... ao atendimento dos múltiplos interesses não-proprietários. A proteção ambiental, a utilização racional das reservas naturais, as relações de trabalho derivadas da situação proprietária, o bem-estar desses mesmos trabalhadores, são interesses tutelados constitucionalmente e que passaram a integrar o conteúdo funcional da situação proprietária.”⁸

E, na “crista da onda”, apresenta-se “como um dos mais badalados campos de função da propriedade contemporânea a tutela do meio ambiente, uma vez que a concepção clássica da propriedade não digere o problema satisfatoriamente”⁹.

e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais. § 9º- Para atender à intervenção no domínio econômico, de que trata o parágrafo anterior, poderá a União instituir contribuições destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos, na forma que a lei estabelecer. § 10- A União, mediante lei complementar, poderá estabelecer regiões metropolitanas, constituídas por Municípios que, independentemente de sua vinculação administrativa, integrem a mesma comunidade sócio-econômica, visando à realização de serviços de interesse comum. § 11- A produção de bens supérfluos será limitada por empresa, proibida a participação de pessoa física em mais de uma empresa ou de uma em outra, nos termos da lei.

3. TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.270.

4. VARELA, Laura Beck; LUDWIG, Marcos de Campos. Da propriedade à propriedade: função social e reconstrução de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.767.

5. *Ibid.*

6. *Ibid.*

7. *Ibid.*

8. TEPEDINO, op. cit. p.272.

9. VARELA e LUDWIG, op.cit., p.774.

Em suma, para o regular exercício do direito de propriedade, é imperioso que se observe o respeito ao meio ambiente. Se a propriedade esta sendo utilizada como atividade produtiva (empresa), não se poderá descuidar do meio ambiente de trabalho que está inserido no seu contexto. A indiscriminada realização da atividade empresarial sem a correta observância das condições a que os empregados estão submetidos pode ocasionar o exercício abusivo do direito de propriedade, na medida em que não observada a sua função social.

A República Federativa do Brasil possui como um dos seus fundamentos basilares a dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho (CF/88, art. 1º, III e IV), consagrando que, por via reflexa, a melhoria das condições de vida, e, como tal, de trabalho, são consideradas como uma das prioridades do nosso Estado. Esta mesma Carta Federativa consagrou o direito ao meio ambiente equilibrado (CF/88, art. 225, *caput*, *ad initio*), incluindo-se, aqui, o meio ambiente do trabalho. E para que este meio ambiente se torne balanceado, impõem-se, dentre outras medidas¹⁰, a diminuição dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (CF/88, art. 7º, XXII).

Uma destas medidas é o gratuito e obrigatório fornecimento de adequados equipamentos de proteção individual, em perfeito estado de conservação e funcionamento, sempre que o local de trabalho não ofereça completa proteção contra os riscos de acidentes e danos à saúde dos empregados (CLT, art. 166), tendo o Ministério do Trabalho, na forma do art. 200, I, da CLT, estabelecido disposições complementares sobre tais itens de proteção. Trata-se da Norma Regulamentadora (NR) n. 6 da Portaria 3214/78. Seu item 6.1 define os equipamentos de proteção individual como todo o aparato de uso pessoal destinado a preservar a saúde e integridade física do trabalhador, registrando-se que, por expressa determinação do item 4.12, b, da Norma Regulamentadora n. 4 da supracitada Portaria, não obstante não seja esta a mentalidade dos empregadores brasileiros, a utilização destes equipamentos deve ser realizada de forma residual, ou seja, quando esgotados todos os meios possíveis para a eliminação do risco.

Uma leitura apressada da Norma Regulamentadora n. 6 da Portaria 3214/78 poderia sugerir que a mesma não prevê o colete à prova de balas como um dos equipamentos de proteção individual a ser obrigatoriamente fornecido pelo empregador. Todavia, este entendimento não sobrevive a uma análise mais acurada sobre o tema, principalmente e considerarmos a totalidade do ordenamento jurídico que reveste a norma em questão.

III – COLETE À PROVA DE BALA COMO EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL. TUTELA À VIDA

O Direito do Trabalho é o ramo das ciências jurídicas que busca regulamentar uma relação jurídica que, em face dos diversos contextos históricos que a ensejaram, é tormentosa e caracterizada por eternos e insolúveis conflitos de interesse. Não se pode olvidar que a este embate subjáz uma dicotomia axiológica de difícil conciliação. De um lado, o valor “propriedade”, dogmatizado através da eterna tentativa do

10. "Portanto, sobre o meio ambiente do trabalho, há a incidência de diferentes fatores inter-relacionados, que influenciam o bem-estar físico e mental do trabalhador, afetando sua 'qualidade de vida no trabalho'. Por outro lado, denota-se, ainda, do texto constitucional atual um avanço de dimensões éticas na *valorização do trabalho humano* que não ficam reduzidas a meras expressões monetárias, tampouco limitadas à relação contratual subordinada" (grifos no original). PADILHA, Norma Sueli. *Do meio ambiente de trabalho equilibrado*. São Paulo: LTr, 2002. P. 56.

empregador na obtenção de maiores lucros, o que é obtido, dentre outras formas, através da apropriação da mais-valia¹¹. De outro, o valor “dignidade” - que, registre-se, é uma das dimensões do direito à vida - perseguido mediante a infundável luta dos trabalhadores visando à melhoria de sua condição social, almejando patamares salariais mais elevados e condições mais dignas de trabalho. Note-se que ambos os valores são albergados pela Carta da República, este no inciso III do seu artigo 1º e aquele no inciso XXII do seu artigo 5º.

E a solução de tormentoso antagonismo não é fácil, demandando a utilização de um critério de proporcionalidade, o que deve ser realizado de forma apriorística pelo legislador e casuística por parte do julgador.

Não se pode perder de vista, por outro lado, que o Estado Democrático de Direito possuiu como sustentáculos nucleares o respeito ao direito à vida, à propriedade e à liberdade, sendo o primeiro deles o mais importante de todos, eis que, sem a sua garantia, os demais se tornam verdadeira retórica. Veja-se, a este respeito, o entendimento de MORAES:

“O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada **ao direito de continuar vivo** e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.” (grifei)¹²

Importante, ainda, a reprodução das lições de MOTA e SPITZCOVSKY sobre o direito à vida:

“É o mais importante de todos os direitos, porque constitui pré-requisito à existência e exercício de todos os demais e apresenta-se sobre tríplice aspecto. Em primeiro lugar há o direito de não ser morto, de não ser privado da vida.” (grifei)¹³

É público e notório¹⁴ o crescente índice de marginalidade em nosso país, circunstância essa que possui íntima relação com o elevado desemprego existente, o que tem acarretado significativo aumento de assaltos à mão-armada em estabelecimentos que lidam diariamente com vultuosas quantias de dinheiro, ocasionando, com uma freqüência absolutamente indesejada, a morte daqueles que protegem o direito de propriedade de outrem.

Se tal faceta sociológica não pode ser por ora contida, ao menos se deve garantir àqueles que a ela mais abertamente se expõem condições mínimas de segurança, o que, por via reflexa, nada mais significa do que dar carga máxima de eficácia aos dispositivos constitucionais que asseguram e tutelam o direito à vida. Trata-se de um enfoque garantista do Estado Democrático de Direito, em que a pessoa humana é vista como o seu eixo principal¹⁵.

E o aumento da segurança dos empregados que trabalham expondo à sua vida pode ser alcançada com o fornecimento de coletes à prova de balas, ainda mais quando se tem conhecimento de que a maioria das mortes decorrentes de armas de fogo decorre de disparos que atingem o tronco da vítima.

11. “Ficou claro que o operário assalariado só tem autorização de trabalhar para assegurar sua própria subsistência, isto é, *para viver*, conquanto trabalhe gratuitamente um determinado tempo para o capitalista (e, portanto, também para aqueles que compartilham com este a mais-valia), que todo o sistema de produção capitalista visa prolongar esse trabalho gratuito pela extensão da jornada de trabalho e pelo desenvolvimento da produtividade, isto é, acentuando a tensão da força de trabalho etc.” (grifos no original). MARX, Karl; ENGEL, Friedrich. - 5a Ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. P. 116/117.

12. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003. P. 63/64.

13. MOTA, Leda; SPITZCOVSKY, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª Ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. P. 321.

14. E, como tal, prescindindo de qualquer elemento que o comprove, na forma do disposto no artigo 344, I, do CPC.

15. “A teoria geral do garantismo apresenta-se na contemporaneidade como uma derivação da teoria garantista penal, a qual nasce e desenvolve-se a partir da matriz iluminista da época da Ilustração. Embora pensada originalmente dentro da matriz penalística, o seu desdobramento numa teoria geral evidenciou para o estudioso do Direito um enorme potencial explicativo e propositivo. Em nível epistemológico, esta teoria embasa-se no conceito de *centralidade da pessoa*, em nome de quem o poder deve constituir-se e a quem deve o mesmo servir. Esta concepção instrumental do Estado é rica em conseqüências, tanto como teoria

Todavia, poder-se-ia argumentar que os coletes à prova de balas possuem um valor econômico vultoso, sendo que o seu fornecimento ocasionaria um custo muito elevado à empresa, o que irremediavelmente atingiria de forma significativa o lucro buscado na sua atividade.

A solução para esta questão revela-se absolutamente simplória, decorrendo acerca de uma singela ponderação de valores. E a pergunta a ser respondida é a seguinte: há algum valor que possa ser sobreposto à vida, e, por via reflexa, sua proteção incondicionada?

Evidentemente que não.

Inexiste qualquer fator de índole econômica que possa se sobrepor à realidade vivida pelos seres humanos que arriscam a sua vida labutando como vigilantes, principalmente aqueles que trabalham em estabelecimentos em que há uma intensa circulação de valores, o que aumenta o risco de assaltos, exercendo atividade notadamente paramilitar, sofrendo mais baixas do que os próprios integrantes da polícia militar, tal como pode ser constatado, quase que diariamente, através das diversas notícias veiculadas em jornais de grande circulação.

A diminuição do risco de morte que sofrem tais profissionais é medida imperiosa, o que pode ser efetivado com a simples concessão de coletes à prova de bala.

Poderia ser argumentado, por outro lado, que o ordenamento jurídico pátrio não consagra a obrigatoriedade do fornecimento de coletes à prova de balas, motivo pelo qual os empregadores não poderiam ser compelidos a o fazer, ainda mais quando se sabe que, segundo o princípio da legalidade consagrado no inciso II do artigo 5º da CF/88, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Tal argumento não resiste à análise racional, orgânica e lógica do sistema jurídico como um todo. Isso porque, conforme referido em epígrafe, a ordem jurídica nacional prevê o obrigatório fornecimento de equipamentos de proteção individual (CLT, art. 166)¹⁶ destinado a proteger a saúde e a integridade física dos empregados (Portaria 3214/78, NR-6, Item 6.1), fazendo expressa referência à proteção do tronco dos mesmos, quando exercidas atividades em que haja perigo de lesões provocadas por riscos de origem mecânica (Portaria 3214/78, NR-6, Item 6.3, VII, 3), o que, inegavelmente, se amolda ao louvável e perigoso trabalho desenvolvido pelos vigilantes. Destaque-se que, em relação aos equipamentos de proteção individual, “o empregador deverá adquirir o tipo adequado às atividades do empregado”¹⁷ (grifei), o que, na hipótese dos trabalhadores que exercem atividades de vigilante, corresponde aos coletes à prova de balas. Agregado a tais dispositivos legais, temos o princípio da dignidade da pessoa humana e, em especial, o direito de continuar vivo.

Em suma, a ordem jurídica nacional e o próprio Direito Administrativo do Trabalho, ainda que de forma reflexa, há muito regulamentam a matéria ora tratada,

jurídica quanto visão política, dado que as mesmas vêem o Estado de Direito como artifício criado pela sociedade, que é logicamente anterior e superior ao poder político.” (grifos no original) CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. P. 72.

16. Art. 166. A empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, equipamento de proteção individual adequado ao risco e em perfeito estado de conservação e funcionamento, sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes e danos à saúde dos empregados.

17. PINTO MARTINS, Sérgio. *Direito do Trabalho*. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2000. P. 559.

sendo que é totalmente injustificado os reiterados descumprimentos dos empregadores às normas assecuratórias da integridade física dos trabalhadores¹⁸, ainda que há mais de uma década a Carta da República tenha assegurado como direito dos mesmos a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (CF/88, art. 7º, XXII).

IV – POSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO POR CULPA DO EMPREGADOR EM FACE DO NÃO-FORNECIMENTO DOS COLETES À PROVA DE BALAS

Hodiernamente a doutrina é pacífica no que tange à natureza jurídica da relação de emprego, entendendo que a mesma é contratual¹⁹. Do referido contrato decorrem obrigações ditas principais e acessórias. Dentre estas se encontra o dever de custódia do empregado, em que o empregador “tem o dever de minimizar as condições adversas de trabalho e, não sendo possível elidi-las totalmente, de fornecer ao empregado equipamentos de proteção adequados ou que reduzam a penosidade do trabalho.”²⁰ E este contrato deve ser interpretado de forma ampliativa quando se está a falar de cláusulas indisponíveis que versam sobre a proteção à vida do trabalhador.

Em suma, o contrato de trabalho alberga de forma implícita como cláusula anexa ao contrato de trabalho o dever do empregador de fornecer equipamentos de proteção individual aos empregados expostos à condições de risco ou nocivas à sua saúde. A partir desta constatação, pode-se afirmar que o não-fornecimento dos coletes à prova de balas aos vigilantes constitui verdadeiro descumprimento contratual, podendo ensejar a resolução contratual por culpa do empregador, nos exatos termos do artigo 483, d²¹, da CLT.

Além disso, conforme já foi referido em epígrafe, a ausência de fornecimento de coletes à prova de balas aos vigilantes faz com que os mesmos tenham a sua vida exposta a um considerável risco, fazendo com que o contrato de trabalho ajustado com o empregador possa ser resolvido com amparo na alínea c²² do supracitado dispositivo legal, por estar o empregado correndo perigo manifesto de mal considerável²³.

18. “No Brasil, as normas legais para proteger a saúde dos trabalhadores nem mesmo chegaram a ser aplicadas e já começaram a ser questionadas ou boicotadas como excessivas, utópicas, burocráticas, rígidas. Uma questão, no entanto, deve ficar bem clara e pronunciada com energia: o direito à saúde é complemento imediato do direito à vida e não pode ser objeto de qualquer negociação, já que se trata de um direito humano fundamental, indisponível, garantido pela Constituição da República e pelos Tratados internacionais ratificados pelo Brasil.” GERALDO DE OLIVEIRA, Sebastião. *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*. 4ª Ed. São Paulo: LTr, 2002. P. 152.

19. “De fato, no que concerne aos aspectos comuns da relação de empregatícia com figuras jurídicas que lhe sejam correlatas (a buscado *gêneroproximo*) já está hoje assente que a relação de emprego tem, efetivamente, *natureza contratual*. Sob esta perspectiva, as tentativas de efetuadas pelas teorias civilistas tradicionais não se perderam inteiramente no tempo. A afirmação básica subjacente a tais teorias – afirmação do caráter *contratual* da nova relação jurídica – preserva sua validade teórica até os dias atuais. O que se tem como inaceitáveis são suas conclusões sobre o tipo de contrato configurado pela relação empregatícia: arrendamento, compra e venda, etc. A natureza jurídica contratual afirma-se por ser o elemento *vontade* essencial à configuração da relação de emprego. A presença da *liberdade* – e sua projeção na relação concreta, a *vontade* – é, a propósito, o elemento nuclear a separar o trabalho empregatício dos trabalhos servis e escravos, que lhe precederam na história das relações de produção ocidentais.” DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2003. P. 312.

20. CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 1999. P. 177.

21. 483... d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato

22. 483... c) correr perigo manifesto de mal considerável

23. “Perigo manifesto de mal considerável para o empregado existe quando é ele compelido a trabalhar sob condições perigosas sem que a empresa adote as medidas previstas em lei ou recomendadas pela prudência para que nada aconteça de nocivo à saúde daquele. Mal considerável também pode haver em ambiente insalubre porque nele se faz presente um agente agressivo (químico, físico ou biológico) causador de doença profissional ou do trabalho. Comprovada a existência desse agente agressivo no local de trabalho – sem que a empresa tenha providenciado a implantação de processo coletivo de saneamento do ambiente ou sem que haja fornecido ao empregado adequado Equipamento de Proteção Individual – é fora de dúvida que a situação assim delimitada é

V – AUSÊNCIA DE FORNECIMENTO DE COLETES À PROVA DE BALAS. INOBSERVÂNCIA DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Conforme foi afirmado em epígrafe, uma das dimensões do exercício da função social da propriedade é a proteção do meio ambiente, incluindo-se, aqui, como uma das suas facetas, o meio ambiente do trabalho. Foi dito, ainda, que uma das formas de consecução do meio ambiente de trabalho adequado é o fornecimento de equipamentos de proteção individual aos empregados, acaso reste inviável a eliminação do risco. Destacou-se, ainda, que os coletes à prova de bala devem ser considerados como imprescindíveis equipamentos de proteção individual, devendo ser entregues aos empregados que labutam com atividades de segurança de estabelecimentos que trabalham com grande circulação de valores. Completando o silogismo a partir das premissas expostas, pode-se concluir que a ausência de entrega de coletes à prova de balas aos empregados que trabalham em atividades relacionadas à segurança pode ser considerado como uma verdadeira vulneração ao sentido social da propriedade, violando, por via direta, o disposto no inciso XXIII do artigo 5º da Carta da República de 1988.

VI – CONCLUSÃO

Deste breve estudo extrai-se a conclusão de que os coletes à prova de balas são equipamentos de proteção individual, devendo o empregado ou o Sindicato representativo de sua categoria profissional tomar as medidas judiciais cabíveis a fim de que esta garantia mínima da vida seja observada. O empregador que negar a concessão destes equipamentos a seus empregados estará admitindo, por via reflexa, que as suas vidas se encontram em um plano secundário, na medida em que não há qualquer fator econômico que possa se sobrepor ao direito maior do ser humano. A ausência do fornecimento dos coletes à prova de balas ao vigilante-empregado ofende a função social da propriedade, ocasionando o descumprimento de uma das cláusulas do contrato de trabalho, podendo levar a sua extinção por culpa do empregador, seja por este fundamento, seja pela exposição do trabalhador a perigo manifesto de mal considerável.

A salvaguarda do meio ambiente de trabalho tem respaldo constitucional, tendo relação direta com a tutela à vida dos trabalhadores, devendo, desta maneira, constituir o elemento central do contrato de trabalho, traduzindo o verdadeiro papel do empregado como sujeito – e não objeto – desta avença.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 1999. P. 177.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 2a Ed. São Paulo: LTr, 2003.

GERALDO DE OLIVEIRA, Sebastião. *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*. 4a Ed. São Paulo: LTr, 2002.

abrangida pela alínea 'c'. De qualquer modo, a realidade fática é fértil em situações que oferecem risco considerável à saúde ou à vida do trabalhador, situações que podem ser apreciadas, uma a uma, pela Justiça. Podem revestir-se de circunstâncias que transcendem as observações já feitas nas linhas iniciais deste comentário." SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das Leis do Trabalho Comentada*. São Paulo: LTr, 1997. P. 361.

MARX, Karl; ENGEL, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista* 5a Ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOTA, Leda; SPITZCOVSKY, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª Ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

PADILHA, Norma Sueli. *Do meio ambiente de trabalho equilibrado*. São Paulo: LTr, 2002.

PINTO MARTINS, Sérgio. *Direito do Trabalho*. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2000. P. 559.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das Leis do Trabalho Comentada*. São Paulo: LTr, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VARELA, Laura Beck; LUDWIG, Marcos de Campos. Da propriedade à propriedade: função social e reconstrução de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DA APLICAÇÃO DA ANALOGIA À JORNADA EM SOBREAVISO - EFEITOS DA EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA

Sérgio Luiz dos Santos Filho*

Diante da inquestionável revolução dos meios de comunicação em massa ocasionada pela telefonia móvel e pela Internet, com a conseqüente extrapolação dos ambientes de trabalho em prol da necessidade dos serviços, torna-se imperiosa a tecitura de alguns comentários no intuito de se estender a aplicação analógica do Art. 244, § 2º da CLT a várias categorias profissionais, e não meramente aos eletricitários. Tem o Colendo Tribunal Superior do Trabalho restringido em demasia a integração analógica no mister. Posicionamento, *data venia*, em descompasso com a realidade que se põe à observação do aplicador do Direito.

A jornada em sobreaviso importa em efetivo cerceamento do repouso e da liberdade do trabalhador de dispor dos períodos consagrados ao seu repouso entre duas jornadas de trabalho, mercê que fica à vontade do empregador no aguardo de ordens para execução de serviços. Flagrante, em tal situação, a disponibilidade do obreiro aos desígnios da empresa, pelo que deve ser considerada tal jornada como tempo de serviço remunerável, ainda que, por sua especificidade (inocorrência da efetiva prestação laboral), deva merecer remuneração reduzida.

Tendo em conta esse cenário, outrora se insculpiu no texto legal consolidado o § 2º do Art. 244, concernente à categoria dos ferroviários, possivelmente a única categoria em que, naquela época (idos de 1944), se vislumbrava tal circunstância social, qual seja: a permanência do trabalhador em seu lar no aguardo de ordens do empregador. Inconteste a intenção daquele legislador, preocupado com as condições de trabalho vigentes, em recompensar o trabalhador pela restrição de sua liberdade de gozo do descanso interjornadas.

Em que pese o conteúdo histórico-sociológico de que se imbuí o mencionado preceptivo legal, tem o Egrégio TST, em inequívoco descompasso com as condições de trabalho atuais, restringido o conceito da expressão "em sua própria casa", utilizada naquele dispositivo celetário, ao espaço físico onde o trabalhador, em seu repouso, exerce seus afazeres domésticos, com inquestionável limitação à sua liberdade de locomoção. Limita-se aquele DD. Tribunal a estender os efeitos da mencionada norma à categoria dos eletricitários e, em casos excepcionalíssimos, a outros trabalhadores que tenham restringida sua liberdade de locomoção no intervalo interjornadas.

Nada mais óbvio, pois decorrente da mera interpretação literal do dispositivo referido, e juridicamente criticável, *datissima venia*, haja vista que o ordenamento jurídico não padece de lacunas ontológicas insuperáveis. Impossível se admitir a omissão do ordenamento em face da aplicação dos próprios princípios que o engendraram.

Convencionou-se limitar o regime de sobreaviso à comprovação, pelo empregado, de sua permanência à disposição da empresa em espaço geográfico próximo ao local da prestação dos serviços, de forma que reste possível o retorno imediato do obreiro ao mourejo extraordinário. Tudo isso em termos físicos, ou seja, com a presença do empregado no posto de trabalho. Logrou-se admitir, assim, que os trabalhadores constantemente monitorados através de *bips*, *paggers*, celulares, *lap-tops*, terminais integrados à empresa, computadores pessoais conectados à Internet, e outros aparelhos similares de comunicação em massa, sofram restrições, ou mesmo tenham esbulhado seu direito à utilização do repouso interjornadas da forma como lhes aprouver.

O intérprete não deve olvidar o fato de que a norma em comento foi instituída em época pretérita onde não se vislumbrava a possibilidade do empregado, mesmo estando à distância, ser acionado pelo empregador, onde quer que estivesse, para, deixando de lado seus afazeres domésticos, seu descanso ou seu lazer, prestar verdadeiro serviço, despender sua força física e mental na consecução das tarefas

* Analista Judiciário - TRT 6ª região

perquiridas pela empresa. A propósito, quem poderia, na década de 40, pensar que nos anos 90 já disporíamos de meios dessa natureza? A tecnologia, como é público e notório, não tem fronteiras, tampouco limites cronológicos.

A interpretação do ordenamento jurídico não deve ser estanque, fulcrada unicamente na literalidade do dispositivo legal. Mister se faz a busca da vontade da lei (*mens legis*), independentemente da vontade do legislador (*mens legislatoris*), que efetivamente apenas divisoou o contexto social em que criada a regra. Dessa forma, não se há que dar à expressão “sua própria casa”, insculpida no Art. 244, § 2º da CLT, apenas seu sentido literal ou teleológico limitado à questão da locomoção humana, mas sim inseri-la no contexto relativo à limitação espacial em que o empregado possa realizar suas atividades cotidianas alheias ao empregador sem que se torne impossível a prestação laboral quando convocado para o serviço, ainda que o faça à distância.

A globalização econômica empreendida nos anos 90, aliada à revolução tecnológica, com informatização dos serviços e automação dos postos de trabalho, trouxe conseqüências danosas aos trabalhadores da área de suporte aos sistemas de informação e similares, da área médica, das gerências comerciais das grandes empresas, e de outras tantas áreas que demandam estrita pessoalidade em seu desenvolvimento. Com a massificação da comunicação móvel, a prestação laboral tornou-se, efetivamente, aviltante à sociabilidade do trabalhador. Não raro, em verdade quase sempre, os profissionais envolvidos em tais atividades são surpreendidos em seus afazeres cotidianos com os chamados de seus empregadores para a resolução de problemas inerentes à função desempenhada em prol da empresa.

Na área dos sistemas de informação e similares, por exemplo, os programas e *softwares* são verdadeiros quebra-cabeças lógicos e matemáticos, cujos problemas dificilmente merecerão soluções eficazes por analistas que não os desenvolveram. No setor médico, a opinião do profissional inicialmente responsável pelo paciente é importantíssima no diagnóstico e tratamento posterior desse mesmo paciente. Na seara gerencial dos departamentos comerciais das grandes empresas, não raro os poderes decisórios são outorgados a apenas um ou alguns empregados, quando poderiam sofrer uma maior descentralização. Estes são apenas alguns exemplos que revelam a redução de postos de trabalho sob a justificativa economicamente viável da pessoalidade estrita.

Diante desse contexto, a vida de tais profissionais resta, inexoravelmente, tolhida em grande parte pelas necessidades do empregador. É comum terem esses trabalhadores que dar satisfação ao patrão de qualquer ausência de seu domicílio ou viagem que impossibilite o retorno imediato à sede da empresa em casos de urgência. Em verdade, raras são as oportunidades em que tais trabalhadores se ausentam do espaço geográfico que lhes propicie esse retorno imediato. E quando se ausentam, têm que estar sempre atentos para prestar o suporte possível através dos meios de comunicação utilizados pela empresa (os meios de comunicação em massa já referidos alhures).

Como poderíamos passar à margem de tal contexto para aplicar, de forma fria, o texto do § 2º do Art. 244 da CLT?

A integração analógica, no particular, é perfeitamente admissível, nos termos do Art. 8º da CLT, Arts. 1º, incisos III e IV, e 6º da CF/88, bem como em face dos princípios da proteção ao trabalhador, da vedação ao enriquecimento sem causa e da autopoiese do ordenamento jurídico, sob pena de se admitir a lacuna ontológica do Direito do Trabalho nesse mister. Forçoso, assim, em que pese a orientação do Col. TST no particular, reconhecer que o uso dos meios de comunicação em massa (*bips*, *paggers*, celulares, *lap-tops*, terminais integrados à empresa, computadores pessoais conectados à Internet, e outros aparelhos similares), quando destinados ao estado de alerta em que o empregado deverá se manter fora de seu horário de trabalho, caracteriza tempo à disposição do empregador, sendo cabível a aplicação analógica do preceito legal insculpido no § 2º do Art. 244 celetizado.

NORMAS DE SEGURANÇA DO TRABALHO RURAL

José Pitas*

SUMÁRIO:

I- DA INTRODUÇÃO

II- DA PRESCRIÇÃO - EC/28

III- DO INTERVALO INTRAJORNADA

IV- DAS NRRs – NORMAS REGULAMENTADORAS RURAIS

V- DA BIBLIOGRAFIA

I – DA INTRODUÇÃO

Modernamente, o Princípio da Igualdade tem influenciado a formação das civilizações. Hoje, o magistrado, o chefe do executivo e o parlamentar são, essencialmente, servidores públicos.

O patrão é o Povo e não o Rei e muito menos o Ditador.

O Princípio da Igualdade cresceu, na nossa cultura, penso, principalmente, com a doutrina de Jesus Cristo, cujo nascimento serviu de marco histórico ao nosso calendário. Diz-se: antes de Cristo e depois de Cristo (aC e dC. 2005 significa que são dois mil e cinco anos depois de Cristo).

Assim dispõe a Declaração Universal dos Direitos Humanos: *(A Declaração Universal do Direitos Humanos foi aprovada na III Sessão Ordinária da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, na cidade de Paris, passando a constituir a principal fonte de Direito da ONU, entidade supra e internacional):*

“Art. 1 - Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direito. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”

Assim dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:”

Após a Constituição Federal, havia, ainda, legal e tradicionalmente, distinção entre trabalhadores urbanos e rurais, em relação à prescrição, até que veio a Emenda Constitucional n. 28, de 25.05.2000, sem se mencionar a questão constitucional da necessidade de financiamento dos benefícios.

Contudo, conclui-se que, em tese, após a Emenda Constitucional n. 28, de 25.05.2000, o trabalhador urbano e o trabalhador rural têm os mesmos direitos. A única distinção que haverá entre o urbano e o rural será aquela dependente da peculiaridade. Quanto à peculiaridade, todas as categorias têm seu direito distinto.

Esta, portanto, a conclusão e diretriz que se deve observar ao aplicar o direito ao trabalhador rural.

II – DA PRESCRIÇÃO - EC/28

A primeira noção que se deve divulgar é que prescrição, antes de ser uma regra positiva de direito, é uma norma, um mecanismo, que está acima das regras de direito,

* JOSÉ PITAS é professor universitário, juiz titular da 12ª Câmara do TRT de Campinas e Membro da Academia de Letras de Franca-SP.

com o objetivo de equilíbrio das relações, mecanismo de pacificação pela anistia do passado.

Acreditando-se em reencarnação, você já imaginou se a memória das reencarnações passadas ficasse viva, no indivíduo? Seria, via de regra, muito inconveniente; razão por que a Sabedoria da Criação, ou Deus (para quem acredita), instituiu, no espírito, o mecanismo do esquecimento. Este mecanismo, de certa forma, é coerente com a própria Realidade, que existe, sempre, no presente ativo e na sabedoria humana, aproveitou-o para torná-lo presente nas relações humanas, como mecanismo das boas relações.

No mundo do direito, a Razão que preside todas as normas jurídicas instituiu, também, a prescrição, como norma positiva.

A prescrição, basicamente, é a inexigibilidade do direito, perante o Estado (órgão de julgamento e imposição da norma), após um segmento de tempo, em relação ao qual o indivíduo, que se viu agredido pela violação do direito, pode exigir sua restauração.

Ao lado desta noção de prescrição, temos ainda a noção de prescrição aquisitiva, e.g. a USUCAPIÃO [Confira o Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2000: “*s.f. – lat. Usucapio – Direito Civil. Modo de aquisição de coisa imóvel ou móvel pela posse pacífica e ininterrupta, com ou sem título, durante certo tempo. Prescrição aquisitiva.*”].

Convém, outrossim, divulgar a noção de DECADÊNCIA, instituto este que, na linha do princípio da prescrição, é inserido, também, no Direito, com o sentido de: “*Extinção do direito pela inação de seu titular, que deixa escoar o prazo legal ou voluntariamente fixado para seu exercício.*” (Cf. Dicionário Jurídico de Maria Helena Diniz, São Paulo, Saraiva, 1998, 4 volumes).

Em síntese: a) a prescrição só é disciplinada por lei; a decadência, por lei ou por contrato; b) na prescrição, perde-se o direito de exigibilidade do direito, mas se o perde; na decadência, perde-se o próprio direito.

A propósito deste tema, confira sua disciplina no novo Código Civil, no Título IV – Da Prescrição e Da Decadência (Capítulo I - Da Prescrição, nos artigos: 189-208. Capítulo II - Da Decadência, nos artigos: 207-211).

Em relação aos trabalhadores do campo, a lei anterior, Lei n. 4.214, de 21 de março de 1963, em seu artigo 175, dispunha o que o artigo 10 da Lei do Trabalho Rural também dizia:

“A prescrição dos direitos assegurados por esta Lei aos trabalhadores rurais só ocorrerá após dois anos de cessação do contrato de trabalho.”

“A prescrição dos direitos assegurados por esta lei aos trabalhadores rurais só ocorrerá após dois anos de cessação do contrato de trabalho [Redação da Lei n. 4.214/63].”

Este dispositivo, por sua vez, foi reiterado pela redação primitiva da atual Constituição Federal (com substituição do vocábulo ‘cessação’ por ‘extinção’), em seu artigo 7º, inciso XXIX, que assim dispunha:

“ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de:

~~*b) até dois anos após a extinção do contrato, para o trabalhador rural;*~~

Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 28, de 25 de maio de 2000, o benefício da prescrição só após dois (2) anos da extinção do contrato de trabalho rural foi revogado, dando-se ao respectivo dispositivo constitucional a seguinte redação:

“ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.”

Em razão desta revogação, o TST editou a Orientação Jurisprudencial n. 271, da SDI n. I, nos seguintes termos:

Rurícola. Prescrição. Emenda Constitucional n. 28/2000. Processo em curso. Inaplicável. Inserida em 27.09.2002

Considerando a inexistência de previsão expressa na Emenda Constitucional n. 28/2000 quanto à sua aplicação retroativa, há de prevalecer o princípio segundo o qual a prescrição aplicável é aquela vigente à época da propositura da ação.

Esta OJ causou divergentes posicionamentos nos TRTs, contudo, data venia, a melhor interpretação é no sentido de que os efeitos da Emenda Constitucional n. 28 só podem incidir após sua promulgação, dia 25.5.2000, ou seja, eventual violação ao direito trabalhista, ocorrida antes da publicação da Emenda Constitucional, pode ser exigido, em qualquer hipótese, até dois anos da extinção do contrato de trabalho, ante os seguintes fatos e fundamentos:

a) *data venia*, de entendimento diverso, a Orientação Jurisprudencial n. 271 do TST, deve ser interpretada no sentido em que ela mesma dispõe: “(...) *Considerando a inexistência de previsão expressa na Emenda Constitucional n. 28/2000 quanto à sua aplicação retroativa(...)*”, ou seja, a Emenda Constitucional n. 28 não gera efeito retroativo e, por isto, a prescrição em relação aos trabalhadores rurais só se inicia após 25 de maio de 2000, data em que a Emenda foi promulgada;

b) neste mesmo sentido, observe que a tradição do direito é no sentido de que a lei não se aplica, retroativamente, como se deduz do artigo;

c) quando a Constituição Federal, que é mãe de todas as leis, deseja fazer a quebra deste princípio, ela mesma o declara, como se pode ver no artigo n. 17 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias:

“(...) não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título.”;

d) não seria justo que o trabalhador rural que, num momento, tinha a proteção e promessa da lei *mater*, a Constituição Federal, de que eventual violação a seu direito poderia ser discutida até dois (2) anos após extinção do contrato de trabalho, viesse a ser ‘traído’ pela própria norma constitucional que mais tarde diria: “*Senhor trabalhador rural, aquela regra que ontem prometi não vale mais, eu estava mentindo*”. Formalmente, até que a Lei Maior poderia ter feito isto. Mas, graças à moral e graças à Técnica, isto não foi feito. Como disse a OJ, não existe previsão, na Emenda Constitucional, de sua aplicação retroativa;

e) outro argumento em favor da interpretação de não aplicação retroativa da Emenda Constitucional está no fato de que o instituto da prescrição é híbrido, ou seja, tem aspecto processual e aspecto de direito material; quando se trata de medir o tempo, ele é de direito material; quando se trata de disciplinar aspectos processuais, a prescrição tem natureza de direito processual (por isto, a prescrição é disciplinada, também, pelo Código de Processo Civil). No caso dos contratos de trabalho, é indiscutível que se está medindo o tempo e, neste caso, o direito é material e, por isto, não se pode aplicar a regra do artigo 1.211 do CPC, ainda que por analogia [*Este Código rege o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes*]. Isto dá a entender que a disposição tem efeito retroativo, em relação aos atos que vão se completar no segmento de vigência do Código. O caso é muito diferente em relação ao contrato de trabalho, cuja relação seja ato incompleto que se completará com a vigência da nova disposição sobre prescrição;

f) para se completar o entendimento de vigência e aplicação da Emenda Constitucional n. 28, observe-se que, se uma ação for ajuizada após a vigência da

Emenda, observar-se-ão os seguintes fatos:

1. o segmento do contrato de trabalho rural até 24.5.00 não terá prescrição, se a ação for ajuizada até dois anos de sua extinção;
2. o segmento do contrato de trabalho a partir de 25.5.00 fica sujeito à prescrição, semelhante ao do trabalhador urbano, ou seja, o ato inquinado de violação poderá ser discutido, durante o contrato, por cinco anos, e os eventuais direitos não poderão ser reclamados, se extinto o contrato de trabalho há pelo menos dois anos.

III - DO INTERVALO INTRAJORNADA

O primeiro aspecto a ser destacado é que não existe biologicamente trabalhador urbano e trabalhador rural, de forma que a legislação deve se adaptar a isto, ao disciplinar a questão da infração quanto aos intervalos intrajornadas.

Examina-se a possibilidade jurídica de aplicação do § 4º do artigo 71 da CLT, que comina o Empregador, que venha a diminuir ou suprimir o intervalo para descanso e refeição, no âmbito rural.

O Argumento dos empregadores rurais acionados é o disposto no artigo 5º do Estatuto do Trabalho Rural (Lei 5.889/73), que assim dispõe: “(...) *observados os usos e costumes da região (...)*”. Nos usos e costumes da região, quando se trata de safra, os trabalhadores utilizam-se de tempo mínimo para aproveitar a produção e têm, muitas vezes, dois intervalos grandes para refeição.

Contudo, em obediência ao disposto no artigo 7º da Constituição Federal, e o contido no Decreto 73.626, de 12 de fevereiro de 1974, que aprovou o Regulamento da Lei 5.889, de 08.6.73 (Estatuto do Trabalho Rural), a questão acha-se disciplinada pelo artigo 5º, em seu § 1º, nos seguintes termos:

“Será obrigatório, em qualquer trabalho contínuo de duração superior a seis (6) horas a concessão de um intervalo mínimo de uma (1) hora para repouso ou alimentação, observados os usos e costumes da região.”

IV- DAS NRRs – NORMAS REGULAMENTADORAS RURAIS

1. Observe o leitor um fato interessante: as NRRs – Normas Regulamentadoras Rurais, a despeito de, normalmente, conhecer-se apenas as NRs (Normas Regulamentadoras Urbanas), existem, no ordenamento jurídico brasileiro, desde a Portaria n. 3.067, de 12.04.88 (antes da Constituição Federal, vigente).

2. Normalmente, se tem citado apenas as NRs, por uma questão simples, já apreciada: não há diferença básica entre o trabalhador urbano e o rural.

3. Em razão disto, pretendemos, em seguida, citar as NRRs, no que possam diferenciar das normas anteriores.

4. Como se poderia esperar, as diferenças dizem respeito, principalmente, às peculiaridades do campo, embora, na época em que foram editadas (antes da Constituição Federal cidadã), se tivesse, em vigor, distinções mais acentuadas, entre as duas categorias.

5. São cinco as NRRs, que, de fato, disciplinam apenas regras complementares às NRs, tidas para os urbanos, embora, hoje, esta expressão esteja caindo em desuso, ante a igualdade das duas categorias. Na verdade, as NRs são Normas Regulamentadoras para todos os empregados comuns e, no que couber aos avulsos: [NR 1 – Item 1.1.1. *“As disposições contidas nas Normas Regulamentadoras – NRs, aplicam-se, no que couber, aos trabalhadores avulsos, às entidades ou empresas que lhes tomem o serviço e aos sindicatos representativos das respectivas categorias profissionais.”*]

6. Embora se veja no livro *Normas Regulamentadoras Comentadas*, de autoria e

organização de *Giovanni Moraes de Araújo*, 5.edição, Rio de Janeiro, obra editada por GVC, em 2005, em seu volume 2, página 1.339, que as NRRs foram instituídas por meio do artigo 13 da Lei n.5889, de 08.6.73, *data venia*, a força do artigo 13 é maior do que esta declaração, como se pode ler, em seu texto (“*Nos locais de trabalho rural serão observadas as normas de segurança e higiene estabelecidas em portaria do Ministério do Trabalho e Previdência Social.*”), por, pelo menos, dois fundamentos:

Primeiro, o artigo 13 não prevê futuras normas e sim se refere às já existentes;

Segundo, as NRs, já existentes, disciplinam e disciplinavam, também, situações encontradas, no campo.

7. NRR-1- Disposições Gerais

A NRR-1 contém doze (12) itens e especialmente o seu item 1.12 assim dispõe:

Além das NRRs, aplicam-se ao trabalhador rural, no que couber, as seguintes Normas Regulamentadoras –NRs, aprovadas pela Portaria n. 3.214, de 08 de junho de 1978, observadas as alterações posteriores: a) NR-7 – Exame Médico; b) NR-15- Atividades de Operações Insalubres; c) NR-16- Atividades e Operações perigosas.

8. NRR-2 - SERVIÇO ESPECIALIZADO EM PREVENÇÃO DE ACIDENTES DO TRABALHO RURAL – SEPATR

Esta NRR contém oito (8) itens.

Esta segunda norma regulamentadora do trabalho rural prevê a instalação do SEPATR, apontando o número mínimo de trabalhadores por estabelecimento e a proporcionalidade de profissionais, que devem integrar o SEPATR.

9. NRR-3 – COMISSÃO INTERNA DE PREVENÇÃO DE ACIDENTES DO TRABALHO RURAL – CIPATR

Esta NRR, que corresponde à NR 5, contém vinte e um (21) itens.

O que me parece relevante nesta NRR é que o prazo do mandato do cipeiro rural não é de um (1) ano, como previsto no § 3º do artigo 164 da CLT, mas é de dois (2) anos: “*Item 3.5: O mandato dos membros da CIPATR será de dois anos, permitida uma recondução.*” (Cf. CLT, artigo 163, § único, e artigo 13 da Lei 5.889, de 08.6.73).

A estabilidade do cipeiro, que segundo o TST, 339, e o STF, 676, também, estende-se ao suplente, além do prazo do mandato, que para o trabalhador rural, por força da NRR –3, item 3.5, é de dois anos, abrange um ano após o mandato, por força do item 5.8 da NR c.c. artigo 7º da CF/88 e artigo 10 do ADCT: [NR 5 – Item 5.8: *É vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa do empregado eleito para o cargo de direção de Comissões Internas de Prevenção de Acidentes desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato.*” - CF/ Art.7º: “*São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.*” - CF/88, ADT, art. 10-II, ‘a’: “*– fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato.*”].

10. NRR-4 –EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL – EPI

Esta NRR, que corresponde à NR 6, contém oito (8) itens.

O item 1 de ambas as Normas Regulamentadoras cuida de definição do que seja EPI, por isto, é interessante verificar a definição da NR, ligada, tradicionalmente, aos urbanos que é mais completa:

“Item 6.1. Para os fins de aplicação desta Norma Regulamentadora –NR, considera-se Equipamento de Proteção Individual – EPI, todo dispositivo ou produto,

de uso individual, utilizado pelo trabalhador, destinado à proteção de riscos suscetíveis de ameaçar a segurança e a saúde no trabalho.”

É evidente que os EPIs relacionados ao trabalhador rurícola devem ser peculiares àqueles que desempenham atividade, no campo, como por exemplo: *“chapéu de palha de abas largas e cor clara para proteção contra o sol, chuva, salpisco, etc... (item 4.3)”*.

11. NRR- 5 – PRODUTOS QUÍMICOS

Esta NRR contém oito (8) itens.

Assim dispõe o item 5.1: *“Esta Norma trata dos seguintes produtos químicos, utilizados no trabalho rural: agrotóxicos e afins; fertilizantes e corretivos.”*

Os subitens 1, 2 e 3, do item 5, definem as três categorias de produtos químicos.

O item 5.2 disciplina a proibição de produtos não aprovados governamentalmente.

O item 5.3 disciplina a manipulação, preparo e aplicação dos produtos.

O item 5.4 disciplina o uso dos respectivos EPIs.

O item 5.5 disciplina a regular utilização de embalagens e restos de produtos.

[OBS. O livro consultado pula o item 5.6. Porém, ao se consultar o respectivo site, constata-se que o Ministério do Trabalho, também, pula o item 5.6].

O item 5.7 disciplina a questão do armazenamento dos produtos. A propósito, assim dispõe o item 5.7.1: *“É proibida a armazenagem de produtos químicos ao relento, salvo os fertilizantes, em caráter temporário e observadas as seguintes condições (...)”*.

E, finalmente, o item 5.8, em seus quatro subitens disciplina a questão do transporte dos produtos químicos.

Dispõe o item 5.8.1: *Os produtos químicos serão transportados em recipientes claramente rotulados, herméticos e resistentes.”*

V - DA BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Giovanni Moraes de (autor e organizador). **Normas Regulamentadoras Comentadas**. 5. ed. Rio de Janeiro: GVC, 2005. 2 vol. 1.689p. PITAS, José. **Lei de Introdução ao Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2003. 224p.

CAMPANHOLE. **Todas as Constituições do Brasil**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1976. 597p.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo: direito comparado**. Lisboa. Tradução de Hermínio A. Carvalho: Meridiano, 1972. 672 p.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **A lei de introdução ao código civil brasileiro**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 1390 p. [3 v.].

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 342 p.

RÃO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 2.ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1977. 1.014 p. [5 v.].

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 394p.

TENÓRIO, Oscar. **Lei de introdução ao código civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsor, 1955. 1365p.

COSTA, Armando Casimiro; FERRARI, Irany; MARTINS, Melchíades Rodrigues. **CLT-LTr**. 32.ed. São Paulo: Ltr, 2005. 732p.

NEGRÃO, Theotônio. **Código de Processo Civil e Legislação**

processual em vigor. 37.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 2.269p.

AZEVEDO, Francisco Ferreira dos Santos. **Dicionário Analógico**. Brasília: Coordenada/Thesaurus, 1983. 685p.

AQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Vademecum Universitário de Direito**. 5.ed. São Paulo: Jurídica Brasiliense, 2002. 1.322p.

ALMEIDA, Napoleão Mendes de. **Dicionário de questões vernáculas**. 4.ed. São Paulo: Ática, 1988. 522p.

RUSS, Jacquesline **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Scipione, 1994. 382p.

Academia Brasileira de Letras Jurídicas. **Dicionário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. 601p.

CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário Etimológico**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982. 839p.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário da Língua Portuguesa Novo Aurélio**. Século XXI. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000, 2.128p.

Academia Brasileira de Letras. **Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa**. 3.ed. Rio de Janeiro: Block, 1999. 816p.

CUVILLIER, Armand. **Vocabulário da Língua Filosófica**, Pequeno. Tradução de Lólio Louren de Oliveira e J.B. Damasco Penna. São Paulo: Cia Nacional, 1969. 215p.

SITE DO MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL - DATAPREV - Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social.

SITE WWW. PLANALTO.GOV.BR (LEGISLAÇÃO/LEI COMPLEMENTAR/LEI).

O DIREITO CONSTITUCIONAL À PRIVACIDADE E O RASTREAMENTO DE E-MAILS

Maria Beatriz Vieira da Silva Gubert¹

“A Constituição, em si, em sua dimensão interna, constitui um sistema. Essa idéia de unidade interna da Lei Fundamental cunha um princípio específico, derivado da interpretação sistemática, que é o princípio da unidade da Constituição. A Constituição interpreta-se como um todo harmônico, onde nenhum dispositivo deve ser considerado isoladamente” (Luiz Roberto Barroso)²

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Com a larga utilização da informática nas empresas, cada vez mais comuns as redes de computadores, com a integração dos funcionários, cada qual portador de um e-mail próprio, vinculado ao provedor da empresa (os chamados e-mails corporativos). Este artigo tem por objetivo refletir sobre a possibilidade de rastreamento dos aludidos e-mails, diante do direito constitucional de proteção à privacidade e da garantia de inviolabilidade das correspondências (artigo 5º., incisos X e XII, CF).³

2. LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA NO BRASIL E NO MUNDO

Segundo a Folha Online de 10/07/01⁴, mais de um terço dos norte-americanos que usam a Internet no trabalho têm suas atividades *on line* monitoradas por seus patrões, o que vem crescendo devido ao baixo preço das ferramentas de rastreamento e diante da preocupação, por parte das empresas, com a produtividade e com o uso da rede para fins sexuais.

Um estudo conduzido pela entidade *Privacy Foundation*⁵ apurou que, de 40 milhões de trabalhadores norte-americanos, cerca de 14 milhões (35%) são monitorados no seu uso de Internet no escritório. Mundialmente, a taxa é menor: de 100 milhões de empregados, 27 milhões são rastreados.

No Brasil, não há normatização acerca da utilização da Internet no ambiente de trabalho, sendo certo que a regulamentação da matéria se impõe, diante dos novos tempos. Nada obstante, como bem salienta Maurício Godinho Delgado⁶, a despeito da ausência de normatização, é fato que a Carta Magna de 1988 rejeitou “*condutas fiscalizatórias e de controle de prestação de serviços que agridam à liberdade e dignidade básicas da pessoa física do trabalhador*”⁷

O Reino Unido, desde 2000, através da *Regulation of Investigatory Powers Act 2000*, autorizou expressamente as empresas a controlar, interceptar e gravar qualquer chamada telefônica, correio eletrônico ou a navegação pela Internet, sem conhecimento do trabalhador, sempre que a finalidade de tal interceptação se encaixasse em alguma das determinações legais.

1. Juíza Titular da 1ª Vara do Trabalho de Criciúma-SC e Professora de Direito Processual do Trabalho da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC).

2. BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação constitucional: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 135.

3. Artigo 5º, *inciso X* - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; e *inciso XII* - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a Lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

4. Disponível no site. <http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u6785.shl>, consultado em 30/06/05.

5. *Idem* nota 3.

6. “Curso de Direito do Trabalho”, Ed. Ltr, 4a. ed., 2005, pp. 634/635.

7. Op. Cit, pg. 635. Nesse sentido, o artigo 1º, III, CF/88; artigo 3o., I e IV/CF/88; artigo 5º., caput, III, e X, da CF/88.

Na Espanha, por sua vez, no final de 2000, o Senado aprovou uma moção para que o governo regulamente o uso do correio eletrônico e da Internet como instrumento entre os trabalhadores e os sindicatos, de forma a garantir a inviolabilidade das comunicações, por vir considerando a jurisprudência espanhola *“que o local de trabalho não constitui, por definição, um espaço onde se possa exercer o direito à intimidade. Esse direito está limitado ao seu exercício, dentro do local de trabalho, nos lugares de descanso, mas não naqueles em que efetivamente se desenvolve a atividade do empregado”*⁸.

O advogado Mário Antônio Lobato de Paiva⁹ ilustra a tendência espanhola, colacionando recente decisão da Sala Social do Tribunal Superior de Justiça Catalunya, composta pelos Drs. José Quetcuti Miguel, Francisco Javier Sanz Marcos e Rosa Maria Virolés Pinol, no processo de número 4854/2000, em que os juízes apreciaram um feito envolvendo a chamada *“informatização da demissão”*.

Entenderam os julgadores que o envio por parte do empregado, sem autorização da empresa, de 140 e-mails a 298 destinatários (terceiros ou colegas de trabalho), de natureza obscena, humorística e sexual, tem o condão de autorizar a sua demissão, sem direito à indenização e salários.

Uma das justificativas para a decisão colegiada é a de que o empregado desatendeu ao dever legal de prestar serviços, uma vez que a empresa demandada só permitia a utilização daquele sistema de comunicação para fins de execução da atividade laboral. Isto porque o trabalhador, ao utilizar dos meios informáticos por conta da empresa e em grande número de ocasiões, para fins alheios à sua atividade e comprometendo a atividade laboral de outros empregados, transgrediu a boa-fé contratual, violando os deveres de conduta.

Nos Estados Unidos, país conhecido pela obsessão no resguardo do direito à privacidade, lembra o Ministro Dalazen¹⁰, a maioria das Cortes vem entendendo que o empregado, ao receber um e-mail corporativo, não tem expectativa de privacidade na sua utilização, tendo em vista o ambiente de trabalho e a natureza dos recursos tecnológicos, e, ainda, o interesse do empregador em assegurar que seus empregados não abusem do uso do e-mail da empresa.

Em solo pátrio, a matéria vem sendo timidamente submetida aos Tribunais. Recente decisão da 1ª. Turma do c. Tribunal Superior do Trabalho¹¹, que confirmou

8. **INTERNET E DIREITO (Reflexões Doutrinárias)**, coordenado por **Roberto Rolland Rodrigues da Silva**, Editora Lumen Juris (Rio de Janeiro), **MMI**, fls. 71, no artigo **IMPACTOS DA INTERNET NO CONTRATO DE TRABALHO**, de autoria de **Zoraide Amaral**, conforme informação obtida no site <http://www.internetlegal.com.br/artigos>, visualizado em 04.07.05.

9. Disponível no site <http://www.internetlegal.com.br/artigos>, visualizado em 04.07.05, artigo “O monitoramento pelo empregador do correio eletrônico”.

10. Proc. TST RR - 613/2000-013-10-00

11. Idem nota 8. Publicação no DJ de 10/06/2005. Ementa: PROVA ILÍCITA. “E-MAIL” CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO.

1. *Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual (“e-mail” particular). Assim, apenas o e-mail pessoal ou particular do*

empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade.

2. *Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado “e-mail” corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre Internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia,*

decisão emanada da 3ª. Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região¹², reconheceu a ocorrência de justa causa na dispensa de um empregado acusado de enviar fotos pornográficas pela Internet, utilizando-se de provedor da empresa.

Naqueles autos, o empregador, depois de descobrir que um funcionário mandava mensagens eletrônicas com fotos pornográficas aos colegas, rastreou as mensagens, com o objetivo de obter provas para a demissão por justa causa. Para o c. TST, a prova obtida daquela maneira é considerada lícita, ao entendimento de que o e-mail corporativo é de propriedade do empregador, apenas cedido ao empregado, razão pela qual pode ele exercer o controle das mensagens, segundo o Ministro Dalazen, “*de forma moderada, generalizada e impessoal*”, a fim de evitar abusos.

A decisão de 1º grau, sinalize-se, oriunda da 13ª Vara do Trabalho de Brasília, havia concedido procedência ao pedido vestibular, ao argumento de que a empresa não teria o direito de violar as correspondências eletrônicas de seus funcionários e, como tal, considerando que a prova motivadora da justa causa fora obtida de forma ilícita, não a admitiu e anulou a justa causa aplicada.

O e. Regional da 10ª Região, por sua vez, através da Relatora Juíza Márcia Mazoni Cúrcio Ribeiro, reformando o julgado, entendeu que, sendo a reclamada detentora do provedor, cabia-lhe “*o direito de rastrear ou não os computadores da sua empresa, mormente quando são fornecidos aos empregados para o trabalho*” e que “*a empresa poderia rastrear todos os endereços eletrônicos porque não haveria qualquer intimidade a ser preservada, posto que o e-mail não poderia ser utilizado para fins particulares.*”¹³

Aplicando o princípio da proporcionalidade, entendeu a Juíza Relatora que não se pode, sob o dogma de respeito a determinadas garantias, possibilitar que sejam violados outros direitos, senão maiores, de igual importância, aí se inserindo os direitos à individualidade, liberdade, personalidade e privacidade e, do outro lado, a reputação da empregadora, que poderia ter sua imagem abalada.

Comungo, em parte, do entendimento do TRT da 10ª Região, referendado pela Superior Corte Trabalhista, desde que o monitoramento das mensagens eletrônicas esteja devidamente fulcrado em fatos objetivos (como, *in casu*, para descobrir o autor do envio de mensagens pornográficas) e de forma limitada, já que a permitir-se o rastreamento ilimitado estar-se-ia fazendo letra morta do direito constitucional à privacidade e, via de consequência, propiciando abusos por parte do empregador, que poderiam vulnerar, não só o direito fundamental à privacidade, como também o princípio de respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, Carta Magna).

tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o “e-mail” corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador.

4. Se se cuida de “e-mail” corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à INTERNET e sobre o próprio provedor. Insta ter presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inc.III), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de “e-mail” de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido).

5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em “e-mail” corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVII, da Constituição Federal.

6. Agravo de Instrumento do Reclamante a que se nega provimento.

12. Proc. TRT-DF-RO-0504/92, Rel. Juíza Márcia Mazoni Cúrcio Ribeiro.

13. Idem Nota 11.

Por outro lado, há de se ter em vista que o direito à privacidade e ao sigilo da correspondência dizem respeito à comunicação estritamente pessoal (no caso, os e-mails particulares, cuja proteção à privacidade é absoluta), consoante enfoque efetuado pelo Ministro Dalazen¹⁴, devendo o empregado ter consciência que a utilização de e-mail corporativo, ou seja, aquele cedido pela empresa com fins nitidamente profissionais, deve atentar para o bom senso e a razoabilidade, de forma a serem observados “*a moral e os bons costumes*”¹⁵.

Não pode o empregado olvidar, ainda, dos princípios da lealdade e da boa-fé na utilização dos equipamentos do empregador, não se podendo conceber que o faça de forma imoral e ofensiva.

A título ilustrativo, recente acórdão oriundo do e. Regional Catarinense, da lavra da Exma. Juíza Gisele Pereira, bem ilustra essa tendência, cuja ementa se encontra assim resumida: “*o e-mail corporativo, ainda que individualizado em nome do empregado e acessado por senha própria, deve destinar-se estritamente ao uso profissional, e a inviolabilidade da correspondência fica restrita, na medida em que faz parte do poder diretivo do empregador controlar a utilização dos instrumentos de trabalho disponibilizados aos seus empregados, visando à racionalidade, à eficiência e à correta aplicação desses bens destinados à produção*”¹⁶.

Nesse compasso, cabe à empresa, que detém o poder diretivo, orientar o empregado quanto ao uso desmedido do e-mail e também da Internet, a fim de combater os *Cyberslackings*¹⁷, o que gera queda no rendimento profissional, e aumento da vulnerabilidade dos computadores da empresa (em função dos vírus) e da sua responsabilidade legal sobre os atos dos funcionários.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A matéria posta em debate é polêmica e necessita de maior amadurecimento por parte da doutrina e jurisprudência pátrias, o que somente advirá da passagem do tempo e da submissão dos casos concretos aos Tribunais. O que deve ficar bem claro é que as garantias constitucionais à privacidade e inviolabilidade de correspondências não são absolutas e ilimitadas no ambiente de trabalho, no tocante ao rastreamento das mensagens eletrônicas provenientes de e-mails corporativos. Nessa linha de raciocínio, comungo do entendimento do constitucionalista Alexandre Moraes¹⁸, para quem “*...nenhuma liberdade individual é absoluta, sendo possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação das correspondências e comunicações telegráficas e de dados sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda das práticas ilícitas.*”

Referido doutrinador, inclusive, faz menção a uma decisão do excelso Supremo Tribunal Federal, que defendeu a possibilidade excepcional de interceptação de carta de presidiário pela administração penitenciária, ao argumento de que “*a inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas*”.¹⁹

Sob o mesmo enfoque, é a lição de Ada Pellegrini Grinover²⁰, para quem “*os direitos e garantias fundamentais não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio de sua convivência, que exige a interpretação harmônica e global das liberdades constitucionais.*”

14. Idem nota 10.

15. Segundo conclusão do Ministro Oreste Dalazen, na recente decisão do c. TST. Vide nota 10.

16. Acórdão 1050/05 (em segredo de justiça), publicado no DJSC de 29/08/05.

17. Pessoa que utiliza intensamente a Internet no ambiente de trabalho para fins pessoais – segundo pesquisa do site Vault.com, tal sujeito corresponde a 90% dos funcionários, sendo que 15% deles ultrapassam 2 horas diárias.

18. In “Direito Constitucional”, Ed. Atlas, 2004, 16a. ed., pg. 86.

19. STF-1a. T, HC 70.814/5, Rel. Min. Celso de Mello, DJU, 24.06.04, p. 166650-RT 709/418.

20. In “As Nulidades no Processo Penal”, 6ªed., São Paulo: Saraiva, 1996. p. 140.

Se, pelo lado do empregado, inexistem garantias absolutas constitucionais na relação de trabalho, pelo lado da empresa, deve ela resguardar sua reputação e preservar sua responsabilidade quanto ao uso das ferramentas de trabalho colocadas à disposição daquele, que pode estar fazendo mau uso delas, pelo envio de material ilegal (que incite e divulgue a pedofilia, por exemplo) ou moralmente inadmissível. Para isso, impõe-se a regulamentação da matéria, senão legal, pelo menos no âmbito coletivo, através de códigos de conduta ou cláusulas convencionais que deixem bem claro a vedação do uso do e-mail corporativo para fins particulares ou moralmente inadmissíveis, e a possibilidade de rastreamento em situações específicas e determinadas.

Os princípios da razoabilidade e da boa-fé devem ser levados em consideração pelos sujeitos da relação de trabalho. Somente assim o poder diretivo do empregador poderá ser exercido com responsabilidade, sem comprometimento do princípio da dignidade da pessoa humana, e os deveres impostos ao empregado poderão ser cumpridos de forma adequada e sem implicar em eventual responsabilização do empregador.

Notadamente em relação à pessoa do empregado, vale lembrar a lição do magistrado trabalhista Jorge Luiz Souto Maior²¹: *“Quando o empregado executa seus serviços em estabelecimento do empregador, que, obviamente, tem a sua organização, e utiliza os instrumentos de trabalho fornecidos pelo empregador, não é razoável que possa este empregado exercer a sua vida privada até o ponto de negar a existência de seu próprio estado de subordinação à ordem produtiva e mesmo a propriedade do empregador com relação aos meios de produção que lhe são postos à disposição”*. Ouso divergir, contudo, da conclusão do mesmo juiz, quando nega a “flexibilização” de um chamado direito fundamental (no caso, o direito à intimidade), sob pena da subversão do Estado de Direito. Entendo, ao contrário, que o direito à privacidade e à inviolabilidade de correspondências não pode se tornar de tal forma absoluto que sirva para acobertar, além do mau uso das ferramentas de trabalho, eventuais crimes que possam ser deflagrados a partir da utilização de e-mail corporativo por empregados inescrupulosos, os quais, por sua vez, poderão gerar a responsabilização direta ou indireta da empresa reclamada, nos termos do artigo 932, III, do novel Código Civil.

O jurista Alexandre Agra Belmonte, em obra pioneira sobre a matéria versada²² e citado pelo Ministro Dalazen no recente acórdão da Corte Superior Trabalhista²³, bem explicita a matéria no particular: *“Um das razões que levam ao rastreamento das navegações e e-mails diz respeito à associação da má utilização ao bom nome e reputação da empresa. No terreno da responsabilidade civil, não têm validade os chamados ‘Legal Disclaimers’ ou avisos de isenção de responsabilidade empresarial, que remetem ao funcionário - e não à Empresa - a responsabilidade pelo envio de e-mail causador de prejuízo moral ou material.”*

A fim de dirimir tais controvérsias, é que se impõe ao julgador a aplicação do princípio da proporcionalidade, a fim de avaliar a possibilidade de relativizar o direito à privacidade, bem assim a garantia à inviolabilidade das correspondências eletrônicas, desde que fulcrado em um fim legítimo e justificado por parte do empregador. Há que se ter muito cuidado, porém, sujeitando-se o empregador, nos excessos, a ser responsabilizado por abuso do direito, com eventual declaração de rescisão indireta (art. 483, “e”, CLT) e condenação ao pagamento dos direitos rescisórios decorrentes e indenização por danos morais, por vulneração dos direitos da personalidade. Igualmente,

21. No artigo *EC 45 reconheceu vocação da Justiça do Trabalho?* Disponível em: < www.estadao.conjur.com.br > . Acesso: 01.07.05.

22. “O Monitoramento da Correspondência Eletrônica nas Relações de Trabalho”. São Paulo: LTr, 2004, p. 113.

23. Idem nota 8.

agindo o empregado em desrespeito aos deveres que lhe são exigidos (diligência e boa-fé, por exemplo), poderá ser responsabilizado com a dispensa motivada, por desídia ou mau procedimento, conforme o caso (artigo 482, alíneas “e” e “b”, respectivamente), ou mesmo indisciplina (alínea “h” do mesmo dispositivo legal), no caso de haver um código de conduta que regulamente o uso do correio eletrônico corporativo.

Em conclusão, soam preciosas as palavras do já citado Alexandre de Moraes²⁴: *“Os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.”*:

É o que devemos levar em consideração quando da análise dos casos concretos.

BIBLIOGRAFIA

BELMONTE, Alexandre Agra. **O Monitoramento da Correspondência Eletrônica nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho** São Paulo: Ltr, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Nulidades no Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1996.

KAMINSKI, Osmar. **Controle de E-mails**. Disponível em: < www.conjur.com.br.> Acesso em 30.06.05.

LIPPMANN, Ernesto. **Privacidade Eletrônica**. Disponível em: < www.conjur.estadao.com.br/static/text/19112,1.> Acesso em 01.07.05.

MACHADO, Guilherme A Gonçalves. **O E-mail no Ambiente de Trabalho**. Disponível em: < www.internetlegal.com.br/artigos.> Acesso em 04.07.05.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2002

NASCIMENTO, Sônia A C. Mascaró. **O Assédio Moral no Ambiente do Trabalho**. São Paulo. Revista Ltr 68-08. 2004.

PAIVA, Marco Antônio de Lima. **O monitoramento pelo empregador do correio eletrônico**. Disponível em: < www.internetlegal.com.br> . Acesso em: 04.07.05.

SILVA NETO, Amaro Moraes e. **Privacidade na Internet**. Disponível em < :www.internetlegal.com.br/artigos.> Acesso em: 04.07.05.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Disponível em: < www.estadao.conjur.com.br.> Acesso em: 01.07.05.

Mais de 1/3 dos Trabalhadores dos EUA são monitorados na Web. Folha Online de 10/07/02. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u6785.shl>. Acesso em 30/06/05.

24. Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2002.

A NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA DO EMPREGADO PÚBLICO: OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE, MORALIDADE E IMPESSOALIDADE

Oscar Krost*

“(...) em todos os momentos da história, o direito é constituído por uma tensão entre regulação (autoridade) e emancipação (razão), mas, com o desenrolar da experiência humana, a emancipação triunfa sobre a regulação”.

Boaventura de Sousa Santos¹

SUMÁRIO

1. Introdução.
2. Empregado Público. Conceito. Contratação e dispensa. Vedação à despedida imotivada.
3. Conclusão.
4. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Apresenta-se como uma das questões mais tormentosas atualmente ao Direito do Trabalho a resolução de conflitos decorrentes de relações firmadas entre a Administração Pública e seus trabalhadores, quando adotado o regime contratual, disciplinado pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Tal fenômeno se configura, principalmente, pela colocação em choque de valores caros a dois ramos distintos do saber jurídico, marcados pela defesa de interesses antagônicos e de difícil conciliação, como o são o Direito Administrativo e do Trabalho.²

Dentre os pontos mais polêmicos se encontra a questão sobre a existência de garantia do posto de trabalho por parte do empregado público, pela aplicação do art. 41 da Constituição, dividindo-se a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Diante de tais fatos, por meio de uma interpretação calcada em inúmeras disposições que integram o sistema normativo, propõe-se uma releitura crítica do tratamento dispensado ao tema, examinando o conceito de empregado público, sua forma de contratação e de dispensa, bem como os fundamentos favoráveis à necessidade de motivação do ato que promova o seu desligamento, lançando mão, para tanto, de textos normativos e doutrinários, além de subsídios jurisprudenciais.

* Juiz do Trabalho Substituto da 12ª Região, Ex – Professor Substituto do Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade de Direito da UFRGS

1. In “Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática”. São Paulo: Cortez, vol. 1 - “A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência” -, 2001, p. 129.

2. Dimensionando com peculiar precisão a complexidade com que se imbuí o tema, leciona Carmen Camino: “*Mais de vinte anos de experiência na magistratura do trabalho autorizam-nos a expressar nossa total discordância com a adoção do regime dito ‘celetista’, ou ‘celetário’, para o provimento de postos de trabalho no âmbito da Administração Direta, diante da sua substancial incompatibilidade com os objetivos e com a natureza do serviço público. (...) Essas intransponíveis dificuldades têm martirizado os juizes do trabalho, às voltas com ações de servidores públicos, nas quais invocados princípios próprios do direito do trabalho, muitas vezes colidentes com os princípios regentes da Administração Pública. Apenas para ficarmos num único entre os tantos exemplos, imaginemos o, talvez, mais freqüente, do servidor pleitear incorporação de direitos à luz do art. 468 da CLT, inspirado na preservação da condição mais benéfica – uma das faces do princípio da proteção, diante de nova lei que venha alterar determinado aspecto das condições de trabalho, por absoluta necessidade de atender ao interesse público. A que princípio o juiz atenderá? A que interesse dará prevalência?*” (In “Direito Individual do Trabalho”. Porto Alegre: Síntese, 2003, pp. 306/307)

2. EMPREGADO PÚBLICO. CONCEITO. CONTRATAÇÃO E DISPENSA. VEDAÇÃO À DESPEDIDA IMOTIVADA

Por empregado público tem-se o ocupante de emprego mantido com o Estado, em modalidade de “*núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes contratados para desempenhá-los, sob relação trabalhista*”.³

Integra a espécie do gênero servidor público, o qual compreende, ainda, os “estatutários”, regidos por estatuto próprio e que ocupam cargos, e os trabalhadores disciplinados por regime especial, também conhecido por administrativo, que podem estar vinculados tanto a cargos, quanto a empregos, de acordo com a lei instituidora do respectivo posto de trabalho.

Como requisito de acesso a cargo ou a emprego público, a partir da Constituição de 1988, por seu art. 37, inciso II, exige-se a prévia aprovação em concurso, de provas ou de provas e títulos, quanto a liames a prazo indeterminado. Encontram-se excetuadas de tal exigência apenas duas hipóteses: a de contratação emergencial, a prazo certo, nos termos estabelecidos em lei específica, para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público, e a de nomeação para cargos em comissão, de livre investidura e exoneração, nos termos dos incisos II e IX do dispositivo antes referido, atinente à Carta Política.

Quanto à forma de dispensa dos trabalhadores públicos admitidos a prazo indeterminado, após aprovação em certame, duas situações se apresentam, de acordo com o regime jurídico.

Aqueles disciplinados por estatuto é vedada a livre exoneração, em face da estabilidade obtida após aprovação em estágio probatório de três anos, nos moldes previstos no art. 41 da Constituição. Somente podem ser desligados em virtude de sentença judicial transitada em julgado, após a realização de processo administrativo ou de procedimento de avaliação periódica de desempenho, sendo nestas duas últimas situações necessário assegurar-lhes o exercício da ampla defesa, nos termos do parágrafo 1º do artigo mencionado, ou, ainda, em face da necessidade de adequação aos limites de despesas com pessoal, nos termos previstos no art. 169, §4º, da Lei Maior.

De outro lado, não tão pacífica se mostra a situação dos trabalhadores regidos pela CLT. Atualmente a doutrina e a jurisprudência traçam como critério de distinção para fins de definição sobre a existência ou não de impedimento contra a despedida do empregado público a alocação de seu empregador na estrutura organizacional do Estado.

Se contratado pela Administração Direta, Autárquica ou Fundacional Federal, estaria tal trabalhador ao abrigo de uma espécie singular de garantia, contra a dispensa imotivada, ressalvada a prática de falta grave, nos termos previstos no art. 482 da CLT, de acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas, da necessidade de redução do quadro de pessoal, para adequação ao limite de despesas, ou por insuficiência de desempenho, conforme art. 2º da Lei nº 9.962/2000. Em semelhante sentido, porém atingindo os quadros dos Estados, Distrito Federal e Municípios, e por fundamento diverso, encontra-se pacificado no TST o entendimento sobre a aplicação a estes empregados públicos do art. 41 da Constituição, consoante Súmula 390, item I.

Entretanto, se como empregador figurar uma Empresa Pública ou uma Sociedade de Economia Mista, majoritariamente está sedimentada a posição que não apenas não estariam os empregados protegidos contra a dispensa, como o ato que a determinar não necessitaria de motivação expressa.

Nota-se claramente a existência de disparidade de tratamento não apenas entre

3. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *In* “Curso de Direito Administrativo”. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 235.

desiguais, fato imposto pela distinção evidente entre “estatutários” e “celetistas”, em função do regime jurídico adotado. Verifica-se a dispensa de trato nitidamente diferenciado entre semelhantes, dando margem à criação de uma subcategoria de trabalhador regido pela CLT.

O ato de dispensa do empregado público, independente de ser o empregador integrante da Administração Direta ou não, deve ser analisado como categoria de ato administrativo, de cunho discricionário, na medida em que praticado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sendo-lhe oportunizada a elaboração de um juízo de conveniência e oportunidade para sua efetivação, podendo, ainda, eleger os respectivos motivos.

Encontra-se sujeito aos Princípios da Impessoalidade e da Moralidade, moderados pelo Princípio da Legalidade, positivados no art. 37, *caput*, da Constituição, de cuja análise conjunta depreende-se a existência de vedação pelo sistema ao desligamento dos quadros públicos de um dado trabalhador por interesse pessoal do administrador ou por afronta aos valores morais que devem orientá-lo, em oposição à finalidade do Estado, como bem exposto por Celso Antônio Bandeira de Mello:

*“Assim, como a contratação de pessoal nas empresas públicas e sociedade de economia mista sofre o condicionamento aludido, também não é livre o desligamento de seus empregados. Cumpre que haja razões prestantes e demonstráveis para efetuarlo, já que seus administradores não gerem negócio particular, onde prepondera o princípio da autonomia da vontade, mas conduzem assunto de interesse de toda a coletividade, cuja gestão sempre reclama adscrição à finalidade legal preestabelecida, exigindo, pois transparência, respeito à isonomia e fundamentação satisfatória para os atos praticados. Daí que a despedida de empregado demanda apuração regular de suas insuficiências ou faltas, com direito à defesa e, no caso de providências amplas de enxugamento de pessoal, prévia divulgação dos critérios que presidirão as dispensas, a fim de que se possa conferir a impessoalidade das medidas concretamente tomadas. Perante dispensas ilegais, o empregado terá direito à reintegração no emprego, e não meramente indenização compensatória, pois não estão em pauta interesses privados, mas sobretudo o princípio da legalidade da Administração, o qual é garantia de todos os cidadãos e ao qual, portanto, todos fazem jus”.*⁴

Inexiste nos Direitos Administrativo e Constitucional hipótese que autorize a prática de ato de qualquer espécie que não se submeta direta ou indiretamente ao crivo dos Princípios e das regras que orientam estes campos do conhecimento,⁵ ainda que se admita a possibilidade de exercício de autonomia da vontade no Direito Público por parte dos agentes estatais no regular desempenho de suas atribuições.

Tese em contrário, daria margem à prática de atos não puramente discricionários, mas arbitrários, legitimando um processo de transposição do *modus operandi* do administrador, o qual estaria autorizado a fazer o que bem entendesse, sem a necessidade de justificar ou externar os motivos que o levaram a tanto, gerindo como seu o patrimônio público.

Ademais, sinal-se o teor dos arts. 7º, inciso I, 173, §1º, inciso II e 174, todos da Lei Maior, que asseguram o direito do trabalhador ao emprego protegido contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de Lei Complementar, impondo a submissão

4. *Op. cit.*, pp 259/260.

5. Paulo Bonavides, de forma elucidativa, esclarece a importância com que se revestem os Princípios no sistema jurídico: “As regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regime, a ordem jurídica. Não são apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência”. (*In* “Curso de Direito Constitucional”. São Paulo: Malheiros Editores S.A, 2002, p. 260).

do Estado ao regime jurídico das empresas privadas quando explorador direto da atividade econômica, servindo de indicativo aos particulares neste segmento atuantes, como agente normativo e regulador. Verifica-se com clareza a incumbência do Estado de servir como espécie “de norte” à atuação da iniciativa privada na esfera produtiva, demonstrando a possibilidade em uma sociedade democrática de se proceder à harmonização de fatores antagônicos, como a manutenção competitiva de um empreendimento com fins lucrativos e a valorização social do trabalho.

Em sede infraconstitucional, os arts. 422 e 472 do Código Civil⁶ impõem aos contratantes na conclusão e na execução dos negócios jurídicos a observância dos Princípios da Boa Fé e da Função Social dos contratos, bem como do paralelismo das formas, pelo qual, “*o distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato*”. Sob este enfoque, conclui-se que se o ingresso nos quadros públicos se encontra condicionado à prévia aprovação em certame de provas ou de provas e títulos, a fim de resguardar a impessoalidade da contratação, por coerência e lógica, mesmo entendimento deve pautar a terminação do vínculo, de modo a estar submetido a semelhante critério, eminentemente objetivo, sob pena de esvaziamento da própria intenção do Constituinte, ao positivá-lo. Sendo o quesito preponderante para o ingresso no serviço público o mérito pessoal do candidato, igual valor deve ser adotado para orientar seu desligamento, admitidas, em situações excepcionais, como de imperiosa necessidade de redução de gastos com pessoal, a opção por outras medidas, sempre ligadas à tutela do interesse público.

O fato do empregador integrar ou não a Administração Pública Direta, Autárquica ou Fundacional não pode servir de amparo à dispensa de tratamento idêntico no curso da contratação e da execução do liame contratual, diferenciando-se, contudo, no momento de sua terminação, quanto à garantia da manutenção do vínculo, segundo entendimento do TST. Tal posição afronta o Princípio Isonômico, previsto no art. 5º, inciso II, da Constituição, criando duas categorias distintas de empregados públicos: uma, de primeiro nível, à qual é preservado o emprego, que somente pode ser “perdido” mediante verificação de inaptidão pessoal do trabalhador, por cometimento de falta ou por critérios objetivos, e outra, em um plano inferior, cujo contrato de trabalho pode ser desfeito sem qualquer justificativa, pela prática de espécie de ato administrativo *sui generis*, exime de qualquer motivação, não se submetendo aos cânones que regem o Direito Administrativo.

Outra decorrência da tolerância à livre dispensa dos empregados admitidos mediante aprovação em concurso, sem a necessidade da devida fundamentação, repousa sobre o impedimento de aplicação do comando inscrito no art. 37, inciso IV, da Carta Política, que assegura o direito à observância da ordem classificatória dos candidatos aprovados em certame público para fins de nomeação ou contratação, chancelando de forma velada a preterição dos mais bem classificados em benefício daqueles em pior situação, de forma amplamente discricionária e arbitrária. Para tanto, bastaria que o Administrador procedesse ao chamamento dos que estivessem à frente do candidato de sua predileção, nomeando-os e dispensando-os, sucessiva e injustificadamente, dia após dia, dentro do prazo de validade do concurso, até que seu intento fosse obtido.

Apenas em situações em que manifesta a ocorrência de desvio de finalidade ou

6. Manuel Alfredo Martins e Rocha, compartilhando desta posição, sustenta que “*A denúncia vazia do contrato de trabalho na empresa pública agride o princípio maior da função social da empresa*”, concluindo ser “*possível a despedida do empregado não estável nas empresas estatais. Se, contudo, não houver observância, no ato da demissão, das normas legais, previstas no art. 37, ‘caput’, da Constituição Federal, isto é, legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, o ato é nulo*”. (“Servidor Público: empregado – estabilidade no emprego de trabalhadores nas empresas estatais – abuso de poder – atos nulos e atos anuláveis”. In Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região. São Luís: v. 2, nº 1, juho/1993, p. 63).

abuso de poder seria possível o desmascaramento de fraudes desta natureza, na forma examinada no acórdão oriundo do TRT da 4ª Região, nos autos do processo nº 00481.024/00-0, em que atuou como relator o Juiz José Cesário Figueiredo Teixeira, como se depreende dos termos de sua ementa:

“EMENTA: BANCO DO BRASIL. NULIDADE DE DISPENSA DE EMPREGADO CONCURSADO. A dispensa por empresa de economia mista de empregado contratado após aprovação em concurso público, no dia imediato ao da admissão, configura abuso de direito e ofensa à regra do art. 37, inciso I da Constituição Federal, pois viabiliza que o empregador escolha quais dentre os aprovados pretende efetivamente contratar. Prevalência desses princípios e da norma que os consagra, caput do art. 37, sobre as disposições do art. 173, parágrafo 1º da mesma Carta, e sobre as disposições consolidadas que tratam do contrato de experiência. Procedimento que atenta contra os princípios da moralidade e da impessoalidade que devem reger a administração pública direta e indireta e que, por isso mesmo, não pode ser cancelado”. (7ª Turma, Publicado em 07/7/2003)

Por este conjunto de fatores cresce a cada dia, não apenas em sede doutrinária, o entendimento de que necessária a motivação, por mais singela que seja, do ato de dispensa do empregado público, admitido após aprovação em concurso, inclusive para fins de exercício do direito à ampla defesa do mesmo.

Neste sentido se pronunciou a Advocacia-Geral da União, ente constitucionalmente investido nas funções de consultoria e assessoramento do Poder Executivo, na forma disposta no art. 131, caput, da Constituição, como apura-se da indexação do Parecer nº CQ-64, de lavra de Obi Damaceno Ferreira:

“SERVIÇO PÚBLICO – DISPENSA – MOTIVAÇÃO. Servidor admitido por concurso, conquanto regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, não pode ser dispensado discricionariedade, sem motivação. Ato nulo, a configurar abuso de poder. Reintegração do interessado no emprego”.⁷

Em mesma orientação existem decisões do STF, de lavra do Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, tal como a exarada em exame sobre a possibilidade de se promover a despedida sem motivação de integrante do Corpo Feminino da Aeronáutica, regida pela CLT, em que sustentou que “descabe concluir pela legalidade do ato de desligamento quando lançado ao mundo jurídico sem qualquer motivação”,⁸ demonstrando um novo viés de enfrentamento da questão pelo Judiciário.⁹

Embora se admita que o Estado, diretamente, por suas empresas ou por sociedades das quais é acionista majoritário, ao contratar pelo regime privado dispa-se das prerrogativas de império e de soberania, equiparando-se ao empregador comum, tal fato não tem o condão de eximi-lo do dever de observância aos ditames publicistas, previstos no art. 37, caput, da Constituição, os quais sempre o acompanham, principalmente na prática de seus atos, nos quais se incluem os de cunho discricionário, discricionariedade esta vinculada aos princípios constitutivos do sistema jurídico, conforme magistério de Juarez Freitas.¹⁰

Ao contrário do há muito defendido, não serve como justificativa à distinção

7. In “Revista de Direito Administrativo”. São Paulo: Editora Renovar, vol. 200, abril/julho 1995, pp. 249/256.

8. RMS 21485/DF, 2ª Turma, Publicado em 1º/7/1993.

9. Também do STF e do Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, o seguinte precedente: “EMENTA: ESTABILIDADE – SERVIDOR PÚBLICO. A estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição Federal independe da natureza do regime jurídico adotado. Servidores concursados e submetidos ao regime jurídico trabalhista têm jus à estabilidade, pouco importando a opção pelo sistema do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço”. (RE 187229/PA, 2ª Turma, Publicado em 14/5/1999)

10. In “Estudos de Direito Administrativo”. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, pp. 135 et seq.

feita entre a “preservação” do emprego dos que prestam labor à Administração Direta, Autárquica e Fundacional, em oposição aos trabalhadores das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, o imperativo de permitir ao Estado uma maior agilidade para atuar no desenvolvimento de atividades econômicas, permitindo igualdade de concorrência com os particulares. Embora o art. 173, §1º, inciso II, e §2º, da Constituição disponha que as Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista devam se sujeitar ao regime jurídico próprio das empresas privadas, não podendo gozar de privilégios fiscais não extensivo a estas, não se verifica a existência de qualquer oposição por tal fundamento à necessidade de contratar trabalhadores por concurso público, à realização de licitação para adquirir bens, contratar obras e serviços, à responsabilização objetiva por danos causados por seus agentes nessa qualidade e à vedação ao aumento de seus lucros “arbitrariamente”, na forma disposta nos arts. 37, incisos II e XXI, §6º e 173, inciso III, e §4º, todos da Lei Maior.

Nota-se claramente a não configuração da alegada quebra da isonomia de condições de concorrência estabelecida entre os setores público e privado, pela exigência às pessoas integrantes daquele de motivar o ato de dispensa de seus empregados, o que poderia, com muito mais razão, decorrer do atendimento das outras exigências alinhadas.

Deve o Estado, portanto, servir de exemplo aos demais atuantes no cenário econômico, e ao próprio Congresso Nacional, demonstrando que a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos moldes preconizados pelo art. 7º, inciso I, da Carta Política, há quase dezessete anos carente de regulamentação, não compromete ou impede o desenvolvimento com êxito de qualquer atividade produtiva, servindo, ao revés, como um meio de fazer valer a função social das empresas, expressão que congrega as figuras da propriedade e dos contratos.

Quer pela adoção ampla e irrestrita a todos os empregados públicos do disposto na Lei nº 9.962/00, por uma interpretação analógica, pautada no Princípio Isonômico inscrito no art. 5º, inciso II, da Constituição, quer por uma análise harmonizadora dos valores tutelados pelos Direitos Administrativo e do Trabalho, também em sede constitucional, ou ainda, por uma leitura moderna dos vetores disciplinadores das relações contratuais à luz do atual Código Civil, mostra-se premente uma reavaliação do entendimento majoritário e consagrado, de modo a resguardar minimamente o posto de trabalho do empregado de empresas públicas ou sociedades de economia mista. Esclareça-se, por relevante, que não se está defendendo a aplicação do disposto no art. 41 da Constituição a todo e qualquer trabalhador vinculado à Administração, que ingresse em seus quadros pela via do concurso público. Ao contrário, busca-se apenas atenuar o abismo de contradições gerado a partir da contemplação de uma “estabilidade no emprego” singular aos empregados da Administração Direta, Autárquica ou Fundacional e, em situação diametral, de ostracismo e abandono daqueles que, de modo desavisado, prestaram concurso e foram aprovados, para laborar para Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista.

3. CONCLUSÃO

O Estado, mesmo na condição de empregador, prestando serviços públicos ou desenvolvendo atividade econômica, encontra-se sujeito aos Princípios da Administração Pública, inscritos no art. 37, *caput*, da Constituição, como os da Legalidade, Moralidade e Impessoalidade, os quais devem ser ponderados, em tais situações, com aqueles que orientam o Direito do Trabalho.

Inexiste, sob tal ótica, a possibilidade da prática de ato administrativo discricionário, como expressão da autonomia de vontade do agente, sob risco de

configuração de arbítrio ou de desvio de finalidade, ambos contrários ao interesse público, em prejuízo à toda sociedade.

Devem, portanto, ser reavaliados os entendimentos doutrinário e jurisprudencial assentes, de que a dispensa dos empregados públicos vinculados a Empresas Públicas ou Sociedades de Economia Mista prescinde de motivação, ao contrário da situação em que a contratação se dá por algum ente integrante da Administração Direta, Autárquica e Fundacional.

Tanto pela observância das disposições aludidas, quanto pela adoção do Princípio Isonômico e dos vetores que disciplinam as relações contratuais à luz da moderna teoria dos contratos, urge repensar o trato até então dispensado ao tema, a fim de resguardar minimamente o posto de trabalho do empregado público não ligado à Administração Direta, Autárquica e Fundacional, exigindo-se a motivação fundamentada do ato de sua despedida, sob risco de nulificá-lo, de modo a permitir o exercício do direito à ampla defesa.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

* BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. “Curso de Direito Administrativo”. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

* BONAVIDES, Paulo. “Curso de Direito Constitucional”. São Paulo: Malheiros Editores S.A, 2002.

* CAMINO, Carmen. “Direito Individual do Trabalho”. Porto Alegre: Síntese, 2003.

* FERREIRA, Obi Damasceno. “Parecer nº CQ-64”, *In* “Revista de Direito Administrativo”. São Paulo: Editora Renovar, vol. 200, abril/julho 1995.

* FREITAS, Juarez. “Estudos de Direito Administrativo”. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

* ROCHA, Manuel Alfredo Martins e. “Servidor Público: empregado – estabilidade no emprego de trabalhadores nas empresas estatais – abuso de poder – atos nulos e atos anuláveis”. *In* Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região. São Luis: v. 2, nº 1, juho/1993.

* SANTOS, Boaventura de Sousa. “Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática”. São Paulo: Cortez, vol. 1 - “A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência” - , 2001.

O CONTRATO DE TRABALHO E O DIREITO AO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO À LUZ DA EMENDA CONSTITUCIONAL 45

Marcus Menezes Barberino Mendes*

SÍNTESE. 1. Escopo do direito e instituição de condição da ação para a administração estatal do conflito coletivo. 2. Capitalismo e contratualismo x sociedade e segurança econômica. 3. Tendência ao desequilíbrio dos preços econômicos no tempo. 4. Direito subjetivo individual e coletivo ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de trabalho por prazo indeterminado. 5. Sujeitos passivos da obrigação e instrumentos de reparação. 6. Conclusão.

1. ESCOPO DO DIREITO E INSTITUIÇÃO DE CONDIÇÃO DA AÇÃO PARA A ARBITRAGEM ESTATAL DO CONFLITO COLETIVO

Esse artigo pretende analisar, ainda que de modo incipiente, as condições de equilíbrio dos contratos de trabalho de longa duração (ditos contratos por tempo indeterminado) no contexto de um mercado de trabalho de bases eminentemente capitalistas, assumindo desde já que há um dever jurídico de promover o equilíbrio econômico-financeiro de qualquer contrato e, especialmente, dos contratos de trabalho, e a função jurisdicional nesse contexto.

Três são as premissas para a sua análise; o direito contemporâneo, mesmo numa sociedade tão heterogênea como a brasileira, busca legitimação através da partilha de direitos e responsabilidades entre os membros da comunidade, arbitrando o conflito distributivo segundo critérios racionalizadores; o direito ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos é inerente a todo regime contratual e a lesão a este postulado pode assumir diversas formas e ter múltiplos agentes; na sociedade brasileira um dos instrumentos de mediação do conflito distributivo entre capital e trabalho sofreu significativa alteração, estabelecendo legitimação concomitante para a invocação da solução político-estatal, aumentando sobremaneira a responsabilidade dos agentes negociadores.

A Alteração promovida pelo Poder Reformador com a emenda Constitucional 45 de 30.12.2004, menos do que retirar do Estado alguma função na administração¹⁻² de conflitos coletivos de trabalho – o que constituir-se-ia numa antinomia direta com a garantia constitucional da indeclinabilidade da jurisdição – instituiu procedimento tendente a elevar a responsabilidade dos sindicatos de trabalhadores e empregadores acerca do estabelecimento das condições de trabalho.³ A constitucionalidade de tal restrição ao acesso ao Judiciário está a se provar, mas a hipótese aqui suscitada tem premissas diversas.

* Juiz do Trabalho do TRT 15ª Região.

1. A palavra administração tenta emprestar aos mecanismos de intervenção jurisdicional a idéia de processo, em substituição à palavra "solução", que transmite uma idéia estacionária, positivista e, até certo ponto, romântica acerca da eficiência e legitimidade das suas decisões.

2. A contenda acerca da permanência ou não do Poder Normativo e da constitucionalidade da nova redação do art. 114 vai longe. Confira-se a esse respeito os artigos de José Luciano de Castilho Pereira e Marcos Neves Fava em *Justiça do Trabalho: Competência Ampliada e Nova Competência da Justiça do Trabalho*, respectivamente.

3. Neste texto empresta-se conceito amplo às condições de trabalho, englobando direitos econômicos, direitos de expressão, regras de negociação, direito à informação, regras de entrada e saída do mercado de trabalho, como a submissão a exames e testes de proficiência, e concessão de garantias de emprego e novas condicionalidades para a dispensa.

O acesso ao Judiciário passou a ter como condição ao exercício do direito de ação a aquiescência pelas partes em conflito. Desloca-se, portanto, a pretensão da esfera pessoal e da busca da tutela ao direito subjetivo violado, para a esfera de patrimônio compartilhado, não obstante seja flagrante a assimetria entre os supostos cotitulares da pretensão.

2. CAPITALISMO E CONTRATUALISMO. SOCIEDADE E SEGURANÇA ECONÔMICA

O contrato não é um fenômeno genuíno do capitalismo, mas é evidente que somente no capitalismo é que tornou-se uma instituição hegemônica para a aquisição de bens e direitos e assunção de deveres. Em sua concepção liberal é a capacidade de contratar que nos diz o grau de inserção dos indivíduos na sociedade.

No intermédio entre a 1ª e a 2ª revolução industrial, a noção de liberdade individual começou a derruir⁴ e os conflitos sociais e políticos conduziram a novas instituições, que mitigaram o regime contratual em sentido estrito reconhecendo a assimetria do trabalho.

O contínuo desenvolvimento do capitalismo, sem qualquer peia, coloca em risco não apenas os que diretamente se envolvem na produção, mas a sociedade e suas instituições, pois transfere aos indivíduos e famílias – e contemporaneamente ao Estado - os efeitos adversos do uso intensivo do trabalho.

Em qualquer era da civilização humana há estreita relação entre a esfera de produção de bens e serviços e as demais esferas da vida em sociedade (a família, o lazer, a religião, a autoridade política, etc). Mas se nas formas sociais pretéritas a economia destinava-se à satisfação das necessidades elementares da comunidade e restava subordinada às demais esferas, no capitalismo a esfera econômica tende a se autonomizar e mesmo penetrar nas demais esferas, impondo seu cálculo racional e pragmático.

Assim, a comunidade, despojada das formas tradicionais de acesso a bens de subsistência, vê-se inserida em uma situação de permanente instabilidade social e econômica. Quanto mais urbana e complexa a sociedade, maiores e diversos são os conflitos distributivos entre os que trabalham (e também os que precisam trabalhar mas não conseguem, por múltiplas razões) e os que demandam e contratam trabalho humano.

Nessas condições sociais, faz-se necessário revalorar no direito um outro aspecto de uma antiga noção jurídica: a de segurança econômica, um qualificativo material do tradicional instituto da segurança jurídica.⁵ A segurança econômica é corolário do direito à vida, do pertencimento à uma determinada comunidade, enfeixando de modo concreto o exercício da cidadania no plano econômico e social.

A noção de segurança econômica conduz ao reconhecimento do direito à justa retribuição pelo trabalho, do direito à renda provisória no curso de evento que impeçam o trabalho humano (doenças, desemprego, acidente de trabalho, aposentadoria). Por

4. Lembra Orlando Gomes que "Quando as condições da infra-estrutura social já estavam suficientemente amadurecidas, o Estado se dispôs a intervir nas relações de trabalho entre patrões e operários. Não podia fazê-lo, imediatamente, aplicando a própria experiência estatutária, pois isso seria o mesmo que subverter as ordens jurídico-econômica e política estabelecidas. E o estado tem por missão assegurar a sobrevivência dessas ordens, isto é, do regime vigente. Fê-lo, porém, por outros meios menos drásticos e mais respeitosos da ordem jurídica capitalista." Apud Curso de Direito do Trabalho, pág. 10.

5. A segurança jurídica, tal como a extraímos do liberalismo e do contratualismo, limita-se a assegurar o cumprimento integral das obrigações contratuais assumidas, concretizando as expectativas de certeza e previsibilidade dos contratos. No direito público constitui-se nas obrigações primárias do Estado de respeitar, em face da lei nova, o ato jurídico perfeito, os direitos adquiridos e a coisa julgada.

força do uso intensivo do trabalho imposto pela nova forma de sociabilidade, a sociedade passa a demandar múltiplas formas de regulação que elevem a segurança econômica dos trabalhadores e não proprietários dos meios de produção de bens e serviços, inaugurando o que Josserand denomina de “dirigismo contratual”.

3. TENDÊNCIA AO DESEQUILÍBRIO DOS PREÇOS ECONÔMICOS NO TEMPO

As teorias tradicionais do Direito e Economia concebem a possibilidade de uma sociedade em equilíbrio. O positivismo e sua visão auto-poiética do fenômeno jurídico⁶ é um dos exemplos dessa vertente, que em economia tem equivalente entre os clássicos (a romântica e terrível idéia da mão invisível) e neo-clássicos.

Nesse texto assumimos que a regra nas sociedades contemporâneas e capitalistas é a mutação e, por isso, a tendência aos desequilíbrios e a construção de assimetrias entre seus membros. Muitas são as causas dessas mutações, mas para os objetivos desse texto fiquemos com a noção incipiente de que o exercício da liberdade em suas múltiplas facetas conduz a constantes alterações na sociedade. Naquilo que nos importa, produz a alterações nos contratos e nas condições de execução destes.

Com efeito, ao longo da execução de um contrato de locação de imóvel, por exemplo, muitos fatores externos aos contratos concorrem para a alteração dos seus termos iniciais, como aumento de impostos relacionados com a propriedade de imóvel, perda de receita do locatário, aumento (ou redução) da demanda por imóveis alugados, modificação do uso do solo na zona da cidade onde se localiza o imóvel.

Esses eventos, embora não provocados pelos contratantes, alteram significativamente suas percepções sobre a utilidade e onerosidade do contrato celebrado. É certo que numa relação jurídica que se presume a igualdade entre os signatários, os próprios termos do contrato e a negociação direta mostram-se eficientes na busca do reequilíbrio contratual.

Mas a igualdade entre contratantes no mundo contemporâneo, é menos do que uma verificação empírica, é uma demonstração de saudosismo hoje mitigado pelo próprio direito civil. De todo o modo, resta demonstrado alguns dos efeitos do exercício da liberdade dos diversos agentes econômicos num singular contrato de locação.

O problema assume contornos mais dramáticos em contratos cuja assimetria é a regra. Tal é o caso do contrato de emprego, espécie do gênero trabalho que desde sempre atrai uma variedade de prestação de labor humano, ainda que muitas vezes a sua forma jurídica se expresse como sendo um contrato de trabalho autônomo urbano ou rural, negócio jurídico cooperativo, prestado interna ou externamente ao local de onde se irradia o mando do empregador.

A fundamental assimetria neste fenômeno jurídico é o centro da sociabilidade moderna: a propriedade dos bens de produção e sua potencial e quase irrefreável capacidade de inovação produtiva e social, em contraposição à necessidade de trabalho estável dos não-proprietários. É contra a notável discrepância entre o capital e o trabalho que se legitima a ação do estado⁷. E isso se faz em qualquer das suas funções políticas precípuas, inclusive a jurisdicional.

A formação de preços numa economia aberta segue dinâmica das mais complexas, já que eventos nacionais e internacionais interferem na sua composição. Aliás, uma economia de mercado é caracterizada exatamente pela ação individual e

6. É Everaldo Gaspar Lopes de Andrade quem discorre com mais vagar sobre a perspectiva positivista de solução dos conflitos coletivos de trabalho em alentada obra. Ver a esse propósito as págs 177/32 do *Dissídio Coletivo*, Ltr, São Paulo, 1993.

7. É Catharino que nos lembra ser “... a invasão das normas compulsórias ao terreno consensual não se espraia contra a vontade de ambas as partes. Na realidade, a lei coagindo a hipersuficiência do empregador está, em última análise, embora pareça contraditório, zelando pelo equilíbrio indispensável à vida normal do próprio contrato”.

competitiva dos agentes econômicos na defesa do auto-interesse⁸.

Por suposto, esses agentes não agem por impulso. Antes, se utilizam de refinado cálculo e estratégia para maximizar seus resultados e minimizar as incertezas que cercam a atividade econômica. Nesse cálculo se incluem ações agressivas como reajustar preços, inovar a gestão, incorporar novas tecnologias, reduzir preços para aumentar sua participação no mercado, reduzir o custo de pessoal com múltiplas estratégias, promover elisão tributária, se antecipar as estratégias dos competidores.

Para os seres humanos avulta a importância das estratégias para reduzir os custos com pessoal, já que serão estes que terão maior repercussão na segurança-econômica das famílias e dos indivíduos. A fixação dos custos de uso do trabalho é uma das tarefas fundamentais do cálculo empresarial.

Quanto mais dissimétrica as relações entre capital e trabalho, maior a pressão que aquele exerce sobre esse. São múltiplos os instrumentos utilizados pelos agentes econômicos: argumentos acerca da baixa rentabilidade, excesso de custos “ex lege” de uso do trabalho, concorrência nacional ou internacional, possibilidade de dispensa, entre outros.

Desnecessário dizer que a tendência ao desequilíbrio dos preços gerais da economia impacta diretamente o contrato de trabalho, já que afetam as condições de vida e subsistência dos não-proprietários. Nessas condições a fixação do salário em seu valor nominal por longos períodos coloca em periclitacão as múltiplas formas de expressão da personalidade humana, já que reduz sobremodo as possibilidades de existência digna.

4. DIREITO SUBJETIVO INDIVIDUAL E COLETIVO AO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATO DE TRABALHO POR PRAZO INDETERMINADO

Fixados os pressupostos da tendência ao desequilíbrio dos contratos e da existência de crescente assimetria entre tomadores e vendedores de trabalho⁹, podemos agora realçar uma das funções políticas do Estado contemporâneo: assegurar instrumentos e procedimentos, tanto no micro como no macro cosmo, para reduzir e atenuar os efeitos da assimetria política e jurídica entre contratantes e dos desequilíbrios contratuais impostos por essa assimetria.

Ao Estado cabe retardar, redirecionar ou coibir as tendências ao desequilíbrio, modulando a velocidade das mudanças sociais, ante a impossibilidade de retorno a formas societárias tradicionais e pretéritas. Diria mesmo que essa é uma das funções da noção de equidade.

Os desequilíbrios econômico-financeiros dos contratos de trabalho não decorrem, necessariamente, da ação dos empregadores sobre o salário pago aos seus trabalhadores. A alteração é resultante da ação de todos os agentes econômicos. Menos do que manifestação de altruísmo, a noção de equidade se traduz como uma “cláusula” de interpretação e de auto-preservação da sociedade, na medida em que permite compreender a necessidade de redistribuir as consequências sociais das assimetrias geradas pela ação dos agentes e grupos sociais dominantes, não apenas mas especialmente na esfera econômica.

A hipótese suscitada por esse texto, já se vê, nega a idéia de uma sociedade

8. Embora não pertença ao universo keynesiano, não se pode deixar de fazer alusão que a noção de expectativa em Keynes decorre exatamente de uma compreensão do auto-interesse dos empresários. A esse propósito confira-se os capítulos 4 e 5 da Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda.

9. É sempre útil ressaltar que a idéia de trabalho como uma mercadoria é a mais artificial e ao mesmo tempo natural das mistificações coletivas da sociedade contemporânea, já que ele é indissociável do ser humano.

de indivíduos, reconhecendo ser a sociabilidade imanente aos seres humanos imersos numa sociedade com múltiplas relações. O que somos é o que a sociedade reconhece como pertencimento humano. É esse sentido de pertencimento que nos permite falar em titulares de direitos subjetivos perenes, cuja complexidade de afirmação não elide a sua existência, apenas nos instiga a buscar novos mecanismos para sua concretude. É mesmo fator de legitimação política dos estados nacionais o reconhecimento e a tutela dos direitos econômicos e sociais dos cidadãos não proprietários dos bens de produção.

É de suma importância social, portanto, reconhecer o direito ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de emprego, quer no plano individual, quer no plano coletivo, pois é esse elemento do contrato que permite dar concretude aos princípios da República e ao disposto nos arts. 6º, 7º e 170, VIII, da sua Constituição. A privação material imposta aos empregados e seus dependentes não é um elemento externo ao fenômeno contratual. Também não se trata na hipótese de defender meramente a aplicação da teoria da imprevisão e da cláusula “rebus sic stantibus”, mas de reconhecer uma pretensão universal ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, e dos contratos de emprego em especial.

A temporalidade da revisão da equação contratual pode variar no tempo e isso demonstra a experiência dos diversos estados nacionais, mas não pode ser um elemento intrínseco ao contrato, já que este tende a reforçar a assimetria entre as partes quando deixado a um mecanismo de auto ajuste¹⁰.

É certo, ainda, ser possível estipular diversas modalidades de revisão: mecanismos de reajuste automático com base num índice/cesta de âmbito nacional; reajuste vinculado ao desempenho setorial; reajuste fundado no desempenho da empresa. É ainda possível estabelecer sanções inibitórias que conduzam indiretamente à revisão da equação contratual, como o reforço do papel dos sindicatos nos mecanismos de ingresso e saída dos indivíduos no mercado de trabalho; imposição do dever negocial e de sanções pela recusa, que podem variar de multa, astreintes, proibição de dispensa sem justo motivo no curso do processo negocial, ou durante a vigência de sentença normativa, além de sanções punitivas mais severas, cuja análise desborda do escopo desse texto.

Qualquer que seja o modelo posicionado para dar concretude ao direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato de emprego em seus planos individual ou coletivo, não poderá restar imune ao contraste da noção de equidade que é inerente a função jurisdicional. Uma série de situações obstáculos podem surgir como se verá adiante, clamando pela intervenção do estado-juiz¹¹.

10. Em verdade, não há nas sociedades contemporâneas uma situação de desregulação que confirme a possibilidade de auto-regulação. Ou a regulação, contratual ou legal tende à correção da assimetria entre capital e trabalho, ou a reforçá-la. A “desregulação” é a escolha pela regulação assimétrica e não a promoção da liberdade e da autonomia de vontades.

11. Há aqui uma filiação evidente do texto a um modelo de jurisdição que transcenda a relação entre lei e atuação jurisdicional. Como lembra Gregório Assagra de Almeida “.... partiu-se da concepção, também, de que o escopo jurídico da jurisdição não é simplesmente fazer atuar a lei, como se mecanicamente o juiz apenas declarasse o direito já existente; ao contrário, filiou-se à concepção de que a função jurisdicional também cria o direito e, especialmente no campo do direito processual coletivo comum, transforma a realidade social, ao dar efetividade aos direitos sociais fundamentais como os referentes ao meio ambiente, ao patrimônio público em sentido amplo, ao consumidor e outros direitos coletivos consagrados na Constituição.” *Direito Processual Coletivo Brasileiro*, pág. 04., Ed Saraiva, 2003, SP.

5. SUJEITOS PASSIVOS DA OBRIGAÇÃO E INSTRUMENTOS DE REPARAÇÃO

Uma das premissas deste artigo é a ausência de sentença normativa que julgue o conflito entre o capital e o trabalho e que estabeleça, de algum modo, uma nova equação econômico-financeira do contrato coletivo de trabalho. Menos por reconhecer a infalibilidade das sentenças normativas, senão pela força política que lhe reconhece o regime constitucional nacional vigente.

Embora inédita, a partir da Emenda Constitucional 45¹² e ante a inexistência de legislação específica acerca de atos anti-sindicais, tornou-se possível que a ausência de aquiescência do empregador obstaculize o acesso dos empregados à jurisdição. Ora, a longa duração do impasse negocial pode minar completamente o equilíbrio econômico financeiro dos contratos de emprego, dificultando ou mesmo impedindo a fruição de outros bens e direitos relacionados ao trabalho, como direito à saúde, transporte, habitação. Portanto, a negativa patronal ao acionamento do Poder Judiciário para administrar o impasse negocial importa resistência a pretensão inerente ao regime geral dos contratos.

O mesmo desequilíbrio pode advir da reiterada omissão negocial do sindicato profissional, já que detém o monopólio de representação negocial por força do disposto no art. 8º, III, da CF/88, atraindo para si a responsabilidade pelo dano eventualmente causado aos membros da categoria profissional, embora tal hipótese seja de difícil ocorrência, não só pela força e representatividade que se presume inerentes aos líderes sindicais¹³, como pela evidente pressão que os representados exercem nos momentos mais graves de rebaixamento do poder aquisitivo dos salários. A toda evidência, se a omissão negocial decorre de colusão entre o sindicato profissional e o sindicato patronal a este se estende o elo de responsabilidade, bem assim aos empregadores por ele representados, tal a gama de interesses enfeixados no conceito de representação sindical que decorre do monopólio imposto pela Constituição da República.

Hipótese complexa ocorre quando, malgrado a negociação tenha ocorrido, esta se verifique em clara e inequívoca violação dos deveres negociais e de representação dos sindicatos profissionais. Com efeito, incumbe aos sindicatos promover a intermediação e as tratativas negociais conducentes à defesa dos interesses econômicos e sociais dos seus representados.

Induvidosamente a submissão dos termos do acordo ou da convenção coletiva de trabalho ao crivo da assembléia impede a responsabilização pessoal dos dirigentes sindicais. Mas em situações em que se demonstre de modo cabal a ausência de boa fé negocial por parte dos representantes dos empregados restará elidida a imunidade decorrente do exercício da representação sindical.

A multiplicidade de eventos e de causalidades relacionadas com os desequilíbrios econômico-financeiros dos contratos introduz uma relativa indeterminação para se aferir a responsabilidade pelos danos causados. Todavia, se não podemos fixar um “*numerus clausulus*” de hipóteses de dano e de responsabilidades e seus correspondentes sujeitos passivos, não nos escusamos de declinar algumas situações concretas onde tal responsabilidade é aferível. A ausência

12. Presumindo-se apenas para fim desse estudo a sua constitucionalidade no que respeita ao tratamento que a nova redação do art. 114 deu à competência funcional dos Tribunais do Trabalho para dirimir os chamados conflitos econômicos coletivos de trabalho.

13. Mônica Sette Lopes dá contornos precisos à amplitude da intervenção dos sindicatos ao afirmar que “Só se pode entender a autonomia coletiva, no atual contexto da positividade no Brasil, com a participação do sindicato: a ele a ordem jurídica atribuiu, preponderantemente no que tange ao pólo profissional, a legitimidade para negociar e para firmar a norma coletiva oriunda daquelas tratativas. Por isto, sua manifestação mais aguda dá-se na negociação coletiva, que é o seu precípua objetivo.” A convenção coletiva e sua força vinculante, pág 93, Ltr, são Paulo, 1998.

de revisão dos contratos de emprego imposta pela convenção coletiva de trabalho, sem correspondência em fatos econômicos relevantes, suscita a responsabilidade do sindicato dos empregados pelo desequilíbrio contratual. Acresce-se ao pólo passivo o empregador, quando a contratação coletiva decorre de flagrante colusão entre os sindicatos de empregados e da categoria econômica.

O objetivo de reparação das variadas formas de danos aqui elencadas exemplificadamente, desafia o manejo dos instrumentos do direito processual do trabalho individual e coletivo, reclamando a criteriosa e construtiva ação da jurisprudência, tanto através dos cidadãos, seus entes de representação, como através do qualificado mecanismo de proteção jurisdicional que cerca a ação jurisdicional contemporânea fruto da relação dialógica entre as duas espécies de magistrados – Juízes e Procuradores do Trabalho.

No plano individual, por suposto, a possibilidade de tutela preventiva restaria senão prejudicada, ao menos reduzida a hipóteses de prova cabal de colusão entre empregadores e o sindicato laboral, com claro intuito de fraudar o processo negocial, ante a tradição de submissão da equação econômico-financeira do contrato de trabalho à negociação coletiva, por força do monopólio de representação coletiva incrustado no art. 8º, incisos II, III e VI, da Constituição. Mas a tutela reparadora se nos afigura pertinente e de largo manejo, não menos pela força da idéia de responsabilidade inerente a qualquer relação jurídica como da exegese que emerge da redação do art. 114, incisos III e VI, da Constituição da República.

Já no plano coletivo, as tutelas preventivas e reparatórias poderiam e devem ser manejadas, mormente quando a Magistratura possui entre seus quadros a função política de impulsionar a jurisdição na defesa da Constituição, da ordem jurídica e, dentro delas, sobretudo os direitos e garantias fundamentais dos brasileiros, atribuída ao Ministério Público do Trabalho¹⁴.

6. DA CONCLUSÃO

Sumarizando o quanto se procurou aqui esgrimir acerca da estreita e dinâmica relação entre o regime contratual, seus elementos endógenos e a jurisdição, à luz do disposto na Emenda Constitucional 45, é possível dizer que:

1) os contratos e em especial os contratos de emprego, tendem ao desequilíbrio ao longo do tempo, quer por força de elementos externos, quer por força de elementos internos;

2) O equilíbrio econômico financeiro dos contratos é cláusula inalienável de qualquer regime contratual, mormente dos contratos de emprego, já que dele dependem a segurança econômica dos milhões de não-proprietários de bens de produção;

3) A manutenção do equilíbrio econômico financeiro dos contratos é um dever imposto aos contratantes e aos agentes que interferem no processo de negociação coletiva;

4) Excetuando a hipótese da ocorrência de sentença normativa que julga o conflito coletivo acerca do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, as demais hipóteses de correção ou não dos desequilíbrios torna possível a reparação e a prevenção de danos, tendo como sujeitos passivos os empregadores, seus sindicatos e mesmo o sindicato profissional, isolada ou conjuntamente, conforme cada caso concreto.

Evidente que este é um texto escrito no calor da promulgação Emenda 45 e muitos desdobramentos ainda terá a conformação do sistema de relações coletivas e individuais de trabalho no Brasil, com reflexos no funcionamento do Judiciário Trabalhista.

14. Em diversas partes desse texto ressalta-se a relevância e a natureza político-institucional do Ministério Público, realçando aspectos que se complementam com os comentários da Procuradora e escritora Sandra Lia Simon, ao esgrimir argumentos acerca da reforma do Poder Judiciário em obra coletiva multicitada aqui.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ALMEIDA, Gregório Assagra, Direito Processual Coletivo Brasileiro, Ed Saraiva, São Paulo, 2003.

CATHARI NO, José Martins – Tratado Jurídico do Salário, editora Ltr, São Paulo, 1994.

DA SILVA, Floriano Corrêa Vaz, O Poder Normativo da Justiça do Trabalho em Curso de Direito Coletivo do Trabalho coordenado por Georgenor de Sousa Franco Filho, Editora Ltr, São Paulo, 1998.

DE ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes, Dissídio Coletivo, Ltr, São Paulo, 1993.

FAVA, Marcos Neves – O Esmorecimento do Poder Normativo – análise de um aspecto restritivo da ampliação da Competência da Justiça do Trabalho, em Nova Competência da Justiça do Trabalho organizado por Grijalbo Fernandes Coutinho e Marcos Neves Fava, Ltr, São Paulo, 2005.

GOMES, Orlando, Curso de Direito do Trabalho, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1984.

_____, Contratos, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1991.

KEYNES, John Maynard, A Teoria Geral do Emprego do Juro e da Moeda, editora Nova Cultural, São Paulo, 1985.

LOPES, Mônica Sette – A convenção coletiva e sua força vinculante, editora Ltr, São Paulo, 1998.

PEREIRA, José Luciano Castilho – A Reforma do Poder Judiciário; O dissídio coletivo e o Direito de Greve em Justiça do Trabalho: Competência Ampliada, organizado por Grijalbo Fernandes Coutinho e Marcos Neves Fava, Ltr, São Paulo, 2005.

SIMÓN, Sandra Lia – A Ampliação da Competência da Justiça do Trabalho e o Ministério Público do Trabalho em Nova Competência da Justiça do Trabalho organizado por Grijalbo Fernandes Coutinho e Marcos Neves Fava, Ltr, São Paulo, 2005.

ACORDÃOS

PROCESSO TRT MS-00331-2004-000-18-00-3

Relator : Juiz ELVECIO MOURA DOS SANTOS

Impetrante : MAURÍCIO DE SOUSA NÉAS

Advogada : WILMA DE SOUSA SILVA

Impetrado : JUÍZO DA 7ª VARA DO TRABALHO DE GOIÂNIA

Litisconsorte : ANISEZO PAULINO MACHADO

Advogada : IVONEIDE ESCHER MARTINS

Ementa: IMPENHORABILIDADE RELATIVA. SALÁRIO X CRÉDITOS TRABALHISTAS. NATUREZA ALIMENTAR DE AMBOS OS VALORES. EXECUÇÃO FORÇADA MEDIANTE PENHORA DE PARTE DO SALÁRIO DO DEVEDOR. De acordo com o art. 649, IV, do CPC, a impenhorabilidade da contraprestação do trabalho assalariado não é absoluta, pois está expressamente excepcionada no caso do pagamento de prestação alimentícia, sendo certo que os créditos trabalhistas têm essa natureza, conforme depreende do art. 100, caput, CF. Assim, é perfeitamente possível a penhora no montante de até 10% sobre o valor total dos vencimentos, salários, soldos etc, recebidos pelo executado, diante da identidade de natureza entre o crédito constritado e aquele que o exeqüente pretende receber. Com isso, se está dando efetividade ao princípio da proteção ao hipossuficiente o que, in casu, se confunde nas figuras do credor e do devedor.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos de Mandado de Segurança, em que são partes as acima indicadas.

ACORDAM os Juízes do egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, em Sessão Plenária Ordinária, por unanimidade, admitir a ação mandamental para, no mérito, por maioria, vencido, em parte, o Juiz GENTIL PIO DE OLIVEIRA, **CONCEDER PARCIALMENTE A SEGURANÇA IMPETRADA**, nos termos do voto do Juiz-Relator. Ausência ocasional e justificada da Juíza DORA MARIA DA COSTA (Presidente).

Goiânia, 7 de junho de 2005 (data do julgamento)

Elvecio Moura dos Santos

Juiz-Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado por MAURÍCIO DE SOUSA NÉAS, contra decisão da MM. Juíza do Trabalho ENEIDA MARTINS PEREIRA DE SOUZA, no exercício da Presidência da 7ª Vara do Trabalho de Goiânia-GO (fls. 10/15), nos autos da Ação Trabalhista nº 00175-1995-007-18-00-3, que determinou a penhora de saldo da conta-corrente do sócio Executado, ora Impetrante, para garantia do crédito do Reclamante/Exeqüente ANISEZO PAULINO MACHADO, litisconsorte passivo necessário na presente ação mandamental.

Foi parcialmente deferida a medida liminar pleiteada, apenas para limitar a 10% o bloqueio relativo aos vencimentos do Impetrante, já creditados ou que vierem a ser creditados na conta-corrente nº 05787-5, Agência nº 4319 (Goiânia Avenida 85), do Banco Itaú S.A., sendo que a penhora realizada ou a se realizar deverá observar esse limite percentual (fls. 21/27).

A autoridade apontada como coatora prestou informações às fls. 31/32.

Devidamente citado (fls. 80), o Litisconsorte Necessário não se manifestou, conforme certidão de fls. 81.

O douto representante do Ministério Público do Trabalho oficiou pela admissão do *mandamus* e, no mérito, pela concessão parcial da segurança requerida (fls. 84/86). É o relatório.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

A impetração é tempestiva.

O ato de bloqueio (penhora) em dinheiro ordenado pelo Juízo é passível de ser atacado por meio do remédio heróico do *mandamus*, consoante reiterada jurisprudência desta Egrégia Corte, que entende tratar-se de o único meio próprio e adequado a hostilizar o respectivo ato com a rapidez e eficácia que o caso exige, em que pese haver recurso previsto em lei, o que, em tese, impediria a via da Ação de Segurança, ante o preconizado no art. 5º, inciso II, da Lei nº 1.533/51.

Embora não comungue do entendimento retro, curvo-me ao posicionamento majoritário deste Tribunal.

Conforme leciona Manoel Antônio Teixeira Filho, em certas situações excepcionais é cabível o manejo da ação de segurança, embora o ato judicial devesse, por princípio, ser fustigado via recurso próprio, senão vejamos:

“(…) sempre que a ilegalidade ou o abuso de direito contido na decisão judicial tornar sobremaneira dificultosa a interposição do recurso cabível, ou este não for apto para afastar, desde logo, os efeitos danosos da ilegalidade ou do abuso, será permitido à parte fazer uso da ação de segurança.” (in Mandado de Segurança, nº 20, Opúsculos Específicos, 2ª tiragem, pág. 24, Ed. LTr).

O Impetrante está regularmente representado (fls. 08) e assiste-lhe interesse jurídico, razão pela qual admito a presente ação mandamental.

MÉRITO

Insurge-se o Impetrante contra o ato da autoridade inquinada de coatora (fls. 10), que determinou a penhora dos valores depositados em sua conta, nº 05787-5, na Agência nº 4319, do Banco Itaú S.A., situada na Avenida 85 nesta Capital, efetuando-se o bloqueio até o limite do crédito exequendo, com posterior transferência para conta à disposição deste Juízo.

Alega o Impetrante, em síntese, que a decisão impugnada viola o art. 649, IV, do CPC, sustentando que a constrição judicial incidiu sobre bens absolutamente impenhoráveis, isto é, seus vencimentos.

Passo a análise da questão sub *examen*.

Não há de se olvidar que o legislador, ao incluir os vencimentos, salários e soldos no rol dos bens absolutamente impenhoráveis (art. 649 do CPC), visou proteger a contraprestação do trabalho realizado por pessoa física, que constitui a sua principal fonte de subsistência, indispensável à satisfação das necessidades básicas do trabalhador e de sua família.

Ora, conforme se pode ver pela própria dicção do art. 649, IV, do CPC o art. 649, IV, do CPC, a impenhorabilidade da contraprestação do trabalho assalariado não é absoluta, pois está expressamente excepcionada no caso do pagamento de prestação alimentícia, sendo certo que os créditos trabalhistas têm essa natureza, conforme depreende do art. 100, *caput*, CF.

Assim, na esteira da atual jurisprudência que vem sendo sedimentada nesta Egrégia Corte, tem-se admitido a possibilidade de penhora no montante de até 10% sobre o valor total dos vencimentos, salários, soldos etc, recebidos pelo Executado, em face da identidade de natureza entre o crédito bloqueado e aquele que o Exequente pretende receber, objetivando com isso dar igualdade de tratamento entre as partes litigantes.

Por oportuno, trago à colação o seguinte aresto:

“ADAPTAÇÃO DO ART. 649, IV, DO CPC AO PROCESSO TRABALHISTA. POSSIBILIDADE DE PENHORA DE PARTE DO SALÁRIO DO DEVEDOR QUANDO ESTE POSSA SUPORTAR A CONSTRIÇÃO. A regra do art. 649, IV, do CPC não é absoluta e deve ser adaptada à execução trabalhista, face à identidade de natureza entre o crédito bloqueado e aquele que os exeqüentes pretendem receber, devendo ser admitida a penhora de parte dos salários e vencimentos quando o devedor possa suportar, sem prejuízo do sustento próprio e de sua família, a constrição sobre determinado percentual dos valores recebidos, desde que seja suficiente para satisfazer o crédito exeqüendo”.

(TRT 18R, MS-00142-2003-000-18-00-0, Rel. Juiz Breno Medeiros, DJE/GO 21/11/03).

No mesmo sentido, vejamos o entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, *in verbis*:

“SALÁRIOS. IMPENHORABILIDADE RELATIVA. Atendendo ao objetivo do legislador, a impenhorabilidade prevista no inciso IV do art. 649 do CPC deve ser aplicada de forma que garanta a subsistência do trabalhador e de sua família. Não se justifica a proteção integral de altos salários e de grandes créditos trabalhistas diante da execução de parcos rendimentos de outro trabalhador, cuja manutenção se mostra prejudicada pelo respectivo inadimplemento. O referido dispositivo legal não pode ser utilizado para isentar os que recebem salários elevados do cumprimento de duas obrigações, mormente quando se revestirem de natureza alimentar ou salarial.” (TRT-15ª Região-AP 19.108/2000, Relatora Mariane Khayat).

Comungando desse entendimento, considero plausível a penhora de 10% da importância recebida pelo Impetrante a título de proventos de aposentadoria.

Saliente-se que o procedimento ora acatado não viola os artigos 649, IV, do CPC, visto que, conforme restou explicitado nas linhas acima, referida norma não é de caráter absoluto, máxime no processo do trabalho.

Ademais, a penhora em dinheiro tem preferência, conforme dispõem os arts. 882 da CLT e 655 do CPC.

Destarte, não há que se cogitar de qualquer ilegalidade ou abuso de poder no ato atacado.

Logo, afigura-se-me incensurável a decisão combatida, já que inexistiu violação a direito líquido e certo a amparar a pretensão do Impetrante.

Diante do exposto, concedo parcialmente a segurança postulada, apenas para limitar a 10% o bloqueio relativo aos vencimentos do Impetrante, já creditados ou que vieram a ser creditados na conta corrente nº 05787-5, Agência nº 4319 (Goiânia Avenida 85), do Banco Itaú S.A., sendo que a penhora realizada ou a se realizar deverá observar esse limite percentual (fls. 21/27).

Por conseguinte, mantenho o bloqueio do valor já constringido (fls. 31,38, fls. 14), visto que não alcança o montante de 10% dos vencimentos do impetrante (R\$ 753,04, fls. 09).

CONCLUSÃO

Pelo exposto, admito o mandamus e, no mérito, concedo parcialmente a segurança postulada, tudo nos termos da fundamentação supra.

Custas, pelo Impetrante, no valor de R\$ 295,11 (duzentos e noventa e cinco reais e onze centavos), calculadas sobre o valor objeto da execução (R\$ 14.755,64, fls. 12).

É o meu voto.

Elvecio Moura dos Santos
Juiz-Relator

PROCESSO TRT RO-00329-2004-053-18-00-0

Relator : JUIZ ELVECIO MOURA DOS SANTOS

Revisor : JUIZ SAULO EMÍDIO DOS SANTOS

Recorrente : 1. LABORATÓRIO TEUTO BRASILEIRO S/A

Advogados : HÉLIO DOS SANTOS DIAS E OUTROS

Recorrente : 2. ANTONIO RIBAMAR RODRIGUES MASCARENHAS (ADESIVO)

Advogados : JOÃO NEGRÃO DE ANDRADE FILHO E OUTRO

Recorridos : 1. OS MESMOS

Recorridos : 2. COMANDO ENGENHARIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

Ementa: SUCESSÃO DE EMPREGADORES. RESPONSABILIDADE PELOS CRÉDITOS TRABALHISTAS. Restando demonstrado nos autos que o reclamante foi admitido pela recorrente, mantendo-o na mesma função exercida na ex-empregadora, que tinha sido contratada por empreitada, caracterizada está a sucessão de empregadores, razão pela qual a sucessora é a responsável pelo pagamento dos créditos trabalhistas. Recurso a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos de Recurso Ordinário, em que são partes as acima indicadas.

ACORDAM os Juízes do egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, em Sessão Plenária Ordinária, por unanimidade, conhecer de ambos os recursos e, no mérito, DAR-LHES PARCIAL PROVIMENTO, nos termos do voto do Juiz-Relator. Ausência ocasional e justificada das Juízas DORA MARIA DA COSTA (Presidente) e IALBA-LUZA GUIMARÃES DE MELLO.

Goiânia, 21 de junho de 2005.

(data do julgamento)

Elvecio Moura dos Santos

Juiz-Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos Ordinários interpostos pela 2ª Reclamada (fls. 227/232) e pelo Reclamante (adesivamente, fls. 241/243), contra a r. sentença de fls. 211/222, proferida pelo Exmo. Juiz do Trabalho Sebastião Alves Martins, Presidente da 3ª Vara do Trabalho de Anápolis-GO.

A 2ª Reclamada visa a reforma do julgado no tocante a responsabilidade subsidiária, adicional de insalubridade, domingos trabalhados e guias para percepção do seguro-desemprego.

O Reclamante, por sua vez, busca a reforma da r. sentença no que pertine a diferenças decorrentes de redução salarial, domingos trabalhados, horas extras e reflexos e multa do art. 467 da CLT.

O douto Ministério Público do Trabalho oficia pelo conhecimento e não provimento do apelo da 2ª Reclamada (fls. 277/279).

É o relatório.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço de ambos os recursos, bem como das contra-razões ofertadas.

MÉRITO

RECURSO ORDINÁRIO DA 2ª RECLAMADA DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

O MM. Juízo *a quo* condenou a 2ª Reclamada (LABORATÓRIO TEUTO BRASILEIRO S/A), subsidiariamente, no pagamento das parcelas deferidas, relativas ao período de 15/01/01 a 03/06/01, a encargo da 1ª Reclamada (COMANDO ENGENHARIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.).

A 2ª Reclamada busca a reforma do julgado, sob a alegação de que, no primeiro contrato de trabalho, objeto da condenação subsidiária, o Reclamante foi empregado da 1ª Reclamada, de quem recebia ordens e remuneração.

Sustenta que as atividades contratadas com a 1ª Reclamada não têm correlação com a sua atividade-fim.

Sem razão.

Na inicial, o Reclamante alegou que foi contratado pela 1ª Reclamada para prestar serviços à 2ª Reclamada, no período de 15/01/01 a 03/06/01, sem registro na CTPS. Sustentou que, quando a 1ª Reclamada deixou o canteiro de obras, a 2ª Reclamada o contratou, na mesma função, no período de 04/06/01 a 05/10/01 (fls. 02/04).

A 2ª Reclamada negou a existência de vínculo com o Reclamante no período de 15/01/01 a 03/06/01, afirmando que ele era empregado da 1ª Reclamada, de quem recebia ordens e remuneração (fls. 65). Juntou o contrato de prestação de serviços de fls. 89/91, firmado com a 1ª Reclamada.

O meu entendimento era no sentido de que, in casu, verificou-se a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora de serviços, na forma do disposto no item IV, da Súmula nº 331 do Colendo TST.

Por isso entendia que a responsabilidade subsidiária da 2ª Reclamada, ora Recorrente, decorreria da culpa *in eligendo* e *in vigilando*, vez que, ao contratar empresa prestadora de mão-de-obra, deve proceder à verificação da idoneidade financeira dela, assegurando-se de que as obrigações trabalhistas, previdenciárias e fiscais, dentre outras, estejam sendo cumpridas.

Todavia, acolhi a divergência de fundamentação suscitada pelo Exmo. Juiz-Revisor, verbis:

“Mantenho a responsabilidade da TEUTO, mas por considerá-la sucessora, não seria caso da Súmula 331/TST. A outra ré havia sido contratada por empreita (fls. 89/91) para obra de montagem da indústria, não na atividade-fim desta. Ao cabo de seis meses, a recorrente assumiu a administração do serviço e contratou o obreiro que continuou na mesma função de soldador.”

Assim, mantenho a r. sentença vergastada, porém, por outros fundamentos.

Nego provimento.

DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

O MM. Juízo de origem condenou as Reclamadas no pagamento de adicional de insalubridade e reflexos, à base de 20% sobre o salário mínimo (fls. 216/218).

A 2ª Reclamada visa a reforma do julgado, sob a alegação de que teriam sido fornecidos EPIs ao Reclamante de forma a eliminar o agente insalubre (ruído).

Sustenta que o relato feito pelo Sr. Perito não corresponderia ao previsto na NR-15, vez que, nos raros momentos em que o Reclamante utilizava a lixadeira, o protetor auricular reduzia os ruídos, eliminando o risco.

Sem razão.

No laudo pericial, o Sr. Perito relatou que o Reclamante trabalhava como Soldador de RX, sendo que:

“Para o acabamento da solda, também era usada lixadeira, que é uma fonte geradora de ruído em torno de 105 dBs, tornando indispensável o equipamento de proteção auditiva e realização de exames audiométricos periódicos” (fls. 121).

Em resposta ao quesito formulado pelo Juiz se os EPIs fornecidos eram suficientes a eliminar ou neutralizar a insalubridade, o expert afirmou, *verbis*:

“Não. Se o item quinto da relação trata de protetor auricular, é insuficiente. Faltou, ainda, a máscara respiratória. Houve omissão, também, concernente ao cumprimento da NR-7, ou seja, realização dos exames audiométricos, RX de tórax e capacidade pulmonar. Tais exames poderiam comprovar (sic) a eficiência ou não dos EPIs fornecidos.” (fls. 124).

Conforme bem observado pelo Magistrado de origem, *verbis*:

“No documento de fl. 129 consta que em 05/06/2001 foi entregue ao Reclamante um protetor auricular descartável, o qual foi devolvido em 04/10/2001, um dia antes da sua dispensa. O Reclamante não nega que assinou o referido documento e muito menos impugnou o mesmo (v. petição de fls. 103/106), de sorte que esse documento é válido como prova. Portanto, está demonstrado que a 2ª Reclamada forneceu EPI (protetor auricular descartável) suficiente para reduzir o ruído em até 17 dB. Com isso, o impacto do ruído reduziu para até 88 dB. Isso para o período trabalhado na 2ª Reclamada (de 04/06/2001 a 05/10/2001).

Segundo o Anexo 1 da NR-15, o ruído de 88 dB é considerado insalubre, mesmo usando o protetor auricular, ainda mais considerando que o Reclamante trabalhava durante a sua jornada exposto ao ruído causado pela lixadeira.

Por outro lado, a 2ª Reclamada não comprovou a realização dos exames audiométricos para avaliar a eficácia do protetor auricular fornecido ao Reclamante, como exige a NR-7. Esse fato robustece a tese de que o Reclamante, enquanto trabalhava na 2ª Reclamada, ficava exposto a ruído acima dos limites de tolerância.

No tocante ao período trabalhado na 1ª Reclamada (de 15/01/2001 a 03/6/2001) não houve comprovação de entrega de nenhum EPI, até mesmo porque ela é revel e confessa. Logo, nesse período o Reclamante também trabalhava exposto a ruído de 105 dB, acima, portanto, dos limites de tolerância.” (fls. 216/217).

Nego provimento.

DOS DOMINGOS TRABALHADOS - CONTRATO DE TRABALHO COM A 1ª RECLAMADA

OMM. Juiz *aquo* condenou as Reclamadas no pagamento de 02 domingos por mês, no período em que o Reclamante estava sob as ordens da 1ª Ré, a ela aplicando os efeitos da revelia e da confissão (fls. 218/219).

A 2ª Reclamada pretende a reforma do julgado, sob a alegação de que o fato de ser a 1ª Reclamada revel não gera a presunção absoluta de veracidade.

Sustenta que o Reclamante não logrou êxito em provar o labor em domingos, sendo que as testemunhas afirmaram que, quando havia prestação de serviços naqueles dias, era devidamente registrado.

Com razão.

Na inicial, o Reclamante alegou que trabalhava dois domingos por mês, das 07 às 16h, com intervalo de 01 hora. Postulou o pagamento de 09 domingos trabalhados, em dobro (fls. 04).

No período relativo ao contrato de trabalho com a 2ª Reclamada, verifica-se dos cartões de ponto de fls. 81/82 que os domingos trabalhados pelo Reclamante (02 no mês de junho/01 e 02 no mês de agosto/01) foram compensados com folgas.

No que tange ao período trabalhado pelo Autor para a 1ª Reclamada (15/01/01 a 03/06/01), acolho a divergência apresentada pelo Exmo. Juiz Revisor, *verbis*:

“Excluo os domingos porque, havendo dois réus, a contestação de um elide os efeitos da revelia do outro (art. 320/CPC).”

Para tanto, acresço como fundamento a OJ nº 233 da SDH, do TST, já que inexistente prova de que nesse período tenha havido mudança no regime de trabalho do obreiro.

Dou provimento.

DAS GUIAS DO SEGURO-DESEMPREGO

O MM. Juiz de origem condenou a 2ª Reclamada a entregar ao Reclamante as guias do seguro-desemprego, relativo ao período de 04/06/01 a 05/10/01, no prazo de 05 dias a contar do trânsito em julgado da sentença, sob pena de converter a obrigação de fazer em indenização correspondente a 03 parcelas (fls. 220).

A 2ª Reclamada pretende a reforma da r. sentença, sob a alegação de que o período laborado pelo Reclamante não preencheria os requisitos legais para o fornecimento das guias em questão.

Parcial razão lhe assiste.

Nos termos do art. 2º, § 2º, item I, da Lei nº 7.998/90, com redação alterada pela Lei nº 8.900/94, o trabalhador faz jus a receber três parcelas do seguro-desemprego se “*comprovar vínculo empregatício com pessoa jurídica ou pessoa física a ela equiparada, de no mínimo seis meses e no máximo vinte e três meses, no período de referência*”.

No caso, o Reclamante manteve vínculo empregatício com as Reclamadas pelo período ininterrupto de 15/01/01 a 05/10/01, ou seja, por mais de 06 meses consecutivos, preenchendo, assim, os requisitos legais para a percepção do benefício em tela.

No entanto, merece reforma a r. sentença no tocante à possibilidade de conversão de obrigação de fazer, consistente na entrega das guias SD, em indenização pecuniária.

É do empregador a obrigação de expedir as guias para recebimento do seguro-desemprego, consoante a norma do art. 23, da Lei nº 7.998/1990 e art. 13, da Resolução CODEFAT nº 252/2000.

Ocorre que, na forma da RESOLUÇÃO CODEFAT nº 252/2000, em seu art. 4º, IV, basta a “*apresentação de sentença judicial transitada em julgado, acórdão ou certidão judicial*” para que o Reclamante postule o recebimento do benefício em questão.

Assim, reformo a r. sentença para indeferir o pedido de entrega das guias CD/SD. Dou parcial provimento.

RECURSO ORDINÁRIO ADESIVO DO RECLAMANTE DAS DIFERENÇAS DECORRENTES DE REDUÇÃO SALARIAL

O MM. Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido de diferenças decorrentes de redução salarial, sob o fundamento de que tal fato não restou demonstrado (fls. 218).

O Reclamante busca a reforma do julgado, alegando que a prova oral confirmou a ocorrência de redução salarial.

Com razão.

Na inicial, o Reclamante alegou que foi contratado pela 1ª Reclamada, recebendo remuneração de R\$ 4,00 por hora. Sustentou que a partir de 04/06/01 (contrato com a 2ª Reclamada), seu salário foi reduzido para R\$ 3,50 por hora, sendo que em maio/01 recebeu apenas R\$ 500,00. Postulou o pagamento de diferenças decorrentes de redução salarial (fls. 04).

Nesse particular, acolho a divergência do Exmo. Juiz Revisor, *verbis*:

“Defiro ao autor a diferença salarial porque a recorrente não negou, em sua contestação, o rebaixamento salarial quando da sucessão.”

De fato, declarada a sucessão de empregadores, restam afastados os fundamentos adotados pelo MM. Juiz de primeiro grau, quais sejam, a existência de dois contratos com empresas distintas.

Destarte, reformo a r. sentença, para condenar a 2ª Reclamada a pagar ao Reclamante as diferenças decorrentes da redução salarial, considerando os valores declinados na inicial (fls. 05), bem como as incidências reflexas sobre 13º salário proporcional, férias proporcionais + 1/3, FGTS (8% + 40%), aviso prévio indenizado

DOS DOMINGOS TRABALHADOS - CONTRATO DE TRABALHO COM A 2ª RECLAMADA

OMM. Juízo de origem julgou improcedente o pedido de condenação da 2ª Reclamada no pagamento de domingos laborados, sob o fundamento de que aqueles trabalhados foram devidamente compensados (fls. 219).

O Reclamante visa a reforma da r. sentença, sob a alegação de que as provas oral e documental teriam corroborado a tese de labor em domingos.

Sem razão.

A testemunha Janderson de Sousa Ferreira, conduzida pelo Reclamante, confirmou que a prestação de serviços em sábados e domingos era registrada nos cartões de ponto, *verbis*:

"(...) que o depoente batia cartão de ponto, registrando os seu (sic) horários trabalhados, inclusive nos sábados e domingos e acredita que o Reclamante também batia (sic) cartão de ponto registrando os sábados e os domingos trabalhados; (...)" (fls. 116).

Destarte, não havendo elementos nos autos capazes de elidir o valor probante dos cartões de ponto, tem-se que a jornada de trabalho neles registrada é verídica, pelo que correta a r. sentença ao julgar improcedente o pedido em tela.

Nego provimento.

DAS HORAS EXTRAS E REFLEXOS

O Reclamante postulou o pagamento de horas extras com integração nos RSRs e reflexos, alegando que trabalhava das 07 às 17h30, de 2ª a 6ª feira, e aos sábados e domingos (02 por mês) das 07 às 16h, com 01 hora de intervalo (inicial, fls. 04).

OMM. Juízo *a quo* analisou apenas o pedido de pagamento do labor em sábados e domingos, não fazendo qualquer menção quanto à prestação laboral extraordinária no período de 2ª a 6ª feira.

O Reclamante não interpôs embargos de declaração a fim de sanar a omissão do julgado, razão pela qual resta preclusa a oportunidade para análise do pedido, sob pena de supressão de instância.

Nada a prover.

DA MULTA DO ART. 467 DA CLT

OMM. Juiz *a quo* julgou improcedente o pedido de pagamento da multa do art. 467 da CLT, sob os fundamentos de que houve controvérsia quanto às verbas rescisórias e, em relação à 1ª Reclamada, a sanção não é aplicável ante ao seu não comparecimento em Juízo (fls. 220).

O Reclamante requer a reforma do julgado, entendendo ser devida a referida multa.

Sem razão.

A 2ª Reclamada contestou todos os pedidos elencados na inicial, estabelecendo-se a controvérsia lídima, não se havendo falar em aplicação da sanção em comento.

Em relação à 1ª Reclamada não se há falar em condenação no pagamento da multa em questão, eis que ela não compareceu em Juízo para responder a presente ação, sendo-lhe aplicados os efeitos da revelia e da confissão.

Nego provimento.

CONCLUSÃO

Conheço dos recursos de ambas as partes e dou-lhes parcial provimento, nos termos da fundamentação supra.

É o meu voto.

Elvecio Moura dos Santos
Juiz-Relator

PROCESSO TRT RO-02003-2004-111-18-00-3

Relator : Juiz ELVECIO MOURA DOS SANTOS

Revisor : Juiz Platon Teixeira de Azevedo Filho

Recorrente : SANEAMENTO DE GOIÁS S/A - SANEAGO

Advogados : Fernando da Silva Pereira e Outros

Recorrido : ADILSON GOMES DO PRADO

Advogados : André Luis Leal Nascimento e Outro

Ementa: RELAÇÃO DE EMPREGO. EXISTÊNCIA DE OUTRO VÍNCULO EMPREGATÍCIO EM TEMPO INTEGRAL OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS AUTÔNOMOS, CONCOMITANTEMENTE. NÃO RECONHECIMENTO DA PRETENSÃO OBREIRA. É certo que a exclusividade não é requisito para a caracterização do vínculo empregatício. Contudo, no caso dos autos, o horário de trabalho declinado pelo Reclamante na inicial é incompatível com a existência de outros liames empregatícios com empregadores diversos, concomitantemente, durante o período reclamado, tais como noticiam as cópias da CTPS acostadas aos autos. Na verdade, conforme o próprio Reclamante confessa na inicial, ele trabalhou na condição de prestador de serviços autônomos, fazendo instalação de hidrômetros para ligação da rede pública de água ao consumidor final, além de prestar eventuais serviços gerais (limpeza, chapa, pintura, poda de árvore etc) em favor da Reclamada, conforme atestam as notas fiscais por ele mesmo acostadas aos autos e os depoimentos das testemunhas por ele arroladas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos de Recurso Ordinário, em que são partes as acima indicadas.

ACORDAM os Juízes do egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, em Sessão Plenária Ordinária, por unanimidade, conhecer do recurso e, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto do Juiz-Relator. Presente na tribuna para sustentar oralmente as razões do recurso o Dr. Fernando da Silva Pereira. Ausência ocasional e justificada dos Juízes DORA MARIA DA COSTA (Presidente) e LUIZ FRANCISCO GUEDES DE AMORIM.

Goiânia, 26 de abril de 2005.

(data do julgamento)

Elvecio Moura dos Santos

Juiz-Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Ordinário interposto pela Reclamada (fls. 167/177) contra a r. sentença de fls. 142/157, integrada pela de fls. 163/164, proferida pelo MM. Juiz do Trabalho Luiz Antônio Ferreira Pacheco da Costa, Presidente da Vara do Trabalho de Jataí-GO, pugnano pela reforma do julgado que reconheceu a existência de vínculo empregatício no período de 18/11/85 a 29/04/04, declarou a prescrição quinquenal e julgou procedentes em parte os pedidos do Autor.

Regularmente intimado neste sentido (fls. 181), o Reclamante apresentou contra-razões às fls. 183/188.

Os autos não foram enviados ao Ministério Público do Trabalho, conforme disposição regimental.

É o relatório.

VOTO
ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do Recurso Ordinário interposto, bem como das contra-razões.

MÉRITO
DO VÍNCULO HAVIDO ENTRE AS PARTES

O MM. Julgador de origem declarou a existência do vínculo empregatício entre as partes no período declinado na inicial, qual seja, de 18/11/85 a 29/04/04, observando a projeção do aviso prévio.

A Reclamada pretende a reforma da sentença alegando que o único vínculo empregatício mantido entre as partes foi decorrente de um contrato por prazo determinado firmado entre 18/11/85 a 18/02/86, o qual foi prorrogado por mais 90 dias, finalizando em 17/05/86, conforme consta da CTPS do Autor (cópia às fls. 09).

Alega que as notas fiscais juntadas aos autos provam que o Reclamante prestava serviços a terceiros, em especial à Prefeitura de Jataí, em atividades diversas daquelas prestadas pela Reclamada.

Assevera que teria restado confessado que no período em que o Reclamante alega ter mantido vínculo com a Reclamada, teve outros empregos, todos anotados em sua CTPS.

Argumenta que restou provado que o Reclamante encontra-se inscrito, desde 05/11/99, junto ao INSS na categoria autônomo, profissão encanador.

Admite que o Reclamante lhe prestava serviços de natureza eventual, na condição de autônomo, pelos quais era devidamente remunerado.

Com razão.

Em sua peça de ingresso o Reclamante afirmou ter prestado serviço de modo permanente e contínuo à Reclamada no período de 18/11/1985 a 30/03/2004, cumprindo jornada de trabalho das 7h30min às 11h30min e das 13h30min às 17h30min de segunda a sexta-feira, e aos sábados e domingos, cumpria escala de plantão, das 7h30min às 11h30min e das 13h30min às 17h30min.

É certo que a exclusividade não é requisito para a caracterização do vínculo empregatício. Contudo, no caso dos autos, o horário de trabalho declinado pelo Reclamante na inicial é incompatível com a existência de outros liames empregatícios com empregadores diversos, concomitantemente, durante o período reclamado, tais como o noticiam as cópias da CTPS acostadas aos autos.

De fato, os documentos de fls. 112/116 (cópia da CTPS do Reclamante) dão notícia de outros vínculos empregatícios registrados, mantidos pelo Reclamante com outras empresas no mesmo período em que alega ter laborado para a Reclamada. De agosto a outubro foi empregado da Sociedade Beneficente Albergue São Vicente de Paulo; de março/91 a agosto/92, da empresa Maxservice - Comércio e Serviços Ltda.; e de 19 de agosto a 08 de setembro de 1998, foi empregado da Sic Engenharia Ltda, na função de servente, e não vigilante como alega (fls. 110).

Dois dos vínculos mencionados perduraram por mais de um mês, sendo que um deles, com a Maxservice foi de um ano e cinco meses.

Acrescente-se, ainda, que consta da CTPS do Autor anotação de recebimento de quatro parcelas do seguro-desemprego em dezembro de 92 e janeiro de 93 (fls. 115/116).

Não se poderia conceber, portanto, que tenha havido um vínculo empregatício entre as partes que perdurou, sem solução de continuidade, de 18/11/1985 a 30/03/2004, como alega o Reclamante, tendo em vista a existência de outros contratos de trabalho registrados em sua CTPS.

Na verdade, conforme o próprio Reclamante confessa na inicial, ele trabalhou na condição de prestador de serviços autônomos, fazendo instalação de hidrômetros para ligação da rede pública de água ao consumidor final, além de prestar eventuais serviços gerais (limpeza, chapa, pintura, poda de árvore etc) em favor da Reclamada, conforme atestam as notas fiscais por ele mesmo acostadas aos autos e os depoimentos das testemunhas por ele arroladas.

A primeira testemunha por ele apresentada, Sr. Antônio Roberto Fissore, informou que:

“(...) desde 1985 o Reclamante prestou serviços praticamente de forma continuada; que os serviços executados pelo reclamante eram aqueles consistentes na recuperação de passeio, na limpeza de áreas da empresa, na pintura em geral, nas instalações de padrões da Saneago; que os gerentes e supervisores da regional e distrito de Jataí solicitavam serviços ao reclamante; que os serviços executados pelo reclamante eram pagos através de RPAs e notas fiscais; (...) que teve uma época que a empresa mantinha uma relação de pessoas credenciadas a executar serviços necessários à ligação de água, mas posteriormente, porque não estava dando certo, esse credenciamento foi liberado, mas o serviço era executado pelo interessado e fiscalizado, se estava dentro dos padrões, pela empresa; o interessado na ligação da água, não importando a época, era quem pagava pelos serviços (e não a Saneago); que o Reclamante foi um desses credenciados e depois continuou prestando tais serviços da mesma forma, mas quem remunerava o Reclamante era o interessado e não a empresa; (...)” (fls. 120/121)

A segunda testemunha apresentada pelo Reclamante, Sr. Antônio Batista de Souza, afirmou que:

“(...) o Reclamante trabalhava assentando caixinhas para hidrômetros, dentre outros serviços; (...)” (fls. 121)

Assim, restou provada a condição de prestador de serviços do Reclamante, pelo que, reformo a sentença para declarar a inexistência de vínculo empregatício entre as partes.

De conseqüência, julgo improcedentes os pedidos formulados pelo Autor.

CONCLUSÃO

Conheço do recurso e dou-lhe provimento, nos termos da fundamentação supra.

Tendo em vista a reforma da sentença, inverte-se o ônus da sucumbência, fixando-se custas pelo Reclamante no valor de R\$ 900,00, sobre o valor dado à causa de R\$ 45.000,00, isento *ex vi lege*.

É o meu voto.

Elvecio Moura dos Santos
Juiz-Relator

PROCESSO TRT AP-00487-1994-004-18-00-7

Vara do Trabalho de Origem: 4ª de Goiânia-GO

Juiz da Sentença: Aldivino A. Da Silva

Relator: Juiz PLATON TEIXEIRA DE AZEVEDO FILHO

Revisor: Juiz Saulo Emídio dos Santos

Agravante(s): VALDOMIRO ALVARENGA LISBOA

Advogado(s): João Negrão de Andrade Filho e Outros

Agravado(s): FERNANDO DE CASTRO FONSECA

Advogado(s): Luiz Roberto de Oliveira

Ementa: AGRAVO DE PETIÇÃO. ACORDO EXTRAJUDICIAL CELEBRADO DIRETAMENTE COM O EXEQUENTE. NULIDADE. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO. Declara-se nulo acordo extrajudicial, celebrado diretamente com o reclamante, mormente quando o processo encontra-se na fase de execução, se o obreiro, a par de não ter ratificado o ajuste em juízo, afirma ter sido enganado pelo empregador. A despeito de a parte deter o *jus postulandi*, essa faculdade processual não pode ser interpretada em seu prejuízo, razão pela qual a ausência de assistência do advogado do reclamante impede seja tido como válido o ajuste celebrado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos de Agravo de Petição, em que são partes as acima indicadas.

ACORDAM os Juízes do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, em Sessão Plenária Ordinária, por unanimidade, conhecer do agravo de petição e, no mérito, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Juiz-Relator. Ausência ocasional e justificada dos Juízes DORA MARIA DA COSTA (Presidente), LUIZ FRANCISCO GUEDES DE AMORIM e KATHIA MARIA BOMTEMPO DE ALBUQUERQUE.

Goiânia, 9 de agosto de 2005 (data do julgamento)

Juiz Platon Teixeira de Azevedo Filho

Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Juiz Aldivino A. da Silva, da Eg. 4ª Vara do Trabalho de Goiânia-GO, julgou extinta a execução movida por VALDOMIRO ALVARENGA LISBOA em face de SEMENTES BORDON LTDA E OUTRO.

O exequente interpõe agravo de petição afirmando que o irmão e o procurador do sócio Fernando de Castro Fonseca lhe propuseram o pagamento de R\$ 1.500,00, desde que os acompanhasse ao cartório para reconhecer firma do recibo desse valor, que seria pago em dinheiro. Assevera que não lhe foi permitido verificar o conteúdo do documento que assinou. Aduz ter sido enganado, eis que os proponentes do acordo lhe disseram que seu procurador, Dr. Abdias Vieira Machado, havia se aposentado e que, por isso, não deveria ser contactado. Sustenta que o documento de fl. 112 não corresponde à realidade, pois não houve o pagamento do valor de R\$ 6.450,00 nele descrito. Entende ter havido comportamento em desacordo com a ética por parte do procurador do devedor. Alega que nem ele nem seu procurador concordam com a forma que foi efetuado o pagamento de R\$ 1.500,00, eis que não havia motivo nem interesse em promover a quitação plena e total de seus direitos. Pretende, assim, seja dado prosseguimento à execução, abatendo-se o valor de R\$ 1.500,00 já pago, bem como expedidos ofícios para a Polícia Federal e Ministério Público do Trabalho.

Foi apresentada contraminuta.
Os autos não foram remetidos ao d. Ministério Público do Trabalho, nos termos do artigo 25 do Regimento Interno deste Eg. TRT.
É o relatório.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

Regular e tempestivo, conheço do agravo de petição.

MÉRITO

Em razão de não terem sido encontrados bens passíveis de penhora, a execução foi paralisada em 1997.

No mês de agosto de 2004, o reclamante peticionou requerendo o prosseguimento da execução, tendo sido determinada a desconsideração da personalidade societária, direcionando-se a execução para o sócio majoritário Fernando de Castro Fonseca (fl.86).

Após ter sido determinada a penhora via *BACENJUD*, o devedor peticionou juntando aos autos um termo de acordo celebrado com o exeqüente, sem a participação do advogado deste último. Segundo o referido termo, o reclamante teria recebido R\$ 6.450,00 “(...) pelos seus direitos trabalhistas, objeto da reclamatória trabalhista (...) dando plena e total quitação para nada mais reclamar a qualquer título (...)” (fl. 112).

Od. Juízo de origem, sem abrir vista para a parte contrária, declarou extinta a execução, por entender que o documento jungido provava o recebimento do crédito pelo exeqüente.

Em sede recursal, o exeqüente afirma ter sido enganado, pois o irmão e o procurador do executado lhe procuraram oferecendo um acordo de R\$ 1.500,00, afirmando que ele não deveria entrar em contato com seu advogado, que já teria inclusive se aposentado. Assevera que não pôde ler o texto do termo de fl. 112, sendo que lhe foi dito que se tratava apenas de quitação do valor pago. Garante que não recebeu o valor de R\$ 6.450,00 indicado no documento de fl. 112, mas apenas os R\$ 1.500,00.

De sua parte o agravado sustenta que o acordo foi celebrado diretamente com o exeqüente porque o escritório de seu advogado estava sempre fechado (fl.143) e, mais, que “(...) o exeqüente ligou para o subscritor da presente e pediu a quantia que lhe foi paga com a condição de que nada fosse comentado com seus advogados, porquanto não era seu desejo pagar-lhes os honorários profissionais” (fl.144).

Da própria narrativa dos fatos, chega-se à conclusão de que merece reforma a r. sentença que declarou extinta a execução.

Com efeito, embora o artigo 791 da CLT consagre o *juspostulandi*, essa norma, cujo escopo é o de favorecer a simplicidade do processo do trabalho e o acesso à justiça por empregados e empregadores, não pode ser interpretada em prejuízo do reclamante que tem advogado constituído nos autos. Assim, se o ato praticado diretamente pela parte causa-lhe lesão a direito, e é objeto de impugnação, deve ser considerado nulo, nos termos do artigo 9º da CLT.

Cumpre notar que o acordo foi extremamente lesivo para o credor, eis que o valor que admite ter recebido - R\$ 1.500,00 - equivale a pouco mais de 10% do crédito exeqüendo.

Por outro lado, se realmente existia eventual dificuldade de se localizar o advogado do exeqüente, assistia ao devedor a faculdade de requerer a realização de audiência de conciliação, pela qual restaria suprida a falta de assistência por parte do procurador do reclamante.

Entretanto, o devedor preferiu negociar diretamente com o exeqüente, em circunstâncias que foram incontrovertidamente nebulosas, pois, segundo suas próprias palavras acima transcritas, ele deliberadamente ocultou a ocorrência do ajuste em relação

ao advogado do obreiro, a fim de evitar a incidência de honorários advocatícios.

Cumpra salientar que este Eg. TRT já decidiu nesse mesmo sentido, em caso análogo:

“TRT-AR-00069-2003-000-18-00-6

RELATOR: JUIZ MARCELO NOGUEIRA PEDRA

REVISOR: JUIZ LUIZ FRANCISCO GUEDES DE AMORIM

EMENTA: AÇÃO RESCISÓRIA. SENTENÇA RESCINDENDA QUE HOMOLOGOU RENÚNCIA. FUNDAMENTO PARA RESCISÃO. Tendo o reclamante protocolizado pedido de renúncia aos direitos postulados na reclamação, sem assistência do advogado que patrocinava a causa e em documento redigido pelo patrono da reclamada, e sido homologado o ato sem sequer ser realizada audiência a fim de se perscrutar a real vontade da parte, há de se rescindir a sentença que homologou a renúncia e extinguiu o processo com julgamento do mérito, eis que tais fatos constituem fundamento suficiente para tanto.” (julg. 7 de outubro de 2003)

Por isso, em razão da incidência do mencionado artigo 9º da CLT, há de se declarar a nulidade do acordo extrajudicial noticiado à fl. 112, devendo ter prosseguimento a execução, deduzindo-se apenas o valor de R\$ 1.500,00 que o exeqüente admite ter recebido. Frise-se que não se pode admitir como provado o pagamento de R\$ 6.450,00, valor indicado no documento de fl. 112, pois a nulidade declarada fulmina por completo a validade do ato, sendo admissível somente a dedução da importância que o exeqüente admitiu ter recebido.

Quanto ao requerimento de expedição de ofícios, diante da existência de indícios de possível comportamento em dissonância com o Código de Ética Profissional por parte do advogado do agravado, determina-se apenas o envio, após o trânsito em julgado deste acórdão, à Ordem dos Advogados do Brasil, a quem compete apurar a real existência de infração disciplinar (artigo 70 da Lei 8.906/94).

Com relação aos demais órgãos, compete ao reclamante tomar as providências que entender cabíveis, eis que, conforme alega o agravado, trata-se de ato que pode ensejar conseqüências na seara da responsabilidade civil e criminal, cabendo salientar que o fundamento da nulidade do acordo reside meramente no fato de ter sido feito sem a participação do advogado do reclamante e extrajudicialmente, o que torna inválido o ajuste, quando impugnados os seus termos.

Assim, dá-se provimento ao agravo de petição.

CONCLUSÃO

Conheço do agravo de petição e dou-lhe provimento.

É o meu voto.

Platon Teixeira de Azevedo Filho

Juiz Relator

PROCESSO TRT CC-01265-2005-007-18-00-4

Relator: Juiz PLATON TEIXEIRA DE AZEVEDO FILHO

Suscitante(s): 7ª VARA DO TRABALHO DE GOIÂNIA

Suscitado(s): 6ª VARA DO TRABALHO DE GOIÂNIA

Ementa: **CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA QUANTO A ACORDO HOMOLOGADO EM OUTRA AÇÃO. DEPENDÊNCIA INEXISTENTE.** Quando o reclamante em uma ação celebra acordo com sua empregadora, empresa de intermediação de mão-de-obra, e em ação posterior busca a declaração de responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto à referida avença, não se verifica a hipótese de distribuição por dependência da nova ação. Isso porque, a par de não serem aplicáveis ao caso os artigos 108 e 109 do CPC, incide na espécie o entendimento contido na Súmula 235 do C. STJ.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos de Conflito de Competência, em que são partes as acima indicadas.

ACORDAM os Juízes do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, em Sessão Plenária Ordinária, por unanimidade, admitir o conflito de competência para, no mérito, declarar competente a 7ª VARA DO TRABALHO DE GOIÂNIA, o Juízo suscitante, nos termos do voto do Juiz-Relator. Ausência ocasional e justificada dos Juízes DORA MARIA DA COSTA (Presidente) e LUIZ FRANCISCO GUEDES DE AMORIM.

Goiânia, 13 de setembro de 2005 (data do julgamento)

Juiz Platon Teixeira de Azevedo Filho

Relator

RELATÓRIO

Cuida a espécie de conflito negativo de competência, em que é suscitante a EG. 7ª VARA DO TRABALHO DE GOIÂNIA e suscitada a EG. 6ª VARA DO TRABALHO DE GOIÂNIA.

Visa o conflito dirimir qual o Juízo competente para julgar ação declaratória de responsabilidade subsidiária ajuizada por LEANDRO RIBEIRO DE ARAÚJO em face de QUEIROZ GALVÃO S/A, ZUPPANI e CONDOMÍNIO VILLAGE GREEN PARK, na qual o reclamante pretende que as reclamadas sejam declaradas responsáveis por acordo celebrado nos autos da RT-00293/2003, que tramitou no Eg. Juízo suscitado.

Od. Ministério Público do Trabalho opina pelo conhecimento do conflito e declaração da competência da Eg. 7ª Vara do Trabalho de Goiânia-GO.

É o relatório.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos processuais de admissibilidade, conheço do conflito de competência.

MÉRITO

Eis o parecer do d. Ministério Público do Trabalho:

“O reclamante na RT 293/2003, que tramita perante a 6ª Vara do Trabalho de Goiânia já em fase de execução, propôs ação declaratória pleiteando fossem declaradas como responsáveis subsidiárias pelo *quantum* exequendo outras duas empresas. Em razão disso, requereu que a nova ação fosse distribuída à E. 6ª V.T., por dependência.

Entretanto, distribuído o feito conforme requerido, a MM. Juíza da 6ª V.T. manifestou sua discordância com a distribuição por dependência, em razão de na RT 293/2003 já ter sido proferida sentença, inclusive já transitada em julgado (fl. 23).

Assim, foi realizada nova distribuição, que recaiu sobre a 7ª Vara da Capital. Aquele E. Juízo, porém, declinou de sua competência suscitando o presente conflito, ao fundamento

de que a ação declaratória é acessória à reclamação cuja execução tramita perante a 6ª Vara, devendo, por conseguinte, ser ali processada e julgada, nos termos do art. 109 do CPC.

Pois bem.

É sabido que a conexão é causa de modificação de competência estabelecida para evitar decisões discrepantes em situações análogas, que comprometeriam a coerência da prestação jurisdicional. Assim, ações conexas são julgadas simultaneamente perante o juízo prevento, evitando-se decisões contraditórias.

In casu, porém, não há risco de contradição, uma vez que a sentença proferida perante a 6ª Vara já transitou em julgado e aquela a ser proferida perante a 7ª Vara deverá, necessariamente, respeitar a coisa julgada. Outrossim, a Súmula 235 do Col. STJ é no mesmo sentido:

A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado.

Assim, s.m.j., a competência para apreciar e julgar a ação que deu ensejo ao presente conflito é da 7ª Vara do Trabalho de Goiânia e não da 6ª Vara.” (sic, fls. 35/36).

Não merece nenhum reparo o entendimento acima transcrito que, de forma acurada, bem demonstrou que inexistente razão lógica para a distribuição por dependência da ação de declaração de responsabilidade subsidiária. Por isso, com a devida *venia*, há de ser adotado como razão de decidir, declarando-se, assim, a competência do Juízo suscitante para processar e julgar o feito.

Faz-se necessário apenas um pequeno acréscimo, a fim de esclarecer que o artigo 108 do CPC, citado na manifestação do d. Juízo suscitante, não se aplica ao caso vertente.

Com efeito, referido dispositivo legal prevê que a ação acessória será proposta perante o juiz competente para a ação principal.

Porém, como adverte Humberto Theodoro Júnior,

*“Deve-se observar que a simples circunstância de sucessão entre duas causas, em torno de uma mesma relação jurídica, ou de relações derivadas da que primeiro se tornou litigiosa, não gera a **acessoriedade**, para efeito de competência. O atual Código não mais estabelece vinculação necessária da causa nova com a precedente. Salvo a hipótese de acessoriedade, que vem sempre presidida por alguma regra especial de competência no próprio texto do Código, as chamadas causas oriundas de outras (ações revisionais, por exemplo) somente estão ligadas à causa de origem, para efeito de competência, quando esta última ainda não houver sido julgada.” (Curso de Direito Processual Civil. 40ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 168, sem grifo no original)*

No caso, à luz do magistério do ilustre processualista mineiro, percebe-se claramente que a ação em relação à qual foi suscitado o conflito de competência não é acessória em relação àquela em que foi homologado o acordo, e, sim, uma causa originada de outra. E como a causa de origem teve seu processo de cognição extinto em razão de acordo, resta afastada a ligação que poderia provocar a modificação da competência.

Finalmente, o artigo 109 do CPC igualmente não se aplica ao caso, eis que a nova ação proposta não pode ser considerada como declaratória incidente de que tratam os artigos 5º e 325, ambos do CPC, e cujo trâmite se dá, como a própria denominação indica, de forma incidental à ação principal.

Portanto, há de se declarar a competência da Eg. 7ª Vara do Trabalho de Goiânia-GO, Juízo suscitante, para o qual devem ser enviados os autos.

CONCLUSÃO

Conheço do conflito de competência e declaro como competente a Eg. 7ª Vara do Trabalho de Goiânia-GO, Juízo suscitante, para o qual devem ser enviados os autos.

É o meu voto.

Platon Teixeira de Azevedo Filho
Juiz Relator

PROCESSO Nº RO-00029-2005-106-08-00-7/4ª T.

Relatora: Juíza ALDA MARIA DE PINHO COUTO

Recorrente: POSTO MARAPAR LTDA

Advogada: Dr^a. Aldrei Márcia Panato

Recorrido: FERNANDO LIMA DA SILVA

Advogados: Dr^a. Luciana Pinto Passos e Outra

Ementa: TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. JORNADA SUPERIOR A SEIS HORAS DIÁRIAS. Seguindo a recente jurisprudência do C. TST, não elide o pagamento das horas extraordinárias a norma coletiva que não traz qualquer benefício compensatório ao desgaste do trabalhador submetido a jornada de trabalho superior a seis horas diárias. Aplicação dos limites objetivos da negociação coletiva, pois se trata de norma protetiva e atinente à segurança e à saúde do obreiro, constituindo o patamar civilizatório mínimo e irrenunciável do homem-trabalhador.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, oriundos da **MERITÍSSIMA VARA DO TRABALHO DE CASTANHAL, MAJONAVE TRANSPORTES FLUVIAIS DA BACIA AMAZÔNICA** e em que figuram, como recorrente **POSTO MARAPAR LTDA** e, como recorrido, **FERNANDO LIMA DA SILVA**, ingressou com reclamatória trabalhista em face de Posto Marapar Ltda em 14 de janeiro de 2005, alegando ter trabalhado para a reclamada, no período de 3 de janeiro de 2002 a 22 de dezembro de 2004.

Decorrente da função exercida durante seu contrato de trabalho, pleiteou: aviso prévio; 13º salário; férias + 1/3; FGTS + 40%; multa pelo descumprimento da cláusula trigésima quarta, da convenção coletiva; multa dos artigos 477 e 467; horas extras com reflexos legais; adicional noturno com reflexos legais, indenização pelo não fornecimento das guias do seguro-desemprego; além dos juros e correção monetária.

Em sentença de fls. 210/218, o D. Juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedentes os pedidos do reclamante, condenando a reclamada a pagar ao mesmo as seguintes parcelas: horas extras com reflexos sobre as seguintes verbas: aviso prévio, férias mais 1/3, décimo terceiro salários repouso semanal remunerado e FGTS + 40%; repouso semanal remunerado; aviso prévio; saldo de salário; férias + 1/3; multa do art. 477; pagamento da multa convencional; juros e correção monetária; além de proceder as retificações na CTPS.

Às fls. 236/238, constam os embargos de declaração da reclamada, contestado pelo reclamante às fls. 244/247. O D. Juízo de primeiro grau, fls. 250/252, decidiu acolhê-los parcialmente.

A reclamada, ora recorrente, inconformada com a decisão de primeiro grau, interpõe recurso ordinário, fls. 262/269, pugnando pela improcedência da reclamatória ajuizada.

O Reclamante, ciente do recurso oposto, apresenta suas contra-razões, às fls. 274/282, pugnando pela manutenção da decisão de primeiro grau.

Os autos deixaram de ser remetidos ao Ministério Público do Trabalho, pois não restaram configuradas quaisquer das hipóteses do artigo 103, do Regimento Interno deste Egrégio Regional.

É O RELATÓRIO.

Conheço do recurso ordinário, eis que preenchidos os pressupostos legais de admissibilidade.

MÉRITO
DAS HORAS EXTRAS, DO ADICIONAL NOTURNO E DOS REPOUSOS SEMANAIS
REMUNERADOS - DOS TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO

Volta-se a reclamada contra a r. decisão que julgou procedentes em parte os pedidos da autora relativos às horas extras, adicional noturno e repouso semanal remunerado.

Sustenta que a convenção coletiva juntada aos autos eximiria a reclamada do pagamento das horas extras, já que nela estava previsto o regime de trabalho de 12h x 36h.

Passo a analisar a questão.

No caso dos autos, os horários declinados na inicial foram admitidos pela reclamada, conforme se verifica pelos termos de sua contestação.

Assim, reconhecem-se as seguintes jornadas de trabalho:

a) até dezembro de 2003, o reclamante trabalhava de segunda a sábado, das 6h às 14h, das 14h às 22h e das 22h às 6h, trocando de turno a cada mês.

b) a partir de janeiro de 2004, o reclamante passou a trabalhar nos turnos de 6h às 18h e de 18h às 6h, também de segunda a sábado.

Ou seja, vê-se que o reclamante estava sujeito ao regime de turnos ininterruptos de revezamento.

Portanto, está o reclamante sujeito à limitação do artigo 7º, XIV, da Constituição Federal de 1988.

De fato, tal dispositivo legal prevê:

“Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XIV- jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;”

A doutrina define o trabalho ininterrupto em turno de revezamento como sendo aquele em que a atividade do empregado seja contínua, isto é, que não haja interrupção da produção ou da prestação de serviços durante as vinte e quatro horas do dia, no decorrer dos sete dias da semana.

Ora, trabalho em turnos ininterruptos de revezamento é o que se caracteriza como aquele em que o empregado não tem condições de organizar sua vida pessoal, tendo seu relógio biológico alterado com relação ao período de descanso e refeições, em vista da mudança contínua de seu turno de trabalho. A previsão constitucional de turno ininterrupto de revezamento, com duração de 6 (seis) horas diárias, visa proteger a saúde física e mental do trabalhador, sendo realmente necessário, em face das constantes mudanças de turno, que leva a um maior desgaste físico e emocional do trabalhador, além de impossibilitar o planejamento de horas de lazer junto à sua família.

No presente caso, durante a instrução processual restou provado que, no setor em que trabalhava o reclamante, a empresa prestava serviços 24 horas por dia.

Do mesmo modo, restou comprovado que os turnos praticados pelo reclamante visavam cobrir a totalidade das vinte quatro horas de funcionamento da empresa.

Assim, a jornada do reclamante deveria se limitar às 6 horas diárias, conforme mandamento constitucional.

No caso dos autos, as normas coletivas juntadas não têm o condão de impedir o pagamento da sobrejornada, pois se trata de dispositivo relativo à saúde e à segurança do trabalhador, portanto, irrenunciável.

No caso em apreço, deve-se atentar ao “princípio da adequação setorial negociada”, tratado por Maurício Godinho Delgado, em sua obra “Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho” (Editora LTr, 2001, pp 108/111). O princípio em questão trata das possibilidades e dos limites jurídicos da negociação coletiva, estabelecendo os critérios de

harmonização entre as normas jurídicas oriundas da negociação coletiva e as normas jurídicas provenientes da legislação heterônoma estatal.

Segundo o autor, de acordo com o princípio da adequação setorial negociada, as normas autônomas juscoletivas podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justabalhista desde que respeitados dois critérios autorizativos: a) quando as normas decorrentes de negociação coletiva implementarem um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral conferido pela norma estatal; b) quando os direitos transacionados na negociação coletiva forem de indisponibilidade relativa, e não absoluta.

Assim, conclui Maurício Godinho Delgado que “não prevalece a adequação setorial negociada se concernente a direitos revestidos de indisponibilidade absoluta (e não indisponibilidade relativa), os quais não podem ser transacionados nem mesmo por negociação coletiva. Tais parcelas são aquelas imantadas por uma tutela de interesse público, por constituírem um patamar civilizatório mínimo que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e a valorização mínima deferível ao trabalho (arts. 1º, III, e 170, *caput*, CF/88)”. Tal patamar civilizatório mínimo, segundo o mesmo autor, englobaria três grupos de normas trabalhistas heterônomas: as normas constitucionais em geral, respeitadas as ressalvas feitas pela própria Constituição; as normas de tratados e convenções internacionais vigorantes no plano interno brasileiro e as normas legais infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao trabalhador (como os preceitos relativos à saúde e segurança no trabalho e os dispositivos antidiscriminatórios).

No caso dos autos, não houve atenção aos limites objetivos da adequação setorial negociada e da criatividade jurídica da negociação coletiva trabalhista, pois a norma coletiva não traz qualquer benefício capaz de compensar o desgaste da jornada em turnos ininterruptos superiores a 6 horas diárias.

Nesse sentido, o C. TST:

RECURSO DE REVISTA - TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO - JORNADA SUPERIOR A SEIS HORAS DIÁRIAS - FIXAÇÃO MEDIANTE CONVENÇÃO COLETIVA - ALCANCE DA NORMA CONSTANTE DO ARTIGO 7º, INCISO XIV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - A despeito do que estabelece a Orientação Jurisprudencial nº 169, da SBDI 1, a fixação de jornada superior a seis horas diárias não pode ser admitida, quando inexistente qualquer contraprestação capaz de compensar o desgaste do trabalho praticado pelo sistema de turnos ininterruptos de revezamento, desgaste esse que constitui o principal motivo de se ter estabelecido previsão constitucional específica a respeito da matéria (artigo 7º, inciso XIV, da CF/88). Assim sendo, prevalece a necessidade de se observar a jornada semanal reduzida de trinta e seis horas, sendo devida a contraprestação relativamente ao período que ultrapassar o referido limite. ACORDO DE COMPENSAÇÃO. DESCUMPRIMENTO. INVALIDADE. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NA OJ Nº 220 DA SBDI1. RECURSO PROVIDO. De acordo com o disposto na OJ nº 220 da SBDI1, a prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de horas. Nessa hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal devem ser pagas como horas extras e, quanto àquelas destinadas à compensação, deve ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário. Decisão em sentido contrário deve ser modificada a fim de se adequar ao entendimento anteriormente exposto. Recurso parcialmente conhecido e provido em parte. (TST-RR 702358-1ª T. - Relª Juíza Conv. Maria de Assis Calsing - DJU 06.08.2004)

HORAS EXTRAS - TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO - JORNADA FLEXIBILIZAÇÃO - NEGOCIAÇÃO COLETIVA - POSSIBILIDADE
- 1. A flexibilização da jornada normal de seis horas para os empregados que laboram em turnos ininterruptos de revezamento não exige o empregador do pagamento de horas extras excedentes da sexta acaso exigidas e trabalhadas. Desarraçado supor que a Constituição Federal garantiu a jornada especial e reduzida de seis horas e, paralelamente, permitiu aos interlocutores sociais, ainda que mediante negociação coletiva, frustrarem os fundamentos sociais, biológicos e econômicos que a ditaram, mediante estipulação de jornada normal superior, sem qualquer contrapartida ao empregado. 2. Inválida cláusula de convenção coletiva de trabalho que delega a empregado e empregador a negociação direta e individual da jornada de labor em turnos ininterruptos de revezamento. 3. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido. (TST-RR 534863-1ª T. - Red. p/o Ac. Min. João Oreste Dalazen - DJU 02.04.2004)

Portanto, a norma coletiva não elide a empresa do pagamento das horas extras, razão pela qual mantenho a r. decisão, embora por outros fundamentos.

ANTE O EXPOSTO, conheço do recurso ordinário, eis que preenchidos os pressupostos legais de admissibilidade; no mérito, nego-lhe provimento, para manter a r. decisão recorrida em todos os seus termos, inclusive quanto às custas. Tudo conforme fundamentos.

ISTO POSTO,

ACORDAM OS JUÍZES DA QUARTA TURMA DO EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA OITAVA REGIÃO, UNANIMEMENTE, EM CONHECER DO RECURSO, EIS QUE PRESENTES OS PRESSUPOSTOS LEGAIS DE ADMISSIBILIDADE; NO MÉRITO, SEM DIVERGÊNCIA, EM NEGAR-LHE PROVIMENTO, PARA MANTER A R. DECISÃO EM TODOS OS SEUS TERMOS, INCLUSIVE QUANTO ÀS CUSTAS. TUDO CONFORME FUNDAMENTOS.

Sala de Sessões da Quarta Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Oitava Região. Belém, 19 de abril de 2005.

ALDA MARIA DE PINHO COUTO
Juíza Relatora

PROCESSO Nº RO 1395-2004-011-08-00-0/4ª T.

Relatora: Juíza ALDA MARIA DE PINHO COUTO

Recorrentes: ANTONIO MARIA DAS GRAÇAS SANTANA; DANIEL ROSÁRIO DE MORAIS; ELIZEU BATISTA RODRIGUES; ISEQUIAS DE JESUS JARDIM; FELICIANO PINTO DA SILVA E OUTROS

Advogados: Dr. Antonio Carlos Bernardes Filho e Outra

Recorrido: FÊNIX CURTIDORA LTDA.

Advogado: Dr. Gerson de Oliveira Souza

Recorrido: JOSÉ RIBAMAR MACÁRIO DIAS

Advogados: Dr. Emanuel do Nascimento Batalha e Outros

EMENTA: AÇÃO ANULATÓRIA. ARREMATÇÃO. LEGITIMIDADE AD CAUSAM.

É parte legítima para deduzir em juízo a pretensão de se ver anulada a arrematação de bem imóvel aquele que, por força dessa arrematação, teve frustrado o adimplemento de seus créditos trabalhistas, os quais vinham sendo pagos através de renda obtida a partir de arrendamento do imóvel, como forma de administração do estabelecimento, determinado pelo Juízo de Execução competente. Autoriza-se, assim, o exame do mérito da pretensão anulatória por parte do D. Juízo *a quo*.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, oriundos da **MERITÍSSIMA DÉCIMA PRIMEIRA VARA DO TRABALHO DE BELÉM**, em que são partes, como recorrentes, **ANTONIO MARIA DAS GRAÇAS SANTANA, DANIEL ROSÁRIO DE MORAIS, ELIZEU BATISTA RODRIGUES, ISEQUIAS DE JESUS JARDIM, FELICIANO PINTO DA SILVA E OUTROS** e, como recorridos, **FÊNIX CURTIDORA LTDA. E JOSÉ RIBAMAR MACÁRIO DIAS**.

Os reclamantes apresentaram **AÇÃO ANULATÓRIA** contra José Ribamar Macário Dias e Fênix Curtidora Ltda.

Asseveram que a arrematante Fênix Curtidora Ltda. é parte legítima para figurar no pólo passivo da presente ação, haja vista ter sido a própria empresa quem arrematou o imóvel e quem sofrerá prejuízo com a anulação pretendida, sendo, portanto, a principal interessada na manutenção do ato jurídico questionado.

Acrescentam que a procedência da ação também afetará o direito de José Ribamar Macário Dias, eis que é reclamante no processo 11ª -VTB-1276/95, para quem verterá o produto da alienação, pelo que necessário se faz seu litisconsórcio, passando a integrar o pólo passivo da demanda.

Informam que são reclamantes no processo nº 1106/96 em trâmite na 12ª Vara de Belém, o qual se encontra suspenso à espera de liberação do imóvel da primeira reclamada, onde estava sediada e único bem para efeito de penhora ou abandono de valores para quitação.

Esclarecem que o referido imóvel foi dado em administração no processo 583/1993 em trâmite na 5ª vara, para a empresa Fenix Curtidora Ltda. e que os exequentes diante da ameaça de invasão do imóvel, requereram que fossem nomeados administradores do estabelecimento, tendo sido nomeados pelo juízo da 5ª Vara como depositários, transferindo tal encargo posteriormente à segunda demandada, concedendo-lhe direito de administrar, porém, fixando frutos de tal administração do processo do valor de R\$ 5.000,00 mensais, o qual está vinculado ao pagamento do crédito trabalhista a ser concebido pelos reclamantes daquele processo.

Acrescentam, ainda, que o imóvel acima mencionado foi adquirido por arrematação no processo 11ªVTB-1276/95, pela própria empresa Fênix Curtidora Ltda no valor de R\$

600.000,00, tendo sido pago em 10 parcelas, estando o valor à disposição do juízo para pagamento do crédito do autor o qual não atinge a quantia de R\$ 5.000,00.

Afirmam que arrematação é irregular tanto pelo fato de que o juízo não obedeceu a preferência da penhora, quanto também por ter sido a própria administradora quem arrematou o imóvel, não cumprindo os termos acordados a quando da concessão da administração, deixando de depositar os valores mensais devidos a partir do momento que sua proposta foi aceita.

Em razão do acima exposto, requerem anulação da decisão concernente ao processo 11ª-1276/95, a qual acatou proposta para arrematação do imóvel.

O reclamado José Ribamar Macário Dias apresentou contestação escrita às fls. 578-579, assim como a reclamada Fênix Curtidora Ltda. apresentou às fls. 582-590, arguindo esta as questões preliminares de indeferimento da inicial e ilegitimidade passiva, requerendo a improcedência da ação.

O MM. Juízo de 1º Grau, em sentença de fls. 695-700, decidiu rejeitar as preliminares de inépcia da inicial e ilegitimidade passiva, arguindo “Ex-Officio” a ilegitimidade ativa dos autores, para extinguir o processo sem julgamento do mérito nos autos da ação anulatória, diante da ausência de legitimidade ativa.

Inconformados com a r. decisão, os reclamantes interpuseram Recurso Ordinário, conforme fls. 704-711, tendo a reclamada Fenix Curtidora Ltda apresentado contraminuta ao mesmo às fls. 715-719. Embora notificado, o reclamado José Ribamar Macário Dias não apresentou contraminuta.

Os presentes autos deixaram de ser remetidos ao Ministério Público do Trabalho para emissão de parecer, porque não evidenciada qualquer das hipóteses previstas no art. 103, do Regimento Interno deste E. TRT.

É O RELATÓRIO

Conheço do recurso ordinário, eis que preenchidos os pressupostos legais de admissibilidade.

MÉRITO

DA LEGITIMIDADE AD CAUSAM DOS AUTORES

Voltam-se os autores, ora recorrentes, contra a r. sentença que extinguiu o processo sem julgamento de mérito, por ilegitimidade ativa *ad causam*.

Antes de adentrar na análise da pretensão recursal, impõem-se breves considerações acerca da ação anulatória ajuizada pelos autores.

De fato, a ação anulatória ora proposta tem por objeto um ato judicial e não uma cláusula de acordo ou convenção coletiva.

Essa distinção é de curial importância para a fixação da competência funcional, pois decorre da própria diferenciação entre a ação anulatória de cláusula convencional (prevista no artigo 83, IV, da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993) e a ação anulatória de ato judicial (que tem seu fundamento no artigo 486, do Código de Processo Civil).

A Ação Anulatória de Cláusula Convencional, prevista no artigo 83, IV, da LC nº 75/93, tem como legitimado ativo o Ministério Público do Trabalho e seu objeto é “a declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva que viole as liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores” (*in* O Ministério Público do Trabalho e a Ação Anulatória de Cláusulas Convencionais, de José Cláudio Monteiro de Brito Filho. Editora LTr).

Já a ação anulatória de ato judicial, com fulcro no artigo 486, do CPC, é nada mais do que o uma ação ordinária em que se pretende a declaração de nulidade de um ato judicial. Essa nulidade, entretanto, se resume ação aos atos processuais praticados pelas partes e às sentenças judiciais homologatórias.

A competência para ação anulatória do artigo 486, CPC, é do juízo de primeiro grau, conforme escreve Benizete Ramos de Medeiros (*in* AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO E SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO DO TRABALHO - Publicada na Síntese Trabalhista nº 162 - DEZ/2002, pág. 105):

“A ação anulatória de ato “judicial” é proponível perante órgão de primeiro grau. Dado o vínculo de acessoriedade entre ela e a ação em cujo curso se praticou o ato impugnado, incide a regra do art. 108: “Será competente para ação anulatória o mesmo juízo que esteja processando, ou tenha processado, a outra causa”. Tal solução atende a ratio legis e afigura-se vantajosa do ponto de vista prático; já pela probabilidade de que o referido juízo se encontre em melhores condições para apreciar a matéria, já em atenção às repercussões que o processo da ação anulatória pode ter sobre o outro, no caso de pendência simultânea, e que decerto gerariam maiores complicações procedimentais, se cada qual corresse perante um órgão distinto. Em sede trabalhista, a JT é competente, ainda que a lide não se estabeleça entre empregado e empregador, por força do que dispõe o art. 114 da CF; e, são as varas do trabalho competentes para apreciar a ação de anulação quando a ação principal daí se originar. Na hipótese do ato a ser atingido, se imiscuir no processo de execução, com v.g., arrematação, adjudicação ou outro, a competência é do juízo onde está correndo a execução.”

Assim sendo, a competência funcional para apreciar a presente demanda pertence ao órgão de primeiro grau, até mesmo por decorrência da previsão do artigo 659, II, da CLT.

O artigo 30, I, g, do Regimento Interno deste E. Regional, ao dispor que compete à Seção Especializada julgar originariamente as ações anulatórias, faz menção expressa ao artigo 83, IV, da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, que, como se disse alhures, prevê a ação anulatória de cláusula convencional, de competência do Ministério Público do Trabalho.

Já há julgado no mesmo sentido, como no Acórdão TRT/SE/AA nº 5922/2001, cujo Prolator foi o Excelentíssimo juiz José Maria Quadros de Alencar:

AÇÃO DE ANULAÇÃO. ARREMATACÃO, COMPETÊNCIA. Compete à Vara do Trabalho que homologou a arrematação conhecer e julgar ação de anulação desse ato. Inteligência do artigo 486 do Código de Processo Civil e artigo 30, I, g, do Regimento Interno do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Oitava Região.

Portanto, fixados o cabimento da ação e a competência para a sua apreciação, passo a analisar o mérito recursal, fazendo uma breve síntese dos fatos narrados pela exordial.

Os autores, ora recorrentes, demandaram a empresa CURBEL COMÉRCIO E INDÚSTRIA S/A, obtendo o reconhecimento de créditos trabalhistas que originaram execuções movidas contra a referida empresa.

Essas execuções foram garantidas pelo imóvel localizado na “Estrada da Maracacuera”, descrito às folhas 31/32 e avaliado em R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais).

Segundo narram os autores, após grande empenho, eles conseguiram que o estabelecimento penhorado fosse dado em administração à empresa FÊNIX CURTIDORA LTDA., a qual se comprometeu a pagar o valor de R\$ 5.000,00 mensais, valor vinculado ao pagamento do crédito trabalhista de 59 reclamantes.

De fato, a decisão da Excelentíssima Juíza Titular da 5ª Vara do Trabalho de Belém (folhas 217/218) acatou *“o pedido de arrendamento como forma de administração do estabelecimento, acolhendo como renda fixa os valores ora ofertados independentemente*

de maiores valores porventura auferidos pelo peticionante na exploração econômica do imóvel e seus acessórios, bem como independentemente dos investimentos que venham a ser efetuados no estabelecimento com vistas a seu aproveitamento econômico, os quais não se sujeitam a ressarcimento futuro.” E fixou “como prazo de exploração do estabelecimento o tempo necessário ao pagamento do débito trabalhista, ficando impossibilitada a opção de compra a final em face das pendências que recaem sobre o imóvel e porque tal só poderia ocorrer em praça com igualdade de condição com os demais licitantes”.

Contudo, em outra execução trabalhista, a empresa FÊNIX CURTIDORA LTDA, que já era administradora do imóvel, arrematou o mesmo bem, pela quantia de R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais), parcelado em dez vezes. A Carta de Arrematação foi expedida pela Juíza da 11ª Vara do Trabalho de Belém em 5 de fevereiro de 2004.

Desde então, conforme narram os autores, a empresa FÊNIX CURTIDORA LTDA. deixou de depositar o valor a eles devido, sem qualquer comunicação prévia, não cumprindo o que havia pactuado em juízo para com os mesmos.

Houve, inclusive, reclamação correicional movida pelos ora recorrentes, a qual foi extinta sem julgamento do mérito pelo Excelentíssimo Juiz Corregedor (folhas 674/676), ao argumento de que a empresa FÊNIX CURTIDORA LTDA, até então arrendatária do bem, perdeu essa condição a partir do dia 3 de outubro de 2003, razão pela qual, a partir de então, teria deixado de haver aluguel a ser atualizado.

Portanto, elegeram os autores a via da ação anulatória, com o escopo de anular a arrematação do bem por parte da empresa FÊNIX CURTIDORA LTDA. e, assim, viabilizar o recebimento da quantia de R\$ 5.000,00 por mês, conforme homologado pela Juíza da Excelentíssima 5ª Vara do Trabalho de Belém.

Assim, pela simples narração dos fatos pela petição inicial, verifica-se que os autores são, de fato, parte legítima para sustentarem em juízo a pretensão anulatória.

Com efeito, aplicando-se a teoria da asserção, o juízo preliminar de admissibilidade do exame do mérito se faz mediante o simples confronto entre a afirmativa feita na inicial pelo autor, considerada *in statu assertionis*, e as condições da ação.

No caso concreto, vê-se que, a partir das declarações dos autores, em sua petição inicial, pode-se identificar, abstratamente e em tese, que os mesmos são os titulares da pretensão deduzida em juízo, o que autoriza o exame do mérito.

Dessa forma, no mérito, é que se verificará a procedência ou não da pretensão anulatória dos autores.

A tese da r. sentença de que o interesse dos autores seria meramente econômico e não autorizaria o reconhecimento de sua legitimidade para o pólo ativo da presente demanda não pode ser mantida, já que não resiste ao simples cotejo com a decisão do Excelentíssimo Juiz Corregedor, acima transcrita (folhas 674/676).

De fato, a decisão que extinguiu a reclamação correicional sustenta tese no sentido de que a pretensão dos autores em verem atualizados e pagos os valores devidos encontrou óbice na arrematação do bem pela empresa FÊNIX CURTIDORA LTDA., que teria deixado de ser arrendatária e passado a ser proprietária do bem.

Portanto, o interesse dos autores - que também, por óbvio, tem expressão econômica - apresenta a natureza de interesse jurídico, legitimando-os a buscarem o Judiciário para verem apreciada a sua pretensão anulatória.

Se essa pretensão deve ser julgada procedente ou não, aí já se trata de questão de mérito, a qual deve ser apreciada na oportunidade apropriada.

Rejeita-se o pedido de reabertura da instrução processual, haja vista que a mesma foi encerrada sem qualquer irrisignação das partes (folha 691).

Assim sendo, dou provimento ao recurso ordinário e afasto a questão preliminar de

ilegitimidade ativa *ad causam*, determinando o retorno dos autos ao D. Juízo de origem, a fim de que seja apreciado o mérito da demanda, como entender de direito.

ANTE O EXPOSTO, conheço do recurso ordinário, eis que preenchidos os pressupostos legais de admissibilidade; no mérito, dou-lhe parcial provimento para, cassando a r. sentença, afastar a questão preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam*, determinando o retorno dos autos ao D. Juízo de origem, a fim de que seja apreciado o mérito da demanda, como entender de direito. Tudo conforme fundamentos.

ISTO POSTO,

ACORDAM OS JUÍZES DA QUARTA TURMA DO EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA OITAVA REGIÃO, UNANIMEMENTE, EM CONHECER DO RECURSO, EIS QUE PRESENTES OS PRESSUPOSTOS LEGAIS DE ADMISSIBILIDADE; NO MÉRITO, SEM DIVERGÊNCIA, EM DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO PARA, CASSANDO A R. SENTENÇA, AFASTAR A QUESTÃO PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM, DETERMINANDO O RETORNO DOS AUTOS AO D. JUÍZO DE ORIGEM, A FIM DE QUE SEJA APRECIADO O MÉRITO DA DEMANDA, COMO ENTENDER DE DIREITO. TUDO CONFORME FUNDAMENTOS.

Sala de Sessões da Quarta Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Oitava Região. Belém, 1 de fevereiro de 2005.

ALDA MARIA DE PINHO COUTO

Juíza Relatora

PROCESSO RO-01273-2003-094-03-00-7

Relatora: Juíza DENISE ALVES HORTA

Recorrente: MUNICÍPIO DE CAETÉ

Recorrido: CARLOS DOS SANTOS DE OLIVEIRA

Ementa: EMPREGADO PÚBLICO. REVOGAÇÃO DE BENEFÍCIO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 468 DA CLT. RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO. A relação jurídica entre o Estado e o servidor público trabalhista é de natureza contratual e não estatutária. Portanto, “*celebram efetivamente contrato de trabalho nos mesmos moldes adotados para a disciplina das relações gerais entre capital e trabalho*” (FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo, 8ª edição, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001, pg. 456). Nesse passo, a concessão de licença sem vencimentos pela Administração Pública passa a integrar o contrato de trabalho, não podendo o benefício ser revogado, sob pena de violação ao artigo 468 da CLT, pois, em se tratando de cláusula contratual, esta adere permanentemente à relação jurídica pactuada entre as partes, sendo inviável a sua exclusão por quem a instituiu, ainda que seja um dos entes da federação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso ordinário, oriundos da Vara do Trabalho de Sabará/MG, em que figuram, como recorrente, **MUNICÍPIO DE CAETÉ**, e, como recorrido, **CARLOS DOS SANTOS DE OLIVEIRA**.

RELATÓRIO

Ao de fl. 40, que adoto e a este incorporo, acrescento que o Exmo. Juiz Jales Valadão Cardoso, em exercício na Vara do Trabalho de Sabará/MG, pela r. sentença de fls. 40/43, julgou procedentes os pedidos formulados por CARLOS DOS SANTOS OLIVEIRA em desfavor do MUNICÍPIO DE CAETÉ, para condenar a reclamada a anotar a baixa do contrato na CTPS do reclamante, bem como a pagar-lhe as seguintes verbas: aviso prévio, férias vencidas e proporcionais, acrescidas de 1/3, FGTS + 40%.

Inconformado, o reclamado interpõe recurso ordinário (fls. 44/48), sustentando que não pode ser mantida a rescisão indireta do contrato de trabalho, uma vez que lícita a revogação da licença sem remuneração concedida ao reclamante.

Contra-razões apresentadas pelo reclamante às fls. 51/53.

O Ministério Público do Trabalho, através de parecer da lavra do Dr. Eduardo Maia Botelho, Procurador Regional do Trabalho, opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Satisfeitos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço do recurso ordinário interposto pelo reclamado.

Ressalve-se que não há que se falar, “in casu”, em remessa obrigatória, ante o valor da condenação (R\$10.200,00), inferior a 60 salários mínimos, e o disposto no artigo 475, parágrafo 2º, do CPC, bem como no En. 303 do TST, com a nova redação conferida pela Res. 121/03.

JUÍZO DE MÉRITO

Insurge-se o recorrente contra a decisão primeva, que reconheceu a rescisão indireta do contrato de trabalho do reclamante, ante a revogação da licença a ele deferida. Aduz que o instituto da licença sem vencimentos é inerente ao regime jurídico estatutário e não

condiz com o regime jurídico celetista; que, diante da ilegalidade da licença, mostra-se perfeitamente lícita a revogação do benefício; que no caso da Administração Pública “*não basta que a forma não seja defesa em lei, é necessário que seja expressamente permitida*”, haja vista o princípio da legalidade; que, mesmo no regime estatutário, a Administração tem o poder de interromper, a qualquer tempo, a licença concedida (artigo 91 da Lei 8.112/90); que a exigência de comparecimento do reclamante ao serviço não enseja a rescisão indireta do contrato de trabalho e que, dentre as hipóteses do artigo 483 da CLT, não se observa o fato narrado na exordial.

Sem razão, contudo.

Inicialmente, cabem algumas considerações acerca do regime jurídico celetista, no âmbito da Administração Pública.

Os empregados públicos estão inseridos no conceito de servidores públicos e diferem dos estatutários por terem a relação de trabalho com a Administração Pública disciplinada pelas normas da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.

De fato, como pondera Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, “*in*” “Relação de Emprego Estrutura Legal e Supostos”, 2ª edição, LTr, São Paulo, 1999, pg. 270, “*O Direito só pode ser compreendido como um sistema, cujos diversos elementos componentes tendem à uniformidade e à univocidade. Por isto, não há lugar para o entendimento de que os diversos centros de regulação, e aqui especificamente, o Direito do Trabalho e o Direito Administrativo, componham universos estanques e isolados que não se intercomunicam sem correspondência entre os seus específicos pontos de tutela*”.

Contudo, embora algumas regras de direito administrativo, também, devam ser observadas no caso do regime trabalhista, como a necessidade de aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos (artigo 37, II, CF/88), a relação jurídica entre o Estado e o servidor público trabalhista é de natureza contratual, e não estatutária. Portanto, “*celebram efetivamente contrato de trabalho nos mesmos moldes adotados para a disciplina das relações gerais entre capital e trabalho*” (FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo, 8ª edição, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001, pg. 456).

Valentin Carrion, “*in*” “Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho”, 28ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 2003, pg. 55, com a maestria que lhe é peculiar, observa que “*Os empregados públicos mantêm com qualquer entidade estatal relação de emprego disciplinada pelo Direito do Trabalho, materializado na CLT e nas demais normas laborais da atividade privada; seus princípios são os do direito privado, de índole contratual, apesar do grande volume de normas cogentes; apenas a União tem competência para legislar sobre direito do trabalho; empregados públicos são os servidores ‘lato sensu’, comumente chamados celetistas.*” (grifos acrescidos).

No presente caso, são incontrovertidos os seguintes fatos: o reclamante ocupa o cargo de Motorista II, desde 01.07.96, em virtude de aprovação em concurso público; o Município concedeu-lhe licença sem vencimentos, pelo prazo de seis meses, a partir de 10.01.03 (CTPS, fl. 07); essa licença foi prorrogada por mais dezoito meses, a partir de 09.07.03 (fl. 08), e o autor foi convocado “*a comparecer no dia 1º de dezembro impreterivelmente para assumir o cargo a que foi empossado*” (fl. 09).

Ora, como exposto em linhas volvidas, o reclamante é um empregado como qualquer outro, estando a relação jurídica contratual firmada com a Administração Pública regida pelas normas celetistas.

Nesse passo, podem as partes desse contrato estabelecer regras, de com um acordo - desde que não incorram em violação a normas de ordem pública - passando a integrar o pacto laboral. É o que ocorreu na situação em voga.

O Município, ora recorrente, concedeu licença sem vencimentos ao reclamante, por dezoito meses, conforme documento de fl. 08. A partir de sua concessão, a licença passou

a figurar dentre o rol de direitos do laborista, não podendo, pois, ser revogada, sem que isso importe em violação ao artigo 468 da CLT. Pontue-se que, tratando-se de cláusula contratual, esta adere permanentemente à relação jurídica pactuada entre as partes, sendo inviável a sua exclusão por quem a instituiu, ainda que seja um dos entes da federação.

Ressalve-se que, não obstante inexista uma previsão legal expressa, dentre as normas celetistas, a respeito da licença sem vencimentos, é perfeitamente possível a sua concessão, ainda que por ato da Administração Pública, pois, como bem ressaltado pelo Juízo primevo, “*dada a natureza contratual do regime celetista, nada impede que as partes suspendam a execução do contrato, por mútuo consentimento*” (fl. 41). Considerando o exposto, sequer há violação ao princípio da legalidade, bem como ao “*Estado Democrático de Direito*”, como afirmado pelo recorrente.

Além disso, o fato de o artigo 91, da Lei 8.112/90, prever a possibilidade de a Administração Pública interromper a licença, a qualquer tempo, no interesse do serviço, em nada altera o decidido. Tal possibilidade é inerente ao regime estatutário, em que vigora relação de direito público, afastada do sistema bilateral do direito privado.

Assim, haja vista a evidente infração ao artigo 468 da CLT, pois o Município, unilateralmente, suprimiu um direito concedido ao reclamante, desrespeitando as obrigações do contrato de trabalho, há de se considerar a rescisão indireta do pacto laboral, com fundamento no artigo 483, “d”, da CLT, no qual se enquadra, perfeitamente, a situação em voga.

Em sendo assim, mostra-se escorreita a decisão de primeiro grau, devendo ser mantida.

Nego provimento.

CONCLUSÃO

Conheço do recurso; no mérito, nego-lhe provimento.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, pela sua Oitava Turma, em, preliminarmente, à unanimidade, conhecer do recurso; no mérito, sem divergência, negar-lhe provimento.

Belo Horizonte, 23 de junho de 2004.

DENISE ALVES HORTA

Juíza Relatora

PROCESSO Nº 00441-2004-008-03-00-8-RO

Relatora: Juíza DENISE ALVES HORTA

Recorrentes: (1) LUIZ ALBERTO DOS SANTOS; (2) CONSELHO REGIONAL DE TÉCNICOS EM RADIOLOGIA 3ª REGIÃO-CRTR

Recorridos: OS MESMOS

Ementa: AUTARQUIAS CORPORATIVAS. CONCURSO PÚBLICO PARA A ADMISSÃO DE PESSOAL. EXIGÊNCIA. As autarquias corporativas, incumbidas da inscrição de certos profissionais e de fiscalizar sua atividade, possuem algumas particularidades em relação aos demais entes autárquicos. São mantidas com recursos próprios; não recebem subvenções ou transferências à conta do orçamento da União e se regulam por legislação específica. Entretanto, ainda assim, são autarquias e em relação a elas incidem, inteiramente, as normas constitucionais, inclusive aquelas relativas à admissão de pessoal, como a exigência de concurso público. Logo, não observado o disposto no artigo 37, II, da CF/88, para a admissão do reclamante, seu contrato de trabalho é nulo, sendo-lhe devida apenas a contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, e os valores correspondentes aos depósitos do FGTS, conforme entendimento, pacificado, a teor do disposto no En. 363 do TST.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso ordinário, oriundos da 8ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte/MG, em que figuram, como recorrentes, **(1) LUIZ ALBERTO DOS SANTOS e (2) CONSELHO REGIONAL DE TÉCNICOS EM RADIOLOGIA 3ª REGIÃO - CRTR**, e como recorridos, **OS MESMOS**.

RELATÓRIO

Ao de fl. 553, que adoto e a este incorporo, acrescento que o Exmo. Juiz Luís Felipe Lopes Boson, em exercício na 8ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte/MG, pela r. sentença de fls. 553/555, julgou procedentes em parte os pedidos formulados por LUIZ ALBERTO DOS SANTOS na reclamação trabalhista por ele movida em desfavor do CONSELHO REGIONAL DE TÉCNICOS EM RADIOLOGIA 3ª REGIÃO - CRTR, para condenar o reclamado a pagar ao reclamante reflexos de diárias, até a interrupção do seu pagamento, em RSR, férias e seu terço, décimos terceiros salários, FGTS e percentual de 40%, deduzidos os valores pagos sob idêntico títulos.

Os embargos de declaração opostos pelo reclamado (fls. 556/557) foram rejeitados (fl. 558) e os embargos de declaração aviados pelo reclamante (fl. 559) foram acolhidos (fl. 561).

O reclamante interpõe o recurso ordinário de fls. 563/572. Alega que a redução da gratificação de 100% é ilegal, uma vez que se incorporou à sua remuneração, o mesmo ocorrendo com a média das diárias. Aduz que deve ser indenizado pelo não recebimento das diárias, no período de setembro de 2002 a fevereiro de 2003, pois o reclamado, por questões políticas, desviou-o de sua função de agente fiscal. Pretende, ainda, o recebimento da diferença da gratificação de 100% sobre o salário-base, representada pelos cheques juntados aos autos.

O reclamado maneja o recurso ordinário de fls. 574/579, sustentando que nenhuma parcela é devida ao reclamante, uma vez que o contrato de trabalho é nulo, por não ter sido observado o requisito do art. 37, II, da CF/88.

O reclamado apresenta as contra-razões de fls. 580/585 e o reclamante, as de fls. 587/592, alegando este último que o recurso da parte ré é deserto.

Remetidos os autos ao Ministério Público do Trabalho (fl. 593), este, por meio do parecer da lavra da Procuradora Regional do Trabalho, Maria Christina Dutra Fernandez, manifestou-se pelo conhecimento e provimento do apelo do reclamado, ficando prejudicado o apelo do reclamante (fls. 594/595).

É o relatório.

VOTO
JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE
PRELIMINAR DE DESERÇÃO DO RECURSO DO RECLAMADO. ARGÜIDA PELO
RECLAMANTE EM CONTRA-RAZÕES

Argüí o reclamante, em contra-razões, a preliminar de deserção do recurso do reclamado.

O Juízo “a quo” condenou o reclamado ao pagamento de custas processuais no valor de R\$100,00, calculadas sobre R\$5.000,00, valor arbitrado à condenação, e o reclamado, ao recorrer, não recolheu as custas e o depósito recursal.

No entanto, o reclamado, uma entidade de controle profissional, é uma autarquia, como se verá a seguir, e, assim, não lhe é exigido o preparo para a admissibilidade de seu recurso ordinário.

Da interpretação do disposto no artigo 1º do Decreto 968/69 não se extrai outra conclusão senão a de que as entidades criadas por lei com atribuições de fiscalização do exercício das profissões liberais são, de fato, autarquias. Assim dispõe a referida norma: *“As entidades criadas por lei com atribuições de fiscalização do exercício das profissões liberais que sejam mantidas com recursos próprios e não recebem subvenções ou transferência à conta do orçamento da União, regular-se-ão pela respectiva legislação específica, não se lhes aplicando as normas legais sobre pessoal e demais disposições de caráter geral, relativas à administração interna das autarquias federais”*.

Veja-se que a ressalva pertinente à não aplicação das *“normas legais sobre pessoal e demais disposições de caráter geral, relativas à administração interna das autarquias federais”*, constitui-se em um regime especial de administração conferido a tais entidades, o que, entretanto, não lhes altera a natureza autárquica. Hely Lopes Meirelles refere-se a tais autarquias de regime especial como *“toda aquela que a lei instituidora conferir privilégios específicos e aumentar a sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns, sem infringir os preceitos constitucionais atinentes a essas entidades de personalidade pública”* (Direito Administrativo Brasileiro, 15ª ed., pág. 310).

Nessa linha de entendimento, Eduardo Gabriel Saad ressalta que *“está definitivamente estabelecido, na doutrina e na legislação específica, que os órgãos de controle profissional são autarquias. A maioria desses órgãos, por contar com seções estaduais, é chamada de constelações autárquicas”* (LTr, Suplemento Trabalhista, 107/96).

Além disso, a Lei 7.394/85, que regula o Exercício da Profissão de Técnico em Radiologia, bem como o Decreto 92.790/86, são expressos no sentido de que os Conselhos de Radiologia são entidades autárquicas. O artigo 12 da referida lei estabelece que *“ficam criados o Conselho Nacional e os Conselhos Regionais de Técnicos em Radiologia, que funcionarão nos mesmos moldes dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina, obedecida igual sistemática para sua estrutura, e com as mesmas finalidades de seleção disciplinar e defesa da classe dos Técnicos em Radiologia”*. Por sua vez, o artigo 12 do decreto regulamentador, dispõe que *“os Conselhos Nacional e Regionais de Técnicos em Radiologia, criados pelo art. 12 da Lei nº 7.394, de 29 de outubro de 1985, constituem, em seu conjunto, uma autarquia, sendo cada um deles dotados de personalidade jurídica de Direito Público”*.

Cabe destacar que, de acordo com o artigo 58 da Lei 9.649/98, *“os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa”* (“caput”); *“os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, dotados de personalidade jurídica de direito privado, não manterão com os órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico”* (segundo parágrafo); e *“os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, por constituírem serviço público, gozam de imunidade tributária total em relação aos seus bens, rendas e serviços”* (parágrafo 6º). Contudo, o Supremo Tribunal Federal, julgou procedente o pedido formulado na ADIn nº 1.717-DF, que teve como Relator o Ministro Sidney Sanches, para declarar a inconstitucionalidade do artigo 58, “caput”, e parágrafos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º.

da Lei 9.649/98, por entender que o serviço de fiscalização de profissões constitui atividade típica do Estado, dando ensejo ao exercício do poder de polícia e à aplicação de punições, o que é insuscetível de delegação a entidades privadas.

Com efeito, definida a personalidade jurídica do reclamado, uma autarquia federal, indiscutivelmente, goza dos privilégios estabelecidos pelo Decreto-Lei nº 779/69, ou seja, está dispensada do recolhimento do depósito recursal para a interposição de recursos e o pagamento das custas processuais somente é exigido ao final (artigo 1º, IV e VI, da referida norma). Pontue-se que não está isenta do recolhimento das custas processuais, haja vista a ressalva contida no parágrafo único do artigo 790-A da CLT, mas, considerando o disposto no Decreto-Lei nº 779/69, pode recolhê-las ao final do processo.

Nesse sentido, o seguinte aresto:

EMENTA RECURSO. DESERÇÃO. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. CREA. NATUREZA JURÍDICA. PRIVILÉGIO DO DECRETO-LEI Nº 779/69. 1. Os Conselhos de Fiscalização profissional constituem autarquias corporativas que desempenham funções delegadas do poder público. Tanto ostentam natureza autárquica que, salvo em matéria trabalhista, demandam e são demandados perante a Justiça Federal. 2. Uma vez que o Decreto-lei nº 779/69 não distingue a espécie de autarquia, desde que típica, para efeito dos privilégios processuais ali contemplados, aplica-se aos referidos entes, inclusive para efeito de dispensa do depósito recursal e de pagamento de custas por ocasião do recurso. 3. Recurso conhecido e provido para anular o acórdão impugnado, por erro procedimental, determinando-se a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que, afastada a deserção, julgue o recurso ordinário como entender de direito. (RR684494/2000, TST, Primeira Turma, Relator Ministro João Oreste Dalazen, DJ de 12.09.03).

Portanto, não há que se falar em deserção.

Rejeito a preliminar.

Nesse passo, satisfeitos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço do recurso ordinário interposto pelo reclamado.

JUÍZO DE MÉRITO

RECURSO DO RECLAMADO

NULIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO

Alega o reclamado que a contratação do reclamante é nula, por violar o artigo 37, II, da CF/88, uma vez que não precedida de concurso público. Sustenta que lhe é devida apenas a contraprestação pelo trabalho e os depósitos fundiários, o que já foi quitado, devendo ser excluída da condenação os reflexos das diárias em RSR, férias + 1/3, 13º salários e FGTS + 40%. Cita o Enunciado 363 do TST.

Impende ressaltar, inicialmente, que entre o reclamante e o reclamado vigorou um único contrato de trabalho, de 01.12.95 a 04.02.04, como inclusive reconhecido na sentença e não impugnado nos recursos. Isso porque, a rescisão contratual ocorrida em 13.03.01 foi considerada nula pelo próprio reclamado, conforme documento de fl. 27.

Outrossim, cabe destacar que o reclamado, na defesa, afirmou que o reclamante foi admitido sem o necessário concurso público e que o seu atual presidente, visando regularizar a administração, rescindiu os contratos eivados de tal vício. Ressaltou, ainda, que, na ação de consignação em pagamento por ele ajuizada, quitou todas as verbas devidas ao laborista, “pois é cediço que mesmo a condição irregular de trabalho em Ente Administrativo, não exige o pagamento dos direitos trabalhistas” (fl. 267).

Embora, na defesa, tenha o reclamado afirmado que, não obstante a irregularidade, eram devidos os direitos trabalhistas, a alegação não pode ser interpretada como uma

confissão. É que a não observância da exigência de concurso público configura uma nulidade e, portanto, trata-se de questão de ordem pública, que não pode ser suprida, conforme parágrafo único do artigo 168 do CC/02.

Sobreleva notar que, no depoimento pessoal, o autor declarou que *“foi admitido através de concurso público”* (fl. 538). Diante da necessidade de esclarecimento da questão, o Juízo “a quo” converteu o julgamento em diligência, para que o reclamante comprovasse a forma de sua admissão (fl. 540). Este afirmou que foi submetido a testes, não possuindo a comprovação e o resultado dos exames (fl. 541). O reclamado também informou que não possuía qualquer documento, pois inexistiu o certame público (fls. 542/543 e 546). Observa-se que nas fichas de registro do empregado também não há qualquer indicação de que tenha ocorrido o concurso (fls. 298/301). Portanto, como destacado pelo Juízo primevo, infere-se que a afirmação do reclamante não é verdadeira, mormente porque desprovida de qualquer prova documental.

Impede, portanto, examinar, se, no caso do reclamado, uma autarquia corporativa, também, é exigido o concurso público para a admissão de seus empregados.

Há divergências acerca da questão. Para alguns, os conselhos de fiscalização de profissões são entes autárquicos “sui generis”, não se lhes aplicando as normas próprias das autarquias federais em relação à admissão de pessoal para o provimento de seus cargos.

No entanto, com a devida vênia, não deve prevalecer esse entendimento.

De fato, essas autarquias, incumbidas da inscrição de certos profissionais e de fiscalizar sua atividade, possuem algumas particularidades em relação aos demais entes autárquicos. São mantidas com recursos próprios; não recebem subvenções ou transferências à conta do orçamento da União e regulam-se por legislação específica. Entretanto, ainda assim, são autarquias e em relação a elas incidem, inteiramente, as normas constitucionais, inclusive aquelas relativas à admissão de pessoal.

É o que ressalta, com propriedade, a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho, “in” *“Manual de Direito Administrativo”*, 8ª edição, 2001, Ed. Lumen Juris, pg. 360: *“A Constituição Federal alude às autarquias sem adotar qualquer diferença, seja quanto à forma, seja quanto ao regime jurídico. A especificidade está em sua própria natureza, tomando em consideração as demais pessoas administrativas, mas não dentro da categoria em si. Sendo assim, a todas as autarquias devem ser aplicáveis as regras constitucionais pertinentes”*.

Não se está a olvidar que, segundo o Decreto-Lei 968/69, às autarquias corporativas não se aplicam *“as normas legais sobre pessoal e demais disposições de caráter geral, relativas à administração interna das autarquias federais”*. Contudo, o Decreto afasta a incidência apenas das normas “legais”, e não constitucionais, relativas a pessoal. Além disso, considerando o princípio da hierarquia das normas, a Constituição Federal encontra-se em patamar superior ao Decreto-Lei, e prevê, expressamente, que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público (artigo 37, II, CF/88).

Com efeito, sendo o reclamado ente integrante da Administração Pública, deve observar os princípios e regras que norteiam os atos administrativos em geral, como a exigência de realização de certame público para a admissão de pessoal.

Logo, é nulo o contrato de trabalho do reclamante, sendo-lhe devida apenas a contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, e dos valores correspondentes aos depósitos do FGTS, conforme entendimento, pacificado, a teor do disposto no En. 363 do TST.

Esse, senão, o entendimento do TRT da 20ª Região, no julgamento do RO 638/98, que teve como recorrido o Conselho Regional de Contabilidade de Sergipe - CRC/SE, e do

RO 2731/00, em que figurou como recorrido o Conselho Regional de Economia 16ª Região, conforme arestos a seguir transcritos:

“REINTEGRAÇÃO - AUTARQUIA - REGIME CELETISTA - AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO - IMPOSSIBILIDADE - O ingresso do empregado nos quadros da autarquia deve obedecer aos ditames do artigo 37, II, da Constituição Federal de 1988. Constatada a ausência de submissão do mesmo ao competente concurso público, encontra-se eivado de nulidade o contrato de trabalho, o que não autoriza a pretendida reintegração”. (RO 638/98, publicado em 29.03.99, no DJ do Estado de Sergipe).

“SERVIDOR PÚBLICO - CONTRATAÇÃO ILEGAL - A violação da exigência constitucional de prévio concurso público invalida os contratos celebrados entre as partes, devendo, ainda ser aplicado o que dispõe o artigo 37, §2º da CF, para que seja responsabilizada e punida a autoridade que praticou o ato inquinado como ilegal”. (RO 2731/00, publicado em 26.03.01, no DJ do Estado de Sergipe).

Do mesmo modo, tem decidido este Tribunal, conforme decisões proferidas pela Segunda Turma, no RO 00663-2004-001-03-00-6 (Relator Juiz Fernando Antônio de Menezes Lopes), e pela Terceira Turma, no RO 00274-2004-014-03-00-7 (Relatora Juíza Mônica Sette Lopes), recursos estes interpostos em ações ajuizadas também contra o Conselho Regional de Técnicos em Radiologia da 3ª Região - CRTR, ora reclamado. Vejamos os arestos:

“EMENTA: AUTARQUIA FEDERAL - CONTRATAÇÃO IRREGULAR - Em se tratando de empresa reclamada de autarquia federal, a aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos é requisito à admissão em seus quadros, a teor do que dispõe o item II do art. 37 da Constituição Federal. A determinação de lei não admite entendimento abrangente.” (RO-00663-2004-001-03-00-6, DJ de 01.09.04)

“EMENTA: AUTARQUIA. CONTRATO NULO. ENUNCIADO nº 363 do TST. A pretensão de direito ao recebimento de verbas trabalhistas não se compatibiliza com a jurisprudência dominante sumulada no Enunciado 363, que se originou da conversão da OJ-85 da SDI/TST. Ademais, viola o disposto no artigo 37, II e §2º, da Constituição Federal, na medida em que o efeito ‘ex tunc’ a consequência lógica da nulidade absoluta”. (RO-00274-2004-014-03-00-7, DJ de 16.10.04).

Com efeito, sendo nulo o contrato de trabalho do reclamante, não são devidos os reflexos das diárias percebidas, que, portanto, devem ser afastadas da condenação.

Provejo.

RECURSO DO RECLAMANTE

Considerando a nulidade contratual reconhecida, resta prejudicado o recurso do reclamante.

JUSTIÇA GRATUITA

Com fulcro no artigo 790, parágrafo 3º, da CLT, defiro ao reclamante os benefícios da justiça gratuita, haja vista o pedido contido na inicial (fl. 10) e os poderes expressos outorgados ao seu advogado para requer a gratuidade judiciária (fl. 14).

CONCLUSÃO

Rejeito a preliminar de deserção, argüida pelo reclamante em contra-razões, e conheço do recurso ordinário interposto pelo reclamado; no mérito, dou parcial provimento ao apelo, para declarar nulo o contrato de trabalho do reclamante e, julgando improcedente a ação, excluir da condenação os reflexos diários em RSR, férias + 1/3, 13º salários e FGTS + 40%, restando prejudicado o recurso do reclamante. Defiro ao autor os benefícios da justiça gratuita. Inverto os ônus da sucumbência, com custas pelo reclamante no importe

de R\$1.855,23, calculadas sobre o valor atribuído à causa, R\$92.761,61, das quais fica isento.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, pela sua Oitava Turma, em, à unanimidade, rejeitar a preliminar de deserção, argüida pelo reclamante em contra-razões, e conhecer do recurso ordinário interposto pelo reclamado; no mérito, sem divergência, dar parcial provimento ao apelo para declarar nulo o contrato de trabalho do reclamante e, julgando improcedente a ação, excluir da condenação os reflexos diários em RSR, férias + 1/3, 13o. salários e FGTS + 40%, restando prejudicado o recurso do reclamante; deferir ao autor os benefícios da justiça gratuita; invertido os ônus da sucumbência, com custas pelo reclamante no importe de R\$1.855,23 (um mil, oitocentos e cinquenta e cinco reais e vinte e três centavos), calculadas sobre o valor atribuído à causa, R\$92.761,61 (noventa e dois mil, setecentos e sessenta e um reais e sessenta e um centavos), das quais fica isento.

Belo Horizonte, 15 de dezembro de 2004.

DENISE ALVES HORTA

Juíza Relatora

PROCESSO Nº 02304-2002-075-03-00-8-RO

Relatora: Juíza DENISE ALVES HORTA

Recorrente: TECMAR TRANSPORTES LTDA.

Recorrido: JOSÉ BRAZ DA SILVA

Ementa: COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA - EXISTÊNCIA - ÔNUS DE PROVA. A comprovação da existência de Comissão de Conciliação Prévia no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria, para os efeitos do art. 625-D da CLT, é encargo probatório do empregador.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso ordinário, oriundos da Vara do Trabalho de Pouso Alegre-MG, em que figuram, como recorrente, **TECMAR TRANSPORTES LTDA.** e, como recorrido, **JOSÉ BRAZ DA SILVA.**

RELATÓRIO

Ao relatório de fls. 103/104, que adoto e a este incorporo, acrescento que o Exmo. Juiz Edmar Souza Salgado, em exercício na Vara do Trabalho de Pouso Alegre-MG, pela r. sentença de fls. 103/108, rejeitou a preliminar de carência de ação e julgou procedentes, em parte, os pedidos formulados por JOSÉ BRAZ DA SILVA em face de TECMAR TRANSPORTES LTDA., condenando esta a anotar a CTPS, a comprovar os recolhimentos previdenciários e a entregar as guias para levantamento do FGTS e percepção do seguro-desemprego, bem como a pagar verbas rescisórias, horas extras e reflexos.

A reclamada interpõe recurso ordinário (fls. 109/122), arguindo carência da ação e inépcia da inicial. Afirma que teria havido, na verdade, pedido de demissão e que o obreiro não poderia, por si só, rescindir o contrato de emprego. Aduz que o recorrido exercia cargo de confiança, nos termos do inc. II, do art. 62, da CLT. Assevera que, mesmo que não se tratasse de cargo de confiança, sua prova testemunhal realizada demonstraria que o obreiro trabalhava de 8 às 17h, de segunda a sexta-feira, e de 8 às 12h, aos sábados. Aduz, ainda, que não cometeu qualquer irregularidade e, portanto, a condenação quanto à expedição de ofícios, também, mereceria reforma.

Comprovado o recolhimento do depósito recursal e das custas processuais, às fls. 123/124.

Contra-razões, às fls. 126/129.

É o relatório.

VOTO

JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Satisfeitos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conhecimento do recurso ordinário interposto pela reclamada.

JUÍZO DE MÉRITO

INÉPCIA DA INICIAL

Pelo que se entende da leitura das razões recursais, pretende a recorrente a declaração da inépcia da exordial no que toca a qualquer pedido atinente à rescisão indireta do contrato. Diz que “em toda peça vestibular inexistente qualquer pleito com relação a declaração judicial da rescisão justificada do contrato de trabalho” (v. fl. 116).

No pedido de letra “b” do petitório de fls. 04/05, vê-se, claramente, que o reclamante postulou pronúncia da rescisão indireta. Logo, pedido há, não havendo de se excogitar em inépcia da inicial.

Não verificado, então, qualquer vício, sem se esquecer de que o processo do trabalho é informado pelo princípio da simplificação procedimental, não há inépcia a ser declarada. Rejeito.

DO PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO (EXISTÊNCIA DE COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA)

A recorrente pugna pela extinção do processo, sem julgamento do mérito, por inobservância da norma que dimana do art. 625-D da CLT. Afirma que o recorrido não juntou cópia da tentativa conciliatória frustrada, ou prova documental de que sua categoria profissional não possui Comissão de Conciliação Prévia.

O dispositivo erigido exige, como pressuposto processual, a prévia tentativa de conciliação, junto a uma Comissão de Conciliação Prévia, se na localidade da prestação de serviços houver sido instituída no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria. Portanto, a prova da existência da Comissão compete ao empregador, nos precisos termos do art. 333, II, do CPC e art. 818 da CLT.

Não se pode admitir a criação de empecilhos artificiais de acesso do jurisdicionado ao Judiciário, por apego ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (inc. XXXV, art. 5º, CF/88), alicerce jurídico que assume maior intensidade na seara trabalhista, em face da habitual urgência da pretensão colimada, com seu caráter alimentar.

Logo, não tendo a recorrente demonstrado a existência da referida Comissão, não pode haurir sucesso seu apelo, merecendo prevalecer o entendimento do Juízo sentenciante.

Rejeito.

DA CESSAÇÃO DO CONTRATO

Afirma a recorrente que houve pedido de demissão, através de comunicação telefônica, feita ao seu representante legal, Sr. Arlindo Diniz Ferreira. Diz que a prova testemunhal é robusta nesse sentido. Acrescenta que não poderia o próprio obreiro rescindir o contrato de trabalho.

Por força do princípio da continuidade da relação de emprego, cabe ao empregador a prova do momento e da causa da rescisão do contrato. Afora isso, insta observar não ser correto o pedido de demissão, uma vez que do emprego advém a sua fonte de sustento, ao atendimento de suas necessidades vitais básicas (art. 335/CPC). Logo, caberia à recorrente a prova da alegação do pedido de demissão.

Ocorre que, nesse ponto, não se pode reputar seguro o depoimento das testemunhas Sr. Nilson Rodrigues de Souza (v. fl. 66) e Sr. José Medeiros dos Santos (v. fl. 75). De fato, consoante afirmado pela primeira, teria tido ciência do pedido de demissão por ouvir falar, ou seja, porque o sócio da recorrente lhe teria informado. Já a segunda, Sr. José Medeiros, não poderia, mesmo, ter conhecimento do pedido de demissão, senão também por informação de um terceiro, porquanto, como já afirmado pela própria recorrente, a comunicação do pedido de demissão teria sido feita a um sócio seu e por telefone (v. defesa, fl. 25, item 5). Considerando-se que o ônus de prova, na espécie, é da recorrente, sendo certo que dele deveria se desincumbir, de forma robusta, não há como reconhecer pedido de demissão.

No que concerne à rescisão indireta, exsurge dos autos a ocorrência de falta grave suficiente a tornar justificadamente indesejável a manutenção do pacto laboral, por rompimento da fidúcia que deve existir entre as partes. De fato, a falta de anotação da CTPS gera repercussões de grande monta, vez que não são feitos recolhimentos ao FGTS e ao INSS, configurando descumprimento das obrigações de contrato (alínea "d", art. 483, CLT).

Além do que cabe ressaltar que, sendo a anotação da CTPS matéria de ordem

pública, não há de se falar em ausência de imediatidade da falta para a rescisão indireta, ainda que a insurgência obreira tenha sido apresentada muito tempo após a contratação irregular - hipótese não ocorrente na espécie, uma vez que o pacto perdurou por apenas 7 meses. É que o fato de o empregado continuar laborando, embora sem o recebimento de seus direitos trabalhistas, não torna lícita a atitude do empregador, podendo pleitear em juízo as verbas decorrentes da relação de emprego e, inclusive, o reconhecimento da falta patronal e as verbas decorrentes da rescisão indireta.

Doutro lado, não se pode pretender igualar situações extremamente díspares, uma vez que a punição tardia da falta praticada pelo empregado, por certo, é inviável, ante o perdão, ainda que tácito, verificado, mas, por outro norte, na rescisão do pacto, por culpa do empregador, não se pode exigir do empregado a mesma imediatidade, pela simples razão de que sua demora, como regra, decorre da impossibilidade de viver sem o emprego, não significando, por evidente, perdão tácito. Do contrário, estar-se-ia exigindo do empregado que sofresse o vilipêndio diuturno de seus direitos, até que encontrasse outro meio de sustento - estamos a falar de necessidades vitais básicas - e, então, não poderia por termo ao seu contrato, por culpa do empregador, por inobservância de imediatidade, conduzindo a perdão... Evidentemente, esta hipótese não encontra amparo no sistema juslaboral, sendo mister adaptar e moderar o requisito imediatidade, em se tratando de falta grave praticada pelo empregador.

Pontue-se, ainda, que a ausência de anotação da CTPS do laborista configura infração continuada, motivo pelo qual há de se entender renovada, a cada dia, a falta do empregador.

Conforme reconhecido pela recorrente (v. defesa, fl. 30), deixou, mesmo, de realizar o registro da Carteira de Trabalho e Previdência Social, defendendo-se sob o fundamento de ausência de apresentação do documento pelo recorrido, o que, por si só, não elide a gravidade da falta cometida pelo empregador.

Bem aplicado, pois, o direito, na espécie, não merece reforma a decisão do Juízo sentenciante.

Desprovejo.

DAS HORAS EXTRAS

Pretende a recorrente a reforma do julgado, quanto à sua condenação ao pagamento de horas extras, sob o fundamento de que o recorrido exercia função de confiança, nos termos do inc. II, do art. 62 da CLT. Alega que o obreiro gerenciava a filial de Pouso Alegre, controlando todos os serviços, fazendo "contratações de caminhões", efetuando pagamentos da filial e dando a última palavra, em sendo necessária a efetivação de alguma dispensa. Diz que o recorrido, autoridade máxima em Pouso Alegre e portador de salário superior aos dos demais empregados, fazia a sua própria jornada, não sendo controlada. Na hipótese de não reconhecimento do exercício da função de confiança, nos moldes do dispositivo citado, acresce a recorrente que suas testemunhas foram seguras e unânimes, enquanto as testemunhas do recorrido não teriam prestado depoimento convincente, tendo declarado horários diferentes.

Na inicial, o reclamante alegou que (fl. 03): *"Durante o pacto laboral, (...) trabalhava das 7h30min às 20h, com intervalo de 30min para refeição, de segunda a sexta-feira e aos sábados das 7h30min às 18h. Além disso, em média, duas vezes por mês, o que se deu a partir de fevereiro/02, o Recte. estendia sua jornada até às 3h30min do dia seguinte."*

No que tange à verificação da ocorrência da hipótese exceptiva tratada no inc. II, do art. 62, em foco, antes de mais nada, insta pontuar que são indevidas horas extras, relativamente às pessoas cujas atividades permitem subsunção na norma em apreço, porque não é factível aferir, com segurança, a jornada por elas desempenhada, pela existência de confiança excepcional, inviabilizando a fixação e controle de jornada; há, pois, uma

presunção relativa de inexistência de controle. Em sendo assim, gerente, diretor ou chefe de departamento e/ou filial, somente estarão enquadrados na exceção do inc. II do art. 62, quando, na realidade - e é isso o que importa - gozarem de amplos poderes, de tal sorte que tenham liberdade em sua própria jornada. Afora isso, para não usufruir das vantagens do sobrelabor, também se afigura imprescindível o recebimento de, ao menos, acréscimo salarial de 40% sobre o salário do cargo efetivo, se houver (parágrafo único, art. 62, CLT).

Compulsados os autos, verifica-se que o próprio recorrido reconhece que (v. fl. 99) *“não havia nenhum superior hierárquico (...) em Pouso Alegre, que o mesmo respondia diretamente a S. Paulo; (...) que não havia controle escrito da jornada de trabalho; (...) que trabalhou praticamente sozinho em P. Alegre, sendo que muito raramente vinha alguém de S. Paulo...”* Logo, dos excertos transcritos acima depreende-se que o reclamante confessa o exercício de função que o enquadra na exceção do inc. II, do art. 62, da CLT, notadamente porque, de fato, afigura-se inviável o controle de sua jornada, uma vez que não havia superior hierárquico ao recorrido em Pouso Alegre e, muito raramente, vinha alguém de São Paulo.

A testemunha Sr. Nilson Rodrigues de Souza depôs no mesmo sentido, *in verbis* (v. fl. 66): *“...que o reclamante administrava a filial, contratando caminhões; que o reclamante não possuía nenhum superior hierárquico em Pouso Alegre...”*

Não destoam o relato da testemunha, Sr. José Medeiros dos Santos (v. fl. 75):

“que o reclamante era gerente da filial em Pouso Alegre; (...) que o reclamante era a pessoa de maior hierarquia na filial, tendo poderes para admitir e demitir empregados, aplicar penalidades disciplinares, etc; que o reclamante, na função de gerente, não sofria qualquer fiscalização da empresa de seu horário de trabalho; (...) que o reclamante, como gerente, não tinha horário estipulado para sua jornada, podendo chegar mais tarde e sair mais cedo, tendo flexibilidade de jornadas; (...) que era o reclamante que fiscalizava o horário dos empregados e gerenciava todo o funcionamento da filial em Pouso Alegre...”

Impende observar que as testemunhas de parte do laborista nada dizem acerca da existência, ou não, de controle de jornada, bem como do exercício da função de gerente.

Destarte, tem-se que as alegações de fato provadas indicam o exercício de função de confiança.

Registre-se que o reclamante indica, na inicial, que fora contratado como escriturário, com o salário de R\$ 1.200,00. Ora, um salário nesse patamar longe está de representar a realidade salarial de um escriturário no atual mercado de trabalho, especialmente no interior de Minas. Tal valor salarial condiz com o salário de gerente. Em sendo assim, e diante dos subsídios probatórios dos autos, o reclamante não faz jus às horas extras.

Dou provimento, no aspecto, para absolver a reclamada da condenação ao pagamento de horas extras.

DA EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS

Pontue-se que só o fato de se verificar ausência de anotação da CTPS já impõe a expedição de ofícios à DRT e ao INSS. Aduzo, ainda, que a determinação de expedição de ofício ao INSS encontra supedâneo no art. 44 da Lei 8.212/91, e, quanto à DRT, dentre outros, pode citar-se o parágrafo único, do art. 25 da Lei 8.036/90 e os arts. 55 e 13, c/c o 631 da CLT, salientando, quanto ao último dispositivo, que, se qualquer funcionário público poderá comunicar à autoridade competente do Ministério do Trabalho as infrações que verificar, por maior razão, o poderá o magistrado.

Desprovejo.

CONCLUSÃO

Conheço do recurso; no mérito, rejeito as arguições de inépcia da inicial e de ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo e dou provimento parcial ao apelo, para afastar a condenação da reclamada ao pagamento de horas extras. Mantenho o valor da condenação, por compatível.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, pela sua Oitava Turma, em, preliminarmente, à unanimidade, conhecer do recurso; no mérito, sem divergência, rejeitar as arguições de inépcia da inicial e de ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo e dar provimento parcial ao apelo, para afastar a condenação da reclamada ao pagamento de horas extras; mantido o valor da condenação, por compatível.

Belo Horizonte, 24 de março de 2004.

DENISE ALVES HORTA

Juíza Relatora,

PROCESSO Nº TRT/RO/00241-2005-097-03-00-5

Relator: Juiz FERNANDO ANTÔNIO VIÉGAS PEIXOTO

Recorrente: UNIÃO FEDERAL

Recorrida: IRMÃOS BRETAS FILHOS E CIA LTDA

Ementa: AUTO DE INFRAÇÃO - PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO - CERCEIO DE DEFESA - INSUBSISTÊNCIA DA MULTA - O Estado goza da prerrogativa de constituir os seus próprios títulos executivos extrajudiciais; em contrapartida é garantido ao cidadão um regular processo administrativo, com os direitos constitucionalmente assegurados ao contraditório e à ampla defesa. Esta garantia é o pressuposto para que o título executivo a ser formado pelo Estado goze de eficácia e exigibilidade. Se a empresa foi impedida de produzir prova, para demonstrar que não havia infringido o disposto no artigo 461 da CLT (equiparação salarial), o procedimento administrativo fica eivado de nulidade, fazendo este efeito se sentir também no auto de infração. Insubistente a multa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em destaque, **DECIDE-SE:**

RELATÓRIO

Insurge-se a União Federal contra a r. sentença de f. 153/155, proferida pelo MM. Juiz Ronaldo Antônio Messeder Filho, que declarou nulo o auto de infração n. 004890396, reconhecendo a inexigibilidade da multa por infração trabalhista, autorizando à empresa o levantamento do valor depositado à f. 71, além de condenar a recorrer ao pagamento de honorários advocatícios, no importe de 15% sobre o valor da causa.

Alega que não houve cerceio de defesa no procedimento administrativo, bradando pela licitude e legalidade da multa aplicada.

Contra-razões às f. 168/172.

A d. Procuradoria manifestou-se à f. 174, pela confirmação do v. julgado.

É o relatório.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

Registre-se, de plano, que esta é matéria alçada à competência da Justiça do Trabalho por força da EC 45/2004, que alterou a redação do artigo 114 da CF/88, dispondo em seu inciso VII, que compete a esta Especializada processar e julgar “as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho”.

Conheço, pois, do recurso, regularmente apresentado.

RELATO DETALHADO DO FEITO

Faço um detalhado relato do feito, para melhor apreensão da matéria.

A empresa sofreu fiscalização do trabalho, em junho/2000, quando foi lavrado o auto de infração n. 004890396, porque constatada a existência de empregados exercentes de idêntica função, percebendo salários diferentes, em ofensa aos artigos 5º e 461 da CLT. Foram identificadas as funcionárias Verônica Maria Silva (“paradigma”) e Rubinéia Gouveia Loureiro (“equiparanda”).

O auto de infração foi contestado na esfera administrativa, tendo a empresa apresentado defesa (f. 84/87), demonstrando que a “equiparanda” iniciava processo de readaptação, por ter sofrido redução em sua capacidade de trabalho, com lesões no membro superior esquerdo (f. 98). Foram juntados os documentos que comprovavam os afastamentos pelo INSS, bem como a descrição das atividades corriqueiras de uma

“orientadora de caixa” e daquelas funções acometidas à Rubinéia, em atenção às suas limitações. Ao final, a empresa protestou pela produção de prova testemunhal.

A decisão proferida pela DRT (f. 50/51) entendeu desnecessária a produção de outras provas, ainda mais quando nem mesmo havia sido apresentado rol de testemunhas, e opinou pela procedência do auto de infração, com conseqüente imposição da multa cabível.

Foi interposta, na Justiça Federal, em maio/03, ação de declaração de inexigibilidade do auto de infração e suspensão da exigibilidade do lançamento, alegando a ocorrência de cerceio de defesa no processo administrativo, e pugnando pela efetivação de depósito cautelar, que suspendesse a exigibilidade do crédito tributário (art. 151/CTN) e impedisse a inscrição do nome da empresa na Dívida Ativa da União, bem como sua inclusão no CADIN (cadastro informativo de créditos não quitados).

À f. 55 houve despacho da Justiça Federal, ressaltando que a efetivação do depósito é faculdade do infrator, e foi concedido prazo para regularizar a representação processual.

Ambos foram feitos às f. 58/71 (regularização e depósito do valor da multa acrescida de juros).

A União contestou às f. 75/79, com documentos de f. 80/122.

O julgamento do feito foi convertido em diligência, em 13 de janeiro de 2005 (f. 136/138), em face da EC 45/04, e enviados os autos à Vara do Trabalho de Coronel Fabriciano, que declarou nulo o auto de infração n. 0004890396, reconhecendo a inexigibilidade da multa por infração trabalhista, autorizando à empresa o levantamento do valor depositado à f. 71, além de condenar a recorrente ao pagamento de honorários advocatícios, no importe de 15% sobre o valor da causa.

Contra essa decisão se insurge a União Federal, bradando pela licitude e legalidade da multa aplicada.

MÉRITO

A multa aplicada às empresas atuadas por descumprimento da legislação trabalhista, quando não quitada voluntariamente, acarreta uma ação de executivo fiscal.

Em primeiro lugar, é necessário esclarecer que o Estado (em sua acepção ampla) goza da prerrogativa de constituir os seus próprios títulos executivos extrajudiciais; em contrapartida é garantido ao cidadão um regular processo administrativo (que antecede a esfera judicial), com os direitos constitucionalmente assegurados ao contraditório e à ampla defesa.

Esta garantia, de um procedimento administrativo prévio e regular, é o pressuposto para que o título executivo a ser formado pelo Estado goze de eficácia; sobrevindo o lançamento e a inscrição em dívida ativa a lhe emprestar exigibilidade e executoriedade.

O lançamento é ato administrativo, de natureza declaratória, que formaliza o crédito da Administração, identificando o sujeito passivo e o *quantum* devido, tornando exigível esse crédito. O lançamento é, pois, condição para que o sujeito ativo pratique atos no sentido de cobrar o seu crédito.

Já a inscrição em dívida ativa representa um controle suplementar da legalidade do lançamento, efetuado pela própria Administração e que tem em vista conferir ao crédito o atributo da executoriedade. É essa certidão, então, que será o título executivo extrajudicial apto a instruir a inicial de uma ação de execução fiscal.

Assim, de uma maneira simplificada, foi exposto o procedimento que precede uma ação de execução fiscal.

Considereí oportuno fazer os esclarecimentos acima, tendo em vista que a presente ação foi intitulada “ação de declaração de inexigibilidade do auto de infração e suspensão da exigibilidade do lançamento”.

Antes de prosseguir, porém, saliento, de plano, que o depósito integral da multa (fl.71) suspende a exigibilidade do crédito tributário, a teor do artigo 151, II, do CTN. Se o crédito não é exigível, não pode passar à etapa seguinte, de excludibilidade, razão pela qual já se vislumbraria a procedência da ação.

A propósito, assim já vinha se pronunciando o Eg. TRF da 1ª Região, quando de sua competência para a matéria:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRABALHISTA. MULTA. TUTELA ANTECIPADA COM FEIÇÃO CAUTELAR (CPC, ART.273). DEPÓSITO DO VALOR INTEGRAL. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. PERTINÊNCIA. PRECEDENTES DA CORTE. 1. Antes mesmo da introdução do novo art. 273 do Código de Processo Civil pela Lei 8.952/94, ou da edição de seu § 7º pela Lei 10.444/02, a jurisprudência desta Corte, na esteira da diretriz consolidada pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, já admitia a realização de depósito integral do débito impugnado, em sede de ação ordinária, para suspender a exigibilidade de multa administrativa (AMS nº 1997.01.00.051680-9-MG, Rel. Des. Federal Tourinho Neto, DJU/II de 06.11.1998, p. 171) ou tributária (AG nº 93.01.08417-1-DF, Rel. então Juiz Fernando Gonçalves, hoje Ministro do STJ, DJU/II de 27.05.1993, p. 20.117) ou, ainda, a execução extrajudicial em lide envolvendo o Sistema Financeiro da Habitação (AG nº 1997.01.00.003558-9-MT, Rel. Des. Federal Amílcar Machado, DJU/II de 24.10.1997, p. 89191). Tal orientação, na verdade, garante o legítimo e constitucional acesso à jurisdição e preserva, de outro lado, o direito da parte ex-adversa. Trata-se, pois, de hipótese típica de tutela acautelatória, passível de deferimento não somente na seara tributária. A realização de depósito na forma da Lei 9.703/98 (art. 1º) é, inclusive, mais vantajosa para a Fazenda Pública do que a cobrança de débito via execução. 2. Além do mais, a aplicação de normas do Código Tributário Nacional às exações não tributárias não constitui novidade em nosso ordenamento jurídico pátrio (CTN, arts. 186, 188 e 192 e LEF, art. 4º, § 2º), mesmo porque a cobrança da dívida ativa não tributária é feita pelo mesmo procedimento, vantagens e prerrogativas da execução da dívida tributária (Lei 6.830/80). 3. De outra parte, tendo o Agravado apresentado garantia idônea (depósito do montante integral e em dinheiro referente à multa questionada), aplica-se, quanto ao registro no CADIN, a suspensão prevista no art. 7º, incisos I e II, da Lei 10.522/2000. 4. Presentes, pois, os requisitos autorizativos da medida acautelatória de depósito em comento, justifica-se seu deferimento, com vistas à suspensão da eficácia do respectivo auto de infração, com todas as conseqüências daí decorrentes, até o desfecho da lide posta em Juízo. Nesse diapasão: REO nº 1997.39.00.003626-6-PA, Rel. Des. Federal Souza Prudente, DJU/II de 09.10.2002, p. 83 e AC nº 1998.34.00.018629-0-DF, Rel. Des. Federal Selene Maria de Almeida, DJU/II de 02.12.2002. (AG-2002.01.00.024673-8/MG - Juiz Convocado Reynaldo Soares da Fonseca - DJ: 10/06/03, p. 173).

Entretanto, como foi colocado em xeque o próprio procedimento administrativo que originou a multa, passo à análise do conjunto probatório constante dos autos.

A empresa alegou cerceio de defesa, por não lhe ter sido dada oportunidade de oitiva de testemunhas, quando pretendia demonstrar que não infringiu o artigo 461 da CLT (objeto do auto de infração). Isto é, ela pretendia demonstrar que existia um motivo para as funcionárias perceberem remunerações diferentes, qual seja, o período de readaptação da "equiparanda", que desenvolvia atividades limitadas à sua capacidade laborativa, menos abrangentes do que as funções inerentes ao cargo que ocupava naquele momento (orientadora de caixa).

Trata-se de matéria que exige farta e robusta prova, não só documental, porque

precisavam restar demonstradas a igual produtividade e perfeição técnica, como também a diferença no exercício da função não superior a 2 anos; todos, requisitos exigidos no citado preceito celetista.

Estas informações não vieram detalhadas no auto de infração n. 004890396, ainda que tal documento goze da presunção de veracidade - o que não é contestado em momento algum. Mas como havia incompletude nas informações, cabia à parte infratora fazer prova da sua conduta conforme a lei. Se ela foi impedida, resta configurado o cerceio de defesa.

Frise-se que o direito ao contraditório e à ampla defesa, além de vir assegurado em dispositivo constitucional, art. 5º, LV, foi "dissecado" na Lei 9.784/99, que trata do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, *in verbis*:

Art. 2º, parágrafo único, inciso X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos em que possam resultar sanções e nas situações de litígio (...)

Art. 38 - O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo. §1º - Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão.

§2º - Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias - grifou-se.

Não restou configurada nenhuma das hipóteses acima para o indeferimento da produção de prova oral, indispensável - repita-se à exaustão - a comprovar a existência, ou não, de todos pressupostos legais que autorizam a equiparação salarial.

Lado outro, verifica-se do aresto abaixo transcrito que, quando a empresa infratora não faz prova da sua conduta em conformidade com a legislação, o auto de infração é mantido. *A contrario sensu*, se lhe é impedida a produção probatória, o procedimento administrativo fica eivado de nulidade, fazendo este efeito se sentir também no auto de infração:

ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRABALHISTA. JORNADA DE TRABALHO EXCESSIVA. ART. 66 DA CLT. INOCORRÊNCIA DE NECESSIDADE IMPERIOSA. ART. 61 DA CLT. SUBSISTÊNCIA DO DÉBITO. 1- Incabível a anulação de auto de infração lavrado por infração ao art. 66 da CLT se não comprovada a ocorrência de circunstância extraordinária a justificar a prorrogação da jornada de trabalho. 2- O incremento da demanda por ocasião das festas de fim de ano, ou em razão da expectativa de baixa inflação, não caracteriza necessidade imperiosa, pois se trata de fato regular e previsível. 3- Hipótese que não se subsume à do art. 61 da CLT. 3- Apelação a que se nega provimento. (TRF 1ª R - AC-2000.01.00.117881-1/MG, 5ª Turma, Desembargadora Selene Maria de Almeida - DJ: 07/04/03, p. 140) - grifou-se.

Merece destaque, ainda, como bem salientou o d. julgador de origem, que a empresa estava cumprindo sua obrigação previdenciária (e por que não, moral?), já que a readaptação visava a recuperação do empregado, afastando-o (temporariamente) das funções que deram origem à doença ocupacional. Melhor ser readaptado, que se ver desempregado ou marginalizado num momento de grande necessidade.

Correta a r. sentença que declarou a nulidade do auto de infração, e conseqüente inexigibilidade da multa, autorizando, ainda, o levantamento do valor do depósito comprovado à f. 71.

Nada a prover.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

No que concerne ao valor da verba honorária, fixada em 15% sobre o valor dado à causa na inicial, obedeceu ao disposto no artigo 20, §3º, do CPC.

Nada a alterar.

Fundamentos pelos quais,

Acordam os Juizes do Tribunal Regional do trabalho da Terceira Região, pela sua sexta Turma, preliminarmente, à unanimidade, em conhecer do recurso; no mérito, sem divergência, em negar-lhe provimento

Belo Horizonte, 12 de setembro de 2.005.

FERNANDO ANTÔNIO VIÉGAS PEIXOTO

Juiz Relator

PROCESSO 00526-2003-018-10-00-4 RO (AC. 3ª TURMA)

Origem: 18ª Vara do Trabalho de Brasília/DF

Juiz(a) da Sentença: Alexandre de Azevedo Silva

Juiz(a) Relator: BERTHOLDO SATYRO

Juiz(a) Revisor: Marli Lopes da Costa de Góes Nogueira

Recorrente: FLÁVIA SILVA TAVARES DE ARRUDA

Advogado: Josaphá Francisco dos Santos

Recorrido: INSTITUTO INTERAMERICANO DE COOPERAÇÃO PARA A AGRICULTURA - IICA

Advogado: Henrique Neves da Silva

Ementa: IMUNIDADE À JURISDIÇÃO TRABALHISTA - ORGANISMO INTERNACIONAL - INEXISTÊNCIA. A imunidade de jurisdição amparada pela Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Agências Especializadas das Nações Unidas, promulgada pelo Brasil através do Decreto nº 52.288, de 24 de julho de 1963 diz respeito à pessoa dos funcionários destas, não aproveitando diretamente referidos Organismos Internacionais.

O Direito Consuetudinário Internacional, principalmente após a Convenção Européia de 1972 ("European Convention on State Immunity", Basiléia, 16/05/72), vem progredindo no sentido de temperar e abrandar o princípio da imunidade absoluta de jurisdição do Estado Estrangeiro, atribuindo e reservando tal imunidade apenas aos atos de império, excluindo dessa proteção os atos de mera gestão, que decorrem das relações rotineiras entre o órgão diplomático e os súditos do país em que este atua.

As relações trabalhistas mantidas entre Organismo Internacional e o cidadão nacional se incluem dentre esses atos de mera gestão, de sorte que não se cogita, na hipótese, de existência de imunidade de jurisdição, estando sujeita a Pessoa de Direito Internacional à jurisdição trabalhista do país em que atua, realidade esta, aliás, já vivenciada nos países mais democráticos do planeta, como os Estados Unidos da América e a Inglaterra.

Após o advento da Constituição Federal de 1988, a competência para julgar litígio trabalhista envolvendo cidadão brasileiro e entes de direito público externo é da Justiça do Trabalho, ex vi do art. 114, da Lex Mater.

Precedente do STF sobre a matéria (Ac. Pleno do STF, Ac. nº 9696-3-SP, julg. 31/05/89, Rel. Min. Sydney Sanches, In LTr 55-1/45), reformulando vetusta orientação jurisprudencial de seu Inclito Plenário.

A hipótese vertente, entretanto, é de renúncia à imunidade de jurisdição conferida ao Instituto Interamericano de Cooperação para a Agricultura-IICA, organismo internacional, ratificada pelo Decreto Legislativo 216/91 e promulgada pelo Decreto nº 361/91, que estabelece imunidade, "*...salvo nos casos particulares em que renuncie expressamente a essa imunidade*".

No caso concreto, a eleição do foro de Brasília-DF (fl. 48 e 116), para dirimir eventuais dúvidas originadas do contrato celebrado entre as partes, implica renúncia expressa à imunidade absoluta, não havendo se falar em eleição de foro nacional sem sujeitar a controvérsia acerca da relação jurídica travada entre as partes à jurisdição nacional, razão por que, é de se afastar a imunidade de jurisdição declarada, determinando o retorno dos autos à origem, para que se prossiga no julgamento do feito, como entender de direito e intimar diretamente o Reclamado da presente decisão, observando as respectivas praxes diplomáticas, via Ministério das Relações Exteriores.

RELATÓRIO

Vistos os autos etc.

A MM. 18ª Vara do Trabalho de Brasília-DF, sob a presidência do Exm^o Juiz Alexandre de Azevedo Silva, prolatou sentença de fls. 355/367, cujo relatório adoto, na reclamação trabalhista proposta por FLÁVIA SILVA TAVARES DE ARRUDA contra INSTITUTO INTERAMERICANO DE COOPERAÇÃO PARA A AGRICULTURA - IICA, para acolhendo a preliminar de imunidade de jurisdição suscitada, julgar extinto o processo sem apreciação do mérito, nos termos do art. 267, inciso IV, do CPC.

Inconformada, a Reclamante interpõe recurso ordinário, requerendo o afastamento da imunidade de jurisdição declarada, determinando o retorno dos autos à origem, para regular apreciação do mérito dos pedidos.

Contra-razões às fls. 383/390.

O Ministério Público do Trabalho oficiou às fls. 398/403, opinando pelo conhecimento do recurso do Reclamante e, no mérito, pelo seu provimento para afastar a imunidade de jurisdição, remetendo os autos à origem para o julgamento dos pedidos formulados na inicial.

É, em síntese, o relatório.

VOTO

I - ADMISSIBILIDADE

O recurso é tempestivo e subscrito por advogado regularmente habilitado (procuração de fl. 06); custas processuais recolhidas à fl. 301.

Presentes os demais pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

II - MÉRITO

IMUNIDADE À JURISDIÇÃO TRABALHISTA - ORGANISMO INTERNACIONAL

A r. sentença acolheu a preliminar de imunidade de jurisdição do Instituto Interamericano de Cooperação para a Agricultura - IICA, para julgar extinto o processo, sem apreciação do mérito, nos termos do art. 267, inciso IV, do CPC.

Contra tal decisão se insurge a Reclamante, baseando o seu inconformismo nos arts. 5º, inciso XXXV, e 114, da Constituição Federal, além de ventilar a hipótese de renúncia à imunidade de jurisdição, pelas razões expostas às fls. 369/380.

Razão lhe assiste.

A imunidade de jurisdição amparada pela Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Agências Especializadas das Nações Unidas, promulgada pelo Brasil através do Decreto nº 52.288, de 24 de julho de 1963 diz respeito à pessoa dos funcionários destas, não aproveitando diretamente referidos Organismos Internacionais.

O Direito Consuetudinário Internacional, principalmente após a Convenção Européia de 1972 ("European Convention on State Immunity", Basiléia, 16/05/72), vem progredindo no sentido de temperar e abrandar o princípio da imunidade absoluta de jurisdição do Estado Estrangeiro, atribuindo e reservando tal imunidade apenas aos atos de império, excluindo dessa proteção os atos de mera gestão, que decorrem das relações rotineiras entre o órgão diplomático e os súditos do país em que este atua.

Nesse sentido, remansosa e iterativa é a jurisprudência das Três Turmas desse Egrégio Regional, **in verbis**:

"IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO - "Não são alcançados pela imunidade os resultados, os desdobramentos de toda a espécie de interação contratual de natureza trabalhista entre a representação diplomática e pessoas encontráveis in loco, ações também indenizatórias resultantes de responsabilidade cível ou de responsabilidade criminal" (Ministro Francisco Rezek - Ac. 9696/89 do STF.)

O art. 114 da CF estabeleceu expressamente a competência da Justiça do Trabalho para julgar dissídio em que esteja envolvido ente de direito público externo, não prevalecendo mais a teoria da imunidade jurisdicional no caso de demanda trabalhista ajuizada por súdito local contra a representação diplomática estrangeira. Recurso conhecido e desprovido” (TRT 10ª Região, RO nº 7788/92, Ac. 1ª T. nº 2748/93, Rel. Juiz Franklin de Oliveira, pub. in DJ 10/11/93, pág. 47.945)

“ESTADO ESTRANGEIRO. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. MATÉRIA TRABALHISTA. EXISTÊNCIA. O art. 114, da Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre a competência da Justiça do Trabalho para conciliar e julgar litígios entre empregados e Estados Estrangeiros, não inovou o direito interno, sob a ótica da imunidade de jurisdição. A jurisdição, como pressuposto lógico da competência, já era declarada, expressamente, pelo art. 125, inciso II, da Carta Política de 1967/69. O que ocorreu, na realidade, foi simples e mera alteração da ordem intestina, isto é, o deslocamento da competência da Justiça Federal Comum para esta Especializada. A evolução do Direito das Gentes, originada pela dinâmica insita ao relacionamento entre estados soberanos, ensejou a gênese de novas concepções sobre a imunidade absoluta, que não mais prevalece para toda sorte e natureza de atos jurídicos. A prática consuetudinária, pilar do Direito Internacional Público, desde a Convenção Européia de 1972 vem revelando que os atos ditos de mera gestão são tuteláveis pela Justiça da nação em que os mesmos foram praticados. Por outro lado, indene de dúvidas que a Convenção de Viena assegura a imunidade aos agentes diplomáticos, e não ao Estado Estrangeiro em si. Em se tratando de litígio de natureza trabalhista, não há falar em imunidade, pelo que é sujeito o estado estrangeiro à jurisdição brasileira. Compatibilização do caso concreto às tendências modernas do direito internacional. Recurso conhecido e provido” (TRT 10ª Região, RO nº 0389/90, Ac. 2ª T. nº 1484/91, Rel. Juiz João Amilcar S. S. Pavan, Pub. DJ 29/08/91).

“IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DE REPRESENTAÇÃO DIPLOMÁTICA - Não se reconhece imunidade de jurisdição a representação de Estado estrangeiro quando se cogita de prática de ato de mera gestão, sobretudo em questões de ordem trabalhista” (TRT 10ª Região, RO 7621/92, Ac. 3ª T. nº 1167/94, Rel. Juiz Paulo Mascarenhas Borges, in DJ 12/08/94, pág. 9299).

As relações trabalhistas mantidas entre Organismo Internacional e o cidadão nacional se incluem dentre esses atos de mera gestão, de sorte que não se cogita, na hipótese, de existência de imunidade de jurisdição, estando sujeita a Pessoa de Direito Internacional à jurisdição trabalhista do país em que atua, realidade esta, aliás, já vivenciada nos países mais democráticos do planeta, como os Estados Unidos da América e a Inglaterra.

Após o advento da Constituição Federal de 1988, a competência para julgar litígio trabalhista envolvendo cidadão brasileiro e entes de direito público externo é da Justiça do Trabalho, ex vi do art. 114, da Lex Mater.

Ressalte-se que o próprio Excelso STF, sensível aos avanços verificados no âmbito do Direito Internacional Público, reformulou a sua vetusta jurisprudência, admitindo que, hodiernamente, não mais prevalece como sólida a regra consuetudinária de direito internacional na qual se alicerçava a imunidade de jurisdição absoluta do Estado Estrangeiro, ruindo o único suporte para a firmação dessa imunidade em causas de natureza trabalhista. (Ac. Pleno do STF, Ac. nº 9696-3 SP, jul. 31/05/89, Rel. Min. Sydney Sanches, In LTr 55-1/45).

Nada obstante, verifica-se que o artigo 2º do Acordo Básico firmado entre o Governo Brasileiro e o Instituto Interamericano de Cooperação para a Agricultura - IICA, ratificado

pelo Decreto Legislativo 216/91 e promulgado pelo Decreto nº 361/91, assegura ao referido Organismo Internacional a mencionada imunidade de jurisdição:

Art. 2º. O Instituto, bem como seus bens e haveres, em qualquer parte e em poder de qualquer pessoa, gozarão de imunidade contra todo processo judicial, salvo nos casos particulares em que renuncie expressamente a essa imunidade. Subtende-se, entretanto, que essa renúncia de imunidade não terá o efeito de sujeita os citados bens e haveres a nenhuma medida de execução.”

Como bem pontuado na r. sentença de 1º grau o “*acordo básico, devidamente incorporado ao ordenamento positivo brasileiro, mediante aprovação pelo Congresso Nacional e pelo Poder Executivo, assegura total e expressa imunidade de jurisdição, razão pela qual esta é de conteúdo absoluto, e não relativo, porque assim ajustado pelos Poderes constituídos da República Federativa do Brasil.*” (fl. 365).

A hipótese vertente, entretanto, é de renúncia à imunidade de jurisdição conferida ao citado organismo internacional, ratificada pelo Decreto Legislativo 216/91 e promulgada pelo Decreto nº 361/91, porque o dispositivo supra estabelece imunidade, “*...salvo nos casos particulares em que renuncie expressamente a essa imunidade*”.

No caso concreto, a eleição do foro de Brasília-DF (fl. 48 e 116), para dirimir eventuais dúvidas originadas do contrato celebrado entre as partes, implica renúncia expressa à imunidade, consoante asseverado no parecer do Ministério Público do Trabalho às fls. 402/403, não havendo se falar em eleição de foro nacional sem sujeitar a controvérsia acerca da relação jurídica travada entre as partes à jurisdição nacional, razão por que, é de se afastar a imunidade de jurisdição declarada.

Diante de tais considerações, dou provimento ao Recurso da Reclamante para afastar a imunidade de jurisdição declarada, determinando o retorno dos autos à origem, para que se prossiga no julgamento do feito, como entender de direito.

Ante todo o exposto, conheço do recurso e, no mérito, lhe dou provimento, para afastar a imunidade de jurisdição declarada, determinando o retorno dos autos à origem, para que se prossiga no julgamento do feito, como entender de direito.

Intime-se diretamente o Reclamado da presente decisão, observando as respectivas praxes diplomáticas, via Ministério das Relações Exteriores.

É o meu voto.

Por tais fundamentos,

ACORDAM os Juízes da Terceira Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Décima Região, em sessão ordinária, à vista do contido na certidão de julgamento (fl. retro), por unanimidade aprovar o relatório, conhecer do recurso e, no mérito, por maioria, dar-lhe provimento, para afastar a imunidade de jurisdição declarada determinando o retorno dos autos à origem, para que se prossiga no julgamento do feito, como entender de direito e intimar diretamente o Reclamado da presente decisão, observando as respectivas praxes diplomáticas, via Ministério das Relações Exteriores, nos termos do voto do Juiz Relator. Vencida a Juíza Marli Lopes da Costa de Góes Nogueira que juntará declaração de voto. Ementa aprovada.

Brasília(DF), 05 de novembro de 2003 (data de julgamento).
BERTHOLDO SATYRO
Juiz Relator

PROCESSO: 00949-1998-020-10-00-2 AP (AC. 3ª TURMA)

Origem: 20ª Vara do Trabalho de Brasília/DF

Relator: Juiz BERTHOLDO SATYRO

Revisora: Juíza Márcia Mazoni Cúrcio Ribeiro

Agravante: JOSÉ ALVES DE OLIVEIRA

Advogado: Hosanah Muniz da Costa

Agravado: EMBRACON S/A - EMPRESA BRASILIENSE DE CONSTRUÇÕES

Advogado: Bartolomeu Bezerra da Silva

Ementa: **AGRAVO DE PETIÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO.** A paralisação do processo provoca estagnação da Justiça e de insegurança jurídica, cuja lide necessita de um termo final. Verificado o desinteresse do agravante-exeqüente no prosseguimento da execução, tem-se como ausente uma das condições da ação, ensejando o arquivamento definitivo do processo.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Petição proposto contra a decisão de fl. 134, proferida pelo Juiz da 20ª Vara do Trabalho de Brasília, declaratória da extinção da execução porque o exeqüente deixou de impulsioná-la.

Sustenta o agravante que a r. decisão guerreada deve ser reformada para dar continuidade à execução, inclusive com sua suspensão até que sejam localizados bens da executada, conforme as razões expostas na minuta de fls. 137/138.

A agravada não apresentou contraminuta, nos termos da certidão de fl. 140.

Não estando presentes nenhuma das hipóteses previstas no art. 102 do novo Regimento Interno deste Tribunal, a meu ver, os autos deixaram de ser encaminhados à d. Procuradoria Regional do Trabalho para emissão de parecer.

É, em síntese, o relatório.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do Recurso.

MÉRITO

Primeiramente, para melhor compreensão da matéria invocada, será feita uma breve exposição do ocorridos nos autos, com ênfase na fase de execução.

Proposta ação trabalhista pelo reclamante-exeqüente contra a Reclamada executada, já na audiência inaugural as partes resolveram entabular acordo, onde restou avençado o seguinte:

“...**CONCILIAÇÃO:** o reclamado pagará ao reclamante a importância de R\$ 20.000,00, até o dia 25/09/98.

O reclamante dá geral e plena quitação pelo objeto da inicial e extinto contrato de trabalho, ficando estipulada a multa de 30% em caso de inadimplência.

O reclamado libera, neste ato, o termo de rescisão do contrato de trabalho para levantamento do FGTS, garantida a integralidade dos depósitos pela remuneração efetivamente percebida, conforme recibos de pagamentos, bem como os formulários do Seguro Desemprego.

O reclamado, neste ato, procede a baixa na CTPS do autor.

As partes declararam que a transação é composta de 80% de parcelas indenizatórias e 20% de parcelas salariais.

O valor acordado já está incluída a multa fundiária.

ACORDO HOMOLOGADO

Custas pelo reclamante no importe de R\$400,00, calculadas sobre R\$ 20.000,00, dispensadas na forma da lei.

O reclamado deverá comprovar os recolhimentos previdenciários e fiscais, incidentes sobre a conciliação, no prazo legal.

Cumprido o acordo e comprovados os recolhimentos, ou decorridos os prazos, conclusos.

Audiência encerrada às 13:47 horas.

Nada mais....”

Na data acima aprazada, no entanto, a reclamada não cumpriu sua obrigação, razão pela qual o reclamante requereu a execução do acordo com a respectiva multa (petição de 13).

Após calculado o débito da executada, fora expedido mandado de citação, penhora e avaliação em seu desfavor (fl.17).

Apesar da executada ter sido devidamente citada, não foram encontrados bens nas suas dependências passíveis de penhora (certidão de fl.18).

Posteriormente, foi requerido e deferido que a penhora recaísse sobre imóvel pertencente à executada, como de fato ocorreu. No entanto, a i. Juíza da execução determinou a desconstituição daquele ato construtivo “... *ante a existência de hipoteca que torna a executada devedora, junto à instituição financeira de importância muito superior ao valor de avaliação do imóvel (fls. 78 e 39)...*”, como fundamentado na decisão de fls. 80/81.

Apesar de intimado dessa decisão para, inclusive, requerer o que entendesse de direito, o exeqüente-reclamante nada disse, razão pela qual os autos foram enviados ao arquivo provisório em 24.04.2000 (fl.91).

Em 17.05.2001, o exeqüente requereu o desarquivamento dos autos, a atualização dos cálculos e, ainda, a penhora no rosto de autos em trâmite, naquela ocasião, na 14ª Vara do Trabalho desta Capital (petição de fl. 94).

Os cálculos foram atualizados. Porém, a referida penhora no rosto de outros autos restou frustrada, conforme decidido à fl. 118.

Mais uma vez, fora concedido prazo ao exeqüente para manifestação, inclusive de 180 dias (fl.114). Porém, ele nada disse, ocasião em os autos retornaram ao arquivo provisório, em 12.09.2002 (fl.130).

Posteriormente, em 16.02.2005, em razão do longo período de inércia na tramitação dos autos, a i. Juíza da execução exarou o seguinte despacho:

“ Vistos os autos.

A execução está parada há quase (3) três anos, em iniciativa provocada do exeqüente. É admissível a prescrição intercorrente na execução trabalhista (art.884, § 1º, CLT e Súmula 327, STF).

Concedo ao exeqüente o prazo de dez(10) dias para indicação de bens do devedor passíveis de penhora, ou requerer o que entender de direito, sob pena de extinção da execução pela prescrição intercorrente ante à inércia (art. 7º, XXIX, CF) e renúncia ao crédito (art. 794, III, do CPC).

Intime-se o exeqüente.

Data supra. (as) Marli Lopes da Costa de Góes Nogueira - Juíza do Trabalho Titular da 20ª Vara/DF..”

(grifou-se)

Mesmo diante dessa posição da i. Juíza de 1º grau, o exeqüente persistiu na sua conduta omissiva, razão pela qual aquela magistrada considerou renunciado o crédito a ele pertencente, declarando extinta a execução, com base no art. 7º, XXIX, da CF/88 e art. 794, III, do CPC (fl. 134).

Dessa decisão, o exeqüente interpôs Agravo de Petição sustentando, em síntese, que é incabível a prescrição intercorrente no presente caso e, ainda, que os direitos trabalhistas são indisponíveis e irrenunciáveis, em obediência ao princípio da irrenunciabilidade do crédito trabalhista, alicerçando sua tese nos artigos 889 da CLT ; 40 da Lei 6.830/80 e; 194 do Novo Código Civil, que entende malferidos.

Não penso dessa forma.

Como acima demonstrado, o i. Juiz da execução, julgou extinta a presente execução diante da abstenção do exeqüente em impulsioná-la e, também, pela inexistência de qualquer notícia nos autos de bens da executada passíveis de penhora.

O entendimento majoritário firmado por esta Turma, ao qual me rendo, é no sentido de caracterizar falta de interesse processual quando a parte se abstém em promover o andamento do feito, ao permanecer inerte por longo tempo, negligenciando seu dever de localizar bens da empresa executada, para satisfação do seu crédito.

Aresto neste sentido:

EMENTA: AGRAVO DE PETIÇÃO. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE NO PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO. Nos presentes autos, a mansidão tibetana da exeqüente é prova inequívoca do seu alheamento à realização factual da execução, mormente quando a provisoriedade do arquivamento atravessou cinco anos, tempo suficiente à investigação do paradeiro da executada. (*in* AP 082-1996-016-10-00-4 - 3ª Turma - Rel. Juíza Márcia Mazoni Cúrcio Ribeiro - DJ 11/07/2003).

No processo de execução trabalhista o impulso processual é dado pelo Juízo, mas incumbe às partes o dever de promover os atos necessários ao seu desenvolvimento e finalização.

A inércia da parte em impulsionar a execução por longo tempo contraria o interesse público de entrega da prestação jurisdicional, vez que a paralisação do processo provoca estagnação da Justiça e de insegurança jurídica, cuja lide necessita de um termo final.

No presente caso, como anteriormente explicitado, os autos já se encontravam provisoriamente arquivados por quase 1 (um) ano e, após, por mais de 02(dois) anos, quando , então, o exeqüente, diante do teor do despacho anteriormente transcrito, mais uma vez, deixou de impulsioná-lo.

Dessa forma, após a referida determinação, com a pena ali cominada e diante da inércia do exeqüente em impulsionar a execução, a i. Juíza de 1º grau, acertadamente, a declarou extinta.

De efeito, o desinteresse do agravante restou configurado.

Ademais, entendo que no curso do contrato do trabalho ou antes dele, os direitos trabalhistas são protegidos e irrenunciáveis, contudo, após a rescisão contratual, é admissível a sua ocorrência, ante a constatação de desinteresse processual.

Nesse sentido, trago à colação a seguinte ementa desta Eg. 3ª turma, **verbis** :

“EXECUÇÃO. EXTINÇÃO. ABANDONO PELO EXEQUENTE. EFEITOS ANÁLOGOS À RENÚNCIA.

POSSIBILIDADE TEÓRICA DE SUA OCORRÊNCIA, CONFRONTADAS COM PARÂMETROS ANALOGAMENTE ESTABELECIDOS PARA SUA INCIDÊNCIA. “Os créditos de natureza trabalhista não são marcados por absoluta e total irrenunciabilidade - ou, do contrário, sequer poderiam ser objeto de transação (como corriqueiramente o são), posto que as avenças fundam-se, em síntese, em renúncias recíprocas/bilaterais. A incidência sobre eles do chamado princípio da proteção, trazido para a seara da irrenunciabilidade, repele esta última quando havida (em sede individual) antes do contrato de trabalho ou no seu curso. Todavia, aquela ocorrida após a rescisão contratual é, em princípio, admissível” (Exmo. Sr. Juiz

FERNANDO AMÉRICO VEIGA DAMASCENO, “Dos princípios de Direito do Trabalho e sua importância na solução de lides trabalhistas”, Caderno Jurídico da Escola Judicial do TRT 10ª Região, ano 1, v. 1, nº 3, novembro/dezembro de 2002). “O impulso oficial que merece execução trabalhista não se confunde com a autorização para que o exequente permaneça inerte quando esgotadas todas os meios usuais para o seu prosseguimento. Do contrário, admitir-se-ia a eternização apenas formal da execução, sem que desta eternização adviesse qualquer perspectiva de cumprimento do ordenado no título executivo.” (TRT 10ª Região, AP 00577-1998-005-10-00-1, 3ª Turma, Rel. Juiz Paulo Henrique Blair). Sendo teoricamente possível a renúncia tácita a créditos trabalhistas, o parâmetro temporal, associado à inércia do exequente, são relevantes à configuração desta renúncia. Neste ponto, há que se pormenorizar, caso a caso, a análise a ser procedida. Dada a relevância deste parâmetro temporal, seu maior transcurso servirá à progressiva sedimentação de um abandono da execução. Agravo de petição do exequente conhecido e desprovido.” (AP 3ª T. nº 00589-1994-016-10-00-6, julg. **16.07.2003**, Rel. Juiz Paulo Henrique Blair).

Desse modo, verificando o desinteresse do agravante-exequente no prosseguimento da execução, tem-se como ausente uma das condições da ação, ensejando a extinção do processo.

Para finalizar, entendo, hodiernamente, que a prescrição intercorrente é perfeitamente aplicável ao presente caso, já que a inércia em impulsionar a execução partiu exclusivamente do exequente, como anteriormente explicitado.

Nesse norte, inclusive, transcrevo entendimento do i. jurista Manoel Antonio Teixeira Filho, **in** Execução no Processo do Trabalho, Ed. LTR, 5ª Ed., pp. 268/269, **verbis**:

“Ninguém desconhece, por suposto, que em determinadas situações o Juiz do Trabalho fica tolhido de realizar **ex officio** certo ato do procedimento, pois este somente pode ser praticado pela parte, razão porque a incúria desta reclamava a sua sujeição aos efeitos da prescrição (intercorrente), sob pena de os autos permanecerem em um infundável trânsito entre a secretaria e o gabinete do Juiz, numa sucessão irritante e infrutífera de certificações e despachos”.

Não é outra a posição do i. jurista Maurício Godinho Delgado, **in** Curso de Direito do Trabalho, Ltr, 3ª Ed. p. 280/281), **verbis** :

“... Na fase de liquidação e execução também não incide, em princípio, regra geral, a prescrição intercorrente. O impulso oficial mantém-se nessa fase do processo, justificando o prevalecimento do critério sedimentado na súmula do tribunal maior trabalhista.

Contudo, há uma situação que torna viável, do ponto de vista jurídico, a decretação da prescrição na fase executória do processo do trabalho - situação que permite harmonizar, assim, os dois verbetes de súmula acima especificados (Súmula 327, STF, e Enunciado 114, TST). **Trata-se da omissão reiterada do exequente no processo, em que ele abandona, de fato, a execução, por um prazo superior a dois anos, deixando de praticar, por exclusiva omissão sua, atos que tornem fisicamente possível a continuidade do processo.** Nesse específico caso, argüida a prescrição, na forma do art. 884, § 1º, CLT, pode ela ser acatada pelo juiz executor, em face do art. 7º, XXIX, CF/88, combinado com o referido preceito celetista” (in “Curso de Direito do Trabalho, Ltr, 3ª Ed. p. 280/281.” (grifou-se)

Nesse sentido, também, transcreve-se o seguinte aresto desta Eg. 3ª Turma, **verbis**: “**PREScrição INTERCORRENTE. ART. 884, § 1º, da CLT.** O processo é dotado de uma densidade que se cristaliza com a plena entrega da prestação jurisdicional. Mas essa entrega não se esgota na fase de conhecimento, e sim na total satisfação do

direito pleiteado e reconhecido em sentença transitada em julgado.

Dependendo da diligência dos que atuam no processo (partes, juiz, advogados, peritos, etc.), essa densidade pode tender à cristalização (pela atuação positiva), ou à rarefação (pela atuação negativa ou pela omissão). Neste último caso, estaremos diante da densidade decrescente do processo, em que ele vai perdendo sua substância intrínseca - a finalidade para a qual foi instaurado -, até tornar-se apenas um amontoado de papéis sem serventia alguma. Morre, portanto, por debilidade substancial.

E, se a responsabilidade pela perda dessa substância e, pois, da densidade processual, é imputável apenas ao autor, que se mostra desidioso e inoperante, prevê a legislação (constitucional e infraconstitucional) a aplicação da prescrição intercorrente ante a configuração da renúncia ao direito que, em fase de conhecimento lhe havia sido assegurado, mas que não chegou a se materializar porque, em fase de execução, o próprio exequente proferiu abandonar a trilha que o levaria à satisfação de seus créditos (inteligência do art. 884, § 1º, da CLT)." (Acórdão, unânime, AP 3ª T. nº 01154-1991-004-10-00-6, Pub. D.J. 11.07.2003, Rel. Juíza Marli Lopes da Costa de Góes Nogueira). (grifou-se).

Assim, não merece prosperar a irresignação do exequente.

Pelas razões supra, não vislumbro malferimento aos dispositivos infraconstitucionais invocados pelo agravante.

Nego provimento.

Pelo exposto, conheço do agravo e, no mérito, lhe nego provimento, nos termos da fundamentação acima expendida.

É o meu voto.

Por tais fundamentos,

ACORDAM os Juízes da Terceira Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Décima Região, em sessão ordinária, à vista do contido na certidão de julgamento (fl. retro), por unanimidade aprovar o relatório, conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento nos termos do voto do Juiz Relator. Ementa aprovada.

Brasília(DF), 22 de junho de 2005 (data de julgamento).

BERTHOLDO SATYRO

Juiz Relator

PROCESSO TRT/15ª N° 1099-1996-101-15-88-1 AP

Relator: Juiz LUIZ CARLOS DE ARAÚJO

Agravante: MUNICÍPIO DE MARÍLIA

Agravados: 1º- ANTONIO DUARTE DE LIMA; 2º- SANCARLO ENGENHARIA LTDA

Origem: 2ª Vara do Trabalho de Marília

Ementa: ADJUDICAÇÃO. DESONERAÇÃO DOS TRIBUTOS DO BEM IMÓVEL ADJUDICADO A PARTIR DA DATA DE ADJUDICAÇÃO. POSSIBILIDADE. Tanto na arrematação quanto na adjudicação de bem imóvel o crédito tributário não se vincula ao imóvel e é possível a desoneração dos tributos, nos termos do art. 130, parágrafo único, do CTN, em virtude da preferência que gozam os créditos trabalhistas sobre os fiscais.

RELATÓRIO

Inconformada com a r. decisão de fls. 631, que determinou a desoneração do imóvel adjudicado dos tributos neles existentes anteriores à expedição da respectiva carta de adjudicação, interpôs, o terceiro interessado, Município de Marília, o presente Agravo de Petição.

Sustenta, em sua minuta de agravo de fls. 659/666, resumidamente, que, nos termos do art. 130 e seu parágrafo único., do Código Tributário Nacional, a desoneração dos tributos sobre imóveis somente é cabível no caso de arrematação e não de adjudicação, como nestes autos, de modo que deve ser reformada a decisão agravada, imputando ao adjudicante os tributos referentes ao imóvel adjudicado.

Contraminuta às fls. 677/683.

A Doutra Procuradoria manifesta-se às fls. 706/707, opinando pela rejeição das preliminares argüidas em contraminuta e, no mérito, pelo não provimento do agravo.

É o relatório.

VOTO

Conheço do agravo, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade, afastando-se as preliminares argüidas em contraminuta: a de ilegitimidade de parte porque o agravante foi admitido aos presentes autos como terceiro interessado (fls. 667); e a de intempestividade, uma vez que o agravante foi intimado da r. decisão agravada somente por meio da notificação postal de fls. 654.

No mérito, não tem razão o agravante.

Nos termos dos arts. 100, da Constituição Federal e 186, do Código Tributário Nacional, os créditos trabalhistas foram erigidos à categoria de preferenciais sobre qualquer outro, inclusive sobre os de natureza tributária.

Assim, o que se fez com a desoneração do bem imóvel adjudicado, nada mais foi do que tornar preferente crédito adquirido por meio da adjudicação, em relação àqueles de natureza fiscal.

Saliente-se que o agravado não poderia responder pelos débitos fiscais, porquanto foram gerados em data anterior à adjudicação e praticados pelo proprietário anterior do imóvel, sobre quem, aliás, deverá o agravante exigir na Justiça Comum, por meio de ação própria, a satisfação do seu crédito tributário.

Desta forma deve ser, caso contrário, qual seria a vantagem do reclamante-adjudicante em adquirir o imóvel, transferindo-se-lhe o crédito tributário? A resposta seria nenhuma, pois assim ocorrendo, o seu crédito trabalhista iria diminuir, o que não é concebível.

Assim, tanto na arrematação quanto na adjudicação de bem imóvel, o crédito tributário não se vincula ao imóvel e é possível a desoneração dos tributos, nos termos do art. 130, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, em virtude da preferência que gozam os créditos trabalhistas sobre os fiscais.

Diante do exposto, decido **rejeitar** as preliminares argüidas em contraminuta e, no mérito, **negar provimento** ao agravo de petição interposto pelo Município de Marília (terceiro interessado), nos termos da fundamentação.

LUIZ CARLOS DE ARAÚJO

Juiz Relator

PROCESSO TRT/15ª N° 1465-2004-092-15-00-6 ROPS

Relator: Juiz LUIZ CARLOS DE ARAÚJO

Recorrente : RENATO DURVAL MAROLATO

Recorridos : 1ª- DRESSER-RAND DO BRASIL LTDA; 2ª- EMPRESA BRASILEIRA DE SEGURANÇA E VIGILÂNCIA LTDA; 3ª- TÊXTIL ROSSINI DO BRASIL LTDA; 4ª- CONDOMÍNIO ESTÂNCIA MARAMBAIA

Origem: 5ª VARA DO TRABALHO DE CAMPINAS

Ementa: ARBITRAGEM - LEI N° 9.307/96. DIREITOS TRABALHISTAS. INAPLICABILIDADE. Possuindo natureza alimentar, os direitos trabalhistas não podem ser abrangidos pela Lei nº 9.307/96, nos termos de seus artigos 1º e 25, dada sua indisponibilidade. A única forma legal existente de tentativa de conciliação extrajudicial de direitos trabalhistas se encontra prevista nos artigos 625-A a 625-H, da Consolidação das Leis do Trabalho, em que, mediante composição paritária, há a mediação entre empregado e empregador, buscando-se a tentativa de conciliação. Ainda, entendo que, mesmo nestes casos, havendo a conciliação, não há que se falar em quitação total e liberação plena do contrato de trabalho, sendo garantia constitucional o acesso do trabalhador a esta Justiça Especializada. Não tendo, portanto, o acordo atendido às exigências contidas nos artigos 625-A e seguintes, da CLT, declaro sua nulidade, em atendimento ao disposto no artigo 9º, do mesmo diploma, não havendo que se falar, portanto, em coisa julgada e ato jurídico perfeito.

RELATÓRIO

Inconformado com a r. decisão de fls. 247/248, que extinguiu o processo sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, inciso VII, do CPC, recorre o reclamante, consoante razões de fls. 263/266, insurgindo-se contra o efeito de quitação atribuído à conciliação prévia efetuada no Tribunal de Arbitragem do Estado de São Paulo (TAESP). Pede o provimento do recurso para que, com a baixa dos autos, seja apreciado o mérito.

O presente feito, desde sua origem, processou-se pelo **rito sumaríssimo previsto na Lei nº 9.957/2.000.**

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

O reclamante ajuizou a presente reclamação trabalhista, postulando, em resumo, diferenças de horas extras e reflexos, de intervalos não concedidos com respectivo adicional e reflexos, horas noturnas, com adicional e reflexos, diferenças de depósitos de FGTS + 40%, bem como a condenação subsidiária das tomadoras de serviço. Requeceu, ainda, correção monetária, juros, honorários advocatícios e os benefícios da Justiça Gratuita.

No entanto, duas reclamadas, em contestação, pleitearam a extinção do feito sem julgamento do mérito, ante a existência de acordo firmado perante o Tribunal de Arbitragem do Estado de São Paulo (TAESP) entre o reclamante e a primeira reclamada (Empresa Brasileira de Segurança e Vigilância Ltda.).

O juízo *aquo*, considerando válido o acordo havido entre as partes, extinguiu o feito sem exame do mérito, nos termos do artigo 267, VII, do CPC, entendendo cumpridas todas as exigências legais, bem como as garantias mínimas previstas no ordenamento jurídico trabalhista, uma vez que o reclamante compareceu ao TAESP acompanhado de advogada de sua própria escolha, não se sentiu pressionado a este comparecimento e, ainda, segundo informou em seu depoimento pessoal, foi-lhe esclarecido quanto às consequências em aceitar o acordo.

Entendo, todavia, merecer reforma a r. sentença.

A Lei nº 9.307/96 que dispõe sobre a arbitragem assim prevê em seus artigos 1º e 25:

“Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.” (grifo do Relator).

“Art. 25 Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral”.

Possuindo natureza alimentar, os direitos trabalhistas não podem ser abrangidos pela Lei nº 9.307/96, nos termos de seus artigos 1º e 25, dada sua indisponibilidade.

A única forma legal existente de tentativa de conciliação extrajudicial de direitos trabalhistas se encontra prevista nos artigos 625-A a 625-H, da Consolidação das Leis do Trabalho, em que, mediante composição paritária, há a mediação entre empregado e empregador, buscando-se a tentativa de conciliação. Ainda, entendo que, mesmo nestes casos, havendo a conciliação, não há que se falar em quitação total e liberação plena do contrato de trabalho, sendo garantia constitucional o acesso do trabalhador a esta Justiça Especializada.

Assim, mesmo que tenha havido convenção coletiva firmada pelo sindicato patronal e pela federação dos trabalhadores, homologada perante o TAESP, em que se implantou, conforme alega a primeira reclamada em contestação (fls. 84), a submissão de toda demanda de natureza trabalhista à Comissão Intersindical de Conciliação Prévia, não se pode validar o acordo firmado em Tribunal de Arbitragem.

Ademais, restou evidenciada nos presentes autos, a pretensão única da primeira reclamada em, mediante o comparecimento das partes junto ao TAESP, proceder ao pagamento das verbas rescisórias e receber a quitação do contrato de trabalho, conforme comprova o documento de fls. 99, desvirtuando, flagrantemente, o instituto da conciliação objetivado pelos artigos 625-A e seguintes da CLT.

Frise-se que tendo o reclamante seu contrato rescindido em 31/08/2002, já em 02/09/2002, após efetuar, no mesmo dia, a homologação da respectiva rescisão com a assistência do Sindicato, compareceu ao TAESP, a requerimento da primeira reclamada, que foi quem procurou o citado órgão, conforme demonstra o documento de fls. 99, solicitando a designação de “*sessão para tentativa de conciliação através da MEDIAÇÃO E/OU ARBITRAGEM, para que se possa dirimir eventuais conflitos de interesses, tudo com o objetivo de proceder ao pagamento das verbas rescisórias e respectiva quitação do contrato de trabalho*”. Ainda, no mesmo documento, reforçando que foi da reclamada a iniciativa em procurar o Tribunal de Arbitragem: “*É de inteira responsabilidade da demandada comunicar ao demandante data e horário da audiência*”.

Patente está, portanto, o objetivo da primeira reclamada em apenas conseguir quitação total e liberação plena do contrato de trabalho com o “acordo” firmado junto ao TAESP, tentando dar efeito diverso ao pretendido pelo legislador.

Quanto ao argumento esposado na r. sentença de que o reclamante não se sentiu pressionado a firmar tal acordo, entendo que a coação está presente ao hipossuficiente, o que é confirmado em seu depoimento pessoal (fls. 247): “*...sendo que não achou o valor suficiente, mas aceitou o acordo porque estava precisando de dinheiro*”.

A alegação do reclamante, todavia, em suas razões de recurso ordinário de ter comparecido em São Paulo para homologação e sendo Campinas o local de prestação de serviços não merece prosperar, uma vez que os documentos de fls. 101/104 demonstram ter sido realizada a sessão na filial do TAESP de Campinas.

Não tendo, portanto, o acordo atendido às exigências contidas nos artigos 625-A e seguintes, da CLT, declaro sua nulidade, em atendimento ao disposto no artigo 9º, do mesmo diploma, não havendo que se falar, portanto, em coisa julgada e ato jurídico perfeito.

Diante do exposto, decido **dar provimento** ao recurso do reclamante para que, determinando o retorno dos autos ao juízo de origem, sejam apreciados todos os pedidos formulados, inclusive quanto à compensação de valores, como entender de direito.

Custas na forma da lei.

LUIZ CARLOS DE ARAÚJO
Juiz Relator

PROCESSO – TRT Nº 1033-1989-032-01-00-8 (ACÓRDÃO 3ª TURMA)

Relatora: Juíza MARIA DAS GRAÇAS CABRAL VIÉGAS PARANHOS

Agravante: FAPERJ - FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Agravado: JOSÉ LUIZ REGO DANTAS

Ementa: AGRAVO DE PETIÇÃO. REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR. FAZENDA ESTADUAL. O Ato nº 1.808/2002, da Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região, com referência ao pagamento dos débitos de pequeno valor, devidos pela Fazenda Estadual e Fazendas Municipais, não se apresenta eivado de qualquer ilegalidade, uma vez que está em absoluta consonância com o § 3º, do art. 100, da CRFB; art. 87 do ADCT, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 37/2002; Resolução nº 005/2002, do Eg. TST; art. 17 da Lei nº 10.259/2001 e Orientação Jurisprudencial nº 1, do Eg. Tribunal Pleno do TST, uma vez que disciplina que a requisição do numerário devido deva ser efetivada pelo Juízo da execução, à autoridade citada para a causa, com pagamento em sessenta dias, sob pena de seqüestro, em caso de descumprimento. O tratamento diferenciado dado à União Federal, pelo citado ato, por estar em desacordo com o que dispõe o art. 17 e parágrafo 2º, da Lei nº 10.259/2001, não pode originar a equiparação pretendida pela Fundação Estadual-Agravante.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de **Agravo de Petição**, em que são partes **FAPERJ– FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, como Agravante e **JOSÉ LUIZ REGO DANTAS**, como Agravado.

Inconformada com a r. decisão proferida pelo **MM. Juízo da 32ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro**, às fls. 371, que determinou extração de ofício requisitório, referente ao crédito do Exeqüente, na forma do art. 11, do Ato nº 1808/2002, da Presidência desse Eg. Tribunal, interpõe a Executada o presente Agravo de Petição, pelas razões expendidas às fls. 375/378.

Argúi a Agravante a inconstitucionalidade do Ato nº 1.808/2002, da Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região. Sustenta que a dispensa do precatório, para a cobrança dos débitos judiciais de pequeno valor da Fazenda Pública, nos três níveis federativos, está prevista de modo uniforme, pelo § 3º, do art. 100, da CRFB/88, com a redação dada pela Emenda Constitucional 20/1998, dispositivo regulamentado pelo Art. 87, do ADCT, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 37/2002.

Afirma que o referido ato estatuiu procedimentos diferenciados para a requisição dos débitos de pequeno valor da Fazenda Federal e das Fazendas Públicas dos demais níveis. Aduz que, para a primeira, determina que as Requisições de Pequeno Valor (R.P.V) sejam encaminhadas ao Setor de Precatórios do Tribunal, que as receberá, protocolizará e autuará, observando a ordem cronológica de apresentação das requisições. Para as Fazendas Estaduais e Municipais, ressalta a Executada, que o ato determina que a requisição seja feita diretamente pelo juiz da causa ao órgão executado, para pagamento em 60 (sessenta) dias, sob pena de seqüestro.

Argumenta que o Ato nº 1.808/2002, da Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região, está impregnado de flagrante inconstitucionalidade, sob três fundamentos. Primeiro, porque a requisição não poderia ser feita diretamente pelo Juiz da execução ao ente público devedor, mas pelo Presidente do Tribunal, em face da competência exclusiva fixada pelo § 2º, do art. 100, da CRFB/88. Segundo, porque a formação de uma ordem cronológica de apresentação das requisições, a exemplo do que se dá com os precatórios, decorrem de imperativo constitucional, a que se submete a Administração

Pública (CRFB/88, art. 37, **caput**), bem como, estabelece o § 3º, do art. 86, do ADCT. Terceiro, porque o Ato nº 1.808/2000, ao estatuir procedimentos relativos à requisição de pequeno valor, de modo diferenciado e discriminatório para a Fazenda Estadual e Fazendas Municipais, viola os artigos 1º e 22, inciso I, da CRFB/88.

Requer seja expedida nova Requisição de Pequeno Valor, com a observância ao disposto nos artigos 5 a 10, do Ato nº 1.808/2002, da Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região, de acordo com os procedimentos estabelecidos para a cobrança dos débitos de pequeno valor, devidos pela Fazenda Federal.

Contraminuta do Exeqüente às fls. 382/389, requerendo aplicação de multa por litigância de má-fé.

Distribuídos os autos a esta Relatora em 19.01.2005, por sorteio realizado na mesma data, sendo lançado o visto regimental em 28.01.2005, às fls. 391.

Na sessão de julgamento, realizada em 14.02.2005, resolveu a D. Terceira Turma retirar o processo de pauta em face do pedido de vista do Ministério Público do Trabalho.

O órgão Ministério Público do Trabalho, em parecer de fls. 395/396, da lavra da ilustre Procuradora Daniela Roibeiro Mendes, concluiu pelo conhecimento e não provimento ao agravo e, ainda, pelo indeferimento de aplicação de multa por litigância de má-fé, requerida em contraminuta.

É o relatório.

VOTO

Conheço do agravo, por presentes os requisitos legais de sua admissibilidade.

MÉRITO

Insurge-se a Executada, ora Agravante, contra a r. decisão, de fls. 371, que determinou extração de ofício requisitório, referente ao crédito do Exeqüente, na forma do art. 11, do Ato nº 1808/2002, da Presidência desse Eg. Tribunal.

Argúi, primeiramente, a inconstitucionalidade do Ato nº 1.808/2002, da Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região.

Sustenta que a dispensa do precatório, para a cobrança dos débitos judiciais de pequeno valor da Fazenda Pública, nos três níveis federativos, está prevista de modo uniforme, pelo § 3º, do art. 100, da CRFB/88, com a redação dada pela Emenda Constitucional 20/1998, dispositivo regulamentado pelo Art. 87, do ADCT, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 37/2002.

Afirma que o referido ato estatuiu procedimentos diferenciados para a requisição dos débitos de pequeno valor da Fazenda Federal e das Fazendas Públicas dos demais níveis. Aduz que, para a primeira, determina que as Requisições de Pequeno Valor (R.P.V) sejam encaminhadas ao Setor de Precatórios do Tribunal, que as receberá, protocolizará e autuará, observando a ordem cronológica de apresentação das requisições. Para as Fazendas Estaduais e Municipais, ressalta a Executada, que o ato determina que a requisição seja feita diretamente pelo juiz da causa ao órgão executado, para pagamento em 60 (sessenta) dias, sob pena de seqüestro.

Argumenta que o Ato nº 1.808/2002, da Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região, está impregnado de flagrante inconstitucionalidade, sob três fundamentos. Primeiro, porque a requisição não poderia ser feita diretamente pelo Juiz da execução ao ente público devedor, mas pelo Presidente do Tribunal, em face da competência exclusiva fixada pelo § 2º, do art. 100, da CRFB/88. Segundo, porque a formação de uma ordem cronológica de apresentação das requisições, a exemplo do que se dá com os precatórios, decorre de imperativo constitucional, a que se submete a Administração Pública (CRFB/88, art. 37, **caput**), bem como, estabelece o § 3º, do art. 86, do ADCT. Terceiro,

porque o Ato nº 1.808/2000, ao estatuir procedimentos relativos à requisição de pequeno valor, de modo diferenciado e discriminatório para as Fazendas Estaduais e Municipais, viola os artigos 1º e 22, inciso I, da CRFB/88.

Requer seja expedida nova Requisição de Pequeno Valor, com a observância ao disposto nos artigos 5 a 10, do Ato nº 1.808/2002, da Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região, de acordo com os procedimentos estabelecidos para a cobrança dos débitos de pequeno valor, devidos pela Fazenda Federal.

Sem razão.

Estabelece o art. 100 e os parágrafos 2º e 3º, da CRFB/88, estes, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 30/2000 e § 5º, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 30/2000 e remunerado pela Emenda Constitucional nº 37/2002, **verbis**:

“Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§ 1º omissis

§ 1º-A omissis

§ 2º *As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados, diretamente ao Poder Judiciário, **cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor, e exclusivamente para o caso de deferimento de seu direito de precedência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito.***

§ 3º ***O disposto no caput deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.***

§ 5º *A lei poderá fixar valores distintos para o fim previsto no § 3º deste artigo, segundo as diferentes capacidades das entidades de direito público.” (grifamos)*

No que pertine à Fazenda Pública Federal, a fixação da quantia, considerada como de pequeno valor, encontra-se prevista na Lei nº 10.259/2001, § 1º, do art. 17 e **caput** do art. 3º, **verbis**:

“§ 1º Para efeitos do § 3º do artigo 100 da Constituição Federal, as obrigações ali definidas como de pequeno valor, a serem pagas independentemente de precatório, terão como limite o mesmo valor estabelecido nesta Lei para a competência do Juizado Especial Federal Cível (artigo 3º, caput).” (grifamos)

“Art. 3º Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários-mínimos, bem como executar as suas sentenças.” (grifamos)

A Resolução nº 5, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, de 23.05.2003, resolveu recomendar às Cortes Regionais que considerem como de pequeno valor os pagamentos devidos pela União, suas autarquias e fundações públicas federais, cujo valor individual não ultrapasse sessenta salários mínimos, até que seja aprovada medida legislativa que regulamente a matéria.

No tocante à fixação dos montantes considerados como de pequeno valor, para as Fazendas Estaduais e Municipais, dispõe o art. 87, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acrescentado pela emenda Constitucional nº 37/2002, **verbis**:

“Art. 87. Para efeito do que dispõem o § 3º do art. 100 da Constituição Federal e o art. 78 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias serão considerados

de pequeno valor, até que se dê a publicação oficial das respectivas leis definidoras pelos entes da Federação, observado o disposto no § 4º do art. 100 da Constituição Federal, os débitos ou obrigações consignados em precatório judiciário, que tenham valor igual ou inferior a:

I – quarenta salários mínimos, perante a Fazenda dos Estados e do Distrito Federal;
II – trinta salários mínimos, perante a Fazenda dos Municípios.” (grifamos)

Os procedimentos previstos no **caput** do art. 100, bem como no parágrafo 2º, da CRFB/88, acima transcritos, consistentes na inscrição do crédito em ordem cronológica e determinação de pagamento pelo Presidente do Tribunal, dizem respeito às requisições procedidas via precatório, ou seja, de débitos superiores a sessenta, quarenta ou trinta salários mínimos, dependendo do ente público a que se refere.

Tais disposições não se aplicam ao pagamento das obrigações definidas como de pequeno valor, uma vez que a própria norma constitucional assim o define.

O crédito do Exequente corresponde a R\$ 7.402,84 (sete mil, quatrocentos e dois reais e oitenta e quatro centavos), inferior a quarenta salários mínimos, considerado, portanto, como de pequeno valor.

Afirma a Agravante, Fundação estadual, que o Ato nº 1.808/2002, da Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região estatuiu procedimentos diferenciados para a requisição dos débitos de pequeno valor da Fazenda Federal e das Fazendas Públicas dos demais níveis, o que se configura discriminatório, razão pela qual, requer seja expedida nova Requisição de Pequeno Valor, com a observância ao disposto nos artigos 5 a 10, do Ato nº 1.808/2002, da Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região, de acordo com os procedimentos estabelecidos para a cobrança dos débitos de pequeno valor, devidos pela Fazenda Federal.

O Ato nº 1.808/2002, da Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região regulamenta a tramitação das obrigações judiciais de pequeno valor, em face da Fazenda Pública e congêneres e foi expedido por força do que dispõe o art. 100, § 2º, da CRFB/88 e o art. 731, do CPC, bem como, em face do acréscimo do art. 87 do ADCT, pela Emenda Constitucional nº 37/2002 e da Resolução nº 005/2002, do TST, estabelecida em consonância com o art. 17 da Lei nº 10.259/2001.

No capítulo II, do Ato nº 1.808/2002, encontram-se disciplinados os procedimentos referentes aos débitos contra a União Federal e no capítulo III, contra a Fazenda Estadual e Fazendas Municipais.

Para os débitos, de pequeno valor, contra a Fazenda Federal (Administração Direta e Indireta), estabelece o ato, no art. 5º, que as Requisições de Pequeno Valor (RPV) serão expedidas pelo Juiz da Execução, que serão encaminhadas em três vias, com os documentos enumerados nos itens de I a VIII, por ofício, ao Setor de Precatórios, que o protocolizará e atuará (art. 6º).

A primeira via é autuada com os documentos (art. 7º), ficando naquele setor até que haja repasse financeiro, a ser depositado em estabelecimento bancário à disposição do Juiz da Execução, quando o processo de RPV é encaminhado à Vara de origem, para expedição de alvará e posterior apensamento aos autos principais (art. 10º).

A segunda via é enviada, por ofício, à executada, para ciência da requisição do valor a ser pago (art. 8º).

O Setor de Precatórios, mensalmente, elabora e remete ao Serviço de Administração Financeira do Eg. TST a tabela solicitação de recursos financeiros para pagamento de RPV(s), contendo a relação de Requisições de Pequeno Valor em ordem cronológica, discriminados os valores por beneficiário (art. 9º).

Para os débitos, de pequeno valor, contra a Fazenda Estadual e Fazendas Municipais (Administração Direta e Indireta), estabelece o ato, no art. 11, o pagamento deverá ser

determinado diretamente pelo Juízo da Execução ao órgão executado, contendo determinação para que adotem, no prazo de 60 (sessenta) dias, as providências necessárias à quitação do débito (art. 12), sob pena de seqüestro do numerário suficiente à quitação, consoante disposto no art. 17, § 2º, da Lei nº 10.259/2001 (art.13).

Estabelece o art. 17 e parágrafo 2º, da citada Lei nº 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, **verbis**:

“Art. 17. Tratando-se de obrigação de pagar quantia certa, após o trânsito em julgado da decisão, o pagamento será efetuado no prazo de sessenta dias, contados da entrega da requisição, por ordem do Juiz, à autoridade citada para a causa, na agência mais próxima da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil, independentemente de precatório.

§ 1º - omissis

§ 2º - Desatendida a requisição judicial, o Juiz determinará o seqüestro do numerário suficiente ao cumprimento da decisão.”

O Ato nº 1.808/2002, da Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região, com referência ao pagamento dos débitos de pequeno valor, devidos pela Fazenda Estadual e Fazendas Municipais, não se apresenta eivado de qualquer ilegalidade, uma vez que está em absoluta consonância com as normas acima transcritas (*Requisição do numerário pelo Juízo da execução, à autoridade citada para a causa, para pagamento em sessenta dias, sob pena de seqüestro, em caso de descumprimento*).

Neste sentido, inclusive, a Orientação Jurisprudencial nº 1, do Eg. Tribunal Pleno do TST, **verbis**:

“Orientação Jurisprudencial 1. PRECATÓRIO. CRÉDITO TRABALHISTA. PEQUENO VALOR. EMENDA CONSTITUCIONAL N.37/2002. Há dispensa da expedição de precatório, na forma do art. 100, §3º, da CF/1988, quando a execução contra a Fazenda Pública não exceder os valores definidos, provisoriamente, pela emenda Constitucional nº 37/2002, como obrigações de pequeno valor, não existindo ilegalidade, sob esse prisma, na determinação de seqüestro da quantia devida pelo ente público.” (DJ de 09.12.2003 – Parágrafo único do art. 168 do Regimento Interno do TST - grifamos)

Incabível, portanto, a pretensão da Fundação Estadual, ora Agravante, a fim que seja expedida nova Requisição de Pequeno Valor, com a observância ao disposto nos artigos 5 a 10, do Ato nº 1.808/2002, da Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região, de acordo com os procedimentos estabelecidos para a cobrança dos débitos de pequeno valor, devidos pela Fazenda Federal (*Requisição de Pequeno Valor (RPV) expedidas pelo Juiz da Execução, por ofício, sendo uma via remetida à executada, para ciência da requisição do valor a ser pago e outra encaminhada ao Setor de Precatórios do Tribunal Regional, que, mensalmente, elabora e remete ao Serviço de Administração Financeira do Eg. TST a tabela solicitação de recursos financeiros para pagamento de RPV(s), contendo a relação de Requisições de Pequeno Valor em ordem cronológica, discriminados os valores por beneficiário*).

O tratamento diferenciado dado à União Federal, pelo citado ato, por estar em desacordo com o que dispõe o art. 17 e parágrafo 2º, da Lei nº 10.259/2001, acima transcritos, não pode originar a equiparação pretendida pela Fundação Estadual-Agravante.

Nego provimento.

APLICAÇÃO DE MULTA – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – REQUERIDA PELO EXEQUENTE EM CONTRAMINUTA

Requer o Exequente seja aplicada multa à Executada por litigância de má-fé.

Sem razão.

A atitude da Executada não se enquadra nas hipóteses elencadas no art. 17, do CPC.

A litigância de má fé deve ser aplicada nas hipóteses de atuação francamente maliciosa da parte. Não se configurou, **d.m.v.**, o dolo da Executada em agir de forma maldosa, a causar dano processual ao Exeqüente, que ensejasse a condenação postulada.

Não pode a conduta utilizada pela Fundação-agravante ser considerada escusa, com objetivo de alterar propositamente a verdade dos fatos; deduzindo de defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; usando o processo para conseguir objetivo ilegal; opondo resistência injustificada ao andamento do processo; procedendo de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo ou, por fim, provocando incidentes manifestamente infundados.

Não se configurou, **in casu**, o elemento objetivo da conduta temerária, consubstanciada no prejuízo para a parte adversa, como **conditio sine qua non** para sua aplicação.

Indefiro.

Pelo exposto:

Conheço do agravo de petição. No mérito, **nego-lhe provimento. Indefiro** o requerimento de aplicação de multa, por litigância de má-fé, veiculada pelo Exeqüente em contraminuta.

A C O R D A M os Juízes que compõem a 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região, por unanimidade, conhecer do agravo de petição e, no mérito, negar-lhe provimento. Indefirir o requerimento de aplicação de multa, por litigância de má-fé, veiculada pelo Exeqüente em contraminuta.

Rio de Janeiro, 27 de junho de 2005.

JUÍZA MARIA DAS GRAÇAS CABRAL VIÉGAS PARANHOS

Presidente em exercício e Relatora

RECLAMAÇÃO CORREICIONAL - PROC. Nº 00602-2004-017-15-00-9 RC

Vice-Corregedora Regional: Juíza OLGA AIDA JOAQUIM GOMIERI

Corrigente: SOCIEDADE EDUCACIONAL TRISTÃO DE ATHAYDE + 06

Advogada: Ana Amélia Mascarenhas Camargos - OAB nº 67.757-SP-D

AUTORIDADE CORRIGENDA: MM. JUÍZO DA 1ª VARA DO TRABALHO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO

CORREIÇÃO PARCIAL. HIPÓTESES CABÍVEIS. Por não existir, no processo do trabalho, a possibilidade de a parte recorrer das decisões interlocutórias, somente podendo manifestar sua insurgência contra estas no recurso cabível contra a sentença final, pode aquele que se sentir lesado oferecer, no prazo de 5 dias, reclamação correicional, restrita, no entanto, à correção de erros, abusos ou atos contrários à boa ordem procedimental praticados pelo Magistrado, nos termos do art. 35 do Regimento Interno do E. TRT da 15ª Região.

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAR A DECISÃO. NULIDADE. Em antevendo a necessidade de, no caso concreto, antecipar os efeitos da tutela, deve o Magistrado, por força de exigência prevista no artigo 93, IX, da Constituição Federal, fundamentar sua decisão, realizando a necessária apreciação dos pressupostos fático-jurídicos e dos elementos probatórios efetivamente existentes nos autos, sob pena de nulidade.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA MOVIDA POR SINDICATO. PEDIDOS: OBRIGAÇÃO DE NÃO-FAZER: IMPEDIR DETERMINADAS ESCOLAS, DE UMA CERTA CIDADE, DE SE UTILIZAREM DE MÃO-DE-OBRA TERCEIRIZADA (PESSOAS JURÍDICAS) EM SUA ATIVIDADE-FIM. OBRIGAÇÃO DE FAZER: OBRIGAR ESSAS ESCOLAS A PROCEDER AO REGISTRO EM CTPS DE TODOS OS PROFISSIONAIS DE ENSINO QUE MINISTREM AULAS EM SUAS DEPENDÊNCIAS. DESCABIMENTO DA CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA PARA EFEITO DE IMPEDIR ESSE PROCEDIMENTO. PROCEDÊNCIA DA CORREIÇÃO PARCIAL: AUSÊNCIA DO “PERICULUM IN MORA”. A ausência de lesão irreparável ou de difícil reparação, decorrente do “periculum in mora”, desautoriza a concessão de tutela antecipada para efeito de impedir as escolas da contratação de professores através de pessoas jurídicas, bem como de as obrigar a contratar apenas pelo sistema da CLT, com registro em CTPS, configurando-se tal providência em ilegalidade ou abuso de poder da MM. Autoridade Corrigenda, ensejando a procedência da Correição Parcial, com a nulidade dos atos praticados.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA MOVIDA POR SINDICATO. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEI DAÇÃO CIVIL PÚBLICA: ART. 21. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: ARTS. 81, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II, E 117. CORREIÇÃO PARCIAL. Nos estreitos limites da Correição Parcial, é de somente se indagar se, no pedido de que haja reconhecimento da relação de emprego com todos os professores que ministram aulas em determinadas escolas/cursinhos de São José do Rio Preto, SP (sócios das pessoas jurídicas contratadas), com o consequente pagamento dos consectários trabalhistas a cada um, tendo por finalidade a alegada reparação de prejuízos sofridos anteriormente por esses trabalhadores, poderiam esses direitos, que são individuais, divisíveis e disponíveis, serem tidos como **homogêneos**, para efeitos de legitimarem uma Ação Civil Pública movida por Sindicato, nos termos da LACP, art. 21 e CDC, art. 81, parágrafo único, inciso II.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA MOVIDA POR SINDICATO. CONCESSÃO DE OFÍCIO DA TUTELA ANTECIPADA. AUTORIZAÇÃO, PELA MM. AUTORIDADE CORRIGENDA, DO INGRESSO NAS DEPENDÊNCIAS DAS ESCOLAS/CURSINHOS, DE REPRESENTANTES DO SINDICATO/AUTOR, ACOMPANHADOS DE AGENTE

FISCAL DO TRABALHO, PARA EFEITOS DE FISCALIZAR O CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL INTERLOCUTÓRIA. PROCEDÊNCIA DA CORREIÇÃO PARCIAL: ERRO PROCEDIMENTAL. O dever de fiscalizar o cumprimento da legislação trabalhista, atribuído aos fiscais do Ministério do Trabalho, é atividade administrativa absolutamente indelegável aos particulares, não existindo, no tema, nenhuma disposição legal para, como o fez a MM. Autoridade Corrigenda, atribuir relevante papel ao Sindicato dos Trabalhadores que propôs a Ação Civil Pública, permitindo seu ingresso nas dependências das escolas corrigentes, quando o Sindicato julgasse conveniente. Evidente, no caso, o erro cometido pela MM. Autoridade Corrigenda, passível de correção pela via excepcional da reclamação correicional, como se extrai do disposto no art. 35 do Regimento Interno do E. TRT da 15ª Região.

Trata-se de reclamação correicional ajuizada por **SOCIEDADE EDUCACIONAL TRISTÃO DE ATHAYDE, SETA RIO PRETO SISTEMA DE ENSINO S/S LTDA., SETA SISTEMA DE ENSINO S/S LTDA., SISTEMA DE ENSINO SETA S/S LTDA., CURSO OSVALDO CRUZ RIO PRETO S/S LTDA. - EPP, CURSO COC RIO PRETO S/S LTDA. - EPP e MARCO ANTÔNIO DOS SANTOS**, alegando, em síntese, que o MM. Juiz Corrigendo proferiu decisão (fls. 13 e ss.) que atenta contra a boa ordem do procedimento.

Sustentam que, a despeito de encerrada a fase probatória e da possibilidade de imediata prolação de sentença, o MM. Juiz: a) concedeu de ofício a antecipação dos efeitos da tutela, sem que tal houvesse sido pedido pela parte autora; b) converteu o julgamento em diligência e determinou a expedição de editais, convocando os autores de ações individuais para ingressarem no feito; c) determinou que os autos fossem à sua conclusão, para retorno do processo, já em fase decisória, para a fase postulatória, o que configuraria nítida e indiscutível inversão tumultuária do procedimento, reparável pela via correicional.

Alegam ainda que, pela decisão proferida, o processo retornou à fase postulatória anteriormente encerrada, provocando, inclusive, alterações no procedimento (é que, inicialmente, a ação fora intitulada de “ação civil pública” e contra esse tipo de ação as autoras teriam se defendido; no entanto, o MM. Juiz Corrigendo, de ofício, ao exarar a decisão interlocutória objeto desta correição (fls. 13/16) corrigiu seu nome para: “Ação Coletiva/Ação Civil Pública, inovando totalmente o processo com uma ação híbrida, com denominação até então inédita na ciência processual trabalhista, numa fase processual em que não mais isso poderia ser feito, vez que já houvera a contestação, tal se constituindo em evidente cerceamento de defesa das autoras), violando, assim, os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Conseqüentemente, pretendem os Corrigentes sejam liminarmente sustados os efeitos da decisão impugnada (fls. 13 e ss.), a qual deve ser, posteriormente, definitivamente cassada, para que, no caso ora examinado, seja observado o rito procedimental próprio da ação civil pública, retornando os autos à fase decisória em que se encerrara a instrução e o feito se encontrava concluso para sentença, cassando-se, inclusive, a tutela concedida antecipadamente de ofício.

O MM. Juiz Corrigendo apresentou informações (fls. 63 e ss.).

Inicialmente, a liminar não foi apreciada, aguardando-se as informações que foram pedidas (fls. 57) pelo MM. Juiz Carlos Roberto do Amaral Barros.

Após, vindo os autos para mim, foi a liminar concedida (fls. 71) por esta Vice-Corregedoria, no exercício da Corregedoria Regional.

Este, o **RELATÓRIO**.

DECIDO.

Após conceder a antecipação dos efeitos da tutela, o MM. Juiz Corrigendo também converteu o julgamento em diligência, para as seguintes providências: a) juntada dos autos do inquérito civil instaurado pelo Ministério Público do Trabalho; b) publicação de editais; c) apresentação das RAIS dos anos 1997 a 2003.

O MM. Juiz Corrigendo determinou, ainda, que, cumpridas as diligências informadas, voltassem os autos conclusos, para deliberação quanto ao encerramento da instrução processual (fls. 66 e ss.).

Os Corrigentes, notificados da r. decisão impugnada aos **29.12.2004** (como se colhe, de modo inequívoco, do documento de fl. 12), apresentaram, **tempestivamente** (RITRT, § único do art. 35), no protocolo da Corregedoria, a presente reclamação correicional, aos **03.12.2004** (fl. 2).

Segundo o Regimento Interno deste Egrégio Tribunal (art. 35), a reclamação correicional, *não havendo recurso específico*, é cabível para corrigir erros, abusos e atos atentatórios à boa ordem processual, ação ou omissão que importe erro de procedimento.

Ou seja, não será cabível reclamação correicional, se a parte dispuser de *recurso específico* de impugnação do ato judicial guerreado.

Como amplamente sabido, *no processo do trabalho* não pode a parte recorrer das *decisões interlocutórias* proferidas pelo Magistrado, por força do disposto no § 1º do art. 893 consolidado.

Pode a parte prejudicada, no recurso cabível contra a sentença, manifestar especificamente a sua insurgência com relação à *decisão interlocutória* prolatada (§ 1º do art. 893 consolidado; TST, Enunciado 214), para que o *merecimento* desta seja *devolvido* à apreciação do *órgão jurisdicional competente* para julgar o recurso.

No caso ora examinado, o ato judicial impugnado pelos Corrigentes (fls. 13 e ss.) consiste em *decisão meramente interlocutória* (e não *sentença definitiva*) proferida pelo Magistrado, no que concerne à *antecipação dos efeitos da tutela* e à *conversão do julgamento em diligência*.

Todavia, a despeito da possibilidade de impugnação futura do ato judicial — muitas vezes tardia, com manifesto prejuízo para as partes e para o regular andamento do processo, o qual deve ser o mais célere possível —, pode a parte lesada, por não dispor, no momento presente, de recurso específico, oferecer imediatamente reclamação correicional (RITRT, art. 35), exclusivamente com a finalidade de corrigir erros, abusos ou atos contrários à boa ordem procedimental praticados pelo Magistrado.

Superadas as questões respeitantes à tempestividade e ao cabimento da reclamação correicional, passo, conseqüentemente, à análise da alegada subversão à ordem procedimental.

Ação civil pública. Tutela de interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Rito procedimental. Publicação de editais.

Contrariamente ao sustentado pelos Corrigentes, a ação civil pública — ação coletiva (como proclamam doutrinadores de escol) proponível tanto pelo Ministério Público do Trabalho (CF, art. 129; Lei Complementar n° 75, de ..., arts. ...; LACP, arts. 5º e 21; CDC, art. 82, I) quanto pelos sindicatos (CF, § 1º do art. 129; LACP, art. 5º; CDC, art. 82, IV), tem por finalidade a proteção dos interesses e direitos metaindividuais (isto é, os interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos) contra ameaças de lesões ou a reparação desses interesses e direitos em face de lesões efetivamente concretizadas.

A despeito do entendimento restritivo (diga-se, superado pela própria legislação) sustentado pelos Corrigentes, a ação civil pública não tem a finalidade exclusiva de proteger interesses e direitos difusos e coletivos.

Com efeito.

O CDC (art. 117) acrescentou à LACP o art. 21, segundo o qual são aplicáveis à defesa dos **interesses e direitos difusos**, coletivos e individuais homogêneos os dispositivos do Título III (isto é, arts. 81 e ss.) do CDC (Lei n° 8.078, de 1990).

Como ressalta **Rodolfo de Camargo Mancuso** (Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 9. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 23), “a ação da Lei n° 7.347, de 1985, objetiva a tutela de interesses metaindividuais, de início compreensivos dos difusos e dos coletivos em sentido estrito, aos quais na seqüência se agregaram os individuais homogêneos (Lei n° 8.078/90, art. 81, III, c/c os arts. 83 e 117)”.

Hugo Nigri Mazzilli (A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente,

consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 122) sustenta que, em face do sistema conjugado da LACP e do CDC, que se integram reciprocamente, “estão também alcançados pela tutela coletiva os interesses individuais homogêneos, de qualquer natureza, relacionados ou não com a condição de consumidores dos lesados. Por isso, e em tese, cabe também a defesa de qualquer interesse individual homogêneo por meio da ação civil pública ou coletiva, sendo inconstitucional qualquer tentativa que vise a impedir o acesso coletivo à jurisdição”.

O CDC (art. 83) estabelece, pois, que, para a defesa dos interesses e direitos protegidos (difusos, coletivos e individuais homogêneos), “são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar adequada e efetiva tutela”.

Para a tutela dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, a ação civil pública, segundo **Raimundo Simão de Melo** (Ação civil pública na justiça do trabalho. São Paulo: LTr, 2002, p. 101) e **Hugo Nigri Mazzilli** (ob. cit., p. p. 103 e 105?), podem ter por objeto comandos cautelares, condenatórios, declaratórios, constitutivos (positivo ou negativo), mandamentais, de liquidação ou de execução ou qualquer outra espécie (LACP, art. 21; CDC, arts. 83 e 117).

Contrariamente ao sustentado pelos Corrigentes, nada impede que os interesses e direitos individuais homogêneos e os interesses e direitos coletivos sejam conjuntamente tutelados por uma mesma ação civil pública.

Se esses mesmos interesses e direitos são tuteláveis mediante ação civil pública, como exposto anteriormente (LACP, art. 21; CDC, art. 81 e § único), não teria nenhum sentido exigir que os sindicatos e o Ministério Público propusessem, separadamente, ações para a defesa particularizada de cada um dos interesses e direitos invocados, sob pena de, no particular, negar homenagem aos princípios da celeridade e da economia processuais necessariamente observáveis no processo do trabalho.

Aliás, os Corrigentes cometeram, na verdade, o “**erro comum**”, a que faz referência **Hugo Nigri Mazzilli** (A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 56), consistente em “**supor que, em ação civil pública ou coletiva, só se possa discutir, por vez, uma só espécie de interesse transindividual (ou somente interesses difusos, ou somente coletivos ou somente individuais homogêneos)**”, porque, “**nessas ações, não raro se discutem interesses de mais de uma espécie**” (ob. cit., p. 56).

Então, essa é a doutrina e **o que se tem em tese**, mas cuidemos, abaixo, do **caso concreto** que temos em mãos:

Analisando detidamente a petição inicial da ação civil pública oferecida pelo Sindicato dos Professores (fls. 26 e ss.), percebe-se claramente que a entidade autora quer colocar em discussão, na ação originária, cumulativamente:

- **interesses e direitos coletivos** (CDC, inc. II do § único do art. 81) — como se extrai, de modo inequívoco, do pedido de abstenção formulado, pelo sindicato, com a finalidade de **impedir** determinadas escolas-cursinho da cidade de São José do Rio Preto-SP, da **futura utilização de mão-de-obra terceirizada** nas atividades-fim objetivadas pelos Corrigentes, para que nos estabelecimentos de ensino **ministrem aulas somente professores com regular registro na CTPS**;

Vê-se então que, no caso presente, a ação tem por objetivo interesses e direitos dos empregados das escolas acionadas, portanto, de **natureza coletiva**, não dizendo respeito à sociedade como um todo ou, ao menos, a todas as escolas particulares do Brasil.

Dentro dessa ótica, a legitimidade para a pretensa ação coletiva, é mais do sindicato que do Ministério Público do Trabalho, pelo que não se justifica o pedido daquela entidade de que o MPT assumira esta ACP como titular da mesma.

Isso porque, não se tratando de direitos e interesses **indivisíveis**, se o objetivo é

produzir efeitos “**erga omnes**”, para a ação haveriam de ser citadas **todas** as escolas-cursinhos existentes em nosso país, o que não faria sentido.

- **interesses e direitos individuais homogêneos** (CDC, inc. II do § único do art. 81) — como se depreende do pedido de reconhecimento da relação de emprego e de pagamento dos consectários trabalhistas de todos os professores que lá ministraram aulas, alegando ter por finalidade, a reparação de prejuízos sofridos anteriormente pelos trabalhadores encontrados em situação irregular.

Entretanto, neste particular, a dúvida se coloca: há que se perguntar: seriam esses direitos individuais, tidos como **homogêneos**? Entendo que não, já que a situação de cada professor é única, individualizada, jamais podendo ser encarada como **homogênea**. Além disso, os bens objetos da demanda são **divisíveis e disponíveis**.

Em assim colocando, sendo, *data maxima venia*, o bem perseguido claramente **divisível, disponível e não-homogêneo**, a meu ver caberia a cada interessado (no caso, cada professor) avaliar acerca de seu interesse em se valer de uma ação reclamatória trabalhista para a defesa de qualquer lesão de que se julgue credor de reparações. Em suma: o interesse é de cada professor em particular, pelo que, segundo sua própria conveniência, pode ele (professor) entender que o objeto desta ação seja diametralmente oposto ao que ele pretenderia, ou melhor dizendo: lhe seja **prejudicial**.

Colocada esta dúvida, *data maxima venia* entendo que não poderia o MM. Juiz Corrigendo ter concedido (de ofício) a antecipação da tutela: em 1º lugar porque a ausência de lesão irreparável ou de difícil reparação, decorrente do “*periculum in mora*” desautoriza a concessão de medida liminar para efeito de impedir a contratação de professores através de pessoas jurídicas ou conceder a nulidade dos contratos sociais das mesmas, configurando-se tal ato ingerência indevida na administração de tais empresas (é bem verdade que, quanto a este último pedido (o da nulidade dos contratos sociais das pessoas jurídicas contratadas), a tutela, prudentemente, não foi concedida pelo MM. Juiz Corrigendo). Em 2º lugar, nessa antecipação de tutela, de qualquer forma não poderia o MM. Juiz ter se utilizado do art. 94 do CDC, aplicável subsidiariamente à ACP (LACP, art. 21, CDC, art. 117) para proceder à publicação de editais a fim de que os interessados pudessem intervir no processo como litisconsortes. Foi uma medida prematura, que só poderia ter sido tomada após a decisão do cabimento da Ação Civil Pública em foco.

Aliás, a respeito, há que se diga o seguinte: a informação que se tem da DD. Secretaria é a de que, publicados tais editais e passados os 30 dias legais, não houve nenhum interessado (diga-se: os professores das pessoas jurídicas) em participar da ação coletiva de origem. O que já significa alguma coisa, parece-me. Ou seja: total desinteresse dos mesmos.

Já tendo tais editais sido publicados antes mesmo da interposição desta CP, nada resta a fazer a este respeito a não ser, a meu ver, após o trânsito **em julgado** da ACP (caso venha a ação do Sindicato a ser julgada improcedente), uma outra publicação, a título de reparação, com as mesmas dimensões da primeira, dando o resultado final da ACP, para efeitos de se abafar a ofensiva por danos morais a que se referem as escolas corrigentes, nestes autos de Correição Parcial (item 45 da reclamação correicional - fls. 10).

Há ainda o problema da determinação de **apresentação das RAIS e da juntada de inquérito civil público**, ordens também já cumpridas em 1º grau, e que já fazem parte dos autos principais.

Pergunta que novamente se faz: poderia o MM. Juiz corrigendo ter assim decidido de ofício sem que com isso tivesse incidido em interferência indevida na administração e atividade empresarial das escolas corrigentes?

Não estaria o MM. Juiz invadindo seara própria do Ministério do Trabalho, a quem incumbe verificar se há empregados sem registro nas empresas fiscalizadas?

Por outro lado, poderá o Juiz interferir a tal ponto na atividade administrativa e empresarial de escolas particulares sem que isso seja considerado autêntico abuso de poder, com conseqüente desestímulo ao empreendedorismo, contribuindo para o fechamento de empresas e para o aumento do desemprego?

Não haveria a necessidade de se avaliar - caso a caso - a existência ou não de fraude (já que a fraude não se presume, devendo resultar de prova inequívoca) em cada contratação terceirizada? E isso tendo a prévia provocação de cada interessado (através de uma reclamatória trabalhista), em cada caso concreto?

Além disso, ao Juiz caberá avaliar a simulação - ou não - da contratação, de acordo com o grau de formação, de consciência das coisas pelas pessoas envolvidas. Não podemos esquecer que se trata de uma classe de intelectuais - professores de cursinhos vestibulares - e não de menores, índios, analfabetos, idosos, doentes (incapazes ou relativamente incapazes), a quem incumbiria o Estado proteger.

Poderá o Juiz determinar - de ofício ou não - que todas as contratações que uma empresa fizer, o sejam pelo regime celetista?

Poderá o Juiz, sem que isso configure ingerência indevida na atividade empresarial das corrigentes, ignorar que cada caso é um caso e passar por cima de institutos como o da legalidade (art. 5º, II, da CF)¹, bem como o do livre direito das partes em contratar (art. 170, IV da CF)² - desde que os fins sejam lícitos, desprezando a possibilidade da incidência, em cada caso, do previsto no Enunciado 294 do C. TST, bem como da prescrição quinquenal ou bienal? E não se estaria saltando etapas com a falta de verificação de pressupostos processuais, como a existência do interesse de agir, por parte do Sindicato (que, como já mencionado, pode ser diametralmente oposto ao interesse dos professores que essa entidade se propõe a defender)?

Terá o Estado-Juiz tamanho poder, o de se sobrepor à vontade das partes (como se professores de cursinhos vestibulares (que se aglutinam para formar pessoas jurídicas, prestadoras de serviço), fossem percebidos como incapazes ou relativamente incapazes para, substituindo-os, ao sentenciar uma ação coletiva, dizer o que é melhor para eles?

Pode matéria tão ampla, mas ao mesmo tempo com tantas particularidades, ser objeto de uma Ação Civil Pública?

Faço somente essas indagações, deixando de aqui me manifestar, para que sejam objeto de reflexão do MM. Juiz Corrigendo, quando da prolação da sentença de 1º grau, tudo respeitando o altíssimo grau de discernimento e critério de que Sua Excelência é possuidor.

Fiscalização do cumprimento da decisão.

Com todas as considerações já feitas nos dois itens antecedentes, aqui cabe também a análise de outro aspecto:

Não pode subsistir a determinação que confiou a fiscalização do cumprimento da referida decisão ao Sindicato que propôs a ação civil pública.

Devo registrar, por oportuno, que, na prefacial (fl. 44), o Sindicato pediu fosse ordenada a fiscalização do cumprimento da decisão pelo *órgão administrativo competente*.

Ora, diante da delimitação do pedido formulado, quanto à fiscalização do cumprimento da decisão que concedeu antecipadamente a tutela, não podia o MM. Juiz Corrigendo, concedendo algo diverso do pleiteado, ter determinado que os réus permitissem “*o ingresso nas suas dependências de representante do requerente acompanhado do respectivo agente fiscal do trabalho, quando o requerente julgar conveniente*”.

Aliás, a fiscalização do cumprimento da decisão judicial significa, em última análise, a fiscalização do cumprimento da legislação trabalhista, providência que o Sindicato, através da ação civil pública, pretende seja observada.

1. Art. 5º da CF: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

II - “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

2. Art. 170 da CF: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IV - livre concorrência;”

Ora, o dever de fiscalizar o cumprimento da legislação trabalhista atribuído aos fiscais do Ministério do Trabalho em exercício na Subdelegacia Regional do Trabalho constitui atividade administrativa absolutamente indelegável aos particulares, não existindo, no tema, nenhuma disposição legal para, como o fez o MM. Juiz Corrigendo, atribuir relevante atividade administrativa ao Sindicato dos Trabalhadores que propôs a ação civil pública.

Evidente, no caso, o **erro** cometido pelo MM. Juiz, passível de correção pela via excepcional da reclamação correicional, como se extrai do disposto no art. 35 do Regimento Interno do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho.

Por último, concluo que, em se tratando da necessidade de, no caso concreto, antecipar os efeitos da tutela, deve o Magistrado, inclusive por força de exigência prevista na Constituição Federal (art. 93, IX), **fundamentar a decisão**, sob pena de **nulidade**, ainda que escusável pelo excesso de serviço que abarrotava nosso Judiciário.

No Estado Democrático de Direito, a exigência constitucional de fundamentação de todas as decisões do Poder Judiciário é garantia constitucional que implica o dever de o Magistrado apreciar, não só os dispositivos legais aplicáveis à situação jurídica *sub judice*, mas, também, os fatos alegados e, sobretudo, as provas (documentais, testemunhais, periciais etc.), existentes nos autos, pertinentes ao litígio.

No caso ora examinado, constato que o MM. Juiz, afirmando “presentes os requisitos legais autorizadores da concessão”, proferiu decisão antecipando os efeitos da tutela, sem ter realizado a necessária apreciação dos pressupostos fático-jurídicos e dos elementos probatórios efetivamente existentes nos autos.

A decisão proferida pelo MM. Juiz Corrigendo, portanto, é **nula**, no que concerne à antecipação dos efeitos da tutela, também por insuficiência de fundamentação (CF, art. 93, IX).

Posto isso, **JULGO PROCEDENTE** a presente reclamação correicional, para o fim de tornar sem efeito a antecipação da tutela concedida, anulando todos seus efeitos, devendo o MM. Juiz Corrigendo retornar àquela fase em que já estava encerrada a instrução processual, e proferir a sentença com os dados até então obtidos no processo.

Conseqüentemente, mantenho a eficácia da liminar concedida por esta Corregedoria na presente reclamação correicional, cancelando-se quaisquer multas arbitradas, seja a que título for, tudo conforme a fundamentação constante desta decisão.

Oficie-se. Intimem-se. Esta decisão deverá ser apensada aos autos principais.

Campinas, 27 de janeiro de 2005.

OLGA AIDA JOAQUIM GOMIERI

Juíza Vice-Corregedora Regional no exercício da Corregedoria

PROCESSO TRT 01166-2004-013-10-00-7-RO-Acórdão 1ª TURMA/2005

Relator : JUIZ PEDRO LUIS VICENTIN FOLTRAN

Revisor : JUIZ ALEXANDRE NERY DE OLIVEIRA

Recorrente : SUPERMERCADO TATÁ LTDA (SUPERMERCADO BIG BOX)

Advogado : REGINA SEBASTIANA CALDEIRA

Recorrido : VALDINO DIAS DE FARIAS

Advogado : LUCIANO PEDRO AREAL

Origem : 13ª VARA DO TRABALHO DE BRASÍLIA/DF

(Juiz ERASMO MESSIAS DE MOURA FE)

Ementa: **PEDIDO DE DEMISSÃO - COAÇÃO - DANO MORAL - OCORRÊNCIA.** O dano moral ocorre na esfera da subjetividade, traduzindo-se em sentimento de pesar íntimo do ofendido, capaz de gerar prejuízo ao aspecto afetivo ou social do seu patrimônio moral. Os Tribunais pátrios, igualmente, têm-se manifestado no sentido de que, diferentemente do que ocorre com o dano material, para que se configure o dano moral, não há de se cogitar da prova do prejuízo. Entretanto, para o deferimento da indenização, deve ficar provado o nexo de causalidade entre o dano e a conduta do ofensor, ou seja, que esta gerou aquele, bem como a existência do ato tido como ilícito. O empregador, ao utilizar-se publicamente de meios escusos no sentido de coagir seu empregado a assinar pedido de demissão, sob ameaça de ser incriminado da prática de furto, o submete a dor psicológica, bem como a perturbação da sua dignidade moral, restando configurado o nexo de causalidade entre dano e a conduta do ofensor, fazendo-se presente o dever de indenizar, nos termos do art. 5º, X, da CF, bem como do art. 483, “e”, da CLT.

DANO MORAL - MENSURAÇÃO DO QUANTUM COMPENSATÓRIO. Doutrina e jurisprudência têm sedimentado que a fixação do *quantum* compensatório a ser arbitrado na reparação de dano moral deve ficar ao livre e prudente arbítrio do Magistrado, único legitimado a aferir, a partir de seu convencimento, a extensão da lesão e o valor cabível que a ela corresponda. O ponto de partida para que o Juiz proceda à avaliação do dano moral, ou seja, estime o *quantum* reparatório, há de ser, se presente, o valor pedido pelo autor, que, em tese, num primeiro momento, obviamente seria o único capaz de mensurar o *quantum* suficiente para minimizar os sentimentos de revolta e indignação, aliados ao natural desejo de punir, voltado que está para a própria dor. Num segundo instante, caberia a intervenção do Juiz, que passaria a apreciar se o valor pretendido ajusta-se à situação posta em julgamento, a compreender as circunstâncias do caso, a gravidade do dano, a situação do lesante, a condição do lesado, preponderando, como orientação central, a idéia de sanção do ofensor, como forma de obstar a reiteração de casos futuros (cf. CARLOS ALBERTO BITTAR, IN A Reparação do dano moral. Rio de Janeiro: Forense, p. 89). O valor da indenização, muito embora as vezes não seja suficiente para apagar as marcas dos danos impostos, não deve servir para o enriquecimento injustificado da parte. Também não deve pouco significar para o patrimônio do lesante, já que não serviria para desestimulá-lo à repetição do ato.

RELATÓRIO

O Exmo. Juiz Erasmo Messias de Moura Fé, Substituto na 13ª Vara do Trabalho de Brasília/DF, por meio da sentença de fls. 93/100, julgou procedentes em parte os pedidos da reclamação trabalhista, condenando o reclamado a pagar ao reclamante as parcelas a seguir descritas: a) aviso prévio; b) férias proporcionais acrescidas de um terço; c) 13º salário proporcional e d) indenização por dano moral, tendo, ainda, determinado a entrega da guia do seguro desemprego, sob pena de conversão em indenização, bem como a liberação das guias para levantamento do FGTS, com o pagamento da multa de 40%.

Opostos embargos declaratórios pelo reclamado às fls. 101/102, foram rejeitados

(fl. 103).

O reclamado interpôs recurso ordinário às fls. 105/112, pretendendo a reforma da sentença quanto à forma de despedimento, bem como quanto à indenização por danos morais.

O reclamante apresentou contra-razões às fls. 117/120.

Diante da faculdade conferida pelo art. 102 do Regimento Interno deste Regional, deixou-se de encaminhar os presentes autos ao MPT.

É o relatório.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

A parte é sucumbente e está bem representada (fl. 27).

O recurso é adequado e tempestivo.

Custas processuais e depósito recursal devidamente pagos e comprovados às fls. 113 e 114, respectivamente.

Presentes os pressupostos subjetivos e objetivos de admissibilidade, conhecimento do recurso e não conhecimento dos documentos juntados pelo recorrido às fls. 121/123, visto que já encerrada a instrução probatória.

FORMA DE DESPEDIMENTO

O Juízo *aquo* considerou nulo o pedido de demissão e, por conseqüência, reconheceu a dispensa sem justa causa do autor, sem pré-aviso em 7/10/2004.

Recorre o reclamado, sob o argumento de que o depoimento do autor e de suas testemunhas são totalmente contraditórios, bem como de que é uma “fantasia” a sua alegação de que tenha sido obrigado a assinar o pedido de demissão.

Alega, ainda, que os documentos juntados aos autos com a defesa foram totalmente desconsiderados e que durante o processo de apuração administrativa de furtos ocorridos no interior da loja, o reclamante resolveu pedir demissão, tendo se arrependido posteriormente quando o referido processo administrativo teve fim sem uma conclusão.

Por fim, aduz que o autor não se desincumbiu do ônus que detinha de comprovar a alegada coação, bem como de que haveria um “conluio” do reclamante com a primeira testemunha no sentido de combinarem as mesmas “estórias”, pois possuem ações idênticas contra a empresa.

Sem razão.

Inicialmente, cumpre esclarecer que conforme se verifica na ata de fls. 16/19, as contraditas apresentadas pelo recorrente foram rejeitadas, sendo certo que em seu recurso não argüi nulidade da decisão por cerceamento de defesa e, por conseqüência, os referidos depoimentos são perfeitamente válidos e deverão ser considerados.

Tendo alegado que fora coagido quando da assinatura do pedido de demissão de fl. 8, caberia ao autor o ônus da sua comprovação, nos termos do artigo 818 da CLT.

Vejamos, pois, se o reclamante se desincumbiu do referido ônus.

A primeira testemunha por ele conduzida e ouvida às fls. 17/18, declarou textualmente que tanto ele quanto o reclamante foram forçados a pedir demissão, sob a ameaça de abertura de sindicância por acusação de furto no interior da loja. Esclareceu, ainda, que a referida coação se deu no interior de uma sala do mercado onde estavam presentes o preposto, um encarregado de segurança, o gerente, bem como uma outra pessoa que diziam tratar-se de um delegado de polícia. Por fim, afirmou que o encarregado de segurança, de nome Luiz, fez pressão psicológica para que eles confessassem o cometimento de furto de produtos da loja.

Já a segunda testemunha ouvida à fl. 18, declarou que também fora coagido a pedir

demissão nas mesmas circunstâncias relatadas pela primeira testemunha, inclusive confirmando a presença da pessoa que diziam ser delegado de polícia. Cabe ressaltar que a referida testemunha esclareceu que logo que entrou na sala foram logo lhe dizendo que já sabiam que ele estava furtando produtos da loja, pois estava tudo gravado, bem como de que deveria pedir demissão, sendo que após 15 a 20 minutos de pressão sem que confessasse, foi demitido no dia seguinte sem justa causa, ante a sua recusa de pedir demissão.

Conforme se observa pelos depoimentos acima transcritos, contrariamente ao entendimento do recorrente, o reclamante se desincumbiu do ônus que detinha de comprovar que fora coagido a assinar o documento de fl. 8, não havendo que se falar, portanto, que os documentos juntados com a defesa foram simplesmente desconsiderados.

Como bem asseverou o Juízo a quo, a prova testemunhal comprovou que diante da ocorrência de furto no interior da loja, cometido por apenas dois empregados, o recorrente resolveu pressionar vários outros empregados que trabalhavam no mesmo setor, com coagindo-os a pedir demissão, tendo ao final demitido todos eles, tanto os que foram coagidos e assinaram o pedido de demissão, como os que se recusaram a fazê-lo.

Cabe ressaltar que não prospera a alegação do reclamado de que o autor ficou silente quanto à alegada coação quando da realização da audiência de conciliação prévia (fl. 7) e, portanto, estaria validando seu pedido de demissão, pois no momento oportuno, qual seja, quando da homologação da sua rescisão junto ao sindicato da categoria, opôs a devida ressalva, conforme se observa no verso de fl. 35.

Por fim, observo também que o fato de a primeira testemunha não ter confirmado as alegações do autor quanto à marcação dos cartões de ponto, não significa que o seu depoimento quanto aos demais temas não possa ser considerado, não havendo que se falar na existência de contradição entre o depoimento do autor e de suas testemunhas quanto à questão relativa à forma de despedimento.

Nego provimento.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS/VALOR DA INDENIZAÇÃO

O Juízo *a quo* deferiu o pleito de indenização por danos morais, sob o fundamento de que os elementos colhidos nos autos o convenceram de que o reclamado causou dano moral ao reclamante em face da coação moral e psicológica engendrada para obter a sua assinatura no pedido de demissão.

Recorre o reclamado, sob o argumento de que inexistente prova de cometimento de dano moral, pois, segundo seu entendimento, em nenhum momento restou demonstrado que o reclamante teve suja honra, moral ou espírito abalados, tendo deixado claro em seu depoimento que pretende apenas vingar-se da empresa.

Por fim, afirma que o valor da indenização acaba por premiar injustamente o reclamante, uma vez que se mantida a forma de despedimento, receberá todas as verbas rescisórias.

Transcreve jurisprudências.

Pois bem.

Inicialmente, é necessário trazer à lume algumas considerações contidas no RO 194-2000-015-10-00-6, que teve como relator o Exmo. Juiz Ricardo Alencar Machado:

“O dano moral é o prejuízo decorrente de ofensa a bem jurídico do indivíduo, material ou não, que alcance o espírito, os valores pessoais e incorpóreos, que não têm expressão econômica.

O dever de reparar o dano moral é corolário da responsabilidade civil daquele que lesa, devendo haver entre o ilícito e o dano uma relação de causalidade. É o que se depreende dos termos do art. 159, do Código

Civil. Além disso, por ensejar reparação, o ato ilícito que tenha gerado o dano deve ser robustamente provado.

Segundo Maria Helena Diniz, para que o dano seja passível de reparação, é imprescindível a ocorrência dos seguintes requisitos: ‘diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral’; ‘efetividade ou certeza do dano’; ‘causalidade’; ‘subsistência do dano no momento da reclamação do lesado’; ‘legitimidade’ e ‘ausência de causas excludentes de responsabilidade’. (in ‘Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil’, RT, 1998, p. 81/82).”

Podemos definir dano moral como “*ador resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja dor física - dor-sensação, como a denomina Carpenter - nascida de uma lesão material; seja a dor moral - dor-sentimento, de causa imaterial*” (CAHALI, Yussef Said. **Dano e indenização**. São Paulo: RT, 1980, p. 7)

Danos morais, portanto, “*são aqueles que atingem a moralidade e a afetividade da pessoa, causando-lhe constrangimentos, vexames, dores, enfim, sentimentos e sensações negativas*” (BATER, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. Revista dos Advogados, n. 44/outubro/94, p. 24).

Assim, o dano moral ocorre na esfera da subjetividade; traduz-se em sentimento de pesar íntimo do ofendido, capaz de gerar prejuízo ao aspecto afetivo ou social do seu patrimônio moral.

Vale ressaltar, ainda, que os Tribunais pátrios, igualmente, têm-se manifestado no sentido de que, diferentemente do que ocorre com o dano material, para que se configure o dano moral, não há de se cogitar da prova do prejuízo. Portanto, embora alguns juristas de renome defendam, por vezes, posicionamento diverso, tem prevalecido na jurisprudência a idéia de que **basta a constatação do nexo de causalidade entre o dano e a conduta do ofensor para se fazer presente o dever de indenizar**.

É certo que o instituto do dano moral não deve ser vulgarizado nesta Justiça Especializada, sob pena de inviabilizar as relações laborais e, conseqüentemente, econômicas do país.

Com razão o recorrente ao afirmar não ser regra geral que todo empregado demitido por justa causa, posteriormente revertida pela Justiça do Trabalho, possa ter o sentimento de que sua vida profissional está sendo maculada, a ponto de ter direito à indenização por danos morais, uma vez que o bom senso revela que ninguém pode demonstrar alegria diante do despedimento em tais circunstâncias.

Assim, para o deferimento da indenização pretendida deve ficar cabalmente provado o nexo de causalidade entre o dano e a conduta do ofensor, bem como a existência do ato tido como ilícito.

Vejamos.

Conforme decidido no tópico anterior, restou comprovado que o autor fora coagido pela empresa a assinar o pedido de demissão.

Como bem asseverou o Juízo *a quo*, o procedimento correto do empregador diante da ocorrência de furto em suas dependências seria demitir os culpados por justo motivo, com a devida comunicação às autoridades policiais para as providências legais.

Por outro lado, se a empresa não tem a convicção do cometimento de determinado ilícito por parte de seu empregado, usando de seu poder potestativo, deve demiti-lo sem justa causa, pagando-lhe a integralidade de seus direitos.

Contudo, no caso dos autos, a empresa optou em utilizar-se de métodos escusos no sentido de coagir o empregado a pedir demissão, inclusive utilizando-se da ajuda extra-oficial da polícia para pressioná-lo psicologicamente e moralmente.

Ou seja, restou comprovado que o reclamante foi submetido a dor psicológica, à

perturbação da sua dignidade moral, bem como de que tais fatos tiveram repercussão dentro da empresa, estando, portanto, configurada a existência do dano moral passível de reparação, nos termos do artigo 5º, X, da CF, bem como do artigo 483, “e”, da CLT.

Quanto ao valor a ser arbitrado na reparação de dano moral, ressalto que tem ganhado corpo na doutrina e na jurisprudência, que a fixação do *quantum* compensatório, deve ficar ao livre e prudente arbítrio do Magistrado, único legitimado a aferir, a partir de seu convencimento, a extensão da lesão e o valor cabível que a ela corresponda. Sob tal aspecto, concluo que, em se tratando de fixação da reparação de danos morais, o voto de confiança na atividade judicante se faz ainda mais imprescindível, pois a valoração de um juiz, sem dúvida, tem infinitas vantagens sobre a previsão fria de uma lei genérica. Com efeito, deve o Juiz, ao estimar o *quantum* reparatório, repita-se, tarefa das mais tortuosas, determinar um ponto de partida para fazer sua avaliação.

O ponto de partida, esse primeiro parâmetro a ser considerado, se presente, há de ser o valor pedido pelo autor, que, em tese, num primeiro momento, obviamente seria o único capaz de mensurar o *quantum* suficiente para minimizar os sentimentos de revolta e indignação, aliados ao natural desejo de punir, voltado que está para a própria dor.

Num segundo instante, caberia a intervenção do Juiz, que passaria a apreciar se o valor pretendido ajusta-se à situação posta em julgamento, a compreender as circunstâncias do caso, a gravidade do dano, a situação do lesante, a condição do lesado, preponderando, como orientação central, a idéia de sanção do ofensor, como forma de obstar a reiteração de casos futuros (cf. CARLOS ALBERTO BITTAR, *in* A Reparação do dano moral. Rio de Janeiro: Forense, p. 89).

No caso dos autos, entendo ser razoável o valor fixado na origem correspondente a cinco salários do autor, que totaliza R\$ 2.380,00 (dois mil, trezentos e oitenta reais).

Nego provimento.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, conheço do recurso, não conheço dos documentos juntados pelo recorrido às fls. 121/123, visto que já encerrada a instrução probatória e nego-lhe provimento.

Por tais fundamentos,

ACORDAM os Juízes da 1ª. Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 10ª. Região, em sessão turmária e conforme o contido na respectiva certidão de julgamento (ver fl. retro), aprovar o relatório, conhecer do recurso, não conhecer dos documentos juntados pelo recorrido às fls. 121/123 e negar-lhe provimento. Tudo nos termos do voto do Juiz Relator. Ementa aprovada.

Brasília(DF), sala de sessões (data do julgamento ver certidão referida).

PEDRO LUÍS VICENTIN FOLTRAN

Juiz Relator

PROCESSO TRT/SP Nº ROS-02706.2004.021.02.00-8

Origem: 21ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO

Relatora: Juíza MARIA APARECIDA PELLEGRINA

Recorrente: ODONTOCLÍNICAS DO BRASIL S/C. LTDA.

Recorrido : MARIA APARECIDA DE AQUINO

Ementa: **CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA.** Não basta a simples alegação de cerceamento. Para sua configuração mister se faz a demonstração de que a prova, por sua importância ímpar, seria capaz de reverter o resultado da ação, o que não é o caso.

RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE EMPREGO. DEPÓSITOS DO FGTS. PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA. Não há contradição entre o entendimento contido na Súmula 362, do TST e a prescrição quinquenal do direito de ação para haver créditos resultantes da relação de emprego, assegurado no Inciso XXIX, do art. 7º, da Constituição Federal. Os direitos ali relacionados são os considerados fundamentais, sem prejuízo de outros que visem a melhoria da condição social do trabalhador, como expressamente dispõe o "caput" do mesmo art. 7º. Inexiste óbice legal a que se postule concomitantemente a declaração judicial do vínculo de emprego e o recolhimento das parcelas devidas a título do FGTS.

Dispensado relatório nos termos do art. 895, IV, da CLT.

VOTO

Conheço do recurso interposto contra a r. sentença de fls. 89/93, que julgou procedente em parte a ação, complementada pela r. decisão proferida em Embargos de Declaração, às fls. 105/106. por preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

- QUESTÃO PRELIMINAR - DO CERCEAMENTO DE DEFESA:

Não se vislumbra o alegado cerceio no direito de defesa. As perguntas formuladas pela reclamada, com a respectiva justificativa do MM. Juízo quanto ao indeferimento, encontram-se transcritas no termo de fls. 53/54. Ainda que se admitisse respondidas, as declarações da reclamante e das testemunhas desserviriam à finalidade perseguida pela ora recorrente, pois a própria reclamante já havia prestado depoimento no sentido de trabalhar apenas quatro dias na semana para a reclamada.

Não basta a simples alegação de cerceamento. Para sua configuração mister se faz a demonstração de que a prova, por sua importância ímpar seria capaz de reverter o resultado da ação, o que efetivamente não é o caso.

Afasto a prejudicial.

MÉRITO:

A) DA PRESCRIÇÃO DO FGTS

Os depósitos realizados na conta do FGTS, constituem a base de cálculo para a indenização compensatória a que se refere o art. 7º, Inciso I, da Constituição Federal e está diretamente relacionada ao prazo de vigência do contrato de trabalho.

A r. sentença recorrida está de acordo com a diretriz traçada pela Súmula nº 362, do C. TST, "verbis":

"Nº 362 - FGTS. Prescrição (Nova redação - Res. 121/2003 - DJ 19.11.2003)

É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho."

Não há contradição entre o entendimento jurisprudencial acima e o prazo de

prescrição quinquenal do direito de ação para haver créditos resultantes da relação de emprego, assegurado no Inciso XXIX, do art. 7º, da Constituição Federal. Os direitos relacionados nesse texto constitucional são os considerados fundamentais, sem prejuízo de outros que visem a melhoria da condição social do trabalhador, como disposto no “caput” do mencionado art. 7º.

Inexiste óbice legal a que se postule concomitantemente a declaração judicial do vínculo de emprego e o recolhimento das parcelas devidas a título do FGTS.

A Súmula 206 do C. TST inaplica-se no caso vertente, pois os depósitos devidos são aqueles relativos aos valores pagos no curso do contrato de trabalho ora reconhecido e que não estão sendo reclamados..

Nada a reformar.

B) DA INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO DE EMPREGO

A recorrente, em contestação, negou a prestação de serviços no período anterior ao registro. Contudo, foi admitida pelo preposto em depoimento (fls. 53), infirmando, pois, os termos da defesa. Admitida a prestação de serviços, presume-se o vínculo de emprego, o qual não restou elidido pela única testemunha da recorrente, que, inclusive não trabalhou para a recorrente durante todo o período questionado, considerado o afastamento noticiado..

“*Ex positis*”, nos termos da fundamentação supra, **afasto** a preliminar de cerceamento de defesa e, no mérito, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, mantendo incólume a r. sentença recorrida, inclusive o valor arbitrado para fins de condenação.

MARIA APARECIDA PELLEGRINA
Juíza Relatora

PROCESSO TRT/15ª REGIÃO Nº RO-00044-2003-122-15-00-4

Origem : VARA DO TRABALHO DE SUMARÉ

Relator: Juiz SAMUEL CORRÊA LEITE

Recorrente : CONSTRUMEGA - MEGACENTER DA CONSTRUÇÃO LTDA.

Recorrida : MARIA DO SOCORRO BARBOSA DOS SANTOS

Ementa: ESTABILIDADE SINDICAL PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DE REGISTRO DO SINDICATO NO MINISTÉRIO DO TRABALHO. PRINCÍPIO DA UNICIDADE SINDICAL. A efetiva realização, no plano fático, dos princípios constitucionais da livre associação e da autonomia sindical, tem como um dos pressupostos a estabilidade provisória do dirigente sindical, a qual não colide e, tampouco confunde-se com o princípio constitucional da unicidade sindical. Interpretação em contrário implicaria, pela via transversa, tornar letra “morta” a estabilidade provisória do dirigente sindical e, em conseqüência, esvaziar a eficácia dos princípios da livre associação e da autonomia sindical. Por isso mesmo, não se pode conceber que, somente a partir do respectivo registro do sindicato no Ministério do Trabalho, seus dirigentes adquiram o direito à estabilidade provisória nos respectivos empregos, especialmente quando, como no caso, a questão da representatividade na base territorial encontra-se “sub judice”, fato que, por si só, torna inviável a concretização do aludido registro. Recurso improvido.

Inconformada com ar. sentença de fls. 100/102, que julgou parcialmente procedente a reclamação trabalhista, condenando-a a reintegrar a reclamante no emprego, por ser portadora de estabilidade sindical, bem como a pagar-lhe salários vencidos e vincendos e demais vantagens do cargo, como se laborando estivesse, recorre a reclamada a fls. 104/105, pretendendo a sua integral reforma.

Alega, em síntese, que a reclamante não é portadora de estabilidade sindical porque o Sindicato dos Empregados no Comércio de Sumaré e Hortolândia, a cuja diretoria diz pertencer, teve a sua criação e registro impugnados, não estando regularmente constituído, consoante demonstra a prova dos autos, não gerando, portanto, o direito pretendido. Junta documento a fl. 110.

Contra-razões, pela reclamante, a fls. 113/116.

Os autos não foram encaminhados à d. Procuradoria Regional do Trabalho.
É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, pois tempestivo (fls. 104 e 105), subscrito por advogado habilitado nos autos (fl. 41), custas pagas e o depósito recursal efetuado a contento (fls. 111 e 112).

Inconformada com ar. sentença de fls. 100/102, que julgou parcialmente procedente a reclamação trabalhista, condenando-a a reintegrar a reclamante no emprego, por ser portadora de estabilidade sindical, bem como a pagar-lhe salários vencidos e vincendos e demais vantagens do cargo, como se laborando estivesse, recorre a reclamada a fls. 104/105, pretendendo a sua integral reforma.

Alega, em síntese, que a reclamante não é portadora de estabilidade sindical porque o Sindicato dos Empregados no Comércio de Sumaré e Hortolândia, a cuja diretoria diz pertencer, teve a sua criação e registro impugnados, não estando regularmente constituído, consoante demonstra a prova dos autos, não gerando, portanto, o direito pretendido. Junta documento a fl. 110.

É certo que, como concluiu a sentença, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, passou a ser livre a associação profissional ou sindical, devendo haver apenas o registro da entidade perante o órgão competente (art. 8º, *caput* e inc. I).

A Constituição estabeleceu, igualmente, o princípio da unicidade sindical, ao dispor: “II- é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;”

O registro necessário das entidades sindicais deve ser feito no Ministério do Trabalho, posto que a este cumpre zelar pela observância da unicidade sindical.

Nesse sentido a Súmula no 677 do c. STF:

“Até que lei venha a dispor a respeito, incumbe ao Ministério do trabalho proceder ao registro das entidades sindicais e zelar pelo princípio da unicidade.”

No caso, como se extrai da prova dos autos, a base territorial de Sumaré e Hortolândia era representada pelo Sindicato dos Empregados no Comércio de Americana, Nova Odessa, Sumaré, Hortolândia e Cosmópolis SECAM, com o qual, inclusive, foi celebrada a convenção coletiva de trabalho de fls. 68/81.

A reclamante, instruiu a inicial da reclamatória com a ata da assembléia geral da fundação e cópia do pedido de registro do novo sindicato criado na mencionada base territorial, isto é, o Sindicato dos Empregados no Comércio de Sumaré e Hortolândia, cuja diretoria diz integrar, (fls. 12/15), bem como com a relação dos sócios eleitos para a sua diretoria.

É incontroverso nos autos que a criação e o registro desse novo sindicato foram impugnados mediante ação própria, movida perante a Justiça comum (fls 82/93), que se encontra em fase de sentença (fl. 110), dentre outros fundamentos, por violar o princípio da unicidade constitucional.

Ora, a efetiva realização, no plano fático, dos princípios constitucionais da livre associação e da autonomia sindical, tem como um dos pressupostos a estabilidade provisória do dirigente sindical, a qual não colide e, tampouco, confunde-se com o princípio constitucional da unicidade sindical. Interpretação em contrário implicaria, pela via transversa, tornar letra “morta” a estabilidade provisória do dirigente sindical e, em consequência, esvaziar a eficácia dos princípios da livre associação e da autonomia sindical. Por isso mesmo, não se pode conceber que, somente a partir do respectivo registro do sindicato no Ministério do Trabalho, seus dirigentes adquiram o direito à estabilidade provisória nos respectivos empregos, especialmente quando, como no caso, a questão da representatividade na base territorial encontra-se “sub judice”, fato que, por si só, torna inviável a concretização do aludido registro.

Ante o exposto, decide-se conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo íntegra a r. sentença de origem, inclusive quanto aos valores arbitrados.

SAMUEL CORRÊA LEITE
Juiz Relator

PROCESSO TRT/15ª REGIÃO Nº ROS-7.675/1999-3

Origem: VARA DO TRABALHO DE AMPARO

Relator: Juiz SAMUEL CORRÊA LEITE

1º Recorrente: VUPECESLANDE GOMES PUPO E OUTRO

2º Recorrente: SILVIA HELENA RODRIGUES

Recorrido: MAINENTE & MAINENTE LTDA. - ME

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO DO TERCEIRO PREJUDICADO. ADMISSÍVEL NO PROCESSO TRABALHISTA, BASTANDO A DEMONSTRAÇÃO DO NEXO DE INTERDEPENDÊNCIA ENTRE O INTERESSE DE RECORRER EM FACE DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL POSTA EM JUÍZO. INSTITUTO JURIDICAMENTE DISTINTO DA INTERVENÇÃO DE TERCEIROS. O terceiro, prejudicado pela sentença, possui legitimidade e legítimo interesse de recorrer, a teor do art. 499, parágrafo 1º, do CPC, subsidiariamente aplicável no processo trabalhista, por força do preconizado no art. 769 da CLT, desde que demonstrado o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial, da qual resulte uma sentença manifestamente prejudicial em face da sua esfera jurídica, intervenção essa que consistente numa ação que assume forma de recurso, não se opondo ao direito do autor ou do réu, mas apenas objetivando livrar-se do prejuízo que a sentença lhe irá acarretar, significando que o terceiro prejudicado não é litisconsorte, seja do autor, seja do réu e, tampouco, configurando-se o instituto da assistência, a que alude o art. 50 e seguintes do CPC.

Irresignada com a r. sentença de fls. 72/75, complementada às fls. 101/102, que julgou a reclamatória improcedente e condenou-a solidariamente com seus advogados, por litigância de má-fé, nos termos do art. 18 do CPC, ao pagamento da quantia de R\$454,89, correspondente a 20% do valor atribuído à causa, às fls. 104/114, recorre a reclamante, em síntese, sustentando que inexistente contrato de aprendizagem nos moldes postos pela recorrida e que confessado a prestação de serviços num único dia, as verbas pleiteadas são devidas, aduzindo que não se trata de lide temerária e pugnando pela reforma do julgado de origem, inclusive no que concerne ao expurgo da multa por litigância de má-fé.

Também, às fls. 89/97, recorrem os advogados da reclamante, na condição de terceiros prejudicados, em suma, alegando que descabe a condenação solidária por litigância de má-fé e trazendo à colação decisões em socorro dessa tese.

Contra-razões às fls. 117/118.

Às fls. 122, opina a Douta Procuradoria pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

VOTO

De início, cabe lembrar que o disposto no art. 499, parágrafo 1º, do CPC não se confunde com a intervenção de terceiros, a teor dos artigos 56 e seguintes também do Código de Processo Civil, eis que não é caso de oposição, de nomeação à autoria, de denunciação da lide ou de chamamento ao processo.

Com efeito, o art. 499, parágrafo 1º, do CPC explicita que ao terceiro cumpre “demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial”, significando que o terceiro, diminuído em seus direitos, por sentença em que não foi parte, tem legitimidade e legítimo interesse de recorrer, uma vez que o seu prejuízo resulta da incompatibilidade entre o que foi julgado pela sentença, em face da intromissão na sua esfera jurídica, resultando na denominada

lesão prática. Por isso mesmo, o terceiro age na fase recursal, na verdade, assumindo a sua ação forma de recurso, não se opondo ao direito do autor ou do réu, mas objetivando livrar-se do prejuízo que lhe irá acarretar a sentença, o que é diferente. Logo, o terceiro prejudicado não é litisconsorte, seja do autor, seja do réu. Tampouco, trata-se do instituto da assistência, a que alude o art. 50 e seguintes do CPC.

Por via de consequência, o terceiro prejudicado não está obrigado ao pagamento das custas, já que não participou da relação jurídica processual e, é claro, não sendo condenado ao pagamento das custas.

Assim, conheço dos recursos, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Não obstante entender que o pedido inicial não atende a todos os requisitos do inciso I, do artigo 852-B, da CLT, já que não indica o valor correspondente, ou seja, não revela a sua expressão monetária, curvo-me ao entendimento da maioria do Tribunal Pleno, que entendeu estar este requisito suprido pelo valor atribuído à causa. Assim, em face do valor atribuído à causa, inferior a 40 salários mínimos, considerada a data do ajuizamento da ação, imprimiu-se ao presente recurso o procedimento sumaríssimo, na forma do disposto no artigo 852-A, da CLT, com redação dada pela Lei nº 9.957/2000, em vigor desde 13.03.2000.

RECURSO DOS TERCEIROS PREJUDICADOS

Ainda que comprovada a litigância de má-fé, em decorrência da existência de lide temerária, incabível a condenação solidária do advogado, em face do disposto no art. 32, parágrafo único, da Lei 8.906/94, o qual é taxativo no sentido de que os atos do advogado praticados com dolo ou culpa, na hipótese de lide temerária, para efeito de responsabilidade solidária do causídico, deverão ser apurados em ação própria, por força da garantia constitucional da ampla defesa.

Dou provimento, pois, para excluir a responsabilidade solidária dos advogados e tornar sem efeito a expedição de ofício à OAB.

RECURSO DA RECLAMANTE

Em contestação, a recorrida alega que a recorrente celebrou contrato de aprendizagem para exercer a função de balconista, não sendo registrada porque não entregou a sua CTPS, tendo trabalhado apenas um dia e não mais comparecendo ao serviço e, tampouco, ao local de trabalho.

Ora, a alegação de contrato de aprendizagem para o exercício da função de balconista beira o ridículo, haja vista que contrato de aprendizagem e contrato de experiência são figuras jurídicas distintas. Logo, inexistindo comprovação de que foi celebrado contrato de experiência obviamente a admissão verificou-se mediante contrato por prazo indeterminado.

Ademais, é do empregador a responsabilidade pelas anotações do contrato de trabalho, bastando, a propósito, conferir-se o disposto no art. 13 e seguintes do diploma consolidado.

E, é claro, sendo afirmado em contestação que a recorrente, sem qualquer motivo, não mais compareceu ao serviço, inequivocamente tal assertiva corresponde à alegação de abandono de emprego, cujo ônus da prova era do recorrido.

Acontece que a recorrente, em seu depoimento, às fls. 48, confessa que não mais retornou ao trabalho, mas que isso ocorreu em razão de ter recebido uma “cantada” do Sr. Benedito, um dos sócios da recorrida. Destarte, confessado o abandono de emprego, cabia à recorrente comprovar que sua atitude foi motivada pelo assédio sexual por ela alegado, sem a ocorrência do qual não haveria o ânimo de abandonar o emprego. Entretanto, sua única testemunha, embora não contraditada, Joseli Andrade (fls. 49) também ingressou com reclamatória contra o recorrido, sendo que a recorrente foi uma de suas testemunhas

naquele processo, conforme fls. 56, configurando-se a troca de favores. Portanto, imprestável referido depoimento para comprovação do indigitado assédio sexual, até porque, em face da gravidade desta conduta, exige-se prova robusta, extrema de dúvidas.

Em consequência, é devido o saldo salarial de um dia em dobro, consoante art. 467 da CLT, no importe de R\$20,00, bem como são devidas as anotações na CTPS da reclamante, expedindo-se ofício à DRT, mas não havendo que se cogitar de ofícios ao INSS e à CEF.

Isto posto, conheço de ambos os apelos, dou provimento ao recurso dos terceiros prejudicados para excluir a responsabilidade solidária dos advogados da recorrente e tornar sem efeito a expedição de ofício para OAB e dou provimento parcial ao recurso da reclamante para, afastando a litigância de má-fé, absolvê-la da multa imposta pela r. sentença de origem e condenar a reclamada ao pagamento do saldo salarial de um dia na forma dobrada, no importe de R\$20,00 (vinte reais), acrescido de juros e correção monetária na forma da legislação pertinente, além de efetuar as anotações do contrato de trabalho, sob pena de serem efetuadas pela Secretaria da Vara de origem, sem prejuízo das sanções cabíveis, determinando que seja oficiada a DRT.

Para fins recursais, rearbitro o valor da condenação em R\$200,00 (duzentos reais). Custas, no importe de R\$4,00 (quatro reais), a cargo da recorrida, isenta do pagamento na forma da lei.

SAMUEL CORRÊA LEITE
Juiz Relator

PROCESSO TRT - RO - 00011-2004-022-23-00-3

Origem: 2ª Vara do Trabalho Rondonópolis

Relator: Juiz JOSÉ SIMIONI

Revisora: Juíza Leila Calvo

Recorrente: MÁRCIO CANTUÁRIO BATISTA.

Advogado: Tânia Regina Nanes da Silva.

Recorrido: AGROMINAS EMPREENDIMENTOS RURAIS LTDA.

Advogado: Ibiraci Nascimento da Silveira.

Ementa: **MULTA DO ART. 477 DA CLT.** A faculdade concedida ao empregado no parágrafo único do art. 488 da CLT, de se ausentar do trabalho por sete dias corridos quando trabalhar sem a redução de duas horas diárias durante o período do aviso prévio, não tem o condão de antecipar o pagamento das verbas rescisórias, pois nesse interregno o contrato encontra-se ainda em pleno vigor. Assim, tendo a reclamada efetuado o pagamento das verbas rescisórias no prazo estipulado no § 6º, "a", do art. 477 da CLT, mantenho a sentença no particular. Recurso ao qual se nega provimento, no particular.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima indicadas.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Juarez Gusmão Portela, em exercício na 2ª Vara do Trabalho de Rondonópolis-MT, através da decisão de fls. 46/49, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial. Inconformado, o reclamante interpôs recurso ordinário às fls. 50/53, pugnando pela reforma da r. sentença nos aspectos pertinentes ao valor do salário mensal, retificação da CTPS, diferenças de verbas rescisórias, multa do art. 477 da CLT e diferença de horas extras. A reclamada apresentou contra-razões às fls. 66/68. Dispensada a emissão de parecer prévio pelo douto Ministério Público do Trabalho, por força do art. 35 do Regimento Interno deste Tribunal.

É o relatório.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso ordinário e das respectivas contra-razões.

MÉRITO

SALÁRIO MENSAL/RETIFICAÇÃO DA CTPS/ DIFERENÇAS DE VERBAS RESCISÓRIAS

O reclamante pretende a reforma da r. sentença para que seja reconhecido como salário mensal de valor de R\$ 666,00, correspondente ao salário mínimo anotado em sua CTPS, acrescido da parcela relativa à produção, e, por corolário, a retificação de sua Carteira de Trabalho e o pagamento de diferenças das verbas rescisórias. Para tanto, alega que o preposto da reclamada reconheceu que o reclamante recebia em média R\$ 300,00/400,00 mensais, razão pela qual "não poderia o MM. Juiz indeferir a retificação da CTPS quanto ao salário percebido ao longo do pacto, bem como as diferenças de verbas rescisórias".

Sem razão, contudo.

Para elidir a presunção de validade dos recibos de pagamento trazidos aos autos (fls. 36/37) pela reclamada, deveria o reclamante ter produzido prova suficientemente robusta para desconstituí-los, já que a demonstração de recebimento de salário superior àquele

registrado em CTPS e constante nos referidos documentos era ônus que lhe competia, por ser fato constituidor do direito pleiteado (CLT, art. 818 c/c art. 333, do CPC).

Nesse sentido, porém, nenhuma prova produziu o reclamante, permanecendo inerte frente aos fatos e documentos que lhe foram opostos pela parte adversa, impondo, inevitavelmente, a rejeição dos pleitos correlatos.

Eis a jurisprudência:

SALÁRIO EXTRA – FOLHA ÔNUS DA PROVA – A prova de existência de pagamento “por fora”, como sustentado pela autora, deve ser robusta e insofismável. Tratando-se de fato constitutivo do direito da reclamante incumbia-lhe o ônus da prova, nos termos do art. 818 da CLT e art. 333, I do CPC. Deste encargo não se liberou a autora, não se podendo imputar à ré o dever de desconstituir prova sequer produzida pelo parte autora (TRT 9ª R. – PROCESSO 03434-2002-021-09-00-3 – (02870-2004) – Rel. Juiz Sergio Murilo Rodrigues Lemos – J. 06.02.2004)

Dessa forma, não tendo o reclamante logrado demonstrar que percebia salário superior àquele constante nos recibos de pagamento colacionados aos autos, ônus que lhe competia (art. 818 da CLT c/c art. 333 do CPC), mantenho a sentença, que indeferiu a retificação da CTPS e as diferenças de verbas rescisórias pleiteadas.

Nego provimento.

MULTA DO ART. 477, § 8º, DA CLT

O reclamante pleiteia a reforma da r. sentença, que indeferiu o pagamento da multa capitulada no art. 477, § 8º, do da CLT, alegando, para tanto, que foi pré-avisado no dia 07/06/2004, tendo trabalhado até o dia 27/06/2004 e recebido suas verbas rescisórias somente no dia 07/07/2004.

Sustenta que, não havendo redução de horário, no período de aviso prévio, o empregado deve trabalhar apenas 23 dias.

Sem razão o reclamante.

É certo que a comunicação do aviso prévio ocorreu no dia 07/06/2004. Porém, os controles de frequência juntados aos autos demonstram que o reclamante trabalhou, tão-somente, até o dia 25/06/2004 (fl. 30), faltando ao trabalho nos demais dias, não tendo cumprido integralmente o aviso prévio, fato por ele próprio admitido.

Também é certo que não houve redução de horário nos dias trabalhados pelo reclamante durante o aviso prévio, consoante demonstram inequivocamente os controles juntados aos autos pela reclamada, o que conduz à ilação de que o recorrente se utilizaria da faculdade autorizada pelo parágrafo único do art. 488 da CLT, qual seja, de faltar ao trabalho por sete dias corridos.

Contudo, é equivocada a tese formulada pelo reclamante no sentido de que a faculdade concedida pelo parágrafo único do art. 488 da CLT teria o condão de antecipar o pagamento das verbas rescisórias, pois nesse interregno o contrato encontra-se ainda em pleno vigor.

Nesse sentido é a jurisprudência:

MULTA DO ARTIGO 477, § 8º, DA CLT – AVISO PRÉVIO – OPÇÃO POR FALTAR AO SERVIÇO POR SETE DIAS CORRIDOS – Na hipótese da existência de aviso prévio, indenizado ou não, só quando expirado o prazo deste é que se rompe o vínculo de emprego.

Desse modo, é forçosa a conclusão de que, para os fins de prazo do pagamento das parcelas rescisórias, a data da cessação do contrato de trabalho não se dá no último dia trabalhado, mas no término do aviso prévio, ou seja, no caso dos autos, sete dias após o último dia trabalhado. (TST – RR 513696 – 1ª T. – Rel. Min. Conv. Aloysio Corrêa da Veiga – DJU 29.11.2002)

Assim, tendo a reclamada efetuado o pagamento das verbas rescisórias no dia 07/07/2004, conforme admitido pelo reclamante (fl. 52), portanto no prazo estipulado pelo § 6º, “a”, do art. 477 da CLT, mantenho a sentença, no particular.

Nego provimento.

DESCONTOS RELATIVOS ÀS FALTAS NO PERÍODO DO AVISO PRÉVIO

Pretende, o reclamante, a reforma da r. sentença para que a reclamada seja compelida a devolver os valores relativos aos descontos efetuados em razão das faltas ao trabalho no período do aviso prévio.

Neste tópico, parcial razão assiste ao reclamante. Tendo o reclamante trabalhado por 18 dias durante o período de aviso prévio (de 07/06/2004 a 25/05/2004), e considerando que o controle de frequência juntado à fl. 30 dos autos demonstra que nesse período não houve redução do horário de trabalho (art. 488 da CLT), o desconto efetivado pela reclamada deveria ter se limitado a cinco dias, já que, não havendo redução de duas horas diárias, poderia o reclamante ausentar-se do trabalho por sete dias corridos (parágrafo único do art. 488 da CLT).

Em defesa (fl. 17), a reclamada admite que, em razão das faltas ao trabalho durante o período do aviso prévio, por ocasião da rescisão contratual, efetuou o desconto correspondente a nove dias de trabalho, motivo pelo qual deve restituir ao reclamante o valor relativo a quatro dias de trabalho, indevidamente descontado.

Dou parcial provimento, no particular.

DIFERENÇAS DE HORAS EXTRAS

Sob o fundamento de que os horários registrados nas folhas de frequência não retratam a real jornada de trabalho, pretende, o reclamante, a reforma da decisão de origem para que a reclamada seja condenada ao pagamento de diferenças de horas extras.

Sem razão, porém.

O reclamante, em sua peça de ingresso, alegou que laborava de segunda a sexta-feira, das 05h00 às 18h00, com 01h00 de intervalo, e aos sábados, dois por mês, das 07h00 às 12h00, sem intervalo, e, nos demais sábados, das 07h00 às 16h00, com 01h00 de intervalo.

Por seu turno, a reclamada sustentou que o reclamante ativava-se de segunda a sexta-feira, das 07h00 às 11h00 e das 12h00 às 16h00, com 01h00 de intervalo, e aos sábados, das 07h00 às 11h00.

Em abono a sua tese, a reclamada colacionou os controles de horário do reclamante, juntados às fls. 29/35 dos autos, e indicou uma testemunha.

Na instrução processual, a testemunha indicada pela reclamada, Sr. José Alves Rodrigues, à fl. 44, declarou que “Trabalha para a recda desde 09.01.2003 na função de supervisor de operações florestais no horário das 07 às 16h de segunda a sexta-feira, com 01 hora de intervalo e sábado das 07 às 11h; que anota o seu próprio horário em folha de ponto; que o recte cumpria o mesmo horário do depoente, inclusive aos sábados...”.

Na mesma linha, o depoimento do preposto, Sr. Pedro Nascimento dos Santos (fl. 43).

O reclamante, por sua vez, não produziu nenhuma prova, limitando-se a impugnar os documentos trazidos pela reclamada e a alegar que o preposto declinou horário diverso daquele constante nos controles de horário.

Pois bem.

Para o fim perseguido, e por tratar-se de fato constitutivo de seu direito (art. 818 da CLT c/c art. 333 do CPC), deveria o reclamante ter ido além de simplesmente impugnar os documentos trazidos pela recorrida, produzindo, sim, prova capaz de desconstitui-los.

A mera alegação de que os controles colacionados pela reclamada não retratam a real jornada de trabalho não é suficiente para o fim colimado pelo reclamante, que pretende o acolhimento de jornada de trabalho totalmente diversa daquela apontada nos referidos documentos.

Por outro viés, o registro de trabalho no período da tarde em alguns poucos sábados, considerando que há registro de folgas em outros, não tem o condão de taxar de inverídicos os horários declinados pelo preposto da reclamada, que inclusive guarda conformidade com a prova testemunhal por esta produzida.

Assim, não tendo o reclamante logrado demonstrar a existência de diferenças de horas extras, ônus que lhe competia e do qual não se desincumbiu, mantenho a decisão de origem que indeferiu o pleito correlato formulado na inicial.

Nego provimento.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, conheço do recurso ordinário e das respectivas contra-razões e, no mérito, dou-lhe parcial provimento para condenar a reclamada a restituir ao reclamante o valor indevidamente descontado, correspondente a quatro dias de trabalho, nos termos da fundamentação precedente.

ISTO POSTO: DECIDIU o Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Terceira Região, por unanimidade, conhecer do recurso ordinário, bem como das respectivas contra-razões e, no mérito, dar-lhe parcial provimento para condenar a reclamada a restituir ao reclamante o valor indevidamente descontado, correspondente a quatro dias de trabalho, nos termos do voto do Juiz Relator. Ausentes os Exmos. Juízes Roberto Benatar, Presidente, com causa justificada, Guilherme Augusto Caputo Bastos, Maria Berenice Carvalho Castro Souza e Osmair Couto, em férias regulamentares.

Cuiabá-MT, terça-feira, 05 de julho de 2005
JOSÉ SIMIONI
Juiz Relator

PROCESSO TRT - AP - 00848-2003-021-23-00-5

Origem: 1ª Vara do Trabalho Rondonópolis

Relator: Juiz JOSÉ SIMIONI

Revisor: Juiz Tarcísio Valente

Agravante: ROSA HAIDAR ARBID.

Advogados: Patrícia Quessada Milan e outro(s).

Agravado: VERÔNICA DA GUIA IDEFONÇO E OUTRO(S).

Advogado: Fausto Del Claro.

Ementa: **EMBARGOS DE TERCEIRO. AGRAVO DE PETIÇÃO. DEPÓSITO RECURSAL.** Via de regra, as decisões proferidas em sede de embargos de terceiro não contemplam a imposição de condenação de natureza pecuniária. Entretanto, diversa é a circunstância verificada neste feito, vez que a análise do teor da sentença proferida às fls. 32/33 demonstra a existência de condenação da embargante ao pagamento de multa por litigância de má-fé. Havendo, pois, fixação de obrigação de pagamento de verba sujeita à futura execução, impõe-se a exigência do depósito do valor respectivo, como pressuposto recursal, em atendimento à norma emanada do artigo 899, § 1º, da CLT, condição esta não atendida pela agravante. Agravo de petição não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima indicadas.

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Juiz Paulo Roberto R. Barrionuevo, titular da MM. Vara do Trabalho de Rondonópolis, através da sentença proferida às fls. 32/33, rejeitou os embargos de terceiros, condenando a embargante ao pagamento da multa de 10% por litigância de má-fé.

Insatisfeita, a autora opôs embargos de declaração às fls. 36/40, os quais foram rejeitados, nos termos da decisão prolatada às fls. 43/44.

A embargante, irredimida, interpôs agravo de petição, constante às fls. 46/54, onde pugna pela reforma da r. sentença no que tange ao mérito da matéria debatida na ação, assim como à condenação ao pagamento de multa por litigância de má-fé.

A guia relativa às custas encontra-se acostada à fl. 59.

Contra-razões às fls. 63/66.

O douto Ministério Público do Trabalho não apresentou parecer prévio, de acordo com o disposto no artigo 35 do Regimento Interno deste Regional.

É, em síntese, o relatório.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

O recurso é tempestivo, adequado e aviado por advogado com poderes. Contudo, apresenta o vício da deserção, conforme passo a expor.

A obrigatoriedade da efetivação de depósito prévio para utilização da via recursal é pressuposto estabelecido pelo artigo 899, § 1º, da CLT, destinado a garantir a eficácia do próprio título executivo.

A questão já não encontra maiores debatedores no campo de cabimento do recurso ordinário, mas comporta considerações nos casos como o que ora se apresenta, em que a via eleita foi a do agravo de petição.

É certo que a espécie recursal em comento é adequada ao ataque das decisões definitivas proferidas em sede de execução, por exegese dos artigos 897, alínea "a", e 893, § 1º, ambos da CLT.

Também é correto afirmar que nos embargos de terceiro, apesar de tratar-se de ação de conhecimento dotada de autonomia, a insurgência recursal se faz através do agravo de petição, vez que a matéria neles albergada é inerente ao procedimento executório.

De ordinário, a efetivação de depósito prévio, como pressuposto de admissibilidade do apelo, não é exigida. A uma, porque, normalmente, quando da interposição do agravo de petição, a execução já se encontra garantida pela penhora, depósito ou outro meio coercitivo patrimonial.

A duas, porque, em certas hipóteses não há condenação de natureza pecuniária, ou que nesta se possa converter.

Tratando especificamente acerca dessa última circunstância, a mais alta Corte Trabalhista firmou seu entendimento, através do Enunciado nº 161, no seguinte sentido:

“Depósito. Condenação em pecúnia. Não havendo condenação em pecúnia, descabe o depósito prévio de que tratam os §§ 1º e 2º do art. 899 da Consolidação das Leis do Trabalho.”

Em ambos os casos não se justifica a exigência do depósito, porque não há valores sujeitos à execução pendentes de garantia.

Via de regra, os embargos de terceiro encontram correspondência na segunda modalidade indicada, pois as decisões neles proferidas não contemplam, comumente, a imposição de condenação pecuniária.

Entretanto, diversa é a circunstância verificada neste feito, vez que a análise do teor da sentença proferida às fls. 32/33 demonstra a existência de condenação da embargante ao pagamento de multa por litigância de má-fé.

Havendo, pois, fixação de obrigação de pagamento de verba sujeita a futura execução, impõe-se a exigência do depósito do valor respectivo, como pressuposto recursal, em atendimento à norma emanada do artigo 899, § 1º, da CLT.

Compulsando estes autos, observo que o documento nº 02 da fl. 59 comprova o recolhimento da quantia fixada na sentença objurgada, a título de condenação por litigância de má-fé, como se custas fossem, vez que utilizada, para tanto, guia DARF, com o código da receita correspondente às custas.

É certo que o procedimento adotado, nestas circunstâncias, não satisfaz o requisito do preparo recursal. Isto porque, o recolhimento implementado o foi em prol dos cofres da União, não estando a quantia respectiva, pois, à disposição do Juízo a fim de garantir futura execução em favor do embargado, conforme determinado na decisão recorrida.

Ora, a ausência de pelo menos um dos quesitos de admissibilidade do recurso impede o seu conhecimento e, tratando-se, na hipótese, de ação autônoma, o preparo é um dos requisitos do agravo de petição. Uma vez não efetivado o recolhimento do depósito recursal, resta obstado o conhecimento do apelo.

Colho da jurisprudência, em julgamento de caso análogo, o aresto a seguir transcrito: “AGRAVO DE INSTRUMENTO – DEPÓSITO RECURSAL – DESERÇÃO DO AGRAVO DE PETIÇÃO – CARACTERIZAÇÃO – A garantia do juízo é obrigatória para a interposição de recurso durante a execução, ainda que em razão de valores acrescidos ao débito, como o resultante da condenação à multa por litigância de má-fé, em embargos de terceiro. Não efetuado o depósito recursal oportunamente, correta a decisão que negou seguimento ao agravo de petição. (TRT 18ª R. – AI-AP 00789-2003-010-18-01-1 – Rel. Juiz Luiz Francisco Guedes de Amorim – DJGO 23.01.2004)”. Destarte, não conheço do recurso, porque deserto.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, não conheço do agravo de petição aviado pela embargante, porque deserto, nos termos da fundamentação acima.

ISTO POSTO:

DECIDIU o Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Terceira Região, por unanimidade, não conhecer do agravo de petição aviado pela embargante, porque deserto, nos termos do voto do Juiz Relator. Ausentes os Exmos. Juízes Maria Berenice Carvalho Castro Souza, Vice-Presidente, em férias regulamentares, Guilherme Augusto Caputo Bastos, conforme RA n. 1019/2004 do c. TST, e Leila Conceição da Silva Calvo, em licença médica.

Cuiabá-MT, quinta-feira, 7 de abril de 2005

OSÉ SIMIONI

Juiz Relator

PROCESSO TRT - AP - 00179-1999-002-23-00-6

Origem: 2ª VARA DO TRABALHO DE CUIABÁ

Relator: Juiz JOSÉ SIMIONI

Revisor: Juiz Edson Bueno

Agravante: FRIGORIFICO PANTANAL LTDA.

Advogado: Luiz Augusto Pires Cezário.

Agravado: LUIZ MACEDO DA CRUZ.

Advogados: Jocelda Maria da Silva Stefanello e outro(s).

Ementa: ARRENDAMENTO. RESPONSABILIDADE DA ARRENDATÁRIA. SUCESSÃO. INEXISTÊNCIA. A transferência da posse de um complexo produtivo por meio de um contrato de arrendamento não afasta a possibilidade da incidência do instituto sucessório trabalhista, mas faz-se imprescindível, para tanto, que na relação fática particularizada esteja presente o requisito da continuidade da prestação laborativa pelo obreiro à arrendatária. Havendo solução de continuidade no contrato de trabalho antes da efetivação do arrendamento, não se pode dizer que a nova situação jurídica do complexo produtivo venha a macular os princípios da continuidade ou da intangibilidade da relação empregatícia extinta. De outro norte, não se pode atribuir a responsabilidade à arrendatária pelos débitos da arrendadora constituídos em contratos pretéritos, sob o argumento de que os bens que compõe o empreendimento são garantidores dos créditos trabalhistas anteriormente constituídos, posto que o arrendamento não implica na transmissão da propriedade do patrimônio arrendado, mas, tão somente, da posse, a título precário. O complexo produtivo continua sendo propriedade da arrendadora e passível de constituir objeto da execução forçada, incidindo aí as disposições do artigo 10 e 448 da CLT, posto que o contrato de arrendamento não constitui óbice à ação judicial. Nada autoriza, entretanto, a incursão no patrimônio da arrendatária, que nenhuma relação jurídica manteve com o reclamante. O apelo merece provimento para determinar a desconstituição das penhoras efetuadas nos autos que recaíram sobre o patrimônio da agravante. Agravo de petição provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima indicadas.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de petição interposto, às fls. 469/482, pela empresa Frigorífico Pantanal Ltda., incluída no polo passivo da execução nos termos da decisão de fl. 309, contra a decisão de fls. 461/466, proferida pelo Excelentíssimo Juiz José Pedro Dias, em atuação na 2ª Vara do Trabalho de Cuiabá-MT, que julgou improcedentes os embargos à execução por ela interpostos.

Contra-razões apresentadas às fls. 488/490.

Dispensada a emissão de parecer prévio pelo douto Ministério Público do Trabalho, por força do disposto no artigo 35 do Regimento Interno deste Tribunal.

É, em síntese, o relatório.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo de petição interposto, bem assim das respectivas contra-razões.

A cópia da decisão judicial juntada às fls. 483/485 não possui condão probatório, mas, tão-somente, ilustrativo, razão pela qual merece conhecimento como qualquer outra jurisprudência eventualmente colacionada no corpo do recurso.

PRELIMINAR

NULIDADE PROCESSUAL / AUSÊNCIA DE CITAÇÃO

Argüi, a agravante, preliminar de nulidade processual, ao argumento de que, ao ser declarada a sucessão de empresas no processo de execução, ela, sucessora, haveria de ser citada para integrar a lide e apresentar sua defesa.

Ressalta que o procedimento, como levado a efeito, afronta o disposto no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal.

Não há, entretanto, nulidade a ser declarada.

Através da decisão de fl. 309 o MM. Juiz condutor da execução declarou que houve sucessão da empresa Frivag pela Frigorífico Pantanal, ora agravante, que passou a integrar o polo passivo do processo executório.

A questão da caracterização da sucessão é matéria que impõe a incursão no mérito da demanda, para onde remete-se a sua análise.

Sob o aspecto eminentemente procedimental, uma vez declarada a sucessão no curso da execução, da qual a empresa sucedida foi regularmente citada, desnecessária é a citação da sucessora, uma vez que esta assume o processo no estado em que se encontra, podendo usufruir das prerrogativas de defesa que a lei lhe confere conforme a fase processual.

Tanto é assim que não houve qualquer óbice à agravante de defender-se por meio dos embargos à execução, remédio processual do qual fez uso e de cuja decisão ora recorre.

Afasto, portanto, qualquer alegação de violação ao devido processo legal e às garantias do contraditório e ampla defesa.

Rejeito a preliminar.

MÉRITO

SUCESSÃO DE EMPRESAS / ARRENDAMENTO

A agravante devolve a esta Corte a matéria debatida em sede de embargos à execução consistente na alegação de inexistência da sucessão de empresas declarada pelo Juízo originário e, por conseguinte, da sua ilegitimidade para responder pela condenação imposta à Frivag, primeira executada nos autos.

Argumenta, a recorrente, em síntese:

1-) Que não houve a transferência da universalidade empresarial da Frivag para a ora agravante, considerada sucessora, uma vez que entre o fechamento daquela e o início das atividades da agravante passaram-se 49,5 meses; 2-) Que a Frivag encerrou suas atividades no local em outubro de 1998 e a agravante foi constituída somente em novembro de 2002; 3-) Que no período entre a cessação das atividades da Frivag e o contrato de arrendamento firmado com a agravante, o complexo industrial da primeira foi arrendado ao Frigorífico Nova Era e à Friboi; 4-) Que houve entre a Frivag e a agravante um contrato de arrendamento do complexo industrial e não da universalidade empresarial, que incluiria clientela, fornecedores e outros bens imateriais e; 5-) que a propriedade dos bens arrendados se mantém com a Frivag e estes podem responder pelas execuções trabalhistas contra aquela.

Pois bem. A questão da sucessão de empregadores encontra fundamento legal nos artigos 10 e 448 da CLT, que protegem os direitos do empregado diante de qualquer alteração na estrutura jurídica ou na propriedade da empresa/empregadora.

Pretende, a ordem jurídica, por meio dos dispositivos legais acima citados, preservar os contratos de trabalho existentes de eventuais transformações na estrutura jurídica da empresa.

Quanto aos objetivos das normas regulamentadoras do instituto da sucessão, pertinente é o escólio de Maurício Godinho Delgado¹:

“A sucessão de empregadores, no Direito do Trabalho, tem fundamento na síntese de três princípios essenciais desse ramo jurídico especializado: o princípio da continuidade do contrato de trabalho; da despersonalização do empregador; da intangibilidade dos contratos firmados. Interessa ao Direito do Trabalho a permanência dos vínculos laborais estabelecidos, sua indeterminação ao longo do tempo. Essa é, inclusive, uma distinção clássica e notável entre o substrato filosófico do contrato-emprego e a antiga locação de serviços, de matriz romana, em que se vedava a longa duração do vínculo (art. 1.220, Código Civil). O direito ao emprego é valor afirmado na legislação laboral, face sua fundamentação de corte não apenas individual (i.e., do interesse do empregado), mas, mesmo, social. Não poderiam, nesse contexto, as transações levadas a termo na dinâmica empresarial produzir a extinção dos vínculos trabalhistas firmados, de modo simples e automático (arts. 10 e 448, CLT).”

Infiro, da lição acima transcrita, que a sucessão de empregadores, ao menos com relação às hipóteses típicas do instituto, deve ser analisada em face do contrato individual de trabalho cuja continuidade e intangibilidade busca-se preservar.

Nesta esteira, a doutrina e a jurisprudência pátrias estabelecem requisitos para a caracterização da sucessão, explanados, da seguinte forma, por Délio Maranhão²:

“Para que exista a sucessão de empregadores, dois são os requisitos indispensáveis:

a) que um estabelecimento, como unidade econômico-jurídica, passe de um para outro titular;

b) que a prestação de serviços pelos empregados não sofra solução de continuidade.”

Nos casos de sucessão típica, ou seja, quando efetivamente a unidade econômico-jurídica empresarial sofre alteração na titularidade, a caracterização sucessória pode ocorrer ainda que ausente o segundo requisito acima transcrito, uma vez que os bens que compõem o empreendimento são garantidores de eventuais créditos constituídos sob a égide contratual mantida com o empregador sucedido.

Neste sentido, por elucidativa, transcrevo a lição do provector Amauri Mascaro Nascimento³:

“A questão também assume outro aspecto nos casos de mudança não na propriedade da empresa, mais de uma das suas unidades ou estabelecimentos, hipóteses que podem também enquadrar-se no conceito de mudança da propriedade da empresa, que houve, embora apenas em parte dela e não na totalidade. É que a proteção que a lei dispensa tem não apenas a finalidade de manter a continuidade dos contratos de trabalho constituídos antes da alteração, mas a de garantir o pagamento dos créditos dos trabalhadores, o que dá ao conceito uma conotação também patrimonial. O estabelecimento é parte do patrimônio da empresa, de modo que, se é alienado, vai-se com ele uma parte da garantia dos empregados. Mas não é possível genericamente caracterizar toda venda de estabelecimento como sucessão. Se o estabelecimento é vendido, mas os empregados que nele estavam são mantidos na empresa em outras unidades, não há o problema da preservação dos contratos e dos créditos porque já estão mantidos. O contrato continua em vigor e o patrimônio da empresa com os estabelecimentos que tem - embora vendido um - respondem.

1. Em Curso de Direito do Trabalho, estudos em memória de Célio Goyatá / coordenação de Alice Monteiro de Barros - 2ª ed. - São Paulo: Ltr, 1994, Vol. I, p. 395.

2. Em Instituições de Direito do Trabalho / Arnaldo Sussekind....., 19. Ed., São Paulo: Ltr, 2000., p. 312.

3. Em Curso de Direito do Trabalho, 19 ed.- São Paulo: Saraiva, 2004, ps. 684/685.

Se com a venda do estabelecimento os empregados o acompanham, mas o comprador é uma empresa solvente, também não há questões porque os direitos existentes à época da sucessão obrigatoriamente terão de ser cumpridos pelo adquirente e, se o patrimônio que tem é suficiente, não há fragilização da garantia. No entanto, se uma empresa vende um estabelecimento e o pessoal que neste trabalhava acompanha a mudança na propriedade, se o sucessor não tem como responder pelos contratos de trabalho e pelos créditos dos trabalhadores, fica contrariado o princípio do art. 448, uma vez que haverá mudança na propriedade da empresa, de modo a afetar o contrato de trabalho. A lei brasileira é falha porque deveria, para esses casos, fixar a responsabilidade solidária entre vendedor e comprador, mas não o faz.”

Volvendo a argumentação ao caso concreto sob análise, tenho que não se trata de sucessão típica, mas sim de um contrato de arrendamento, onde a empresa arrendadora não foi extinta, embora tenha paralisado suas atividades, e a propriedade dos bens arrendados não foi transferida à arrendatária, mas, tão-somente, a posse, a título precário.

A situação posta não afasta a possibilidade da incidência do instituto sucessório trabalhista, mas faz-se imprescindível, para tanto, que na relação fática particularizada esteja presente o requisito da continuidade da prestação laborativa pelo obreiro à arrendatária.

Havendo solução de continuidade no contrato de trabalho antes da efetivação do arrendamento, não se pode dizer que a nova situação jurídica do complexo produtivo venha a macular os princípios da continuidade ou da intangibilidade da relação empregatícia extinta.

De outro norte, não se pode atribuir a responsabilidade à arrendatária pelos débitos da arrendadora constituídos em contratos pretéritos, sob o argumento de que os bens que compõe o empreendimento são garantidores dos créditos trabalhistas anteriormente constituídos, posto que, conforme dito acima, não houve transmissão de propriedade do patrimônio arrendado.

O complexo produtivo continua sendo propriedade da arrendadora e passível de constituir objeto da execução forçada, incidindo aí, ao meu ver, as disposições do artigo 10 e 448 da CLT, posto que o contrato de arrendamento não constitui óbice à ação judicial. Nada autoriza, entretanto, a incursão no patrimônio da arrendatária, que nenhuma relação jurídica manteve com o reclamante.

Neste aspecto, importa ressaltar que a documentação carreada aos autos demonstra que entre a extinção do contrato de trabalho do reclamante com a Frivag e o arrendamento do complexo empresarial pela agravante decorreu significativo lapso temporal (aproximadamente 50 meses), o que impede o reconhecimento de qualquer vínculo jurídico entre reclamante e a ora agravante.

O decurso do tempo entre a cessação das atividades da Frivag e o indigitado arrendamento das suas instalações pela agravante também afasta a aplicação da concepção clássica da sucessão pela ausência de alguns de seus postulados básicos, tais como a continuidade da atividade e a assunção da universalidade empresarial, esta última compreendendo os bens imateriais, como o nome, clientela, entre outros.

Para corroborar tal entendimento socorro-me, mais uma vez, das lições do mestre Godinho Delgado⁴:

“Não será, pois, toda e qualquer transferência interempresarial que, isoladamente, será apta a provocar a sucessão trabalhista. Se ela vier acompanhada da continuidade da prestação laborativa para o novo titular ocorrerá, sim, é claro, a sucessão (vertente tradicional). Porém, não se verificando o segundo requisito, é preciso que se trate de

4. Em Curso de Direito do Trabalho, São Paulo: LTr, 2002, p. 404.

transferência de universalidade empresarial que seja efetivamente apta a afetar os contratos de trabalho (sob pena de se estender em demasia o instituto sucessório, enxergando-o em qualquer negócio jurídico interempresarial). Conforme já exposto, não será toda transferência intraempresarial que propiciará a sucessão de empregador ... mas somente aquela transferência que afetar de modo significativo as garantias anteriores do contrato de emprego.”

Por fim, é mister salientar que a SDI-I do c. TST, em notória controvérsia estabelecida entre os ex-empregados da RFFSA e as empresas que assumiram a exploração da rede ferroviária, caso que se assemelha à presente demanda, após reiteradas decisões no sentido de exigir-se o requisito da continuidade da prestação laboral para o reconhecimento da sucessão trabalhista, editou a Orientação Jurisprudencial n. 225, com o seguinte teor:

“Contrato de concessão de serviço público. RFFSA. Ferrovia Centro Atlântica S/A. Ferrovia Sul Atlântico S/A. Ferrovia Teresa Cristina S/A. MRS Logística S/A. Responsabilidade trabalhista. As empresas que prosseguiram na exploração das malhas ferroviárias da Rede Ferroviária Federal são responsáveis pelos direitos trabalhistas dos ex-empregados desta, cujos contratos de trabalho não foram rescindidos antes da entrada em vigor do contrato de concessão de serviço respectivo.”

Nesta mesma via de entendimento transcrevo os seguintes arestos, cuja fundamentação é apropriada à elucidação da hipótese sob análise:

“RECURSO DE REVISTA DA FERROVIA CENTRO ATLÂNTICA S.A. – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM – SUCESSÃO – A nova titular, Ferrovia Centro Atlântica S.A., assume a responsabilidade apenas quanto aos direitos decorrentes dos contratos de trabalho cuja solução de continuidade permanece, após concretizado o arrendamento. Com efeito, a mens legis do artigo 448 da Consolidação das Leis do Trabalho reside na despersonalização do empregador, conjugada com a valorização da continuidade dos pactos laborais. Conforme consignado pelo egrégio Tribunal Regional, houve a transferência, ainda que temporária, em virtude do contrato de arrendamento, de parte da atividade desenvolvida pela Rede para a reclamada. Todavia, deixou explícito, igualmente, que à época da concessão, o autor não mais exercia suas atividades laborais. Neste caso, é de se excluir a Ferrovia Centro Atlântica S.A. da lide. Entendimento corroborado pela nova redação da Orientação Jurisprudencial nº 225 da Colenda SBDI-1 do TST. Está prejudicado o exame dos demais temas recursais, eis que reconhecida a ilegitimidade passiva da Ferrovia Centro Atlântica para o feito. Recurso de revista conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA DA RFFSA – SUCESSÃO TRABALHISTA – RESPONSABILIDADE – Tendo em vista os fundamentos da decisão proferida quanto ao recurso de revista da Ferrovia Centro Atlântica S.A., fulcrada na Orientação Jurisprudencial nº 225 da SBDI-1, no sentido de excluí-la da lide, na medida em que a sucessão atípica ocorreu sem continuidade do contrato de trabalho, está prejudicado o exame do recurso de revista da Rede Ferroviária Federal S.A., no que se refere à sua responsabilidade pelos créditos do autor. (TST – RR 577227 – 2ª T. – Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva – DJU 31.10.2003).”

“SUCESSÃO TRABALHISTA – CONTRATO DE ARRENDAMENTO – RESPONSABILIDADE DA SUCESSORA EM FACE DE CONTRATOS ENCERRADOS ANTES DA CONCESSÃO DE EXPLORAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO – 1. A sucessão que pressupõe a continuidade da atividade empresarial dá-se com ou sem a extinção da empresa sucedida. Neste último caso, é suficiente a transferência do estabelecimento, como unidade produtiva, e a continuidade da relação contratual entre o empregado da sucedida com a sucessora. 2. Não se verificando a extinção da empresa sucedida, não haverá sucessão de empregador relativamente aos contratos de trabalho extintos antes da transferência do estabelecimento, a exemplo do que se verifica na hipótese de concessão de serviço público em que a concessionária (RFFSA) sobrevive após a

sucessão. 3. Embora, do ponto de vista administrativo, a responsabilidade e risco sejam elementares a concessão, a obrigação atribuída ao concessionário sucessor deve ater-se aos limites da sucessão quanto à figura do empregador. 4. Pela própria característica da concessão da RFFSA pela FCA a sucessor, a hipótese de extinção da empresa fica de difícil evidência, não se caracterizando também a sucessão quando não houver a continuidade da prestação de trabalho após a data da concessão. 5. Recurso de Embargos da Ferrovia Centro Atlântica S.A. conhecido e provido, para excluí-la da relação processual, atribuindo o ônus da condenação somente à Rede Ferroviária Federal S.A. (TST – ERR 524866 – SBDI 1 – Rel. Min. João Batista Brito Pereira – DJU 14.06.2002)”.

Por todo o exposto, concluo que, relativamente aos créditos do reclamante em face da Frivag não há se falar em responsabilidade da agravante, como também não está caracterizada a sucessão de empregadores declarada em primeiro grau.

Desta feita, determino a desconstituição das penhoras efetuadas nos autos que recaíram sobre o patrimônio da agravante e a re-retificação no polo passivo da execução, a fim de que se exclua da lide a agravante e prossiga-se a ação em face da demandada original, FRIVAG – FRIGORÍFICO VARZEAGRANDENSE LTDA.

Dou provimento ao apelo, neste particular.

Resta prejudicada a análise dos demais tópicos recursais.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, conheço do agravo de petição interposto, bem assim das respectivas contra-razões, rejeito a preliminar de nulidade processual e, no mérito, dou provimento ao apelo para determinar a desconstituição das penhoras efetuadas nos autos que recaíram sobre o patrimônio da agravante e a re-retificação no polo passivo da execução, a fim de que se exclua da lide a agravante e prossiga-se a ação em face da demandada original, FRIVAG – FRIGORÍFICO VARZEAGRANDENSE LTDA.

ISTO POSTO: DECIDIU o Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Terceira Região, por unanimidade, conhecer do agravo de petição interposto, bem assim das respectivas contra-razões, rejeitar a preliminar de nulidade processual e, no mérito, por maioria, dar provimento ao apelo para determinar a desconstituição das penhoras efetuadas nos autos que recaíram sobre o patrimônio da agravante e a re-retificação no pólo passivo da execução, a fim de que se exclua da lide a agravante e prossiga-se a ação em face da demandada original, FRIVAG - FRIGORÍFICO VARZEAGRANDENSE LTDA, tudo nos termos do voto do Juiz Relator com divergência de fundamentação do Juiz Tarcísio Valente, vencidos os Juizes Bruno Weiler e Osmair Couto que negaram provimento ao recurso. Ausentes os Exmos. Juizes Maria Berenice Carvalho Castro Souza, Vice-Presidente, em férias regulamentares, Guilherme Augusto Caputo Bastos, conforme RA n. 1019/2004 do c. TST, e Leila Conceição da Silva Calvo, em licença médica. O Exmo. Juiz João Carlos Ribeiro de Souza não participou deste julgamento, em face da vinculação do Exmo. Juiz Edson Bueno de Souza ao processo, como Revisor.

Cuiabá-MT, quinta-feira, 7 de abril de 2005

JOSÉ SIMIONI

Juiz Relator

PROCESSO TRT/SP - SDI - Nº 10752200300002009 - AÇÃO RESCISÓRIA
PROCESSO TRT/SP - SDI - Nº 10851200300002000 - MEDIDA CAUTELAR

Relatora: Juíza ANELIA LI CHUM

AUTOR/REQUERENTE: COMPANHIA SIDERÚRGICA PAULISTA - COSIPA

RÉU/REQUERIDO: GILSON ALVES LARA

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO DE LEI. ENUNCIADO Nº 298 E ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 72 DA SBDI-2 DO C. TST.

Inexistindo enfrentamento pela r. decisão rescindenda das matérias que constituem substrato jurídico dos dispositivos de lei ditos violados (fundamento da Ação Rescisória ajuizada), sequer tendo sido os mesmos mencionados pelo julgado posto em mira do corte rescisório, nem mesmo tendo a parte oposto embargos de declaração com vistas a buscar pronunciamento explícito a respeito, não se pode admitir ter havido a alegada violação legal que poderia, em tese, impor a procedência da Ação Rescisória, aplicando-se ao caso o teor do Enunciado nº 298 e da Orientação Jurisprudencial nº 72 da SBDI-2 do C. TST. **Ação Rescisória julgada improcedente.**

COMPANHIA SIDERÚRGICA PAULISTA - COSIPA ajuíza **Ação Rescisória** em face de **GILSON ALVES LARA** com base no art. 485, V, do CPC, aduzindo que o V. Acórdão de nº 20010074168, proferido pela E. 6ª Turma deste E. Regional, teria violado os artigos 475 e 476, da CLT, 59, 60, 61 e 63, da Lei 8.213/91, e art. 5º, II, da Constituição Federal. Aduz que o V. Acórdão rescindendo teria dado provimento parcial ao Agravo de Petição interposto pelo exequente, na ação trabalhista originária, Réu nesta ação, “para que fossem incluídos nos cálculos do Sr. Perito, o período de afastamento” (fl. 17). Argumenta que “o v. acórdão regional rescindendo violou literal dispositivo de Lei Federal, relativamente à suspensão do contrato de trabalho, não considerando que o contrato de trabalho está suspenso em decorrência da concessão da aposentadoria por invalidez e do auxílio doença - arts. 475 e 476 da CLT” (fl. 19). Acrescenta que a r. decisão posta em mira do corte rescisório teria desconsiderado “o fato de que a partir do 15º dia de afastamento do serviço motivado por doença ou invalidez, cabe à Previdência Social a responsabilidade ou o encargo de manter a subsistência do trabalhador segurado que nessas circunstâncias se encontre” (fl. 19). Pede a procedência do feito, atribui à causa o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e junta procuração, substabelecimentos e documentos a fls. 30/630.

Apresentando contestação, a fls. 645/663, aduz o Réu a inexistência de qualquer violação de dispositivo legal pelo V. Acórdão rescindendo, que, aliás, não se manifestou explicitamente sobre os aludidos artigos de lei apontados pela Autora como ofendidos, pelo que, aplicando-se ao caso o teor do Enunciado nº 289 do C. TST, é de ser julgada improcedente a presente ação. Transcreve jurisprudência em seu favor e junta cópia da decisão proferida na Ação Cautelar incidental que deixou de conceder a eliminar ali vindicada (fls. 664/668).

Manifestação da Autora, sobre a defesa, a fls. 670/690.

Decretado, a fl. 694, o encerramento da instrução processual.

Razões finais pela Autora, a fls. 695/707, e pelo Réu, a fls. 708/718.

Parecer do D. Ministério Público do Trabalho, a fls. 721/723, pela procedência da Ação Rescisória.

Apensados a estes autos os da Medida Cautelar incidental de nº 10851200300002000, tendo como **Requerente COMPANHIA SIDERÚRGICA PAULISTA - COSIPA** e como **Requerido GILSON ALVES LARA**, em que pugnou-se pela suspensão da execução que tramita perante a MM 18ª Vara do Trabalho de São Paulo

(Reclamação Trabalhista de nº 1417/87), até julgamento da Ação Rescisória proposta, já acima relatada. O pedido liminar de suspensão da execução foi denegado, (fls. 767/771 do Vol. IV dos autos apensados), tendo a Autora, entretanto, protocolizado reclamação correicional junto ao C. TST que concedeu “parcialmente a liminar requerida apenas para sustar a expedição ou levantamento de qualquer alvará relativo ao montante depositado em juízo no processo nº 1417/87, em curso na 18ª Vara do Trabalho de São Paulo, até o julgamento do mérito” (fls. 872/874 do Vol. IV dos autos apensados).

Parecer do D. Ministério Público do Trabalho, nos autos da Medida Cautelar, a fls. 944/947 (Volume em apenso), por sua improcedência.

A Autora protocolizou razões memoriais instruídas com documentos, a fls. 726/738, delas dando-se vista ao Exmo. Sr. Juiz Revisor.

É o Relatório.

VOTO

Tendo a Medida Cautelar atingido sua finalidade processual, ante a concessão parcial do pedido liminar, por força da decisão proferida em reclamação correicional, perante o C. TST, e estando em termos para julgamento, assim como em termos encontra-se a presente Ação Rescisória, serão ambas julgadas conjuntamente, o que passo a fazer.

I) Pois bem; como relatado, a Autora fundamenta sua Ação Rescisória no **art. 485, V, do CPC**, aduzindo que o V. Acórdão de nº 20010074168, proferido pela E. 6ª Turma deste E. Regional, **teria violado os artigos 476, da CLT, 59, 60, 61 e 63, da Lei 8.213/91, e art. 5º, II, da Constituição Federal**. Aduz que o V. Acórdão rescindendo teria dado provimento parcial ao Agravo de Petição interposto pelo exequente, na ação trabalhista originária, Réu nesta ação, “para que fossem incluídos nos cálculos do Sr. Perito, o período de afastamento” (fl. 17). Argumenta que “o v. acórdão regional rescindendo violou literal dispositivo de Lei Federal, relativamente à suspensão do contrato de trabalho, não considerando que o contrato de trabalho está suspenso em decorrência da concessão da aposentadoria por invalidez e do auxílio doença - arts. 475 e 476 da CLT” (fl. 19). Acrescenta que a r. decisão posta em mira do corte rescisório teria desconsiderado “o fato de que a partir do 15º dia de afastamento do serviço motivado por doença ou invalidez, cabe à Previdência Social a responsabilidade ou o encargo de manter a subsistência do trabalhador segurado que nessas circunstâncias se encontre” (fl. 19).

Tais fundamentos serviram de base à argumentação de que a decisão rescindenda teria desprezado, ilegal e teratologicamente, a previsão legal de impossibilidade de pagamento de salários em período de afastamento do empregado por motivo de doença ou invalidez (fl. 19), precisamente o caso do réu, nos autos da execução trabalhista primígena.

Ora; para que se julgue procedente Ação Rescisória ajuizada com fundamento em violação de literal disposição de lei (art. 485, V, do CPC), resta imprescindível que a r. decisão rescindenda tenha adotado tese a respeito. É necessário, pois, que tenha havido enfrentamento da matéria, pela decisão rescindenda, sob pena de, ajuizando-se ação nova, autônoma, com a descabida roupagem de Ação Rescisória, de forma esdrúxula, busque-se do Poder Judiciário pronunciamento que, de forma abominável, pulverize a coisa julgada.

Ademais, inexistindo enfrentamento da matéria, não se poderá aferir ter ou não havido violação dos dispositivos de lei ditos ofendidos, pois sem a indicação desses dispositivos, ao menos pela subjacência de seu substrato nos termos da r. decisão rescindenda, não se pode dizer ter aquele julgado efetivamente vilipendiado aludidos artigos legais apontados na inicial da Rescisória. Nesse sentido, o seguinte aresto que peço vênia para transcrever, **verbis**:

“RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO RESCISÓRIA - ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO ART. 5º, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº

97 DA SBDI-2 - Não se vislumbra a ofensa direta e frontal ao artigo 5º, II, da Constituição, nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 97 da SBDI-2 do TST, a qual estabelece que “os princípios da legalidade e do devido processo legal não servem de fundamento para a desconstituição de decisão judicial transitada em julgado, quando se apresentam sob a forma de pedido genérico e desfundamentado, acompanhando dispositivos legais que tratam especificamente da matéria debatida, estes sim, passíveis de fundamentarem a análise do pleito rescisório”. VIOLAÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL - ENUNCIADO 298/TST - Quanto aos demais preceitos declinados na inicial, não se justifica o pretendido corte rescisório, já que não demonstrada a ofensa direta e literal aos dispositivos legais e constitucionais invocados, uma vez que o Juízo não abriu tese sobre a liberdade de associação profissional ou social e o fato de serem ou não indevidas as contribuições pelos empregados não associados, limitando-se o acórdão rescindendo a registrar a ausência de comprovação pela reclamada do repasse ao Sindicato dos descontos das contribuições assistenciais e confederativas do salário dos empregados. Incide na hipótese o óbice do Enunciado nº 298 do TST. Nesse passo, não é demais lembrar a impropriedade vocabular do enunciado em tela, no que se refere ao prequestionamento, por se tratar a rescisória de ação cuja finalidade de desconstituir a coisa julgada material desautoriza qualquer sinonímia com os recursos de índole extraordinária. Mas, bem o examinando, percebe-se não se referir à indicação da norma legal violada e, sim, à regra de direito nela contida, cuja infringência se pode extrair dos termos objetivos em que se encontra vazada a decisão rescindenda. Equivale a dizer ser imprescindível que conste da decisão tese explícita sobre a matéria trazida a lume na rescisória, a fim de permitir ao Tribunal, em sede de juízo rescindente, o exame da norma de Lei ali subjacente que se diz ter sido agredida no processo rescindendo. Recurso ordinário desprovido” (TST - ROAR 86708 - SBDI-2 - Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen - DJU 06.02.2004).

Pois bem: o V. Acórdão Rescindendo em nenhum momento adotou tese explícita acerca do tema acima aludido, ou seja, de que são indevidos salários quando do afastamento do trabalhador por motivo de doença ou invalidez (fl. 19). Contrariamente, como se verá a seguir, nada mais fez do que tratar de outros assuntos, ou seja, o respeito e acatamento à coisa julgada e a possibilidade de discussão acerca da modificação de estado de fato mediante ação própria. Nada mais! Com efeito, assim julgou o V. Acórdão rescindendo o Agravo de Petição interposto pelo então exequente, ora Réu, **verbis**: “3) Período de afastamento. A elaboração dos cálculos deve observar rigorosamente a coisa julgada. A relevância de eventual modificação de estado de fato (28.03.96 a 02.04.98) só deve ser considerada sob o contraditório de ação própria” (fl. 510). Por outras palavras, a r. decisão rescindenda além de não fazer referência explícita aos dispositivos de lei ditos violados, nada tratou acerca de seu substrato - o que poderia ao menos indicar ter tratado de sua essência - impedindo, pois, o entendimento de que, efetivamente, os tenha ofendido.

O que resta evidenciado é que as questões enfrentadas pelo V. Acórdão posto em mira do corte rescisório são outras, totalmente distintas daquela agitada pelas razões de Ação Rescisória. Ali tratou a decisão rescindenda de prestigiar a coisa julgada e de aventar a possibilidade de discutir-se a alteração de situação de fato, durante o processo executório, mediante o manejo de ação própria. Aqui discute a Autora o pagamento de salários em período de afastamento decorrente de licença previdenciária.

Haveria ponto ou pontos de tangência entre os temas? Sim, é admissível que sim. Mas não diretamente. Apenas obliquamente. De forma reflexa. Explico: ao acolher a pretensão do Exequente, ora Réu, entendeu o V. Acórdão rescindendo por preterir ao óbvio a questão ora discutida, ou seja, a de que, o período de afastamento do trabalhador

não seria, *in casu*, de molde a afastar os créditos a ele relativos, exatamente por não ter sido tal circunstância prevista pela *res judicata*, razão pela qual, deixou clara aquela r. decisão, a matéria poderia até ser objeto do contraditório de ação própria. Nunca, entretanto, no decorrer da execução levada a efeito. Entretanto, repita-se, se tangenciou o tema ora discutido, fê-lo de forma oblíqua, indireta, reflexa. Não enfrentou a questão do ponto de vista da eventual violação dos dispositivos legais apontados pela Autora. Tratou apenas de evidenciar a necessidade de se preservar a coisa julgada e de se discutir em ação própria a eventual alteração no estado de fato. Como se vê, as questões não se confundem. São paralelas, mas não enastradas. Andam juntas, não mescladas. Podem até estar atreladas, jamais amalgamadas.

De se ressaltar aqui, em conclusão, que o mérito da questão acerca de serem indevidos créditos relativos ao período de afastamento do trabalhador não pode e não será aqui discutido, pois trata-se de tema que não foi objeto de adoção explícita de tese pela r. decisão rescindenda, o que afasta a possibilidade de reconhecimento de violação dos dispositivos legais apontados na exordial desta Ação Rescisória como ofendidos, que tratam exatamente daquele tema.

Essa avaliação poderia, nas presentes condições, refletir apenas o conceito essencialmente subjetivo da injustiça da decisão. Nada obstante, não se presta a Ação Rescisória para discutir a injustiça da decisão rescindenda. São incontáveis os julgados que refletem o entendimento de que a Ação Rescisória, pela estreiteza de seus lindes e conseqüente tecnicismo que determina seu manejo, não pode se fundar nem na eventual injustiça da decisão, nem na má apreciação da prova produzida. Até porque, para tais casos, a lei processual prevê os remédios jurídico-processuais adequados. Nessa mesma esteira, assevere-se, a Ação Rescisória não se constitui sucedâneo de recurso. Se a Ré, executada na ação trabalhista originária, omitiu-se de utilizar-se dos recursos cabíveis no momento oportuno, até para prevenir a cristalização da coisa julgada nos moldes em que isso ocorreu, não pode agora tentar brandir a Ação Rescisória como se recurso fosse.

Aliás, cabe aqui trazer a lume o escólio sempre atual de Manuel Antonio Teixeira Filho que em sua obra “Ação Rescisória no Processo do Trabalho” assim se pronuncia, *litteram*:

“Estando a coisa julgada a serviço do propósito político de preservação da estabilidade das relações sociais, torna-se razoável admitir que o manejo da ação rescisória não deve ser amplo, ilimitado, sob pena de frustrar o propósito a que aludimos. Teria agido com pernicioso insensatez o legislador se houvesse deixado ao prudente arbítrio do indivíduo o exercício dessa ação, ou seja, que invocasse a tutela jurisdicional do Estado para desconstituir a coisa julgada toda vez que entendesse, por meros ditames de sua conveniência, que a sentença deveria ser apagada na ordem jurídica. Obrou, conseqüentemente, com elogiável prudência o legislador ao indicar, de modo exaustivo, os casos que rendem ensejo ao exercício de uma pretensão rescisória”¹ (sublinhei).

Nesse contexto, o entendimento jurisprudencial iterativo, notório e atual do C. TST, compactado em seu Verbete sumular de nº 298, vem corroborar a tese de que não apenas a Ação Rescisória não se constitui sucedâneo de recurso, como, exatamente por essa condição, para que se aprecie o fundamento de violação de literal dispositivo de lei necessário é o pronunciamento explícito, na decisão rescindenda, sobre a matéria veiculada. Assim dispõe o aludido Enunciado, *verbis*: “a conclusão acerca da ocorrência de violação literal de lei pressupõe pronunciamento explícito, na sentença rescindenda, sobre a matéria

1. TEIXEIRA FILHO, Manuel Antonio –op. cit. –Ed. LTr –3ª Ed. –São Paulo –1998 –pg. 68

veiculada”. Note-se que o Verbete sumular invocado é de clareza solar ao exigir que, para que se conclua pela ocorrência de violação literal de lei, é requisito **sine qua non**, que tenha havido pronunciamento explícito, na decisão rescindenda, sobre a matéria veiculada. E isso, definitivamente, não ocorreu, no caso em tela.

E nem se alegue, **in casu**, com a aplicação da Orientação Jurisprudencial nº 36 da SBDI-2 do C. TST, que dispõe, **litteram**: “não é absoluta a exigência de prequestionamento na ação rescisória: ainda que a ação rescisória tenha por fundamento violação de dispositivo legal, é prescindível o prequestionamento quando o vício nasce no próprio julgamento, como se dá com a sentença “extra, citra e ultra-petita”. Ora; no caso vertente não se pode dizer que a violação tenha nascido no próprio julgamento. Na verdade, o entendimento adotado pelo V. Acórdão rescisório foi no estreito limite de respeitar a coisa julgada, sequer adentrando ao mérito daquela decisão, pelo que, se violação legal houve, somente poderia ser atribuída àquela, preservada pelo V. Acórdão rescindendo, pelo que nascida - se é que ilegalidade houve - muito tempo antes.

Além disso, ao tratar da possibilidade de ajuizamento de ação própria para discussão de eventual alteração do estado de fato, apenas indicou o julgado solução jurídica que entendeu adequada, sem, contudo, admitir o vilipêndio dos dispositivos legais ditos violados, aliás, sem nada mencionar, a respeito dos mesmos ou de seu substrato jurídico.

Pois bem; caberia aqui perguntar, apenas retoricamente, é óbvio: qual a tese adotada pelo V. Acórdão rescindendo a respeito das alegadas violações legais? Ou, qual teria sido a proposição da r. decisão rescindenda configuradora de eventuais violações legais? Seria o fato de ter remetido a questão à preservação da coisa julgada? Ou o fato de ter sugerido a utilização de ação própria em que, mediante o estabelecimento de contraditório, discutir-se-ia a relevância de eventual modificação de estado de fato? Não se pode dar resposta positiva a nenhuma dessas indagações.

Aliás, tem aplicação direta ao caso o teor da Orientação Jurisprudencial nº 72 da SBDI-2 do C. TST, vazada nos seguintes termos, **verbis**: “o prequestionamento exigido em ação rescisória diz respeito à matéria e ao enfoque específico da tese debatida na ação e não, necessariamente, ao dispositivo legal tido por violado. Basta que o conteúdo da norma reputada como violada tenha sido abordado na decisão rescindenda para que se considere preenchido o pressuposto do prequestionamento”. Ora; como já mencionado, o conteúdo das normas legais ditas violadas não foi abordado na decisão rescindenda. Efetivamente não foi. O que ocorreu foi uma remessa à discussão relativa à preservação da coisa julgada e à possibilidade de ajuizamento de ação própria para discussão acerca de eventual alteração do estado de fato. Nada mais.

Houvera a Autora interposto embargos de declaração àquela decisão e, eventualmente, tese acerca do conteúdo dos dispositivos legais reputados como ofendidos teria sido expendida. Não foi o que ocorreu, entretanto. Conforme os documentos juntados pela Autora, que instruíram a inicial da presente Ação Rescisória, logo após a publicação do V. Acórdão rescindendo (fls. 508/511) interpôs a COSIPA Recurso de Revista, protocolizando-o, erroneamente, diga-se, perante a MM 18ª Vara do Trabalho de São Paulo (fl. 516), o que implicou sua extemporaneidade, quando finalmente protocolizado perante este E. Regional, razão pela qual não foi conhecido pela E. 2ª Turma do C. TST, em julgamento do qual participei (fls. 534/536).

Em outros dizeres, diga-se ainda uma vez, a r. decisão rescindenda não adotou tese explícita sobre o teor dos dispositivos ditos violados, nem foi provocado o juízo para tanto, pelo que, repita-se, não pode ser acolhida a tese da inicial da presente ação, de violação dos artigos 475 e 476, da CLT, 59, 60, 61 e 63, da Lei 8.213/91, e art. 5º, II, da Constituição Federal (art. 485, V, do CPC). Aliás, a alegada violação do dispositivo constitucional acima mencionado, seria oblíqua, o que com mais razão afastaria a possibilidade de êxito da

presente Ação Rescisória.

Por fim, averbe-se que as razões memoriais acostadas aos autos pela Autora (fls. 726/738), bem como os documentos que as instruem, são inservíveis para modificar o entendimento acima explicitado acerca da matéria objeto de análise do presente julgado, nada tendo acrescentado à discussão trazida à baila tanto pelas razões da petição inicial como pelas demais manifestações adunadas aos autos, repisando, ao revés e tão-somente, as teses anteriormente expendidas e que já foram, repita-se, alvo de apreciação.

Nessa esteira, é de se propugnar pela improcedência do feito, tal como ajuizado, **data venia** do entendimento expresso pelo D. **Parquet**.

II) Em razão do quanto acima decidido, relativamente à ação principal (Ação Rescisória), a ação acessória (Medida Cautelar) tende a esvaziar-se, pois tendo esta, por definição legal, a finalidade de estender ao juiz a prerrogativa de "determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação" (art. 798 do CPC), bem como tendo-se concluído pela improcedência da Ação Rescisória, não há mais razão para que se pretenda assegurar resultado favorável antecipadamente ou prevenir-se a possibilidade de inocuidade da providência pretendida na ação principal ante o decurso natural do tempo necessário a sua tramitação.

Com o julgamento da Ação Rescisória, especialmente mercê da conclusão de sua improcedência, não há mais providência jurisdicional pretendida pela Autora que possa ser assegurada cautelarmente, pelo que inexistente interesse processual na medida acessória. Assim, é de ser extinta a Medida Cautelar incidental, sem exame do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

Do exposto, julgo **IMPROCEDENTE a Ação Rescisória**, tudo nos termos da fundamentação supra. Custas pela Autora, sobre o valor atribuído à causa (R\$ 10.000,00), no importe de R\$ 200,00 (duzentos reais).

Quanto à **Medida Cautelar**, julgo **EXTINTO O FEITO SEM EXAME DO MÉRITO**, na forma do acima fundamentado. Custas pela Requerente, sobre o valor atribuído à causa (R\$ 1.000,00), no importe de R\$ 20,00 (vinte reais).

ANELIA LI CHUM
Juíza Relatora

PROCESSO RO-V 02933-2003-031-12-00-5 - Ac.-3ªT-Nº 00837/2005

Relatora: Juíza GISELE PEREIRA ALEXANDRINO

Recorrentes: CONDOMÍNIO SHOPPING CENTER ITAGUAÇÚ e MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Recorridos: OS MESMOS.

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONDOMÍNIO DE SHOPPING CENTER. ATIVIDADE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. INAPLICABILIDADE DAS DISPOSIÇÕES INSERTAS NA LEI Nº 10.101/2000, DIRIGIDA AOS QUE TRABALHAM NO COMÉRCIO VAREJISTA. Não integrando a atividade do condomínio de shopping center o comércio varejista, não há por que observar os termos da Lei nº 10.101/2000, que dispõe que o repouso semanal remunerado do comércio varejista deverá coincidir, pelo menos uma vez no período máximo de quatro semanas, com o domingo. Estando o requerido autorizado a funcionar aos domingos e sendo sua atividade a prestação de serviços, a jornada dos trabalhadores deve ser praticada com observância da Portaria nº 417/66 do MTb, que dispõe que o trabalhador deve ter pelo menos uma folga dominical a cada sete semanas. Ação Civil Pública não acolhida.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO VOLUNTÁRIO**, provenientes da 1ª Vara do Trabalho de São José, SC, sendo recorrentes **CONDOMÍNIO SHOPPING CENTER ITAGUAÇÚ e MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO** e recorridos **OS MESMOS**.

O CONDOMÍNIO SHOPPING CENTER ITAGUAÇÚ recorre da sentença que julgou procedente em parte a Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público do Trabalho (fls. 188-196), pretendendo a reforma para que seja mantida a atual jornada praticada pelos empregados vinculados à limpeza e segurança, mais precisamente em relação ao descanso semanal remunerado –coincidência com o domingo a cada sete semanas de trabalho. Sustenta a ilegitimidade ativa do Ministério Público para defender interesses individuais disponíveis e, no mérito, que não está adstrito ao cumprimento das disposições contidas na Lei n. 10.101/2000, conforme entendeu o Magistrado de 1º grau, porquanto tal lei é aplicável ao comércio varejista, o que não é o seu caso, uma vez ser condomínio edifício, constituído com base na Lei nº 4.591/64, tanto que seus empregados estão vinculados ao Sindicato dos Empregados em Edifícios de Florianópolis.

Igualmente recorre o Ministério Público do Trabalho (fls. 232-236) inconformado com a decisão que indeferiu a multa pelo descumprimento da obrigação de fazer, argumentando ser imperiosa a sua imposição da mesma como meio de *conferir eficácia ao próprio comando judicial e inibir o seu descumprimento no futuro* (fl. 235).

Contra-razões são apresentadas apenas pelo Ministério Público (fls. 208-21).

O Ministério Público do Trabalho manifesta-se à fl. 245, informando que o interesse público já se encontra tutelado pela atuação do **Parquet** como autor da ação civil pública, ressalvando a possibilidade de manifestação na sessão de julgamento, se for necessário.

É o relatório.

V O T O

Conheço dos recursos, hábeis e tempestivamente interpostos.

PRELIMINAR

ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Condomínio Shopping Center Itaguaçu, em suas razões recursais, renova a preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho para propor a presente ação civil pública. Argumenta que não se discutem nos autos interesses coletivos e difusos que justifiquem a

atuação do Ministério Público.

A ação civil pública foi instituída pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, tomando corpo com a previsão constitucional constante no art. 129, inc. III, atribuindo competência institucional ao Ministério Público, e perante a Justiça do Trabalho, com a edição da sua atual Lei Orgânica, pelo seu art. 83, inc. III (Lei Complementar nº 75/93).

Assim dispõe o art. 129, inc. III, da Constituição Federal:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

.....
III – promover inquérito civil e ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros direitos difusos e coletivos.

Por sua vez, o art. 83, inc. III, da Lei Complementar nº 75/93 autoriza o Ministério Público a *promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos.*

A atuação do Ministério Público se justifica quando o direito perseguido representa a defesa da ordem pública ou de interesse social relevante. Os direitos tutelados devem ser aqueles direitos sociais previstos na Constituição Federal e que não sejam disponíveis.

É objeto da presente ação civil pública, ajuizada em face do Condomínio Shopping Center Itaguaçu, a *imposição imediata ao réu na obrigação de elaborar e implementar, em dez dias, uma nova escala de trabalho, na qual deverá ser assegurada a concessão de descanso semanal remunerado a seus empregados, fazendo-o coincidir com o domingo pelo menos uma vez no prazo máximo de 4 (quatro) semanas. (fl. 09)* Também pretende o requerente a condenação do requerido ao pagamento de multa diária por dia de atraso na elaboração da referida escala e, ainda, o pagamento de multa no valor de R\$ 2.000,00 por trabalhador encontrado em situação irregular, ambas reversíveis ao FAT.

Os interesses ou direitos difusos, coletivos stricto sensu e individuais homogêneos estão definidos no art. 81 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

No conceito da Lei nº 8.078/90, tem-se que:

- **Direito coletivo**, é aquele transindividual, de natureza indivisível, de que sejam titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

- **Direito difuso**, é aquele transindividual, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, e,

- **Direito individual homogêneo** é aquele que decorre de origem comum.

E, no âmbito infraconstitucional, a Lei Complementar nº 75/93, em seu art. 6º, inc. XII, confere ao Ministério Público a prerrogativa de propor ação civil coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos.

A pretensão deduzida na ação civil pública embora não tenha como titulares sujeitos indetermináveis - são os empregados contratados pelo requerido para a realização das tarefas de vigilância, segurança, conservação e limpeza e que trabalham na jornada 5x1. Tais pessoas estão ligadas pela mesma circunstância fática de se vincularem ao requerido, cujos direitos têm origem comum e se caracterizam pela relevância social, na medida em que versam sobre a observância das regras que têm por escopo garantir a higidez física e mental do grupo de trabalhadores.

A presente ação está, portanto, abrangida pela previsão contida no art. 6º da Lei Complementar nº 75/93.

Nesse sentido, peço vênia para transcrever o entendimento do Exmo Juiz Dilnei Angelo Biléssimo, proferido nos autos do recurso ordinário TRT/SC/RO-V 5786/97, no qual analisou a matéria suscitada na preliminar supra, reconhecendo a legitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho para propor ação civil pública nos casos que envolvam interesses individuais homogêneos, caso dos autos.

Assim consta no voto:

“Aliás, a última década marcou no Brasil um período de importantes inovações legislativas a respeito dos chamados *direitos e interesses difusos e coletivos* e dos mecanismos de tutela coletiva de direitos, destacando-se a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a conhecida *ação civil pública*, a Constituição Federal de 1988, que, ampliando o âmbito da ação popular, criou o mandado de segurança coletivo e a legitimação do Ministério Público para promover ação civil pública e privilegiando a defesa do consumidor e, finalmente, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, com a sanção da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Este, entre outras novidades, introduziu um importante mecanismo de defesa coletiva para *direitos individuais homogêneos*: a ação civil coletiva (arts. 91 a 100).

Este Código alterou radicalmente, em nosso ordenamento, com sensíveis penetrações no direito processual do trabalho, o tratamento dado à defesa dos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Tanto é assim, que o seu art. 110 acrescentou o inciso IV ao art. 1º da Lei nº 7.347/85, estendendo a abrangência desta a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, “Daí por que os dispositivos processuais do Código de Defesa do Consumidor se aplicam, no que couber, a todas as ações em defesa de interesses difusos, coletivo ou individuais homogêneos, coletivamente tratados” (**Grinover, Ada Pellegrini**, “Da Coisa Julgada no Código de Defesa do Consumidor”, in “Livro de Estudos Jurídicos”, Ed. Instituto de Estudos Jurídicos, RJ, 1990.) É o que também preconiza o art. 21 da Lei nº 7.347/85, quando estatui que “Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

Ora, como a Consolidação das Leis do Trabalho ressoa de normas processuais disciplinadoras da ação civil pública, que é a verdadeira ação para defesa de interesses coletivos, há que se recorrer às fontes subsidiárias, e estas normas seriam, devo repisar, a Lei nº 7.347/85 e o Código de Defesa do Consumidor.

Destarte, é no Código de Defesa do Consumidor que encontramos com mais ênfase normas aplicáveis ao processo do trabalho, principalmente no seu Título III, através dos arts. 81 a 104, que trata da “Defesa do Consumidor em Juízo”.

No capítulo está assentada a definição do que seja interesse ou direito difuso, coletivo e individual homogêneo. Por aquele primeiro, entende-se os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. (Art. 81, I). Considera-se interesse ou direito coletivo em sentido restrito aqueles *transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação-base* (art. 81, II). Já os interesses individuais homogêneo são definidos como aqueles *decorrentes de origem comum* (art. 81, III).

Denota-se, pois, em relação a essa última categoria de direito ou interesse, que “*não são coletivos em sua essência, nem no modo como são exercidos, mas, apenas, apresentam certa uniformidade pela circunstância de que seus titulares encontram-se em certas situações ou enquadrados em certos seguimentos sociais, que lhe confere coesão, aglutinação suficiente para destacá-los da massa de interesses isoladamente considerados*”. (**Mancuso, Rodolfo Camargo**, in “Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor”, Ed. Saraiva, SP, 1991.)

Portanto, são características dos direitos individuais homogêneos a possibilidade de perfeita identificação do sujeito, assim como da relação dele com o objeto do seu direito, sendo que a ligação com os demais sujeitos decorre da circunstância de serem todos titulares individuais de direitos com “origem comum”. São divisíveis, pois podem ser lesados e satisfeitos de forma diferenciada e individualizada, satisfazendo ou lesando um ou alguns titulares sem afetar os demais. Portanto, por serem individuais e divisíveis, fazem parte do patrimônio individual do seu titular e, por isso, são passíveis de transmissão por ato *inter vivos* ou *mortis causa* e, regramental, suscetíveis de renúncia e transação. Quanto à sua defesa em Juízo, geralmente, são defendidos pelo próprio sujeito detentor do direito material, sendo que a defesa por terceiros será sob a

forma de representação ou, quando houver previsão legal, sob a forma de substituição processual.

Considerando que a presente ação foi ajuizada contra uma empresa, visando a resguardar o direito dos empregados que trabalham nas áreas de vigilância, segurança, conservação e limpeza, entendo legítima a intervenção do Ministério Público do Trabalho pois atua em defesa de direitos e interesses individuais homogêneos.

Rejeito a preliminar .

MÉRITO

RECURSO DO CONDOMÍNIO SHOPPING CENTER ITAGUAÇÚ

O recorrente pretende seja reformada a sentença de mérito, que o condenou na obrigação de fazer consubstanciada na elaboração e implementação, no prazo de 10 dias, de escala de trabalho que assegure aos seus empregados a coincidência do repouso semanal com o domingo pelo menos a cada quatro semanas de trabalho.

Esclarece que a obrigação já havia sido determinada por força de decisão em sede de tutela antecipada, cujos efeitos ficaram suspensos em virtude da liminar concedida em seu favor nos autos do Mandado de Segurança nº 935/2003, em que fui relatora.

Aduz que o Magistrado, em relação ao repouso, acolheu a pretensão do Ministério Público ao entendimento de que sua atividade é o comércio varejista, estando, portanto, adstrito ao cumprimento da Lei nº 10.101/2000, que determina o repouso semanal remunerado a cada quatro semanas de trabalho.

Entendendo equivocado tal entendimento e pretende a reforma da decisão, porquanto, na condição de condomínio edifício, instituído com base na Lei de Condomínios e Incorporações Imobiliárias¹, atualmente regulado pelos arts. 1.331 e seguintes do Novo Código Civil, não é sua atividade, portanto, o comércio varejista.

Entendo assistir razão ao recorrente.

Primeiramente, cabe registrar que não se discute aqui a possibilidade de o condomínio requerido funcionar em domingos, mas tão-somente o interstício em que o repouso semanal remunerado deva coincidir com domingo.

A controvérsia dos autos cinge-se a estabelecer o tipo de atividade desenvolvida pelo requerido, se comércio varejista ou prestação de serviços.

Julgo conveniente, antes de adentrar no mérito, tecer algumas considerações sobre a estrutura comercial denominada Shopping Center e a denominada Condomínio Shopping Center.

Segundo a Associação Brasileira de Shopping Center (ABRASCE), Shopping Center é *um centro comercial planejado, sob administração única e centralizada, composto de lojas destinadas à exploração **deramos diversificados de comércio e à prestação de serviços**, sujeitas a normas contratuais padronizadas que visam à conservação do equilíbrio da oferta e da funcionalidade, assegurando como objetivo básico, a convivência integrada, pagando os locatários de conformidade com o faturamento de suas lojas.* (Shopping Center e Desenvolvimento Econômico – Abrasce – 1987 – p.34)(grifei).

O Shopping Center surgiu na década de 50 nos Estados Unidos da América, em resposta ao aumento do poder aquisitivo da população, ao desenvolvimento da indústria automobilística e à descentralização da população para as zonas periféricas em consequência da vitoriosa participação americana na II Guerra Mundial. No Brasil, o primeiro Shopping Center surgiu em 1966, em São Paulo – IGUATEMI – e, desde então, inúmeros outros surgiram.

Ante a complexidade comercial que envolve um Shopping e na falta de legislação específica para regulamentá-lo, tornou-se imperioso definir o seu aspecto jurídico a fim de fazer frente às necessidades de segurança jurídica e legalidade, inerentes a qualquer negócio. Neste contexto, com o advento da Lei nº 8.249/1991 – Lei das Locações –, surgem pela primeira vez determinações legais quanto às formalidades inerentes aos Shopping Centers.

1. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964

O art. 54 da citada Lei estabelece que *'Nas relações entre lojistas e empreendedores de shopping center, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta Lei'*. Ou seja, os contratos relativos a Shopping Center aderem à lei de locações, devendo seguir seus ditames para gerir o relacionamento entre lojistas e empreendedores.

Muito embora o contrato envolvendo unidade em Shopping Center obedeça a Lei de locações, não se pode olvidar, dada a complexidade do empreendimento, que gravitam em seu redor outras avenças e negócios inominados, como por exemplo, contratos de prestação de serviços. Tais contratos são específicos no que tange ao empreendimento. Portanto, na formação desses contratos, tem-se por meta a realização do empreendimento e a garantia de seu sucesso.

Fabio Ulhoa Coelho² define

De fato, o empreendimento denominado shopping center é mais complexo. Além da construção do prédio, propriamente dita, o empresário deve organizar os gêneros de atividade econômica que nele se instalarão. A idéia básica do negócio é por à disposição dos consumidores, em um local único, de cômodo acesso e seguro, a mais variada sorte de produtos e serviços. Assim, as locações devem ser planejadas, atendendo às múltiplas necessidades do consumidor. Geralmente, não podem faltar em um shopping center certos tipos de serviços (correios, bancos, cinemas, lazer, etc.) ou comércios (restaurantes, lanchonetes, papelerias, etc.), mesmo que a principal atividade comercial seja estritamente definida (utilidades domésticas, moda, material de construção, etc.), pois o objetivo do empreendimento volta-se a atender muitas das necessidades do consumidor. É esta concentração variada de fornecedores que acaba por atrair maiores contingentes de consumidores, redundando em benefício para todos os negociantes. A administração de um Shopping Center requer uma gama de profissionais necessários ao funcionamento, manutenção e operação dos equipamentos, limpeza das áreas comuns, segurança pessoal, patrimonial e contra incêndios, apoio para os grandes espaços para estacionamento de veículos, áreas de carga e descarga de mercadorias, subestações elétricas de alta tensão, instalações centrais de ar condicionado, sistemas de abastecimento de água e esgotamento sanitário, sistema de gás canalizado e, ainda, de serviços de limpeza, sanitização (dedetização e desratização), coleta de lixo, manutenção de jardins, etc.

Assim, os serviços administrativos, operacionais e de manutenção do Shopping são realizados pelo condomínio que, para bem administrá-lo, mobiliza um contingente expressivo de empregados que se encarregam da sua manutenção, segurança e conforto.

Diante de tais considerações, pode-se dizer que as ocupações identificadas nos Shoppings são divididas em dois grupos: as decorrentes da administração do empreendimento através do condomínio e as referentes ao comércio exercido pelos lojistas. E que, muito embora ambas existam unicamente em função da atividade comercial desenvolvida no Shopping Center, são distintas as atividades desenvolvidas pelo condomínio daquelas praticadas pelos lojistas que nele se encontram instalados.

Pode-se concluir, assim, que o **condomínio** tem como **atividade essencial a prestação de serviços** com intuito de viabilizar o desenvolvimento das atividades que envolvem **o comércio varejista**, praticado em toda a sua essência pelos lojistas.

O Exmo. Juiz que proferiu a sentença entendeu de forma diversa – que o condomínio requerido está adstrito ao cumprimento da Lei nº 10.101 /2000, porquanto sua atividade é o **comércio varejista**.

A Lei nº 10.101, de 19.12.2000, que trata da participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências, inclusive relativas ao repouso semanal remunerado para aqueles que trabalham em sistema de revezamento, assim dispõe em seu art. 6º:

2. COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários a Lei de Locação de Imóveis Urbanos – coordenação: OLIVEIRA, Juarez de. Saraiva - 1992, p. 336-337

Fica autorizado, a partir de 9 de novembro de 1997, o trabalho aos domingos no comércio varejista em geral, observado o art. 30, inciso I, da Constituição. Parágrafo único. O repouso semanal remunerado deverá coincidir, pelo menos uma vez no período máximo de quatro semanas, com o domingo, respeitadas as demais normas de proteção ao trabalho e outras previstas em acordo ou convenção coletiva. (grifei)

No entanto, diante de tudo o que acima se disse, diversamente da fundamentação constante na sentença de 1º grau, entendo que o requerido não está adstrito ao cumprimento da citada Lei e divirjo do entendimento lá manifestado. A atividade principal do requerido não é o comércio varejista, e sim a prestação de serviços através da administração do condomínio, estando inclusive vinculado ao Sindicato dos Empregados em Edifícios.

É certo que o cliente/consumidor é o destinatário final de todos os produtos e serviços oferecidos pelo Shopping, o que poderia autorizar a conclusão de que tudo o que se relaciona ao Shopping diz respeito unicamente ao comércio. Contudo, não menos certo que a atividade dos condomínios dos Shoppings é a prestação de serviço, como tal a definida no art. 3º, § 2º do Código de Defesa do Consumidor (CDC) - atividade fornecida no mercado de consumo (serviços de segurança, limpeza e lazer, dentre outros), mediante remuneração, seja essa direta ou indireta, com custo embutido nos valores dos produtos vendidos no estabelecimento.

Tanto é prestação de serviço que, em caso de furto/roubo no estacionamento, a responsabilidade do condomínio decorre da obrigação de zelar pela guarda e segurança dos veículos estacionados no local presumivelmente seguro decorrente da obrigação advinda da prestação de serviço.

Logo, sendo a prestação de serviços a atividade do condomínio requerido, e não o comércio varejista em geral, ele não está adstrito ao cumprimento da Lei nº 10.101/2000. Aplicáveis ao condomínio requerido as disposições contidas na Portaria nº 417/66 do Ministério do Trabalho (alterada pela Lei nº 509/67), que assim dispõe:

...

Art. 2º. Os agentes de Fiscalização do Trabalho, no tocante ao repouso semanal, limitar-se-ão a exigir:

- a) das empresas não autorizadas a funcionar aos domingos e feriados, o estrito cumprimento do art. 67 'caput' da Consolidação das Leis do Trabalho;
- b) das empresas legalmente autorizadas a funcionar, nesses dias, a organização de escala de revezamento ou folga, como estatuído no parágrafo único do mesmo artigo, a fim de que, pelo menos em um período máximo de sete semanas de trabalho, cada empregado usufrua pelo menos um domingo de folga. (grifei)

Art. 3º. A escala de revezamento será efetuada através de livre escolha pela empresa.

Procede, pois, a insurgência do condomínio requerido, porquanto não sendo sua atividade o comércio varejista, não há por que cumprir a Lei nº 10.101/2000, estando autorizado a funcionar aos domingos mediante realização da jornada atualmente praticada, uma vez que respaldada na Portaria nº 417/66 do MTb.

Ademais, registro que 1) a lei não estabelece a obrigatoriedade da concessão do repouso semanal aos domingos, podendo o descanso ser em outro dia da semana; 2) que a Constituição Federal estabelece o direito ao repouso semanal remunerado preferencialmente aos domingos, sem especificar o interstício que deve haver entre a folga neste dia; 3) que a Lei nº 605/69 igualmente nada refere no tocante e 4) que o art. 67 da CLT, que trata dos descansos semanais, admite a possibilidade de o descanso não coincidir com o domingo (motivo de conveniência pública ou necessidade imperiosa do serviço).

Conforme a legislação vigente, os artigos 67 e 68 da CLT, assim como o artigo 1º da Lei 605/49, os artigos 6º e 8º do Decreto nº 27.048/49, a Lei nº 10.101/2000, e ainda a Portaria do Ministério do Trabalho nº 417/66, alterada pela de nº 509/67, todo empregado deve gozar de um intervalo de onze horas entre jornadas de trabalho, e de vinte e quatro horas ao fim de sete dias de labor, além do contido no parágrafo 1º do artigo 71 da CLT, que prevê quinze minutos de

intervalo nas jornadas que não excedem seis horas, e que ultrapassem quatro, e no mínimo, de uma hora, na jornada normal de oito horas. E quando a atividade exigir trabalho aos domingos e for permitida por lei, o trabalhador deve ter pelo menos uma folga dominical a cada sete semanas e se o trabalho for no comércio varejista, pelo menos uma folga por mês, aos domingos.

De registrar, no caso que se apresenta e conforme constou nas razões recursais do requerido, que o trabalho na escala 5x1 vem sendo praticado pelo pessoal da área de limpeza e conservação e pelos agentes de segurança internos há anos, com respaldo na Portaria n. 417/66 e dela nunca divergiram o sindicato e o condomínio. O inconformismo do sindicato reside apenas em relação ao trabalho das mulheres que laboram nesta escala, sendo este inclusive o motivo de seu pedido de providências junto ao Ministério Público do Trabalho (fl. 06), que culminou na instauração do Procedimento Investigatório nº 26/2002 e posteriormente no ajuizamento da presente ação.

Ante todo o exposto, dou provimento ao recurso para excluir a condenação ao cumprimento da obrigação de fazer, consubstanciada na elaboração e implementação de jornada de trabalho nos moldes definidos na sentença de 1º grau, bem como a obrigação constante na alínea 'b' do dispositivo e respectiva multa, restando, assim, improcedente a ação.

Ficam revogados os efeitos da tutela antecipatória de mérito, já suspensos por força da liminar concedida nos autos do MS 935/2003.

Tendo em vista o acolhimento do recurso do requerido, o que importa na improcedência da ação, resta prejudicada a análise do recurso do Ministério Público do Trabalho.

Pelo que,

ACORDAM os Juízes da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, por unanimidade, **CONHECER DOS RECURSOS**; por igual votação, rejeitar a preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho. No mérito, sem divergência, **DAR PROVIMENTO AO RECURSO DO CONDOMÍNIO SHOPPING CENTER ITAGUAÇU** para excluir da condenação o determinado quanto ao cumprimento da obrigação de fazer, consubstanciada na elaboração e implementação de jornada de trabalho nos moldes definidos na sentença de primeiro grau, bem como a obrigação constante na alínea "b" do dispositivo e respectiva multa, restando, assim, improcedente a ação e revogados os efeitos da tutela antecipatória de mérito, já suspensos por força da liminar concedida nos autos do MS nº 935/2003. Em face do decidido acima, resulta **PREJUDICADA A ANÁLISE DO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO**. O douto representante do Ministério Público, na condição de representante do órgão, assim manifestou-se: "Proponho sejam modificados os votos ora declarados, concedendo o requerido pelo MPT para que não haja tratamento discriminatório em relação aos trabalhadores humildes. Preconizo pelo tratamento isonômico aos comerciários."

Custas na forma da lei.

Intimem-se.

Participaram do julgamento realizado na sessão do dia 23 de novembro de 2004, sob a Presidência da Exmª Juíza Gisele Pereira Alexandrino, os Exmºs Juízes Lígia Maria Teixeira Gouvêa e Gerson Paulo Taboada Conrado. Presente o Exmº Dr. Luiz Carlos Rodrigues Ferreira, Procurador do Trabalho.

Florianópolis, 14 de dezembro de 2004.

GISELE PEREIRA ALEXANDRINO

Relatora

PROCESSO TRT/SP Nº RO-00729.2002.011.02.00-9

Relator: Juiz ROVIRSO A. BOLDO

Recorrentes: GUIA TUON PUBLICIDADE SC LTDA E HILDA MARIA DE FREITAS BELINE

Recorridos: OS MESMOS

Origem: 11ª Vara do Trabalho de São Paulo

Ementa: I) VÍNCULO EMPREGATÍCIO X REPRESENTAÇÃO COMERCIAL AUTÔNOMA. ÔNUS DA PROVA. A alegação sustentada na defesa de que as partes mantiveram um contrato de representação comercial autônoma impunha à ré o ônus da prova quanto às circunstâncias modificativas da pretensão do autor. Ao contrário do Direito do Trabalho, em que a informalidade é a regra, o Direito Comercial é essencialmente formal. Daí a imprescindibilidade de o representante comercial ser registrado no órgão de classe (art. 2º, da Lei n. 4.886/65), sujeitando-o a impedimentos e faltas específicas para o exercício da profissão (artigos 4º e 19), além de o contrato ostentar necessariamente a forma escrita (art. 27). A reiteração de condutas não é o bastante, portanto, para definir essa modalidade de intermediação comercial, mas serve para caracterizar o trabalho subordinado. **II) RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. MULTA DO ARTIGO 477 DA CLT. CABIMENTO.** A sentença declaratória, em essência, não cria um direito, apenas o declara. Logo, ao reconhecer que a relação mantida entre as partes era de trabalho subordinado, a multa do artigo 477 da CLT é cominação de rigor, ante o risco assumido pela defesa em sustentar a existência de uma relação de trabalho autônomo, diversa da relação que era originariamente de trabalho subordinado.

Contra a sentença que julgou procedente em parte, recorrem ambas as partes. O réu, argüindo a nulidade da sentença por negativa de prestação jurisdicional quanto aos requisitos da relação de emprego. No mérito, diz que não restou caracterizada a relação de emprego, pois não havia subordinação; que, diante da dúvida acerca da natureza do contrato mantido entre ambas as partes, são indevidas a multa do artigo 477 da CLT e indenização pelo equivalente seguro-desemprego; que a correção monetária deve incidir no mês subsequente ao trabalhado, e que os recolhimentos previdenciários são devidos pelo empregado. A autora requer o pagamento de horas extras, por não terem sido contestadas especificamente, e que os recolhimentos fiscais são exclusivamente a cargo da empresa.

Contra-razões da autora às fls. 167/176 e do réu às fls. 186/188.

Manifestação do Ministério Público do Trabalho à fl. 191.

V O T O

Presentes os pressupostos de admissibilidade (fls. 161/162 e 177), conheço dos recursos.

RECURSO DO RÉU

NULIDADE DA SENTENÇA

O réu argüí a nulidade da sentença, ao fundamento de que não houve manifestação expressa sobre todos os requisitos do artigo 3º da CLT e os comprovantes de retirada de contratos pela autora. Ao contrário das manifestações das partes, que são ditadas pelo contraditório característico do embate judicial, a sentença é peça técnica, e não refutativa.

A única exigência de validade é a de que o Juiz dê os fatos e fundamentos da decisão (CF/88, art. 93, IX). E isso está nos autos. A sentença expressamente infere da prova oral características típicas do trabalho subordinado (item 4, fl. 126), tornando irrelevante, nesse contexto, os demais elementos de prova que o réu indica como definidores de uma relação de trabalho autônomo. Não há nulidade.

VÍNCULO EMPREGATÍCIO

A controvérsia sobre o vínculo empregatício, quando reconhecida a prestação de trabalho, comete ao réu todo o encargo probatório das circunstâncias impeditivas, modificativas ou extintivas da pretensão deduzida (art. 818 da CLT c/c art. 333, II, da CLT). Portanto, era do réu o ônus sobre a suposta relação de representação comercial, que têm requisitos formais essenciais. Assim, o representante comercial autônomo é obrigado a manter registro no órgão de classe (art. 2º da Lei n. 4.886/65)¹; está sujeito a impedimentos (art. 4º)² e faltas funcionais específicas (art. 19)³, além de necessariamente ser escrito (art. 27)⁴.

A ré pretende sustentar que manteve uma relação de representação comercial autônoma com base na teoria do contrato realidade, notadamente, quanto às supostas retiradas de contratos de vendas, como se a reiteração dessa conduta pudesse definir a natureza da relação comercial. Essa alegação caberia para justificar o contrato de trabalho, que é regido pela informalidade, e não à representação comercial, como disse, em que a formalidade é essencial.

Somada à completa ausência de prova documental, a prova oral que evidenciou o trabalho em atividade fim da empresa torna verossímil a existência de contrato de trabalho subordinado.

MULTA DO ARTIGO 477 DA CLT

O descumprimento de uma obrigação pela ré (ausência de registro na CTPS) não pode servir de escusa para o não pagamento das verbas rescisórias a tempo e modo. A cominação se justifica em razão do risco assumido pela defesa em atribuir natureza diversa a uma relação originariamente trabalhista. Confirmando a condenação ao pagamento da multa do artigo 477 da CLT.

CORREÇÃO MONETÁRIA

A correção monetária é devida a partir do vencimento da obrigação (OJ/TST nº 124 da SDI – 1), que para os salários é o 5º dia do mês subsequente e para as verbas rescisórias, após o décimo dia da rescisão contratual, pois o aviso prévio foi indenizado (CLT, art. 477, § 6º).

1. Art. 2º É obrigatório o registro dos que exerçam a representação comercial autônoma nos Conselhos Regionais criados pelo art.6º desta Lei. Parágrafo único. As pessoas que, na data da publicação da presente Lei, estiverem no exercício da atividade, deverão registrar-se nos Conselhos Regionais, no prazo de 90 dias a contar da data em que estes forem instalados.

2. Art.4º Não pode ser representante comercial:

a) o que não pode ser comerciante;

b) o falido não reabilitado;

c) o que tenha sido condenado por infração penal de natureza infamante, tais como falsidade, estelionato, apropriação indébita, contrabando, roubo, furto, lenocínio ou crimes também punidos com a perda de cargo público;

d) o que estiver com seu registro comercial cancelado como penalidade.

3. Art.19. Constituem faltas no exercício da profissão de representante comercial:

a) prejudicar, por dolo ou culpa, os interesses confiados aos seus cuidados;

b) auxiliar ou facilitar, por qualquer meio, o exercício da profissão aos que estiverem proibidos, impedidos ou não habilitados a exercê-la;

c) promover ou facilitar negócios ilícitos, bem como quaisquer transações que prejudiquem interesse da Fazenda Pública;

d) violar o sigilo profissional;

e) negar ao representado as competentes prestações de contas, recibos de quantias ou documentos que lhe tiverem sido entregues, para qualquer fim;

f) recusar a apresentação da carteira profissional, quando solicitada por quem de direito.

4. Art. 27. Do contrato de representação comercial, além dos elementos comuns e outros a juízo dos interessados, constarão obrigatoriamente: (*Redação dada pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992*)

INSS E IR

No decorrer do contrato de trabalho o empregado é contribuinte obrigatório da previdência social, assim como, deve recolher imposto de renda se ultrapassado o limite de isenção. O reconhecimento de débitos no curso do contrato de trabalho não altera a legitimidade passiva dos recolhimentos previdenciários e fiscais. Os descontos previdenciários e fiscais estão autorizados nos termos dos Provimentos nº 01/96 e 03/05 da CGJT. Quanto àqueles, respeitar-se-à o teto de contribuição. A cota da empresa será paga por ela. Quanto à tributação, adoto o entendimento majoritário da Turma; portanto, incidirá sobre o montante da condenação no momento em que os valores estejam à disposição do autor (regime de caixa – OJ/TST n. 228 da SDI – I).

RECURSO DA AUTORA

HORAS EXTRAS

A pretexto do réu ter deduzido defesa genérica quanto aos horários empreendidos, a autora requer o pagamento de horas extras. Essa pretensão desconsidera, contudo, a prova oral que foi segura quanto à inexistência de controle de horário e trabalho eminentemente externo (fls. 49/50).

IR

Matéria já decidida.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso da autora e **dou provimento parcial** ao recurso da ré, para determinar que a correção monetária incida a partir do vencimento da obrigação (OJ/TST n. 124 da SDI – I) e autorizar os descontos previdenciários da cota da autora, observado o teto de contribuição e o salário-de-contribuição .

ROVIRSO A. BOLDO

Juiz Relator

SENTENÇAS

SINDICATO. LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA. COISA JULGADA. ALTERAÇÃO CONTRATUAL

PROCESSO Nº 0.259/05

12ª Vara do Trabalho de Goiânia

Reclamante: SINDICATO DOS SERVIDORES EM CONSELHOS E ORDENS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL E ENTIDADES COLIGADAS E AFINS DO ESTADO DE GOIÁS

Reclamado: CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA NO ESTADO DE GOIÁS - CREA-GO

Vistos os autos etc,

Submetido o litígio a julgamento, a Vara proferiu a seguinte

SENTENÇA

I – RELATÓRIO.

SINDICATO DOS SERVIDORES EM CONSELHOS E ORDENS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL E ENTIDADES COLIGADAS E AFINS, como substituto processual, aportou no Pier do Judiciário Trabalhista exercendo o seu direito constitucional de ação em face de CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA NO ESTADO DE GOIÁS - CREA/GO, alegando em síntese que este realizou alterações em normas internas, o que causou vários prejuízos aos contratos de emprego dos substituídos, razão pela qual postula a revigoração das normas alteradas bem como o pagamento de várias parcelas. Atribuiu à causa o valor de R\$30.000,00.

À audiência, após ter sido dispensada a leitura da inicial, o reclamado apresentou defesa escrita, contestando as alegações do pólo ativo.

Manifestação autoral.

Desnecessária a colheita de elementos probatórios orais, encerrou-se a dilação probatória. Partes inconciliadas.

II – FUNDAMENTOS.

1. DEFESA PROCESSUAL.

1.1. COISA JULGADA.

O reclamado afirma que haveria coisa julgada porque o reclamante ajuizara a mesma pretensão, já apreciada.

Pois bem, apesar de haver a repetição da demanda - com identidade de causa de pedir e pedido, formulado pela mesma parte -, não há como reconhecer coisa julgada.

Com efeito, a relação processual anterior chegou ao termo sem a análise do mérito, porque o Egrégio Tribunal reconheceu que o “sindicato-autor é carecedor de legitimidade para agir como substituto processual”, hipótese essa que não obsta ao ajuizamento da mesma ação, conforme assegura o artigo 268 do CPC. De fato, em tal hipótese não foi apreciado o mérito, ou seja, a “**exigência veiculada na demanda, que apresenta um objetivo imediato (provimento jurisdicional postulado) e um objeto imediato (bem da vida reclamado)**”, conforme definição de JORGE PINHEIRO CASTELO (*in* O Direito processual do trabalho na moderna teoria geral do processo. 2a ed. Pág. 392), ou, como bem sintetizara o insigne Juiz KLÉBER DE SOUZA WAKI, a “**pretensão regular deduzida em Juízo, cuja solução, provida por ato jurisdicional, pacifica as partes e põe fim ao conflito, ainda que potencial**” (*in* Reflexões sobre o mérito. Revista do TRT. N. 1. Pág. 54). Sem querer adentrar à distinção entre partes no processo, partes na demanda, parte legítima e parte da

relação jurídica de direito material - como o faz CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO -, ou ainda em parte material e parte processual, o certo é que o reconhecimento de ilegitimidade ativa do sindicato para atuar como substituto processual não exclui um novo ajuizamento, realizado por este, pois nessa hipótese não houve a definição do “mérito subjetivo”, a que se refere TEIXEIRA FILHO. Assim, **“como a norma que estabelece a legitimação extraordinária [substituição processual] é meramente instrumental ou processual, a aferição da inexistência de norma autorizante, sempre, gerará a carência de ação, por ilegitimidade de parte”**, segundo lição de JORGE PINHEIRO CASTELO (ob. cit., Pág. 303), que, no mesmo local, completa: **“em outras palavras, no caso de legitimação extraordinária, a inexistência da legitimidade para agir aferida abstrata ou efetivamente não levará a decisão de mérito, vez que não se chega a ponto de examinar em concreto a relação jurídica de direito material objeto do processo”**.

Assim, não há que se falar em coisa julgada, que se restringe ao julgamento do mérito, ainda que subjetivo, o que não é o caso presente.

Afasta-se a alegação do reclamado.

1.2. ILEGITIMIDADE PASSIVA.

O reclamado afirma que o autor seria parte ilegítima para postular a tutela jurisdicional em nome dos substituídos, situação essa, aliás, já reconhecida pelo Egrégio Tribunal.

Inicialmente, é bom ressaltar que o reconhecimento de ilegitimidade processual do Sindicato-autor ocorreu noutra relação processual, daí, não incidindo o artigo 836 da CLT, que veda aos órgãos da Justiça do Trabalho conhecer de questões já decididas.

Outrossim, apesar de o Egrégio Tribunal Regional ter assentado tal questão - noutra relação processual, repise-se -, manifesto entendimento diferente, com as devidas vênias.

Com efeito, é por demais sabido que a história do processo pode ser dividida em três fases metodológicas: na primeira - o período do sincretismo -, o direito processual é considerado como um prolongamento do direito material, ressaltando-se como exemplo característico o direito de ação, que consistiria no direito material violado reagindo contra a sua agressão; uma segunda fase - a fase autonomista -, em posição diametralmente oposta, e que se iniciou com as lições de BÜLLOW, o direito processual é enxergado ramo absolutamente distinto do direito material, do que decorre a teoria abstracionista do direito de ação e todas as consequências; todavia, constatando o perigo do radicalismo, e percebendo o exagero do tecnicismo de tal pensamento, a doutrina moderna, a partir de FRANZ KLEIN, e, mais recentemente, CAPELLETTI e DENTI (e, no Brasil, CÂNDIDO DINAMARCO, SANTOS BEDAQUE, GUILHERME MARINONI, BARBOSA MOREIRA, KAZUO WATANABE, PELLEGRINI GRINOVER, BAPTISTA DA SILVA), tem apresentado o que caracteriza a terceira fase, em que a instrumentalidade positiva (DINAMARCO) do processo é ressaltada, daí a lição de que o processo deve ser analisado segundo um **“método que privilegia a importância dos resultados da experiência processual na vida dos consumidores do serviço jurisdicional - o que abriu caminho para o realce hoje dado aos escopos sociais e políticos da ordem processual, ao valor do acesso à justiça e, numa palavra, à instrumentalidade do processo”**, conforme resume CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (*in* Instituições, vol. I, 2ª ed. Pág. 256 - destaques originais).

Dentro dessa terceira fase, surgem as “ondas renovatórias” (CAPELLETTI), que, com influências recíprocas, numa manifestação de um círculo virtuoso, **“buscam o revigoramento do direito processual positivo. A primeira onda renovatória assinalou as preocupações com o acesso à justiça, com a assistência judiciária e formas alternativas de tutela, redundando na criação de juizados de pequenas causas e juizados especiais e na criação de procedimentos de conciliação, mediação ou arbitragem. A segunda onda renovatória desaguou no reconhecimento dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, vale dizer, na conquista do espaço social e da tutela jurisdicional mediante as ações civis públicas ou ações coletivas, tendo sido notável a consagração dos direitos dos consumidores, que ganharam um estatuto, o Código do Consumidor. A terceira onda renovatória, por sua vez,**

caracteriza-se pelos movimentos de índole revisionista ou reformista dos códigos processuais. A quarta onda, que apenas se esboça, quiçá se encarregará com sucesso do problema estrutural, crônico, dispendioso, relativo à reforma da organização judiciária” (ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA, *in* Comentários ao código de processo civil. Vol. 11. Ed. RT. 1ª ed, pág. 152). (Sobre essas “ondas renovatórias” no processo do trabalho, o insigne ÊNIO GALARÇA LIMA apresenta um interessante panorama: *in* O Acesso à justiça do trabalho e outros estudos. LTr. 1994).

Na esteira da segunda onda renovatória, especial instrumento afigura-se a substituição processual - fenômeno processual constatado por KOHLER, posto o mérito da caracterização tenha sido do gênio italiano CHIOVENDA -, e que se trata de um instituto de importância capital no processualismo moderno, à medida em que, presentes a situação legitimante (BARBOSA MOREIRA) e a conexão de interesse (LIEBMAN), rompe com conceitos individualistas e caminha rumo à massificação dos litígios, o que possibilita inúmeros benefícios jurídicos e metajurídicos. De fato, **“é crescente o emprego da técnica da legitimidade extraordinária para causas referentes a direitos e interesses supra-individuais”** (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *in* Instituições de Direito Processual Civil, vol. II, 2ª ed., pág. 311).

Todavia, por mais paradoxal que seja, no processo do trabalho esse fenômeno está envolto em turvas águas, situação nebulosa que pouco contribui para a sua perfeita compreensão, a começar pela corrente que nega a incidência dessa figura no processo do trabalho, sob o argumento de que, ao não excluir a faculdade que o substituído tem de intervir na relação processual, restaria desatendido um dos elementos para a sua configuração - argumento que se trata de um desvio de perspectiva, pois não se deve reconhecer um instituto pelas suas conseqüências, mas sim pela sua essência: o fenômeno da substituição processual ocorre quando alguém postula em seu próprio nome direito supostamente pertencente a outrem (a impossibilidade de o substituído intervir na relação processual, ou seja, a exclusividade, trata-se de mera característica do processo comum, não servindo como discrimen, além de não ocorrer em todas as situações, pois o ordenamento pátrio assegura situações em que tanto o titular quanto o substituído podem atuar concorrentemente: ARAKEN DE ASSIS e MARCELLO RIBEIRO DA SILVA).

Apesar das oscilações pendulares quanto à possibilidade de substituição processual no processo do trabalho, o Colendo Tribunal do Superior do Trabalho terminou por editar o Enunciado 310, manifestando o posicionamento daquele Sodalício quanto ao tema, tendo em vista que o artigo 8º, III, da Constituição Federal, ao expressar que aos sindicatos cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas, não permitiria a interpretação a que chegou a mais alta Corte trabalhista. A premissa de tal interpretação assenta-se no artigo 6º do CPC, em razão do qual a substituição processual carece estar expressamente prevista. De tal arte, uma vez que haveria expressa previsão legal apenas para a postulação de adicionais de periculosidade e insalubridade (art. 195, par. 2º, da CLT), e também para reajustes salariais (Lei 8.073/90 - embora o contexto dessa norma permitisse ler uma ampla possibilidade de substituição, conforme lições doutrinárias transcritas na decisão à fl. 377), essas foram as hipóteses de substituição processual admitidas.

De qualquer forma, o TST acabou por cancelar mencionado extrato pretoriano, o que permite concluir pela revisão de seu pensamento.

Mas, ainda que seja equivocada essa conclusão - a de que o Colendo TST alterou seu posicionamento -, impõe-se a observância do entendimento do Excelso Supremo Tribunal Federal, seja porque trata-se da Corte encarregada de verbalizar os comandos constitucionais, seja porque afigura-se afinado com os modernos postulados da ciência processual. Com efeito, desde 1993 o STF já se posicionara sobre o tema, no mandado de injunção no 347.5:

“Mandado de injunção. Isonomia de vencimentos. Constituição, art. 39, par. 1. Sindicato de servidores federais, em uma unidade da federação, que vindica igualdade de vencimentos para certa categoria funcional, tendo em conta os vencimentos de outra categoria funcional. Legitimidade ativa do sindicato requerente. Constituição. art. 8º, III. Embora legitimado o suplicante, o mandado de injunção, no caso, não pode ser conhecido, por

não ser a via adequada a vindicar isonomia de vencimentos, que são fixados em lei. Os vencimentos dos servidores que compõem a categoria a que se refere a inicial decorrem de lei, tanto quanto os vencimentos dos servidores indicados como paradigmas. Não cabe discutir, em mandado de injunção, os conteúdos ocupacionais dos cargos em confronto, aos efeitos do art. 39, par. 1o, da Constituição, nem é ele o meio adequado para obter aumento de vencimentos mediante alteração da lei já em vigor. Precedentes do STF. Mandado de injunção não conhecido, por não ser a via adequada à discussão do que pretende o requerente” (STF-Pleno, Rel. Ministro NÉRI DA SILVEIRA, Dt. Jg 7.5.93, dt. pb. 8.4.94, pág. 07222).

Destarte, reconheço a legitimidade do autor para defender interesses dos substituídos, relacionados às fls. 14/16.

1.3. DA IMPOSSIBILIDADE DE AÇÃO COLETIVA.

O reclamado afirma que, por possuir natureza de ente público, não poderia ocupar o pólo passivo em dissídio coletivo.

Sem razão, já que não se trata de um dissídio coletivo, no qual são criadas normas a regerem as relações empregatícias, mas sim de dissídios individuais por essência, ainda que, face à homogeneidade da *fattispecie*, representados por um ente de natureza congregacional.

Afasta-se.

1.4. INÉPCIA.

Não há que se falar em inépcia, pois foram apresentados os fatos necessários ao deslinde da questão.

2. MÉRITO.

2.1. DAS ALTERAÇÕES CONTRATUAIS.

O autor afirma que houve alterações contratuais que causaram prejuízos. Por seu turno, o reclamado alega que as alterações levadas a efeito visavam unicamente à adequação empresarial, além do que houve reversão ao estado anterior, uma vez que as novas normas que passaram a disciplinar os contratos de emprego foram revogadas.

Pois bem, na apresentação silogismo lógico no qual se afigura a decisão, fixa-se a premissa maior, reconhecida como a determinação normativa.

Não se nega ao empregador a faculdade, fundada no poder diretivo, de promover alterações nas cláusulas que integram o contrato de emprego, hipótese em que resta mais afastada um caractere “grès a grès” (PAULO NADER) do vínculo empregatício. Todavia, tais alterações, não importando se se tratem de objetivas, subjetivas ou circunstanciais, qualitativas ou quantitativas, estão condicionadas à inexistência de prejuízos aos empregados, conforme é bem claro o artigo 468 da CLT. Daí, que mesmo a hipótese de adequação às determinações de entidade superior na estrutura organizacional do reclamado (no caso, o Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia), deve observar tal regra, não havendo que se falar em adequação à Lei de Responsabilidade Fiscal, argumento falaz que não predomina perante o direito do trabalho, face à reiterada manifestação que a Carta Magna faz ao valor “trabalho”. Some-se a isso que a argumentação contida no item 4.2 da peça de resistência não subsiste ao vento normativo já apresentado, sendo despicienda qualquer manifestação judicial sobre ela, *data venia*.

A) Da produtividade.

O autor afirma que os critérios de definição de produtividade, parcela integrante do salário, foram alterados, causando prejuízos.

A Portaria n. 036/00, com vigência a partir de 01/05/00 (fls. 152/154), apresentou a pontuação para cada uma das atividades e constatações realizadas pelos agentes de fiscalização (art. 1º), estabelecendo ainda uma produção mínima de 120 pontos (art. 2º), atribuindo a cada ponto o valor correspondente a 2 UFIR's (art. 3º).

Já a Portaria n. 064/02, com vigência a partir de 16/09/02, e que revogou a Portaria n. 036/00 (fl. 158/159), estabeleceu uma nova pontuação para as atividades realizadas pelos agentes de fiscalização (art. 1º), elevando a produção mínima para 160 pontos (art. 2º) e alterando o valor dos pontos que ultrapassam a produção mínima para R\$2,00.

Um gráfico demonstra melhor o sistema de fixação de pontos:

Sistema de avaliação de produtividade	Portaria n.36	Portaria n. 64	Resultado
Relatórios de obras e serviços	6 pontos	1,5 pontos	-4,5 pontos
Relatórios de lavoura	5 pontos	2 pontos	-3 pontos
Levantamento de empresas	1,5 pontos	1,5 pontos	0
Vistorias relatadas em processos	0,5 ponto	0,25 ponto	-0,25 ponto

Assim, percebe-se que a Portaria n. 064/02 gerou vários prejuízos, tanto nas situações cotejadas como na elevação da pontuação mínima para a obtenção da produtividade, além do que várias situações que antes ensejavam pontuação deixaram de sê-lo; além disso, se anteriormente a cada ponto correspondiam 2 unidades fiscal de referência, pela nova portaria os pontos seriam remunerados em R\$2,00, percebendo-se o prejuízo também na retribuição de cada ponto, uma vez que a UFIR é superior a R\$1,00 (na data da edição da Portaria n. 064, esse indexador tributário valia R\$1,06141).

Percebe-se, portanto, a alteração prejudicial.

O reclamado, todavia, afirma que revogara a Portaria n. 064/02 face à decisão judicial anterior. Todavia, além de a decisão judicial não ter prevalecido, face ao reconhecimento pelo Egrégio Tribunal de ilegitimidade do sindicato, a revogação ocorreu a partir de 02/01/03 (fl. 170/171), de forma que até 12/02 os contratos estiveram sob a regência da Portaria n. 064/02.

Deste modo, declaro a nulidade da Portaria 064/02, restabelecendo a Portaria n. 036/00, com vigência até 12/02.

B) Do auxílio combustível.

O autor afirma que houve alteração prejudicial no regime de pagamento de auxílio combustível.

A Portaria n. 023/00, que disciplinou o “sistema de ressarcimento de combustível por utilização de veículo próprio dos agentes de fiscalização” (fls. 149/151), estabeleceu critérios rígidos e objetivos, ao passo que a Portaria n. 054/02 (fls. 156/157) apresenta critérios pouco claros (por exemplo, fixando o custo por quilometragem, que pode ser inferior ao anteriormente pago), inclusive com a possibilidade da revisão.

Assim, percebe-se a existência de prejuízos, razão pela qual declaro a nulidade da Portaria n. 054/02, restabelecendo a Portaria n. 023/00, com vigência até 31/12/02.

C) Da condenação.

Ante ao acima constatado, condena-se o reclamado a pagar as diferenças de adicional de produtividade, observadas as regras da Portaria n. 036, a cada um dos substituídos, devendo o reclamado, em liquidação, apresentar os valores pagos e os relatórios de produtividade, sob pena de prevalecerem os valores apresentados pelo autor. Deferem-se reflexos em férias, 13o salário, anuênio e fundo de garantia, que deverá ser depositado no prazo de 5 dias da liquidação sob pena de execução de obrigação de fazer.

Outrossim, defere-se o pagamento de diferenças de ressarcimento de combustível, devendo o reclamado apresentar toda a documentação necessária nesse particular, pena de prevalecerem os valores apresentados pelo autor relativamente a cada um dos substituídos.

2.2. DA COMINAÇÃO DO ARTIGO 467 DA CLT.

Indefere-se a cominação do artigo 467 da CLT pois não há verbas rescisórias incontroversas.

2.3. DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

Indefere-se o pedido de pagamento de honorários advocatícios porque não há assistência do sindicato, que, na realidade, afigura-se como autor, além do que resta ausente a assistência judiciária.

III - DISPOSITIVO.

Isto posto, **RESOLVE** a 12ª Vara do Trabalho de Goiânia - GO, nos autos **0.259/05**, **ACOLHER PARCIALMENTE os pedidos formulados na exordial, para o fim de condenar o Reclamado, CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA NO ESTADO DE GOIÁS - CREA-GO, a cumprir as obrigações de fazer relativas ao FGTS e à apresentação dos documentos, bem como a pagar aos empregados substituídos processualmente pelo SINDICATO DOS SERVIDORES EM CONSELHOS E ORDENS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL E ENTIDADES COLIGADAS E AFINS DO ESTADO DE GOIÁS, as verbas deferidas na fundamentação supra, que integra este dispositivo para todos os efeitos legais.**

A sentença deverá ser cumprida até o trânsito em julgado (salvo prazos diversos apresentados na fundamentação, que prevalecerão no particular), pena de execução definitiva.

Arbitra-se à condenação o valor de R\$50.000,00. Custas, no importe de R\$1.000,00, de cujo recolhimento o reclamado é dispensado.

Retenham-se do crédito autoral valores eventualmente devidos a título de imposto de renda e contribuição previdenciária, nos termos da legislação em vigor. Para fins do artigo 832 da CLT, sofrem incidência da contribuição previdenciária as seguintes verbas: diferenças salariais e 13º salário. As demais parcelas não integram o salário contribuição.

Juros e correção monetária na forma dos Enunciados 200 e 211, e OJ 124 da SDI-1 do TST. Liquidação por meros cálculos.

Notifiquem-se o INSS, CEF e DRT, após o trânsito em julgado.

Transcorrido o prazo dobrado para recurso, enviem-se os autos ao Egrégio

TRT.

Intimem-se as partes.

Goiânia, 30 de março de 2005.
Radson Rangel Ferreira Duarte
Juiz do Trabalho Substituto.

COMPETÊNCIA MATERIAL. DANO MORAL E MATERIAL. ACIDENTE DO TRABALHO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

RT-00650-2004-051-18-00-1

1ª Vara do Trabalho de Anápolis-GO

Reclamante: MARIA APARECIDA LUIZ FARIA SILVA

Reclamado: LABORATÓRIO TEUTO BRASILEIRO LTDA

Vistos os autos.

RELATÓRIO

Trata-se de ação trabalhista proposta por **MARIA APARECIDA LUIZ FARIA SILVA**, qualificada na inicial, em face de **LABORATÓRIO TEUTO BRASILEIRO LTDA**, em que reclama indenização por dano material e moral decorrente de acidente do trabalho, além de diferença de décimo terceiro salário, adicional de insalubridade e horas extras.

Atribuiu à causa o valor de R\$1.282.319,50 (um milhão, duzentos e oitenta e dois mil, trezentos e dezenove reais e cinquenta centavos).

Por ser o valor da causa superior a 40 salários mínimos, o rito aplicável na espécie é o ordinário - art. 852-A da CLT.

Alega a Reclamante que foi contratada em 17 de maio de 1999, para a função de auxiliar de produção, ficando à disposição da empresa a partir das 06h até as 19h, horário este em que chegava em casa, durante todo o período laboral.

Aduz que sempre laborou em área insalubre, inspirando diariamente pó de antibiótico, uma vez que a empresa não lhe fornecia a máscara necessária para evitar o agente nocivo à sua saúde. Por causa disso, veio a sofrer sérios problemas de saúde, tendo desmaiado, em fevereiro de 2003, na empresa, o que resultou em sua internação hospitalar por três dias.

Alega que após o referido fato continuou trabalhando nas mesmas condições sem a devida proteção. Passados 15 dias, sofreu uma convulsão e nova internação. Em março de 2004 repetiu a crise na empresa com nova internação, ocasião em que foi submetida a uma tomografia computadorizada, que detectou problema no lobo parietal esquerdo, de aspecto seqüelar, com discreta sinusopatia inflamatória maxilar bilateral e etimoidal esquerda.

Alega que após dez dias do seu retorno à empresa novamente passou mal, o que gerou novo afastamento de 15 dias, ao término do qual foi arbitrariamente despedida, sem que tivesse sido levado em conta o seu estado de saúde, nem ao menos encaminhada para o instituto de previdência social. Foi considerada apta ao trabalho pelo médico da empresa, mesmo encontrando-se mal de estado de saúde, inspirando cuidados médicos.

Por fim, alega que a empresa nunca lhe pagou adicional de insalubridade, fixando a culpa da empresa pela nocividade que sofreu durante todo o período laboral, por não lhe ter sido dada a devida proteção. Pede adicional de insalubridade, com reflexos no 13º salário, mais reparação por dano material, por pensionamento, e dano moral estimado em 200 salários mínimos.

Em audiência inaugural, a Reclamada apresentou contestação por escrito, em que argüi a inépcia da inicial, por ausência de causa de pedir em relação aos pedidos de indenização por danos morais e de pensionamento até o atingimento da idade de 65 anos, e, no tocante ao pedido de horas extras, por não ter mencionado os dias da semana trabalhados, com fundamento no art. 295, I, parágrafo único, I, do CPC, c.c. art. 267, I do mesmo Diploma Legal, com vistas a extinguir o processo sem julgamento de mérito.

Argüi, ainda, a preliminar de incompetência absoluta da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar os pedidos de indenização por dano material, por pensionamento até a

idade de 65 anos e do dano moral, por ser decorrente de acidente do trabalho, sob o fundamento de que a jurisprudência pacificou o entendimento de que a competência para julgar tal lide é da Justiça Comum.

Traz à colação decisão judicial prolatada por Juíza trabalhista que afasta a competência material da Justiça do Trabalho nas causas que envolvam acidente do trabalho. Alega que o pedido de indenização é de natureza eminentemente civil, não havendo qualquer relação com o contrato de trabalho, sendo, portanto, a Justiça do Trabalho absolutamente incompetente para julgá-lo.

Alega que restou prescrita a pretensão em relação a parcelas anteriores a 20 de agosto de 1999, conforme determina o disposto no art. 7º, XXIX, da Constituição da República.

No mérito, contesta o pedido de adicional de insalubridade, sustentando que a Reclamante não trabalhava em ambiente insalubre. Alega que a Reclamante não cumpria a jornada declinada na inicial, mas, sim, a que está anotada nos controles de ponto, asseverando que as horas trabalhadas em sobrejornada foram compensadas ou remuneradas.

No que diz respeito ao pleito de indenização por moléstia profissional adquirida, a Reclamada sustenta que a Reclamante não demonstrou a existência da suposta doença, tendo sido considerada apta ao trabalho pelo médico do trabalho, no exame demissional. Aduz que não restou comprovado o nexo de causalidade entre a conduta da Reclamada e a suposta doença da Reclamante, tampouco a sua incapacidade para o trabalho. Por fim, pede a improcedência dos pedidos.

As partes trouxeram aos autos documentos para comprovar as suas assertivas.

Foram produzidas provas técnicas para demonstrar a existência ou não de insalubridade no ambiente de trabalho, bem como a existência de moléstia incapacitante proveniente do trabalho.

Realizou-se audiência de instrução para oitiva testemunhal e tomada de depoimentos das partes.

Encerrada a instrução, as partes produziram razões finais orais.

As duas tentativas conciliatórias restaram infrutíferas.

É o relatório.

FUNDAMENTOS

PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA DO TRABALHO - INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL DECORRENTE DE ACIDENTE DO TRABALHO FUNDADA NO DIREITO COMUM

A jurisprudência dominante firmou o entendimento de que o processamento e julgamento das ações acidentárias fundadas no direito comum são da competência da Justiça Comum e não da Justiça do Trabalho, uma vez que se subsumem às normas legais da apuração da responsabilidade civil, portanto, discutindo matéria diversa da relação de emprego.

A nosso ver, tal entendimento era perfeitamente defensável até antes do advento da Emenda Constitucional n. 45, de dezembro de 2004, que ampliou significativamente a competência da Justiça do Trabalho. Após a promulgação do referido Diploma Legal, que alterou a redação do art. 114 da Constituição Federal, a Justiça do Trabalho passou a ter competência para processar e julgar os danos patrimoniais e morais provenientes da relação de trabalho.

Compete, ainda, à Justiça do Trabalho julgar os conflitos decorrentes do exercício do direito de greve, além das questões que envolvam a representação sindical entre sindicatos e entre estes e empregadores e/ou empregados, bem como o *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança decorrentes de questões trabalhistas e para executar

as multas administrativas aplicadas pelos órgãos de fiscalização da relação de trabalho.

Ora, o Direito do Trabalho é uma disciplina autônoma, porém não estanque, visto que se relaciona com os demais ramos do Direito.

Não há como imaginar que o Juiz do Trabalho, na análise de um caso concreto, não se enverede pelos institutos civilistas.

Fere os princípios de hermenêutica jurídica sustentar que a Justiça do Trabalho, mormente após a Emenda Constitucional n. 45, de dezembro de 2004, não possui competência para imiscuir em questões afetas ao Direito Civil, mesmo quando se tem como pano de fundo a relação de trabalho. É relevante lembrar que o Direito do Trabalho nasceu do Direito Civil.

O parágrafo único do artigo 8º da CLT preceitua que o Direito Comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

Estando o Juiz do Trabalho mais afeiçoado às questões que envolvam aplicação de regras cogentes e princípios especiais do Direito do Trabalho, é evidente que reúne melhores condições para analisar o acidente do trabalho, até porque tal demanda, mesmo que se fundamente na responsabilidade civil, não poderia surgir como tal sem que procedesse da relação de trabalho.

É crível e corriqueiro, nestas demandas, ser negada a relação de emprego pelo réu, em sua defesa, o que levaria a uma dilação probatória que melhor seria conduzida pelo Juiz do Trabalho que, em tese, melhor domina a matéria. Até porque, ao declarar a existência ou não de vínculo de emprego, como questão prejudicial para o conhecimento do pedido principal, esta decisão proferida por um Juiz Estadual poderia criar um conflito indesejável de decisões judiciais sobre o mesmo tema, caso a Justiça do Trabalho pronuncie de modo diferente em ação trabalhista entre as mesmas partes, mas com pedidos diferentes, gerando, portanto, insegurança jurídica perante os jurisdicionados.

A nosso ver, na hipótese do réu contestar o direito que constitui fundamento ao pedido (relação de emprego), havendo pedido de declaratória incidental, faltaria ao Juiz Estadual competência para apreciar essa matéria. Esse deslinde somente poderia ser resolvido na ação principal sem que isso fosse juridicamente o mais correto. Caso o Juiz Estadual reconheça a sua incompetência para declarar a existência ou não de vínculo de emprego, a ação somente poderia ser ajuizada na Justiça do Trabalho que, em declarando o vínculo de emprego, como questão prejudicial, ato contínuo, julgaria também o pedido indenizatório decorrente do acidente do trabalho.

Há que se ter em vista que a reparação civil por moléstia ocupacional, via de regra, é do tipo contratual, posto que se origina do descumprimento de obrigação legal, tratada por norma cogente, que se insere no contrato de trabalho, independentemente da vontade das partes, a exemplo das normas de saúde, higiene e segurança do trabalho (art. 154 e seguintes da CLT). Repare que competirá ao Juiz do Trabalho julgar ação de indenização por dano material proposta pelos empregadores, decorrente de ato ilícito praticado por grevistas, portanto, dentro do campo da responsabilidade civil aquiliana, no entanto, a prevalecer o entendimento do Supremo Tribunal Federal, não terá a mesma medida para julgar quando o dano material decorrer de acidente do trabalho. O que dirá em relação a tantas outras ações de indenização propostas por trabalhadores autônomos e profissionais liberais, que se fundamentem na responsabilidade civil contratual, também aqui sendo competente a Justiça do Trabalho, se decorrer da relação de trabalho.

No início de março do corrente ano, em recurso extraordinário interposto pela empresa Mineração Morro Velho Ltda., o Supremo Tribunal Federal foi instado a enfrentar essa matéria, ou seja, se a Justiça do Trabalho seria competente para julgar ação de indenização por acidente do trabalho, fundada no direito comum, já sob o enfoque das disposições

contidas na Emenda Constitucional n. 45/2004.

Por maioria, o Supremo Tribunal Federal, vencidos o Relator, o Ministro Carlos Britto, e o Ministro Marco Aurélio, deu provimento ao RE para entender que ações acidentárias fundamentadas no Direito Comum, devem ser julgadas somente pela Justiça dos Estados-Membros (RE n. 438.639-9-MG).

Basicamente, o fundamento dos ilustres Ministros que votaram a favor da tese vencedora, foi que o art. 114 da C.F. não fez menção ao acidente do trabalho, devendo prevalecer o entendimento já firmado pelo Supremo em outros casos que julgou, onde acolheu a tese da incompetência da Justiça do Trabalho para julgar as ações acidentárias, mesmo quando figurar no pólo passivo da ação o empregador.

A decisão do Supremo e de outros tribunais se baseiam nas disposições contidas no art. 109, I, da Constituição Federal que assim dispõe: *“Aos Juízes Federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”*.

A interpretação que se faz do referido dispositivo constitucional é a de que o acidente do trabalho ficou de fora do âmbito de competência da Justiça do Trabalho pela simples razão de ter figurado destacadamente como exceção à regra contida na parte inicial. Segundo o princípio de que não há palavras inúteis no texto constitucional, concluir-se-ia que o legislador não intencionou dar tal competência à Justiça do Trabalho.

Evidentemente que uma interpretação isolada e literal do dispositivo constitucional em comento levaria, sem sombra de dúvida, a tal conclusão.

Porém, veja o que diz o parágrafo terceiro do art. 109 da Constituição Federal:

“Serão processadas e julgadas na Justiça Estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de Vara do Juízo Federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela Justiça Estadual”.

Portanto, repare a terminologia usada pelo legislador: *segurados ou beneficiários e instituição previdenciária*.

É sabido que, por força do disposto no art. 7º, XXVIII, da C.F., está a cargo do empregador o seguro contra acidentes de trabalho, sem excluir a indenização a que está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

Os benefícios pagos pelo Instituto de Previdência Social aos que sofrem acidente de trabalho ou adquirem moléstia ocupacional têm como uma de suas fontes de custeio o seguro obrigatório pago pelo empregador.

Segundo essa sistemática, o segurado tem direito de requerer auxílio-doença ou auxílio-acidente em face do INSS, à luz da legislação infortunística, quer administrativamente, ou por ação acidentária. Aqui, figurará no pólo ativo da ação o segurado, podendo ser o empregado, e no passivo o INSS. Neste tipo de ação não se investiga o elemento subjetivo culpa, já que se trata de responsabilidade objetiva, bastando apenas ao interessado, para fazer jus aos benefícios, que comprove a lesão incapacitante e o nexo de causalidade.

Ainda, *ex vi* do referido dispositivo constitucional, o empregado poderá propor, em face do seu empregador, ação de indenização por acidente do trabalho, fundada no direito comum. Porém, nesta ação é necessário que fique demonstrado qualquer grau de culpa do empregador na ocorrência do evento causador do dano.

Fazendo uma interpretação sistemática da Constituição Federal à luz dos princípios da hermenêutica jurídica, *data vênia* dos posicionamentos em contrário, conclui-se que as ações acidentárias propostas pelos segurados em face do Instituto de Previdência Social,

com responsabilidade objetiva deste, por lesão que gere incapacidade parcial ou total ao trabalho, devem ser processadas e julgadas pela Justiça Comum. Por outro lado, as ações de acidente do trabalho, fundadas no direito comum, propostas pelo empregado em face do empregador, que vise a reparação civil por ato ilícito, devem ser processadas e julgadas pela Justiça do Trabalho. É pacífico o entendimento pretoriano de que as duas ações são cumuláveis.

Vide, a esse respeito, o seguinte aresto:

“RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DO TRABALHO - INDENIZAÇÃO - DIREITO COMUM - CUMULAÇÃO COM ACIDENTÁRIA - ADMISSIBILIDADE - PREVISÃO CONSTITUCIONAL

A jurisprudência do STJ assentou entendimento no sentido de que a indenização acidentária não obsta a de direito comum, quando o empregador incorre em culpa, ainda que leve, nem a da incapacidade para o trabalho e a da depreciação sofrida excluem a devida em razão do dano estético e, enfim, do valor da indenização comum não se deduz a recebida em razão da legislação infortunística” (AG. 183.963-RJ, Rel. Juiz Waldemar Zveiter, 3ª Turma do STJ, v.u - v. Súmula n. 37 do STJ).

“A evolução legal e jurisprudencial, pouco a pouco, foi responsável por desvincular a reparação acidentária da indenização civil, sem contudo, quanto a esta última, prescindir da prova de culpa” (Resp n. 10.570-0-Es, 4ª Turma do STJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, unân.17.11.1992, Revista do Superior Tribunal de Justiça n. 48, página n. 162).

Frise-se, portanto, a possibilidade de haver ações concomitantes sobre matéria acidentária, porém ajuizadas em face de entes distintos (empregador e segurado) e sob prismas diferentes, uma fundamentada no direito civil e a outra em legislação infortunística, de sorte que uma decisão não fará coisa julgada a ser respeitada pelo julgador da outra lide. Mesmo que, em umas das demandas, fique afastada a ocorrência de acidente do trabalho, por insuficiência de provas, por exemplo.

Carlos Roberto Gonçalves sustenta que: *“Tem a jurisprudência, com efeito, proclamado que não se confundem, e muito menos se compensam, benefícios previdenciários, que são assistenciais, com reparação civil de danos por ato ilícito, pois do contrário se transmudaria o réu, responsável pela reparação do ato ilícito, em beneficiário da vítima de seguro social, o que é inadmissível”* (Responsabilidade Civil, 6ª Edição, Saraiva, 1995, p. 488).

Ademais, a responsabilidade do INSS é objetiva (responsabilidade sem culpa) e a responsabilidade do empregador está fundamentada na culpa, ainda que leve.

Assim, a indenização em razão do dano culposo ou doloso do empregador é de natureza diferente daquela paga pelo INSS; diferem quanto à sua natureza e destinação.

Diante de todo o exposto, rejeita-se a preliminar de incompetência absoluta da Justiça do Trabalho.

INÉPCIA DA INICIAL

A petição inicial preenche todos os seus requisitos de validade, não vislumbrando a ausência de causa de pedir na espécie. O pedido de indenização material e por dano moral está fundamentado em doença ocupacional, adquirida por culpa da empregadora.

A aferição da culpa da empregadora e o nexo de causalidade depende de dilação probatória, cuja apreciação valorativa é feita em análise de mérito.

Quanto à pretensão de horas extras, note-se que a Reclamante apontou os horários em que estava à disposição do empregador. A omissão dos dias da semana trabalhados não pode levar à inépcia do pedido em questão, posto que a prova documental supre tal deficiência.

Rejeita-se.

PRESCRIÇÃO

Para a pretensão de cunho eminentemente trabalhista (créditos trabalhistas) deve ser aplicado o prazo prescricional estatuído no inciso XXIX do art. 7º da Constituição Federal.

Já a pretensão fundamentada na responsabilidade civil tem seu prazo prescricional disciplinado no inciso V, § 3º, do art. 206 do Código Civil de 2002.

Tendo em vista que a pretensão de reparação civil por acidente do trabalho foi proposta dentro do interstício da norma legal acima citada, que prevê prazo de três anos, não há que se falar em prescrição, uma vez que a doença somente foi descoberta em março de 2004, através do exame de tomografia computadorizada. A presente ação foi ajuizada em agosto de 2004. Portanto, fica afastada a prescrição neste tocante.

Por outro lado, está prescrita a pretensão da Reclamante em relação a quaisquer créditos trabalhistas exigíveis antes de 20 de agosto de 1999, oriundos do contrato de trabalho mantido com a Reclamada, ex vi do disposto no inciso XXIX do art. 7º da Constituição Federal, posto que passados mais de cinco anos até o dia do ajuizamento da ação, em 20 de agosto de 2004.

INDENIZAÇÃO POR MOLÉSTIA ADQUIRIDA NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO - DANO MATERIAL E MORAL

São pressupostos indispensáveis da responsabilidade contratual e extracontratual ou aquiliana: o dano, o nexo de causalidade e a conduta humana culposa. A falta de um desses requisitos importa em não reconhecimento da responsabilidade civil subjetiva.

No caso em exame, aduz a Reclamante que adquiriu enfermidade incapacitante para o trabalho, no exercício da função que desempenhava, por estar habitualmente em contato com agentes nocivos à saúde, sem que lhe fosse dado e exigido o uso de equipamentos adequados de proteção.

A Reclamante exercia a função de auxiliar de produção, lotada na seção de sólidos e acondicionamento final, tendo galgado, a partir de junho de 2000, ao cargo de líder de linha e, por fim, exerceu a função de auxiliar administrativa, conforme se depreende de seus dados funcionais.

Determinou-se, inicialmente, na audiência realizada no dia 31 de agosto de 2004, a realização de perícia técnica para apurar se a Reclamante trabalhava em condições insalubres.

O laudo pericial veio aos autos no dia 22 de setembro de 2004, juntado às fls. 162 *usque* 173.

Os trabalhos periciais foram realizados em locais onde a Reclamante efetivamente trabalhou, tanto nas áreas novas quanto nas áreas antigas, já desativadas.

Segundo se extrai do laudo pericial de insalubridade, a fabricação de medicamentos sólidos obedece etapas distintas e seqüenciais, como:

a) Emissão de ordens de produção, remoção de produtos do almoxarifado e fracionamento em pesos/volumes definidos na ordem de produção;

b) Misturas de matérias primas, insumos: Nesta etapa pode haver pós em suspensão;

c) Compressão: os pós misturados são comprimidos até a forma final de apresentação: nesta etapa pode haver pós em suspensão, que são captados pelo sistema de aspiração; obtêm-se os comprimidos sólidos, isentos de pós, que seguem para o processamento seguinte;

d) Blistagem ou envelopamento: os comprimidos sólidos são embalados automaticamente por máquinas em embalagens plásticas, de alumínio ou mistas plásticas/alumínio; os comprimidos estão isolados no interior da embalagem; nestas áreas de produção não existem pós em suspensão ou depositados no piso;

e) Drageamento/Revestimento: Vários comprimidos são revestidos de um material a base de açúcar, sabores e cores para facilitar a deglutição e retardo da desintegração no

interior do corpo humano;

f) Embalagem final: trata-se do local onde trabalhava a Reclamante; constitui-se de uma mesa com uma esteira transportadora central; os comprimidos já contidos na embalagem primária são colocados em cartões, juntamente com a bula; as caixas fechadas são embaladas em caixas de papelão, fechadas e seguem para o depósito (fls. 163/164).

Aduz o *expert* que o trabalho da Reclamante foi desenvolvido em dois prédios. Até 2001/2002 a Reclamante trabalhou em galpão industrial, atualmente abandonado. Após essa data foi transferida para o novo prédio (fl. 165).

Observe a seguinte informação dada pelo perito, *verbis*: “para determinação do ambiente anterior foram analisados os PPRA’s 1999/2000/2001 e 2002. Consta que o ruído era limitado entre 71 e 74 dBA, temperatura de 24°C medidos em IBUTG, iluminação acima de 340 lux. Não existem outras referências a presença de outros agentes de risco nos PPRA’s analisados” (fl. 165).

Detectou o Sr. perito que a área atual de trabalho possui sistema de exaustão, filtragem e resfriamento de ar. Neste local, não foram vistos sinais de presença de pós em suspensão no ar ou depositados, ou ainda odores de medicamentos.

Afirma o *expert* que não haveria a mínima possibilidade da existência de pós no ambiente de trabalho da Reclamante.

Através das fotos anexadas ao laudo, verifica-se que o Sr. perito cuidou de demonstrar a real situação de trabalho da Reclamante, simulando o trabalho por ela desenvolvido no novo prédio. Porém, em relação ao prédio antigo existe uma única fotografia, à fl. 170, de baixa qualidade, já que não demonstra nitidamente o local de trabalho da Reclamante.

Olhando atentamente a referida fotografia, verifica-se a existência de duas portas ao fundo, que divisa a área de trabalho da Reclamante com a de compressão e ao lado uma divisória comum usada em qualquer tipo de ambiente de trabalho. O perito não simulou as condições reais em que a Reclamante trabalhava, com as influências dos ambientes anexos, no antigo local de trabalho.

Por fim, informou o perito que, não havendo riscos nos locais de trabalho da Reclamante, não havia necessidade de fornecimento de EPI’s especiais. A Reclamada fornecia à Reclamante: tênis de segurança, toucas para o cabelo e uniforme completo.

É muito importante frisar a resposta que o Sr. perito deu ao quesito n. 4 formulado pela Reclamada, *verbis*:

“Sim, a Reclamada fornece inúmeros EPI’s a outros funcionários que atuam em setores que têm agentes nocivos à saúde dos funcionários. Sim, os funcionários são devidamente treinados no uso correto dos EPI’s” (fl. 173).

Essa resposta, por certo, deixa claro que havia ambientes de insalubridade na Reclamada, cujos agentes nocivos à saúde somente poderiam ser neutralizados com o uso adequado de EPI’s especiais.

Finalmente, concluiu o Sr. Perito que não foram encontrados nos ambientes trabalhados pela Reclamante nenhum agente agressivo à sua saúde (fl. 173).

No dia 27 de outubro de 2004, foi realizada audiência de instrução para produção de provas orais.

Disse a Reclamante em seu depoimento pessoal:

“ que na fábrica antiga a depoente era auxiliar de produção e líder de linha; que tinha contato com a medicação apesar de não trabalhar na manipulação; que trabalhava ao lado da sala de manipulação; que o pó da sala de manipulação (compressão) passava para a sala onde a depoente trabalhava; que a porta que separava os ambientes tinha uma abertura por baixo, onde passava o pó, que era limpo pela depoente; que sentia muitas dores de cabeça; que hoje sente convulsões e vômitos, em decorrência do contato com os medicamentos; que nunca havia sentido esses sintomas antes de

trabalhar para a Reclamada; que não consegue sequer fazer serviços de casa; que era totalmente sadia antes de trabalhar para a Reclamada; que a primeira crise foi na empresa; que no serviço médico era ministrada medicação e a Reclamante ficava de repouso até melhorar, voltando ao trabalho; que sentia-se mal, tendo inclusive caído sobre a Sra. Lorena; que as crises começaram em fevereiro de 2003” (fls. 187/188).

Veja o que disse a preposta da Reclamada, com relatos bastante esclarecedores, em síntese:

“que a Reclamante tinha contato com medicamentos para embalar; que é no setor de compressão que há manipulação dos medicamentos; que todos os funcionários do setor de compressão utilizam EPI's; que na fábrica antiga não sabe dizer se o setor de compressão era contíguo ou não ao setor onde a Reclamante trabalhava, mas acredita que houvesse uma porta entre esses setores; que essas portas eram completamente fechadas; que há frestas entre essas portas; que para entrar no setor de compressão é necessário utilizar equipamentos (roupas) especiais, diferentes daquele utilizados no setor de sólido; que na fábrica antiga todos os setores ficavam instalados num único prédio e eram separados por divisórias de alvenaria ou de vidro; que na fábrica nova cada setor tem suas próprias instalações físicas” (fls. 188/189) - grifos nossos.

A primeira testemunha ouvida, embora tenha se desligado da empresa antes da admissão da Reclamante, trabalhou em salas contíguas à de sólidos, onde exercia uma função a Reclamante, no antigo prédio da Reclamada.

Repare no depoimento dessa testemunha que todo o processo de produção do medicamento era feito sem que fosse dado muita atenção à higienização do local e recomendações básicas para proteção dos trabalhadores contra os agentes nocivos. Os setores de produção, pesagem, embalagem e revisão eram todos juntos, separados por simples divisórias, que não evitavam que o pó em suspensão de uma sala migrasse para outra.

Veja alguns excertos do depoimento dessa testemunha, que demonstra o desleixo que havia na área de manipulação, no antigo prédio:

“que o depoente era operador de máquinas no setor de sólidos, na fábrica antiga; que o setor de compressão fica dentro do departamento de sólidos; que no setor de compressão são feitos os comprimidos; que no setor de sólidos também é feita a tamisação, com peneira, e mistura dos produtos; que nessa função utilizava luvas, máscara, toca e botas; que para tamisação utilizava uma máscara para pó (de borracha, com 02 filtros); que a separação entre os ambientes no setor de sólido era feita por divisórias; que havia aberturas nas divisórias; que havia exaustores nas máquinas; que havia uma máquina que retirava o pó, mas não era suficiente para suportar a velocidade da outra máquina; que quando a bacia da máquina ficava transbordando, o operador da máquina no setor de compressão aparava o pó com uma peneira; que no setor de sólidos há a tamisação, a mistura, a manipulação, a compressão e a revisão; que em cada etapa do processo de produção de sólidos havia um tipo de EPI, exceto para o pessoal da revisão e do controle de qualidade; que esse pessoal da revisão e do controle de qualidade utilizava máscara de pano e o uniforme normal da empresa; que no setor de compressão havia total proteção, não havendo qualquer contato com o produto; essa proteção vestia dos pés à cabeça; que não havia vedação entre os setores de compressão e o ambiente onde a Reclamante trabalhava; que o depoente manipulava um medicamento chamado isossobita (na verdade, isossorbida), para tratamento de doenças do coração; que resíduos desses medicamentos e de suas matérias primas passavam para as outras salas; que o

processo normal não era obedecido, pois o depoente mandava muitas vezes o medicamento envelopado antes de terminar o serviço; que a porta entre os compartimentos era aberta freqüentemente; que às vezes essa porta permanecia aberta quando o depoente saía para fazer a pesagem, de 15 em 15 minutos; que os líderes de linha e os auxiliares de produção também utilizava a sala de pesagem para fazer o teste de vazamento de envelopes; que essas pessoas utilizavam o uniforme comum da empresa; que o pó que saía do setor de compressão passava para as outras salas; que era o líder que fazia a limpeza da sala; que quando da peneragem o pó ficava em suspensão nas salas do setor de sólidos; que o depoente chegou a presenciar uma líder do setor de qualidade dos sólidos, Sra. Rosilene, passando mal, sentindo convulsões” (fls. 189/191)-grifos nossos.

A segunda testemunha trabalhou no mesmo setor de trabalho da Reclamante, enfrentando condições de trabalho precárias e inseguras, no antigo prédio. Repare que houve a separação total dos setores de produção, no atual prédio da Reclamada. Já no antigo os setores de manipulação e acondicionamento dividiam o mesmo espaço físico, apenas separados por divisórias impróprias para afastar o risco de contaminação.

Veja alguns trechos do depoimento esclarecedor da segunda testemunha:

“que a depoente trabalhou para a Reclamada de 1999 a 2004, como líder de linha, no setor de sólidos; que a depoente sentia muitas dores de cabeça, somente quando estava trabalhando e dependendo da medicação que estava sendo manipulada; que trabalhou na fábrica antiga e na nova; que a porta que separa a sala de compressão da sala onde a depoente trabalhava não vedava totalmente a passagem de pó e de odor, tanto que precisava limpar o pó freqüentemente; que a depoente já presenciou a Reclamante reclamando de dores de cabeça; que muitas pessoas que trabalhavam no setor da depoente sentiam dores de cabeça; que no prédio novo, o setor de sólidos ficou separado do setor de compressão; que os medicamentos eram penerados no prédio antigo, na sala de compressão e era nessas ocasiões que vinha mais pó para a sala onde trabalhava; que havia manipulação de antibióticos na sala de compressão; que também no chão havia acúmulo desse pó; que a porta entre o setor de compressão e o ambiente de trabalho da depoente ficava aberto freqüentemente, até que passou a ficar trancada a sala; que quando a porta ficava aberta uma maior quantidade de pó passava para a sala onde a depoente trabalhava (fls. 191/193).

Compulsando as fichas de evolução clínica da Reclamante, verifica-se a existência de várias passagens da obreira no serviço médico com queixa de dor. A partir de outubro de 1999 os atestados indicam diagnósticos de nevralgia.

No dia 16 de maio de 2003, houve uma ocorrência médica em que registrou-se que a Reclamante estava passando por crises convulsivas - vide fl. 210-v. Segue-se a partir desse evento, outras passagens da Reclamante pelo serviço médico com sintomas de encefalalgia.

No dia 08 de abril de 2004 foi feito o registro nesse documento do exame demissional da Reclamante (fl. 212-v). O médico que examinou a Reclamante, apenas rubricou o documento, sem que batesse o seu carimbo. Não há informação do nome e do CRM do suposto médico. A mesma observação se faz em relação a outro documento (atestado de saúde ocupacional), que considerava à época, por ocasião do desligamento, a Reclamante apta - vide fl. 198.

Documentos trazidos pela Reclamante (atestado do Dr. Wolney Ronaldo Sila, laudo técnico do Dr. Paulo Eduardo e da Junta Médica do INSS - fls. 10, 11 e 194), indicam o estado patológico incapacitante da trabalhadora.

No dia 08 de novembro de 2004, foi determinada a realização de perícia médica com

vistas a investigar a causa da doença adquirida pela Reclamante.

O laudo dessa perícia encontra-se acostado às fls. 222/227.

Segundo o perito médico, a Reclamante foi acometida por uma moléstia sem causa definida, do tipo neurológica (G-40.0 epilepsia e síndrome epiléptica idiopática), que vem se agravando dia a dia e cujo início se deu em 1999, segundo o prontuário da mesma.

Respondendo ao quesito 2 da Reclamada - fl. 225, em relação à possibilidade de ser estabelecido o nexo de causalidade entre a doença e a atividade por ela exercida, o Sr. Perito respondeu, *verbis*:

“A palavra idiopática quer dizer que não se sabe a origem do problema”.

Pode-se concluir que a doença pode ter sido adquirida em função de sua atividade na empresa, por ser de risco à saúde, como decorrente de fatores externos.

Diante dessa confirmação do perito, qual seja, de que a doença tem causa desconhecida, não poderia afirmar em sua conclusão que a patologia apresentada não é ocupacional e nem do trabalho, porque não tem nexo causal com o labor da autora - vide fl. 227. Nesse caso, o Sr. Perito criou uma presunção que beneficia a empregadora, que explora atividade de risco contra terceiros, em detrimento da parte hipossuficiente.

Data vênia, há que ser rejeitada a conclusão do Sr. Perito, porquanto contraditória com as próprias informações que prestou, ao longo de seu trabalho científico.

Quanto ao aspecto do Juiz não estar preso ao laudo técnico, é oportuno transcrever a doutrina de Humberto Theodoro Júnior, *verbis*:

“Nem sempre é possível um Juízo rigoroso, preciso, sobre a falha técnica e seu nexo com a lesão ou dano. Os tribunais, por isso, adotam, às vezes, princípios antigos e universalmente aceitos como o da previsibilidade e o da razoabilidade. O julgador segue sua experiência da vida, e da observação do que comumente acontece pode chegar a juízos de valor sobre a conduta profissional, quando se mostre muito difícil uma conclusão puramente técnica sobre a causa da lesão”.

“O ideal, porém, é exigir o magistrado, sempre, a prova pericial, para obter esclarecimentos que, de ordinário, não se comportam na esfera de seus conhecimentos e que se sujeitam a regras técnicas específicas e complexas”.

“Isto não quer dizer que o Juiz fique escravo do laudo pericial. O Código de Processo Civil é claro ao estatuir que ‘O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos’ (art. 436).

“A perícia não é uma superprova que se coloque acima das demais e que não permita questionamento algum. Se fosse intangível a conclusão do técnico, este, e não o magistrado, seria o verdadeiro juiz da causa e anulada restaria a função jurisdicional do último”

“O laudo pericial, todavia, vale, não pela autoridade técnica de quem o subscreve, mas pela força de convencimento dos dados que o perito consegue levantar, a partir da ciência por ele dominada. Esses mesmos dados podem ser cotejados com outros elementos probatórios disponíveis ou submetidos a exame crítico e racional do juiz, para chegar-se a conclusões diversas daquelas apontadas pelo experto. O juiz não possui os conhecimentos técnicos do perito, mas dispõe de discernimento e experiência para rever os termos do silogismo em que se apoiou o laudo e, por isso, pode criticar e desprezar sua conclusão” (Dano Moral, Humberto Theodoro Júnior, 4ª ed., ed. Juarez de Oliveira, pág. 74).

A melhor ilação que se pode tirar, diante da questão de que se trata de doença de causa desconhecida, é a da presunção de que a moléstia tenha sido adquirida em função da atividade laborativa, vez que o trabalho era potencialmente nocivo à saúde do trabalhador e aquela tinha manifestado no decurso da relação empregatícia.

Existe, no caso, um precedente fático idôneo abstratamente capaz de produzir o

resultado danoso.

Ora, se o ramo de atividade da empregadora gera algum fator de nocividade à saúde do trabalhador, é previsível que ocorram doenças ocupacionais.

Esse tem sido o entendimento pretoriano, conforme se depreende de decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que teve como relator o então Desembargador e atual ministro do Supremo Tribunal Federal, César Peluso, *verbis*:

“Responde pela redução permanente da capacidade laborativa do empregado a empregadora, a cuja culpa se atribui doença profissional, que, manifestando-se no decurso ou depois do exercício de ocupação potencialmente agressiva ao órgão molestado, se presume sempre causada pelo trabalho”

O período em que a autora laborou para a Reclamada foi longo, no decorrer do qual houve várias queixas de encefalalgia, que no final resultou numa patologia crônica incapacitante.

A Reclamante teve contato, sem a devida proteção, com medicamentos e princípios ativos potencialmente agressivos à sua saúde, durante o tempo em que laborou na fábrica desativada, conforme se depreende da prova oral.

Portanto, o mal de que padece a Reclamante presumivelmente tem vínculo etiológico com o seu trabalho desenvolvido na Reclamada. Tal presunção não foi afastada pelas provas produzidas.

Estabelecido o nexo de causalidade, resta perquirir a culpa da empregadora.

Desde a Constituição de 1988, em face do que dispõe o inciso XXVII, do art. 7º da Constituição Federal, para que o empregador responda pelo dano causado basta que a demonstração da mais leve culpa, ficando, portanto, suplantado o entendimento consubstanciado na Súmula 229 do Colendo Supremo Tribunal Federal, segundo a qual somente a culpa grave ou o dolo autorizam a indenização do direito comum.

Na hipótese *sub judice*, verifica-se que a Reclamada infringiu as normas de segurança e higiene, no seu antigo prédio, ao não prover o local de instalações físicas condizentes para cada um dos setores envolvidos na produção dos medicamentos (manipulação, tamisação e acondicionamento final), dada a possibilidade de ocorrência de pó suspenso no ar no setor de compressão, com passagem para outras seções cujos trabalhadores não faziam uso adequado de EPI's, para esse tipo de situação.

É importante salientar que o EPI fornecido à Reclamante era inadequado pelo contato que tinha com partículas em suspensão no ar vazadas da sala de compressão e tamisação, no período trabalhado, no antigo prédio. Essa deficiência foi sanada pela empregadora somente com o funcionamento de suas atividades no novo prédio, onde foram tomadas as precauções de isolar cada um dos setores responsáveis pela produção dos medicamentos.

A empregadora tem o dever jurídico de atender a todas as recomendações normativas com relação à insalubridade, mediante a adoção de medidas relativas ao ambiente de trabalho e a utilização de equipamentos individuais (art. 191 da CLT).

De acordo com o art. 189 da CLT, serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos. A classificação da atividade desempenhada pela Reclamante nas condições existentes na antiga fábrica, movendo produto medicamentoso inacabado, em ambiente onde havia suspensão de agentes químicos no ar, sem a utilização de EPI adequado, era de insalubridade, de acordo com a NR 15 da Portaria 3.214/78 do Ministério do Trabalho.

Se a empregadora não tomava as medidas necessárias para garantir a segurança dos seus empregados, por não observar as normas de segurança e medicina do trabalho, concorreu com culpa para o surgimento de dano à saúde do trabalhador, por moléstia

incapacitante adquirida em função do trabalho.

Com efeito, a Reclamada permitiu que a Reclamante trabalhasse em ambiente de flagrância insalubridade, fornecendo-lhe equipamento de proteção individual inadequado, fora do recomendado e incompatível com o grau de risco a que ficava exposta.

O Decreto n. 93.413/86 promulgou a Convenção n. 148 da Organização Internacional do Trabalho sobre a Proteção dos Trabalhadores contra os Riscos Profissionais Devidos à Contaminação do Ar, ao Ruído e às Vibrações no local de trabalho.

Sobre o equipamento de proteção individual, dispõe a Portaria n. 3.214/78, NR-6, subitem 6.6 e seguintes:

“6.6 - Obrigações do empregador:

6.6.1 - Obriga-se o empregador, quanto ao EPI, a:

- a) Adquirir o tipo adequado à atividade do empregado;
- b) ...
- c) Treinar o trabalhador sobre o seu uso adequado;
- d) Tornar obrigatório o seu uso”.

Pelo fato de que a Reclamante tinha contato com o pó do medicamento em suspensão no ar, sem o uso de luvas e máscaras, evidencia-se a negligência da Reclamada quanto ao fornecimento de EPI's especiais.

As Cortes Judiciais não têm decidido de forma diferente sobre o tema da responsabilidade do empregador pelas conseqüências decorrentes do acidente, quando descumpre normas preventivas de saúde e segurança do trabalho, conforme se infere da seguinte decisão:

“Em face da relação jurídica que se estabelece entre empregado e empregador, culpa deste existirá quando houver transgressão do dever geral de não causar dano a outrem e particular desatendimento das normas legais ou convencionais de segurança e medicina do trabalho pertinentes à sua atividade, desde que, por óbvio, do evento resulte dano à saúde do empregado” (TASP, Ap. C/ Rev. 492.020, 7ª Câmara, Rel. Juiz Oscar Feltrim, j. 09/09/1997).

Esse tem sido o posicionamento, também, do Supremo Tribunal Federal, conforme se depreende do seguinte aresto, *verbis*:

“Contra o empregador aplicam-se todos os princípios de responsabilidade civil. Não somente em caso de dolo, mas, em caso de falta grave, em que o empregador demonstre pela negligência e omissões de precauções em menosprezo pela segurança do empregado, dando causa ao acidente” (RE 23.192 - Direito Sumular, Revista dos Tribunais, pág. 96).

A conduta da Reclamada foi de negligência quanto às condições de trabalho da Reclamante na antiga fábrica por atentar contra a norma constitucional que estabelece como direito do trabalhador além de outros, “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (art. 7º, XXII), e, de conseqüente, infringiu o dever legal de não causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, conforme preceitua o art. 186 do Código Civil de 2002.

Com efeito, a NR-1 estabelece como dever do empregador prevenir atos inseguros no desempenho do trabalho (1.7, “b”, I) e adotar medidas para eliminar ou neutralizar a insalubridade e as condições inseguras do trabalho (1.7, “b”, VI).

Segundo a melhor doutrina, prevenir para evitar atos inseguros é dever do empregador cuja não observância caracteriza culpa no acontecimento, se a ocorrência do acidente era previsível (Sebastião Luiz Amorim e José de Oliveira, in Responsabilidade Civil/Acidente do Trabalho, ed. Saraiva, 2ª edição, 2003, pág. 17).

Diante de todo o exposto, a Reclamada deve reparar civilmente os danos materiais e morais sofridos pela Reclamante, por ter adquirido moléstia de trabalho incapacitante.

FIXAÇÃO DA PENSÃO - INDENIZAÇÃO MATERIAL - VALOR

É de se frisar que a reclamante foi acometida por uma neuropatia, portanto, que ataca o sistema nervoso do paciente. A medicina considera tais doenças degenerativas e irreversíveis.

Veja o que diz a este respeito o laudo pericial:

“Porém, a Reclamante é portadora de uma doença neurológica idiopática que vem se agravando dia a dia e cujo início se deu em 1999, segundo prontuário da mesma” (fl. 227).

Estabelecido que o dano à saúde da Reclamante gera incapacidade permanente ao trabalho, a Reclamante faz jus à pensão mensal vitalícia a cargo do empregador, a ser devida a partir do seu afastamento do emprego até a sua morte.

Esse tem sido o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme restou consignado no seguinte aresto:

“Pensão mensal por incapacidade laborativa deve ser vitalícia, vez que, se a vítima sobreviveu ao acidente, não cabe estabelecer limite com base na duração de vida provável” (RE 9.429-0, J. 20.04.1984, Rel. Min. Nery da Silveira, DJU 15.06.1984).

Conforme leciona Sílvio Rodrigues, “se da ofensa resultar incapacidade para o ofendido exercer a sua profissão ou a diminuição da sua capacidade laborativa, a indenização, além das despesas de tratamento e os lucros cessantes, incluirá uma pensão correspondente ao valor do trabalho para o qual se inabilitou, ou equivalente à depreciação que esse trabalho experimentou” (Responsabilidade Civil, Saraiva, 15ª ed., pág. 220).

Por outro lado, a teor do art. 460 do Código de Processo Civil, o juiz não pode conceder mais do que a parte pediu. Razão por que a indenização por pensão deve limitar-se até a idade de 65 anos, conforme requerido na inicial.

De acordo com o pedido da inicial, verifica-se que a Reclamante optou que a indenização fosse paga de uma só vez, conforme lhe faculta o parágrafo único do art. 950, do C. Civil, que assim dispõe:

“Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez”.

É evidente que no caso de ser exercido o direito de opção de que trata a norma citada, o juiz deve verificar as reais condições econômicas e financeiras do réu para dimensionar se o mesmo tem capacidade para suportar esse ônus.

A Reclamada possui estrutura financeira suficiente para arcar com o pagamento da indenização, por pensionamento, de uma só vez, por se tratar de um dos maiores laboratórios farmoquímicos instalados no país.

A reclamante recebia, ao tempo da dissolução contratual, a remuneração mensal de R\$491,92, composta de salário mensal mais quadriênio, excluído o salário família.

A Reclamante nasceu no dia 08 de dezembro de 1977 (vide documento. De fl. 07). Foi despedida no dia 08 de abril de 2004 (fl. 09). Portanto, à época da dissolução contratual, contava com 27 anos.

Pelo exposto, impõe-se a condenação da Reclamada no pagamento de indenização, por pensionamento, de uma só vez, no valor de R\$224.315,52, que corresponde ao resultado da multiplicação da remuneração mensal devida na data da ruptura do contrato da autora pelo número de meses que restam para atingir a idade de 65 anos, a contar da idade que tinha no dia do seu afastamento, a ser corrigido monetariamente, acrescido de juros de

mora, a partir da citação (art. 405 do CC de 2002), até a data do efetivo pagamento.

DANO MORAL - ARBITRAMENTO

Primeiramente, cumpre esclarecer que nenhuma dúvida resta mais, em face do atual ordenamento jurídico, quanto ao dano moral ser cumulável com o dano material (arts. 186, 927 e 944 do C. Civil de 2002).

Veja o que dispõe a Súmula n. 37 do C. STJ: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

Devido à natureza da lesão sofrida pela Reclamante, por si só, faz surgir o dano moral, dada a sua gravidade jurídica, pessoal e social. Tal acontecimento frustrou os planos de vida e ascensão profissional da autora, sem contar a experimentação do sentimento da perda da esperança de dias melhores. Perdida a saúde, não deixa também de se perder o encanto pela vida, advindo daí a depressão e a tristeza pela impossibilidade de gozar de uma vida saudável, plena e prazerosa.

No arbitramento da indenização por dano moral, o valor estimado deve ser suficiente para compensar a dor experimentada pela vítima, bem como para impor uma punição ao lesante, de cunho pedagógico, a fim de que fique desestimulado a continuar a prática da mesma conduta lesante a outros trabalhadores de acordo com os princípios da razoabilidade e da moderação.

O Juiz ainda tem que observar, ao fixar o quantum, o grau de riqueza das partes, a fim de que não seja insignificante para atender a justa compensação da vítima, mas também não seja em valor demasiado que provoque enriquecimento sem causa.

Diante de tais considerações, fixa-se o valor da indenização do dano moral em 200 (duzentos) salários mínimos, vigentes à época do pagamento.

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Conforme ficou demonstrado em linhas pretéritas, a Reclamante trabalhou em ambiente prejudicial à sua saúde, em face de ter respirado o odor e mantido contato direto com partículas de agentes químicos (em suspensão no ar), devido à deficiência das instalações físicas e não observação de recomendações técnicas da parte da Reclamada.

Nas circunstâncias em que trabalhava, a Reclamante não tinha total proteção, posto que utilizava equipamentos de proteção não adequados para aquele tipo de ambiente de trabalho (vide os depoimentos transcritos nas páginas 14/16 desta sentença).

Com efeito, o Reclamante deveria usar, além de vestimenta especial para a proteção do corpo inteiro, respiradores e máscaras de filtro químico para exposição a agentes químicos prejudiciais à saúde (NR-6, VI, “c”).

É importante salientar que o sistema de exaustão da antiga fábrica não era o suficiente para eliminar por completo o pó que ficava em suspensão no ar na sala de compressão e tamisação, conforme se depreende do seguinte depoimento, *verbis*:

“que havia exaustores nas máquinas; que havia uma máquina que retirava o pó, mas não era suficiente para suportar a velocidade da outra máquina; que quando a bacia da máquina ficava transbordando, o operador da máquina no setor de compressão aparava o pó com uma peneira”.

Quanto ao laudo pericial, cuja conclusão foi de não ter sido encontrado nenhum agente agressivo à saúde da Reclamante entre os determinados nos anexos da Norma Regulamentadora NR 15, da Portaria n. 3.214/78, há que ser rejeitado parcialmente.

Com efeito, o Sr. Perito investigou o ambiente de trabalho atual da Reclamada, onde as seções responsáveis pela produção dos medicamentos são inteiramente isoladas. Tal circunstância não havia na antiga fábrica, que apresentava condições de trabalho bem diversas, conforme restou demonstrado pela prova oral. Até mesmo a preposta confirmou

as condições precárias do antigo ambiente de trabalho.

Ademais, o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos (vide fls. 20/21).

Conclui-se que a Reclamante trabalhava em ambiente de insalubridade, cujos agentes não eram eficazmente neutralizados, em face do uso inadequado de EPI's e da deficiência das instalações físicas de produção de medicamentos potencialmente nocivos à saúde.

O Sr. Perito informou que alguns antibióticos manipulados pela Reclamada têm influência na saúde dos trabalhadores, tais como betalactâmicos, cefalosporínicos, penicilâmicos, eritromicina, sulfometasol e o trimetropin.

Quanto aos três primeiros, informou o expert que eram elaborados e embalados em local isolado. Porém, cumpre registrar que o perito se baseou em situação fática diferente da realidade vivida pela Reclamante.

Veja a esse respeito o que disse a segunda testemunha trazida pela Reclamante, que trabalhou em ambos os prédios:

“que os serviços do setor de sólidos havia fiscalização de médicos, mas nessas ocasiões não embalados antibióticos; que quando estavam ociosos vinham antibióticos do setor próprio para serem embalados no setor da depoente; que havia recomendação para retirar os antibióticos do local antes que os técnicos entrassem para fiscalizar, guardando tudo nas barrigas ou na quarentena, no setor de compressão”.

De acordo com a NR-15, anexo 13, os betalactâmicos são agentes químicos nocivos à saúde dos trabalhadores, gerando grau de insalubridade máximo.

Por todo o exposto, defere-se o adicional de insalubridade de 40% sobre o salário mínimo, devido no período em que a Reclamante desempenhou as funções de auxiliar de produção e líder de linha, com reflexos no 13º salário, dada a natureza salarial da parcela em comento.

HORAS EXTRAS

Pleiteia a Reclamante as horas extras em que ficava à disposição da Reclamada entre as 06 horas e as 19 horas, horário este em que chegava à sua casa.

Em verdade, a Reclamante pretende ver remuneradas as horas *in itinere*, porém não comprovou os requisitos previstos na súmula n. 90 do TST, malgrado o disposto no art. 818, da CLT.

No que tange ao horário efetivamente trabalhado dentro da fábrica, a Reclamante não impugnou, no prazo que lhe foi concedido, o conteúdo dos controles de horário, o que presume a sua aceitação, a teor do art. 372 do CPC (vide fl. 153).

Isto posto, indefere-se a pretensão de horas extras e reflexos.

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

Por atender os requisitos impostos por lei, defere-se o benefício da justiça gratuita à Reclamante, nos termos do § 3º do art. 790/CLT.

HONORÁRIOS PERICIAIS

Ficando a Reclamada sucumbente na pretensão objeto das duas perícias, deverá suportar os honorários periciais, ora arbitrados em R\$400,00(quatrocentos reais) para cada uma das perícias.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A teor do art. 5º da Instrução Normativa n. 27 do TST (Res. N. 126/2005), são devidos honorários advocatícios pela Reclamada, pelo princípio da sucumbência, fixados

em 10% do valor da condenação pelo dano material e moral em relação ao acidente do trabalho.

Com efeito, a Súmula 234 do STF dispõe: “São devidos honorários de advogado em ação de acidente do trabalho julgada procedente”.

CONCLUSÃO

ANTE O EXPOSTO, rejeita-se a preliminar de incompetência absoluta da Justiça do Trabalho e, no mérito, julgam-se PROCEDENTES, parcialmente, as pretensões deduzidas na inicial, para condenar a empregadora Reclamada - **LABORATÓRIO TEUTO BRASILEIRO LTDA.** - a pagar à Reclamante - **MARIA APARECIDA LUIZ FARIA SILVA**, no prazo legal, com juros e correção monetária, indenização de dano material e moral, por acidente de trabalho, adicional de insalubridade no grau máximo, mais honorários periciais e advocatícios, tudo nos termos da fundamentação supra, parte integrante deste *decisum*.

Liquidação por cálculos.

Recolhimentos de contribuição previdenciária e tributária, nos termos dos Provimentos do TST e legislação vigente.

Custas, pela Reclamada, no importe de R\$6.000,00, calculadas sobre R\$300.000,00, valor arbitrado provisoriamente à condenação.

Honorários periciais arbitrados em quatrocentos reais por perícia, a serem pagos pela Reclamada, no prazo de quarenta e oito horas, após o trânsito em julgado da sentença.

Dê-se ciência aos órgãos fiscalizadores (DRT e ANVISA) e ao MPT.

Elaborados os cálculos, intime-se o INSS.

Intimem-se as partes.

Anápolis, 31 de março de 2005.

ATAÍDE VICENTE DA SILVA FILHO

Juiz do trabalho

CONTRIBUIÇÃO CONFEDERATIVA

PROCESSO N° 00362-2005-072-15-00-5

Requerente: FEDERAÇÃO DOS EMPREGADOS RURAIS ASSALARIADOS DO ESTADO DE SÃO PAULO- FERAESP

Requerido: SINDICATO DOS TRABALHADORES RURAIS DE QUATÁ

Aos vinte e cinco dias do mês de julho do ano de dois mil e cinco (25.07.05), às 15h, sob a direção da MM. Juíza Federal do Trabalho, Dra. MÁRI ÂNGELA PELEGRINI, foram apreogados os litigantes:

Ausentes as partes.

Conciliação prejudicada.

Submetido o feito a julgamento, proferiu a Vara a seguinte:

SENTENÇA

I - RELATÓRIO

FEDERAÇÃO DOS EMPREGADOS RURAIS ASSALARIADOS DO ESTADO DE SÃO PAULO, qualificado à exordial, propõe ação de cobrança em face de SINDICATO DOS TRABALHADORES RURAIS DE QUATÁ, alegando, em síntese, que: as contribuições confederativas descontadas em folha de pagamento dos integrantes da categoria não foram repassados ao autor; pretende ver seu direito reconhecido, inclusive com tutela antecipada quanto aos repasses futuros, tendo em vista o direito líquido e certo, bem como pelo perigo da demora causando prejuízos vez que o réu poderá não ter condições de suportar execução futura. Postula os pedidos declinados à fl. 6, requerendo a condenação do réu ao pagamento das contribuições, desde a data que indica. Requer a juntada dos documentos essenciais relacionados, sob as penas da lei e condenação em honorários advocatícios. Juntou procuração e documentos (fls.08/105). Dá à causa o valor de R\$ 1.000,00.

A requerente apresentou defesa escrita (fls. 116/125) arguindo, preliminarmente, carência de ação pelos motivos que indica, ilegitimidade de parte em razão da arrecadação ter sido feita por outra entidade e litigância de má-fé; invoca a prescrição; no mérito propriamente dito, aduz que: a assembléia nada autorizou em relação ao autor; não são filiados o que fere o princípio maior; indevido o repasse de 15%, destacando que eventuais juros e correção monetária iniciam-se a partir da citação. Requer a improcedência e a condenação em honorários advocatícios. Juntou procuração e documentos (fls. 127/169).

Réplica às fls. 171/178 e documentos (fls. 179/313), dos quais houve manifestação do réu (fls. 320/324) requerendo o desentranhamento (fls. 320/324).

Encerrada a instrução processual, mantido nos autos os documentos encartados (fls. 325).

Manifestação do autor às fls. 326/327, com documentos (fls. 328/331) seguido de suas razões finais (fls. 334/342) com documentos (fls. 343/344). Manifestação do réu acompanhada de documentos (fl. 345/349).

Última tentativa conciliatória frustrada.

É o relatório.

Decide-se:

II - FUNDAMENTAÇÃO

PRELIMINARES

A - COMPETÊNCIA MATERIAL

Ratifica-se a decisão do juiz comum (fl.110), pelos motivos e fundamentos jurídicos nela lançados.

B - FIXAÇÃO DO VALOR DA CAUSA E RITO ORDINÁRIO

Provocada pelo juízo comum (fl. 106), a Federação autora houve por bem adequar o valor dado à causa de forma mais compatível com sua pretensão (fl. 108) equivalente a R\$ 10.000,00, que ora se acata, devendo a secretaria retificar a autuação, independentemente do trânsito em julgado.

Não obstante o valor acima fixado, em princípio parecer remeter os autos ao rito sumaríssimo, conforme Instrução Normativa n. 27 do TST (22.02.05), que estabeleceu em seu artigo primeiro que: *“as ações ajuizadas na Justiça do Trabalho pelo rito ordinário ou sumaríssimo, conforme previsto na CLT”*, salvo as exceções que indica (MS, HC, Rescisórias, Cautelares e Consignações), é de se notar que a ação em curso foi ajuizada na Justiça Comum, daí as aspas propositais, definindo-se que esta ação deverá tramitar pelo rito ordinário.

Destaque-se que, ainda que assim não fosse, este juízo, com todo o respeito, entendendo a louvável iniciativa do TST em padronizar os procedimentos, evitando-se dificuldades de enquadramento, não pode concordar com tal orientação, sob pena de jogar na vala comum processos onde, simbolicamente, foram atribuídos valores de causa, sem anterior preocupação com ritos (faculdade de escolha que cabe à parte, segundo a melhor doutrina).

Assim, de ofício, em controle difuso de constitucionalidade, declara-se a violação ao princípio da ampla defesa, devendo o processo tramitar pelo rito ordinário, que permite uma dilação probatória mais flexível, inclusive na fase recursal em processos de alta complexidade, como é o caso dos autos.

C - CARÊNCIA DE AÇÃO E ILEGITIMIDADE DE PARTE

As preliminares suscitadas se confundem com o mérito e com ele serão analisadas. Rejeita-se.

D - PREJUDICIAL DE MÉRITO - PRESCRIÇÃO

A natureza jurídica do objeto da ação é que atrai a aplicação dos institutos da prescrição civil ou trabalhista.

No caso em tela, discute-se a cobrança de contribuições confederativas, de natureza evidentemente trabalhista, criada pela lei maior para custeio do sistema confederativo sindical. De tributo não se trata, embora com ele tenha estreito parentesco. Tampouco mera decorrência de dívida líquida constante de instrumento público ou particular, eis que definida em assembléia da categoria para manutenção do sistema de proteção ao trabalhador, desde que em jogo os interesses de entidades idôneas e representativas, o que, infelizmente, nem sempre ocorre.

Rápida análise da documentação acostada aos autos permite concluir pela possibilidade, em tese, de sua cobrança a partir do trânsito em julgado da ação que reconheceu a legitimidade da Federação autora para representar a categoria em segundo grau, e não de sua fundação, o que teria ocorrido aproximadamente em 08.08.2003, conforme registro da decisão de fl. 90, já que não consta data da publicação.

A prescrição quinquenal se daria a partir da data do ajuizamento da ação, de forma retroativa, tendo como limite a data acima, portanto dentro do período supostamente imprescrito. A partir do parâmetro acima estabelecido, antecipa-se que qualquer verba eventualmente devida só poderia ser cobrada a partir do marco supra identificado (08.08.03).

E. TUTELA ANTECIPADA

Indefere-se a Tutela Antecipada por ausência dos requisitos legais.

1. LIBERDADE SINDICAL X SISTEMA CONFEDERATIVO

O sistema sindical brasileiro está verticalizado em três graus para cada categoria e entendemos que o fato de não se exercer o direito de filiação à sua respectiva federação, somente criada pelo agrupamento de no mínimo cinco sindicatos, não dá o direito ao sindicato não filiado, por si só, de não cumprir, em tese, com a obrigatoriedade do repasse que seria devido para o custeio do sistema confederativo, mormente quando há o desconto em folha dos integrantes da categoria, sob pena de enriquecimento ilícito.

Ora, se ainda vigora o princípio da unicidade sindical, bom ou mal, é uma discussão que aqui não cabe.

Como bem destaca SAAD:

“A liberdade sindical, portanto, é limitada pelo princípio de que só pode haver um sindicato representando dada categoria, profissional ou econômica, na base territorial escolhida.” (CLT comentada, p. 339, Ltr, 1993).

O mesmo raciocínio se aplica às federações e confederações. Por isso, corretíssima a brilhante decisão do juiz comum em caso semelhante, cuja cópia foi oportunamente anexada pela autora:

“Não prospera a escusa do réu de que não é filiado à autora, uma vez que, por força do sistema confederativo sindical estabelecido no inciso IV, da Constituição Federal, é imediato e independente de vontade o vínculo do sindicato com a respectiva federação e desta com a confederação. Como visto, a autora é a Federação a que o réu deve se reportar” (sentença proferida nos autos do processo 1600/2004 - 3a. Vara Cível da Comarca de Araraquara - juiz prolator Marcus Vinicius Bachiega).

Assim fosse e praticamente nenhuma federação, legalmente reconhecida, poderia sobreviver. A reforma sindical que se aproxima, por exemplo, prevê a possível extinção da contribuição sindical compulsória, cujo repasse é obrigatório, independentemente de filiação. Nesse caso, sendo a autora a legítima representante da categoria, como ficaria sua fonte de receita, que depende de repasse das bases organizadas?

Arremata o jurista Francisco Antonio de Oliveira:

“... O inciso IV dispõe que cabe à assembléia geral fixar a contribuição devida que será descontada em folha. Não paira dúvida de que a categoria congrega todos os trabalhadores, sejam sindicalizados ou não. Disso resulta que pertencer à categoria e ser ou não sindicalizado são duas coisas distintas. Pertencer à categoria independe do trabalhador, posto que é uma questão de classificação. Já ser ou não sindicalizado é fator que depende da sua vontade... Todavia, se a assembléia geral fixar a contribuição, está será devida para toda a categoria, pena de afrontar-se conceitualmente o termo “categoria”. Categoria é o todo, associados e não associados e não somente associados.” (Comentários aos Precedentes Normativos e às Orientações jurisprudenciais do TST, ed. RT, 2004, p. 126)

O mesmo raciocínio serve para os sindicatos. Filiados ou não, vigorando o princípio da unicidade sindical, deveriam repassar as contribuições da categoria para a única Federação que os representa.

O argumento do requerido, pois, fica rechaçado, já que a origem da teoria da argumentação é falha em seu nascedouro. Semelhante teoria, infelizmente, também foi abraçada pelo STF (Súmula 666 - 09.10.03)

2. COBRANÇA DIRETA - SINDICATO x FEDERAÇÃO

Também não prospera o argumento do réu no sentido de que a ação deveria ser

interposta em face da Federação concorrente e que perdeu a representação da categoria em questão (FETAESP).

Os sindicatos que fazem parte do sistema reconhecido como uno e representante da categoria “empregados rurais assalariados”, aliás uma estratégia perfeita e inteligente da Federação autora, representando o “filão” da categoria em detrimento dos demais trabalhadores não assalariados, na esperteza da onda de especificação, estão sim, em tese, obrigados a repassar a parte destinada ao custeio.

Ao sindicato réu caberia, se fosse o caso, em ação regressiva, buscar o que fora indevidamente pago relativo ao período anterior ao reconhecimento judicial de sua legitimidade, com bem ponderou mais uma vez, de forma brilhante, o douto magistrado acima citado:

“...No entanto, não é desde a data de sua criação que a autora está autorizada a exigir do réu o repasse da parcela de contribuição confederativa por ele arrecadada, mas sim somente após 13 de outubro de 2003, quando normalmente foi notificada disso.

É a hipótese de aplicação do artigo 309 do CC/2002: “O pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda que provado depois que não era o credor” (idem, fl. 329)

Destarte, fosse devida a contribuição, entende-se que apenas em ação regressiva se poderia pleitear o pagamento de valores indevidamente repassados.

3. CONTRIBUIÇÃO CONFEDERATIVA - EFICÁCIA

Não obstante todas essas ponderações anteriormente lançadas e a despeito do equivocado entendimento cimentado no Precedente Normativo 119 do TST de que tais contribuições ferem o direito à plena liberdade sindical (cujo discurso terão que rever dentro em breve com a reforma sindical que há de vir), há muitos anos perfilho o entendimento de que a contribuição confederativa depende de norma regulamentadora por dois simples e óbvios motivos: sua aproximação com a natureza tributária, que ganhará força com a extinção do imposto sindical, e o abuso de direito configurado na grande maioria dos casos, a ponto de o Ministério Público do Trabalho ter conseguido êxito em extirpá-la na esmagadora atuação, estando a exigir uma lei regulamentadora em relação aos percentuais fixados (limites) e de repasse.

Não é crível admitir que os percentuais de repasse sejam decididos pela entidade sindical, sem nenhum parâmetro. A norma é de eficácia contida. Uma coisa é estabelecer a liberdade de fixação do percentual a ser descontado (desde que não caracterizado o abuso), o que de fato foi automaticamente autorizado pela Lei Maior. Outra é definir os percentuais de repasse.

No mínimo, deveria ter o entendimento dominante pautado pela recepção e aplicação analógica do sistema de repasse da contribuição sindical (CLT, 589), exceção, é claro, aos 20% repassados ao governo, que deveriam ser agregados ao sindicato de base.

Como é de fácil percepção, por esses fundamentos e não os anteriores, que também têm lógica jurídica aceitável, declara-se a improcedência total da ação, até que norma que há de vir venha regulamentar a norma constitucional de eficácia contida que estabelecerá o indispensável regulamento para que a cobrança de tal contribuição seja legal e viável.

Até que tal fato aconteça, devem as entidades sindicais se conscientizar da indispensável regulamentação e se abster de pressionar as empresas a descontar uma verba do trabalhador que, via de regra, tem sido objeto de condenação das empresas em devolução aos trabalhadores, via reclamação trabalhista.

Já é tardia a tomada de atitude para evitar condenações contra empresas que temem se manter devedoras e que acabam se tornando as piores vítimas desse esquema falido. Consignar em juízo e aguardar a decisão judicial quem sabe fosse um caminho diante da inércia e caminhos jurídicos tortuosos que perfilham os envolvidos.

Indefere-se, pois, o pedido principal.

4. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Defere-se os honorários advocatícios à parte vitoriosa, em razão da sucumbência total da autora, ora fixados em 15% sobre o valor atribuído à causa, corrigidos a partir da data do ajuizamento. (CPC, 20, IN TST no 27, art. 5º e Súmula 14 do STJ)

III - CONCLUSÃO

POSTO ISSO, o juízo da **VARA DO TRABALHO DE RANCHARIA/SP** julga **IMPROCEDENTE** a reclamação proposta por **FEDERAÇÃO DOS EMPREGADOS RURAIS ASSALARIADOS DO ESTADO DE SÃO PAULO**, em face de **SINDICATO DOS TRABALHADORES RURAIS DE QUATÁ**, rejeitando todos os pedidos formulados, nos termos da fundamentação, absolvendo o réu, que deverá receber 15% sobre o valor atribuído à causa a título de honorários advocatícios, corrigidos à data do efetivo pagamento, com juros mensais, na forma do art. 406 do CC/02, contados da data do ajuizamento.

Custas pelo requerente, calculadas sobre o valor atribuído à causa, equivalente a R\$ 10.000,00 no importe de R\$ 200,00. (**Observe a secretaria o decidido no item “B”**)

Intimem-se.

Nada mais.

MÁRI ÂNGELA PELEGRÍNI
Juíza Federal do Trabalho

DA JUSTA CAUSA

PROCESSO N° 383/04

Reclamante: RENATO LUÍS SALOMÃO

Reclamada: BANCO DO ESTADO DE SÃO PAULO-BANESPA

Aos (16) dezesseis dias do mês (05) de maio de (2005) dois mil e cinco, às (9:00) nove horas, sob a direção da MM. Juíza Federal do Trabalho, Dra. MÁRI ANGELA PELEGRINI, foram apregoados os litigantes:

Ausentes as partes.

Conciliação prejudicada.

Submetido o feito a julgamento, proferiu a Vara a seguinte:

SENTENÇA

I- RELATÓRIO

RENATO LUÍS SALOMÃO, qualificado à exordial, propõe ação trabalhista em face do BANCO DO ESTADO DE SÃO PAULO S/A - BANESPA, alegando, em síntese que: foi admitido em 16.03.83, na função última de gerente operacional através de concurso público; foi dispensado em 09.06.04 sob a alegação de cometimento de justa causa; não foram integrados à remuneração os valores decorrentes da venda de papéis de valores imobiliários recebidos pelo autor; faz jus aos convênios por força de cláusula normativa, bem como ao seguro desemprego. Postula os pedidos declinados às folhas 08/09, requerendo a condenação do réu ao pagamento dos mesmos, bem como em honorários advocatícios. Juntou procuração e documentos (fls. 10/77). Dá à causa o valor de R\$ 15.000,00.

A reclamada apresentou defesa escrita (fls. 82/93) argüindo, preliminarmente decretação de segredo de justiça e prejudicialmente a prescrição quinquenal; no mérito, aduz que a justa causa foi corretamente aplicada, pêlos motivos que indica, configurando ato de improbidade; a integração das comissões é incabível, inclusive pelo não recebimento na médica indicada e diante da eventualidade. Honorários advocatícios indevidos até pela provável improcedência da reclamação. Contesta, por cautela, todos os demais pedidos, requerendo a compensação e observação dos critérios que indica, caso sobrevenha alguma condenação. Juntou procuração e documentos (fls. 94/619).

Réplica - fls. 624/643.

Em audiência (fls. 670/673), foram colhidos os depoimentos pessoais. A despeito da determinação de inversão do ônus da prova (f l. 648), a expedição de cartas precatórias simultâneas, para oitiva das testemunhas das partes, não logrou observar tal intenção, o que, a rigor, não trouxe qualquer prejuízo aos demandantes, caracterizada pela falta de impugnação do autor, indo ao encontro da anterior indignação do réu. Seguiu-se a oitiva da única testemunha do reclamante (f l. 757), ante a desistência expressa da segunda, não localizada (f l. 377), bem como a única da reclamada (fls. 890/892).

Encerrada a instrução processual.

Razões finais pelo reclamante às fls. 983/989 e pelo reclamado às fls. 990/993.

Última tentativa conciliatória frustrada.

É o relatório. Decide Relator: Juiz SAULO EMÍDIO DOS SANTOS:

II FUNDAMENTAÇÃO

PRELIMINARES

A- SEGREDO DE JUSTIÇA

Defere-se a tramitação com reservas, haja vista o envolvimento dos nomes e

documentos de terceiros em relação ao processo, expondo-os no que tange a situação financeira particular, por analogia à lei que determina o sigilo bancário, bem como pela provável exposição do autor, em decorrência do ato de improbidade que lhe é imputado.

B- PREJUDICIAL DE MÉRITO - PRESCRIÇÃO

Declara-se a prescrição, oportunamente arguida, de eventuais direitos anteriores a cinco anos contados da data do ajuizamento da ação. Em relação a eles, extingue-se o feito, com julgamento de mérito.

01. JUSTA CAUSA

Incontroverso nos autos que o autor não seguiu as regras impostas pelo Banco reclamado, no que diz respeito a aprovação de limites de créditos nos cheques especiais dos clientes listados, incluindo o seu e de membros de sua família (dois irmãos citados), sendo que um deles movimentava conta corrente de pessoa jurídica (posto de gasolina) do qual, segundo consta, o autor participava, ainda que indiretamente, mormente em relação àqueles que estariam impedidos, inclusive, de manter limites de crédito, agregado ao chamado "cheque especial", a partir de renegociação de dívidas, em condições mais favoráveis (prazo elastecido e juros menores), cujas operações o banco rotula de REFIN.

As operações irregulares foram confessadas pelo demandante em sindicância administrativa interna, conforme declaração de fls. 519/524, corroboradas pela farta documentação anexada pela reclamada, bem como pela testemunha única do banco, ouvida por carta precatória. Não se vislumbrou, porém, qualquer constrangimento ou coação, não obstante o exagerado número de horas que o autor ficou prestando depoimento (das 10 às 15 horas aproximadamente), cerca de cinco horas, avançando em seu horário de almoço.

Contudo, entende-se que, excepcionalmente, para não haver prejuízo nas investigações tal ocorrência é aceitável, como de ordinário ocorre, por exemplo, com as audiências trabalhistas, quando é comum juízes, partes, testemunhas e advogados também verem desrespeitados o "sagrado" horário de almoço e descanso, cujo parâmetro legal, também é o limite de cinco horas (CLT, 813), como regra, podendo ser prorrogado por motivo de urgência. Não houve "inquisição" e sim investigação dentro do poder de fiscalização patronal.

Resta ao juízo analisar os requisitos e princípios que norteiam o ordenamento jurídico na aplicação da justa causa. Já que os fatos narrados tornaram-se incontroversos.

Destaque-se, de início, que as duas testemunhas ouvidas nada acrescentaram à prova documental. A indicada pelo banco (fls. 890/892) limitou-se a confirmar aquilo que, pessoalmente, detectou à frente da sindicância, materializada na documentação acostada. A indicada pelo reclamante (fl. 757), de forma evasiva, aparentemente amedrontada pela repercussão do caso, que muito provavelmente também contribuiu para o suicídio do colega do autor, dentro da própria agência, fato notório que, de fato, foi amplamente divulgado nos jornais regionais, além de a família do falecido (viúva e dois filhos menores), também estar demandando neste juízo em busca de direitos que entendem devidos, o que confirma a veracidade dos fatos noticiados.

Caso extremamente delicado! Coloca-se à julgamento a ruptura laboral, após duas décadas, de um empregado com 21 anos de serviços prestados ao banco reclamado, sob suspeitas, posteriormente confirmadas, de desrespeito às normas regulamentadas.

Mas, ao lançarmos mão dos princípios que informam o instituto da pena máxima, convenceu-se este juízo, inspirado pelo espírito de justiça, que o autor merecia uma chance de rever seu posicionamento que, sob o ponto de vista do julgador, ocorreu por conta, risco e culpa exclusiva da suposta vítima: o banco reclamado.

Não é crível que uma agência minúscula, situada na menor e menos populosa

cidade do Estado de São Paulo (Borá), motivo inclusive de inúmeras reportagens na mídia, inclusive televisiva, cuja reativação de uma antiga usina de álcool, provavelmente trará um número de trabalhadores maior do que a própria população da cidade (que não chega a mil habitantes), com apenas três funcionários, quando não dois, com movimento diário pequeno, pudesse ter sido negligenciada em fiscalizações mais amígdas, como de ordinário deve ocorrer, e de regra tem ocorrido, como as auditorias, no mínimo semestrais, como tem sido rotina nos bancos em geral.

É fácil perceber, e comprovado ficou, que a auditoria que se impõe como rotina, deixou de ser feita com a necessária regularidade. Enquanto o banco está dando lucro, nada precisaria ser investigado(?). Quando o índice de inadimplência sobe é que levaram a cabo tal investigação. Lucros acima do esperado também podem ser objeto de irregularidades.

Não se está a querer justificar o erro do autor. Um erro não justifica, em tese, outros que dele derivam. Ocorre que, a despeito do erro da administração em não fiscalizar os atos de seus prepostos, concorre com atitudes como a que se revela nos autos, também por conta da pressão notória que tem exercido sobre seus colaboradores, estabelecendo metas de vendas e necessidade de ampliação, a qualquer custo, do número de clientes. Pois, não bastasse os juros exorbitantes, estão a viver, cada vez mais, da cobrança excessiva de tarifas para qualquer atividade que exerçam, colocando-nos uma dúvida se, num curto espaço de tempo, não teremos que pagar para entrar em suas agências, até pelo ar que lá respiramos.

Se a meta desenfreada é angariar o maior número de clientes, nisso o autor e seus companheiros foram campeões! Segundo seu relato, não impugnado, praticamente metade da população da cidade estava vinculada ao Banco. Mérito do trabalho desenvolvido que, pelas normas, não impedia a captação de parentes. Muito pelo contrário, as vezes a incentivava pois, ser parente de um bancário de destaque em uma cidade pequeníssima, pode ser garantia de um retorno financeiro.

Errou o autor ao não cumprir as normas e manter cheques especiais para pessoas que não poderiam, em razão de estarem ou deveriam estar renegociando dívidas acumuladas (que se descontrolam na recessão que assola o país, inclusive por conta dos juros exorbitantes, somando aos penduricalhos “empurrados” pelo próprio Banco aos seus clientes, seguro de vida, previdência, carro, casa, etc).

Não seguir regras impostas pelo empregador, como por exemplo, o frentista do posto ou balconista de loja que não observa a necessidade de um pré cadastro ou não consulta o serviço de proteção ao crédito (quando ocorre a devolução de cheque), enseja a advertência para que não se repita. Em alguns casos, ensejando até se for o caso, desconto do salário dos ‘prejuízos (como tem entendido a jurisprudência, *desde que haja previsão no contrato pelos danos causados*).

O caso dos autos assemelha-se aos exemplos citados. O descumprimento de regras, o não preenchimento de ficha cadastral e as desvinculações, que se projetaram ao longo do tempo, não foram objeto de qualquer advertência.

Esta juíza, como ex-advogada de Banco, já deu parecer para a aplicação de muitas justas causas naquela época e após, como magistrada, manteve tantas outras de bancários onde se caracterizou, de fato, a improbidade.

Aqui, não houve desvio de dinheiro e nenhuma má fé que pudesse quebrar a confiança. Houve, ao contrário, uma prática relativamente comum na rede bancária. Cobertura de inadimplência de clientes que estão há anos ligados à agência, na esperança de que honrem os compromissos e saiam de crises que podem ser ocasionais.

O comitê-de-crédito, composto pelo funcionário que tirou a própria vida, quem sabe, pela pressão psicológica sofrida, inexperiente para o cargo - (ônus do empregador, que escolheu mal seu colaborador), não foi capaz de inviabilizar o descumprimento de

regras, em evidente boa-fé, mas que não retira a responsabilidade do banco.

Destaque-se ainda que a Regional acompanhava a evolução dos trabalhos diários e só após o acúmulo do “provável prejuízo”, já que a cobrança dos inadimplentes não se esgotou, caracterizou a culpa em suas duas modalidades: “in vigilando” (não fiscalizou em tempo de impedir a repetição da irregularidade), “in eligendo” (escolheu mal o integrante do comitê, não o munindo de membros experientes e capazes de inibir liberações fora das regras).

Por outro lado, o banco reclamado tem nítida noção da inexistência de prejuízo. Tanto que buscou colacionar e destacar em sua defesa apenas a quebra da confiança. Ocorre que o ato de improbidade se materializa pelo ato ímprobo. Homem probo é o homem honesto. Logo, a desonestidade do autor deveria ter sido robustamente comprovada.

Se “tapar buracos” de contas correntes de clientes, aumentar seus limites para camuflar inadimplências passageiras, e outras rotinas que desprezem a burocracia, (muitas vezes para tentar “salvar” situações provocadas, não raro, pelo próprio sistema, como já dito alhures, que incentiva a movimentação e utilização dos limites de cheques especiais) for crime, milhões de gerentes de banco no Brasil deverão ser enquadrados. (Noticia-se que este ano os brasileiros pagarão 156% de juros no cheque especial, 118% nos cartões de crédito, chegando algumas financeiras a cobrar de 275% a 500% ao ano).

A inadimplência seria totalmente previsível? Houve má fé? Houve locupletação ilícita por parte do autor? Enfim, foi desonesto a ponto de receber a pena máxima, após tantos anos de dedicação ao Banco?

São perguntas sem respostas claras que só podem desembocar na única via de justiça: pelo menos que tivesse a chance de sair do local de trabalho (onde entrou ainda jovem, com apenas 22 anos, e de lá saindo com mais de 40 anos), recebendo as verbas de direito, sem jogar-lhe uma mancha no seu nome, prejudicando ainda mais (sua idade já é um obstáculo) a sua reinserção no mercado de trabalho.

Afasta-se pois a justa causa à luz dos princípios da proporcionalidade, imediatidade e relatividade da justa causa, este último, com base na doutrina abaixo, que cai como uma luva ao caso concreto:

“A comumente chamada falta grave, pode, em certas circunstâncias de fato, dadas as características pessoais do empregado, as suas condições subjetivas, perante o seu empregador, a natureza do seu serviço, o ambiente em que a falta é cometida, a índole das relações que mantém com os seus colegas ou com os clientes da empresa (sic); pois bem, diante de todo êste(sic) conjunto que cerca e condiciona a prática da falta, pode ela ser considerada como leve e não justificativa da rescisão do contrato. Ao passo que a falta leve, em face dos mesmos critérios de julgamento, pode ser considerada grave, autorizando dêste(sic) modo francamente a despedida do empregado. Êste(sic) é o assunto que pode ser denominado de relatividade da falta grave” (grifo nosso).

...Contudo, não vem fora de propósito repisar a profunda relatividade da justa causa, que ora se transmuta de grave em leve e vice-versa, tudo dependendo das singulares circunstâncias de fato: meio, momento, espécie de serviço, intenção do agente, dano causado, suas relações com superiores, subordinados e colegas, seus antecedentes. Verdadeiro lugar comum entre os tratadistas a afirmação de que uma falta grave pode descaracterizar-se diante de um longo passado do empregado, com elogiosa e honesta prestação de serviço; enquanto uma falta leve, isoladamente considerada, poderá assumir caráter de gravidade, bastante para a dispensa, se colocada em confronto com o passado do agente, rixento, reincidente, desidioso ou de mau procedimento”. (Evaristo de Moraes Filho - A Justa Causa na Rescisão do Contrato de Trabalho - 3a Edição - LTR, pág. 143/144).

02. INTEGRAÇÃO DAS COMISSÕES

Analisando o que dos autos consta, verifica-se a habitualidade de pagamento de comissões através da sigla "SILI", nos extratos de conta do autor, inexistindo prova de que tais lançamentos não diziam respeito às comissões, conforme tese de defesa.

Em depoimento, alega a preposta do reclamado que a sigla "SILI" refere-se a vários tipos de operações. Também afirmou que a identificação dessas operações, poderiam ser feitas através do código. Ora, bastaria o reclamado anexar à defesa a relação dos códigos de lançamentos para a possível identificação, o que não fez, presumindo-se decorrentes de uma única fonte: venda de papéis.

Assim, defere-se a integração das comissões recebidas pelo autor na remuneração, pela média dos últimos 12 meses em relação a cada ano imprescrito, bem como seus reflexos em 13^ºs salários, férias + 1/3, licenças prêmios, aviso prévio, FGTS e 40%.

03. CONVÊNIO CABESP

O acordo coletivo banespiano homologado pelo TST, de fato, assegura aos empregados com mais de 20 anos 270 dias de vinculação aos convênios médico e hospitalar contratados pelo banco (cláusula 54^ª fl. 28) e não 180 como equivocadamente pleiteia o autor para empregados com até 20 anos de casa, já que o autor soma 21 anos e alguns meses.

Descaracterizada a justa causa, a aplicação da cláusula é inquestionável.

Pelo princípio da extrapetição que informa o processo laboral, há que se considerar um erro material (simples erro de digitação ou cálculo aritmético dos números lançados na penúltima linha de fl. 08), afastando a invocação da sentença "*ultra petita*", até porque o pedido não foi impugnado.

Ocorre que a demora no julgamento do feito (por conta também das cartas precatórias), bem como prováveis recursos, impede a inserção imediata do autor nos convênios.

Logo, sua reinserção deverá ocorrer imediatamente ao trânsito em julgado da fase de conhecimento, em 48 horas, sob pena de multa diária equivalente a 10% do salário mínimo por dia.

04. SEGURO-DESEMPREGO

Afastada a justa causa, defere-se a liberação de alvará judicial na época oportuna, para habilitação junto ao sistema e, em sendo negado administrativamente, a indenização equivalente às cinco parcelas, limitadas ao teto legal.

05. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Indevidos os honorários advocatícios. Adesão aos Enunciados 219 e 329. Destaque-se que este juízo entende inaplicáveis os artigos civilistas citados. Nada mudou na órbita trabalhista.

III- CONCLUSÃO

POSTO ISSO, o juízo da VARA DO TRABALHO DE RANCHARIA/SP declara prescrito eventuais direitos anteriores a 22.07.99, e julga PROCEDENTE EM PARTE a reclamação proposta por RENATO LUÍS SALOMÃO, em face do BANCO DO ESTADO DE SÃO PAULO S/A, acolhe, parcialmente, a pretensão deduzida, nos termos da fundamentação supra, para deferir ao reclamante o seguinte:

01. Reversão da justa causa em dispensa imotivada e conseqüente pagamento dos títulos rescisórios devidos, inclusive aviso prévio, 13^º salário, férias + 1/3 (integrais e

proporcionais), FGTS (8% e 40%), calculados pela maior remuneração, já acrescida da média das comissões recebidas nos últimos 12 meses, conforme abaixo;

02. integração das comissões na remuneração do autor, bem como os reflexos em 13^{os} salários, férias + 1/3, licenças prêmios, aviso prévio, FGTS (8% e 40%) (não em horas extras e DSR's, pois embora constante na causa de pedir fl. 07, não constou no rol de pedidos (alínea "e"), pela média duodecimal, inclusive no item 01 acima;

03. pagamento de indenização compensatória equivalente ao seguro desemprego (5 parcelas), em sendo indeferido administrativamente via alvará judicial;

04. inclusão nos convênios médico e hospitalar pelo período de 270 (duzentos e setenta) dias, em 48 horas após o trânsito em julgado, sob pena de multa diária de 10% do salário mínimo.

CRITÉRIOS DE CÁLCULOS INTEGRANTES DO DISPOSITIVO:

a) Contribuições previdenciárias, incidentes sobre os títulos que constituem salário-de-contribuição, inclusive do período de vínculo eventualmente reconhecido em juízo, pelo regime de competência, com adoção de alíquotas e teto pertinentes, restando autorizada a dedução nos meses respectivos. Posteriormente, sobre os valores assim identificados, incidirá atualização monetária e juros para efeito de recolhimento, que deverá ser comprovado nos autos, sob pena de execução direta. Deverá o empregador comprovar os recolhimentos de sua responsabilidade, anexando, se for o caso, comprovante de opção pelo SIMPLES arcando cada parte com sua cota, nos termos da legislação pertinente;

b) Contribuições fiscais (Imposto de Renda), incidentes sobre os títulos que a lei sujeita ao tributo, excluindo-se as de natureza indenizatória, tais como: aviso prévio, FGTS, férias indenizadas, multas e que deverá ser retido no momento próprio. Sobre o ganho do capital referente aos juros moratórios, apurado ao final na quantificação do valor (principal), haverá também a incidência de retenção para o fisco, adotando-se as alíquotas e teto pertinentes. Tal recolhimento deverá ser comprovado nos autos, sob pena de comunicação à Receita Federal;

c) Liquidação de acordo com a necessidade da execução (cálculos, arbitramento ou artigos), atualizando-se os valores até a data do efetivo pagamento, com a aplicação do índice de correção monetária correspondente ao mês do efetivo pagamento (5^o dia útil do mês subsequente - OJ 124 do TST, ou próprio mês, quando bancários), e a aplicação da taxa de juros simples de 1% ao mês, contados da data do ajuizamento da ação ou, no caso de parcelas vincendas, do respectivo vencimento, destacando-se as parcelas de juros e principal, bem como, os importes devidos ao fisco e previdência;

d) exclusão de eventuais períodos de afastamentos, faltas, férias e portanto somente os dias efetivamente trabalhados para efeito de pagamento das horas extras principais;

e) compensação dos valores pagos aos mesmos títulos, sob pena de enriquecimento ilícito;

f) observação da evolução salarial, se constante dos autos e na ausência o último valor já atualizado, composta por todas as parcelas de natureza salarial (E. 264 do TST), inclusive gratificações diversas.

Custas pelo reclamado, calculadas sobre o valor ora arbitrado à condenação equivalente a R\$50.000,00, no importe de R\$1.000,00.

Intimem-se.

Nada mais.

MÁRI ÂNGELA PELEGRINI

Juíza Federal do Trabalho

DANOS MORAIS E MATERIAIS. REINTEGRAÇÃO. DOENÇA CARDÍACA GRAVE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA

PROCESSO N° 189/03

Vara do Trabalho de Rancharia

Reclamante: RICARDO ANTONIO BERTOLI SANTANA

Reclamado: BANCO BRADESCO S/A

Aos seis (06) dias do mês de fevereiro (02) de dois mil e quatro (2004), às oito horas (08:00), sob a direção da MM. Juíza Federal do Trabalho, Dra. **MÁRI ÂNGELA PELEGRINI**, foram apregoados os litigantes:

Ausentes as partes.

Conciliação prejudicada.

Submetido o feito a julgamento, proferiu a Vara a seguinte:

SENTENÇA

I- RELATÓRIO

RICARDO ANTONIO BERTOLI SANTANA, qualificado à exordial, propõe ação trabalhista em face de BANCO BRADESCO S.A., alegando, em síntese que: prestou serviços no período de 21.05.84 a 28.05.01, na função última de caixa; foi despedido sem justa causa; a nulidade da dispensa se impõe em razão dos motivos que indica, requerendo sua reintegração; pelos constrangimentos que sofreu, a indenização por dano moral e material há que ser deferida, superada a polêmica sobre a competência para apreciar tais pedidos; as horas extraordinárias não foram corretamente pagas; pela substituição operada, faz jus às diferenças decorrentes do salário do substituído; não recebeu o devido adicional de transferência. Postula os pedidos declinados às folhas 67/69, requerendo a condenação do réu ao pagamento dos mesmos. Requer, ainda, a concessão dos benefícios da justiça gratuita, condenação em honorários advocatícios e aplicação do art. 467 da CLT. Juntou procuração e documentos (fls.72/241). Dá à causa o valor de R\$ 15.000,00.

Notificada (fls.249), a reclamada apresentou defesa escrita (fls.251/302), na qual argüiu, preliminarmente: incompetência material da Justiça do Trabalho para apreciação dos pedidos de danos morais e materiais, inépcia dos pedidos que indica e carência de ação por falta de interesse processual; invoca a prescrição quinquenal. No mérito, aduz que: o sistema eletrônico de ponto não deixa margem à dúvidas quantos a exatidão dos controles e as horas efetivamente realizadas foram anotadas e pagas, negando a execução de serviços externos, bem como a pretensa substituição; não foi transferido provisoriamente e tal condição estava prevista implicitamente em seu contrato; rechaça uma pretensa estabilidade provisória por conta da doença alegada, bem como eventual dever de indenizar por danos morais ou materiais. Contestou, por cautela, todos os demais pedidos, inclusive honorários advocatícios. Juntou procuração e documentos (fls. 303/429).

Réplica às fls. 431/460.

Decisão interlocutória do juízo, rejeitando as exceções/preliminares (fls. 461/463 - III vol.).

Audiência de instrução às fls. 468/470, onde foi indeferida a prova pericial, bem como colhido o depoimento pessoal do autor e oitiva de uma testemunha do mesmo, sendo que a do réu foi ouvida por carta precatória (fls. 611/612 - IV vol.).

Razões finais do reclamado às fls. 617/622.

Última tentativa conciliatória frustrada.

É o relatório.

Decide-se:

II- FUNDAMENTAÇÃO

A- EXCEÇÕES/ PRELIMINARES

Ratifica-se a decisão de fls. 461/463. Prejudicado

B- PREJUDICIAL DE MÉRITO- PRESCRIÇÃO

Acolhe-se a prejudicial oportunamente argüida, declarando-se prescritos eventuais créditos anteriores a cinco anos da data do ajuizamento do feito.

MÉRITO

01. ESTABILIDADE POR EQUIPARAÇÃO AO AIDÉTICO - DOENÇA CARDÍACA GRAVE - POSSIBILIDADE

Incontroverso nos autos a doença cardíaca grave descoberta pelo autor e documentada fartamente e detalhadamente nos autos, admitida inclusive pela reclamada que, após se posicionar melhor sobre a correta intenção do autor, deixou de lado a tese do nexos causal da doença profissional ou acidente por equiparação, muito embora tenha registrado protestos na ata que indeferiu a prova pericial, pelo juízo substituto de então, que, de forma inteligente e a tempo, observou a incoerência da sinalização da possibilidade de tal diligência, a partir da decisão interlocutória prolatada por esta magistrada que ora sentenciada, de forma evidentemente equivocada.

Com a razão o diligente juiz substituto. Se não havia na inicial intenção de provar o elo entre a doença do autor com qualquer doença profissional ou do trabalho, equiparando-a ao acidente para efeito de gozo do benefício do auxílio-doença acidentário, na busca de possível estabilidade provisória, não seria aceitável e nem lógico realizar perícia médica para buscar provar aquilo que em nenhum momento o autor afirmara ter existido: um nexos de causalidade entre sua doença e o trabalho exercido.

Aliás, nessa linha de raciocínio chegou o próprio réu, no destaque que fez ao rotular a causa como genética, chamando a atenção para o fato de um irmão do reclamante já ter falecido por morte súbita, acometido por mal semelhante (fls. 290 - vol. II).

Com respaldo no direito constitucional, direito comparado e princípios gerais de direito, em brilhante peça, a patrona que o representa o autor, por conta do sindicato assistente da categoria, tece considerações sobre a possibilidade de reintegração, desafiando o juízo a inovar e entregar a prestação jurisdicional à luz de princípios informadores da justiça ideal e não com base na legislação formal, face a lacuna deixada pelo legislador pátrio, quando, diante do quadro de instabilidade trazido pela flexibilização, fruto do capitalismo selvagem, fez o Congresso Nacional recuar e denunciar a Convenção 158 da OIT que, no curto período de sua vigência, fez sonhar muitos trabalhadores com a possibilidade de ver acobertado o segundo maior bem do homem que viabiliza sua dignidade: a estabilidade no emprego, sendo o primeiro: o direito ao pleno emprego.

Obviamente que não se está a sonhar em fazer justiça sem um suporte no ordenamento jurídico, nem com “chapéu alheio”.

Agem assim, parece-nos, aqueles que estão enfileirados com aqueles que, sem atinar para o alcance da base jurídica rotulam e criticam os simpatizantes do chamado direito alternativo, não visualizando que, no fundo, o que querem tais aplicadores do direito é apenas não fugir da justiça no caso concreto, utilizando-se dos recursos da equidade e a interpretação plena de todo o ordenamento jurídico.

Foi exatamente com base nestes recursos que este juízo se convenceu de que, não reintegrando o autor naquele que se vangloria ser o maior banco privado do país, estaria se

afastando da Justiça, mesmo sabendo que existe grande chance de reforma da decisão, ocorrência da qual deverá ser alertado o autor.

Não é fácil desgarrar das amarras impostas pela legalidade aparente. Ainda que se saiba que o direito a estabilidade definitiva, no Brasil, fora banido e negociado no Congresso Nacional, bem como, até hoje, decorrido mais de 15 anos da promulgação da Carta Política de 1988, ainda não se tenha regulamentado o direito da proteção contra a despedida arbitrária (o que provavelmente não ocorrerá), ficando a indenização compensatória das disposições “transitórias” do regime do FGTS imposto como a arma de pequeno alcance para tal proteção, até hoje postergada, cabe ao Poder Judiciário utilizar-se dos meios de interpretação e integração do direito, para fazer valer aquilo que até hoje tem sido sonogado ao bom trabalhador brasileiro (reconhecemos que nem todos mereçam tal desiderato): a estabilidade conquistada.

É o caso dos autos. Aqui, temos um empregado que dedicou quase duas décadas de sua juventude ao empregador (1984/2001), mais precisamente 17 (dezesete) anos de sua existência, tempo infinitamente maior do que tem durado os casamentos na atualidade. Não se trata de um empregado qualquer. Passando por várias crises financeiras e períodos de recessão, certamente dedicado e produtivo, foi capaz de manter seu posto de trabalho, ultrapassando as greves da década de 80 junto a um dos empregadores mais exigentes, demonstrando, sem sombra de dúvida, que merecia amparo no momento em que mais precisaria estar ligado a uma relação: quando a doença - genética ou não - lhe assola.

Mais do que o emprego, que lhe faça esquecer o mal que lhe ronda e que a qualquer momento pode lhe retirar a vida, preenchendo seu tempo, precisa do benefícios indiretos e paralelo de que até então dispunha: o plano de saúde e seguro de vida, para os quais também contribuiu ao longo de vários anos - aliás - quem sabe um dia, algum legislador irá acordar e impedir que tais convênios possam ser extintos com a relação de emprego, certo seria que, após um período “x” de contribuição e mesmo os ex-funcionários pudessem manter as mesmas condições, desde que continuassem pagando tais planos de forma independente.

Quanto a polêmica no sentido de a reclamada ter ou não ciência do estado de saúde do autor, já que seu atestado de saúde ocupacional de fls. 328 (feito dentro do prazo do periódico e dispensando o demissional), lhe considerou apto, é importante frisar que tal rotina não retira a gravidade do fato.

Ocorre que, como é público e notório, tais exames de rotina, normalmente feitos em médicos credenciados pela própria empresa, não são minuciosos como deveriam. Infelizmente, sequer fazem os exames básicos. Na maioria das vezes, limitam-se a perguntar ao próprio interessado qual o seu estado de saúde.

Ademais, ficou claro pelo depoimento da testemunha do reclamante, na qualidade de superior hierárquica, chefe de serviço, que tinham ciência de que o mesmo sofria de problemas cardíacos e, embora tenha dito que desconhecia a gravidade da doença (e nem tinha obrigação de saber), reconheceu que o mesmo consultava o médico a cada seis meses.

Logo, a doença existia, os colegas de trabalho sabiam e, detectar a extensão da gravidade não era problema do autor. Caberia ao réu zelar pela saúde de seus funcionários e impedir desligamentos de empregados em situações peculiares que, como ficou provado nos autos pelos documentos juntados com a inicial, era de tal monta que viabilizou sua inserção no auxílio doença e lhe tornou um candidato em potencial a uma possível aposentadoria por invalidez.

Todos sabem o quanto é difícil a conquista de um benefício junto ao INSS. Se o autor conseguiu, logo após sua dispensa, não é crível que tenha fabricado a doença em tão curto espaço de tempo.

Concluindo: a doença existia! Independe pois, se a reclamada sabia ou não. A responsabilidade é objetiva. Se não sabia é porque o médico falhou na investigação de rotina. Responsabilidade sua caracterizada.

Não bastasse, a discriminação está reforçada com a prova oral pois, segundo a testemunha do autor, não houve redução do quadro e nenhum problema financeiro a justificar a dispensa do mesmo, tanto que confirma que, da saída do reclamante e da depoente, nenhum outro funcionário fora desligado (fl. 469).

Em somatória, a própria testemunha do reclamado afirma que houve contratação de outro empregado a um menor custo no lugar do autor (fl. 612), o que reforça a tese da inicial quanto ao descarte do demandante, sem necessidade de redução de quadro ante a reposição imediata.

Finalmente, por entender que o empregado em tela, se assemelha, pela gravidade da doença, de fato, ao aidético, que vive com a expectativa de que poderá morrer em curto espaço de tempo, ou sobrevivendo, será um dependente dos planos de saúde, não há como negar o pedido de reintegração, que ora se defere, ao crivo da superior instância, bem como os pedidos acessórios, consoante melhor será detalhado no dispositivo.

02. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS

Na mesma linha de raciocínio, se a responsabilidade por averiguar e constatar o estado de saúde de seus funcionários é da empresa reclamada, não há como negar que com o ato da dispensa do trabalhador, em estado de saúde deplorável, impediu seu amparo junto ao plano de saúde e, ocorrendo o sinistro, poderá impedir seus familiares de utilizarem seu seguro de vida.

Constrangendo-o a uma situação de total desamparo no momento em que mais precisava de apoio, o dano moral decorrente está caracterizado.

Não depende de prova mais substancial. A lógica permite a qualquer um de nós colocarmos-nos na situação do autor e, simplesmente, calcular sua dor.

Doente e sem possibilidade de recursos, além de não poder trabalhar, teve que suportar o desamparo narrado. Por outro lado, o reclamado não provou que o autor estivesse em plena atividade junto a uma pequena empresa da família e ainda que estivesse, em nada alteraria o quadro.

O dano moral presente, pela dor do desamparo, também é seguido pelo dano material, na medida em que teve que contar com sua sorte para se valer dos (se é que ainda lhe restaram ante os compromissos regulares), créditos do desligamento, tendo que desembolsar numerários para se tratar ou, quem sabe, utilizar-se dos poucos serviços de saúde oferecidos pela rede pública.

Fixa-se, portanto, a indenização pelo dano moral e material da ordem de 450 salário mínimos, equivalente nesta data a R\$ 108.000,00 (cento e oito mil reais), atualizáveis e acrescidos de juros da data do ajuizamento e não como requerido na inicial, com base no salário do autor, para cada um dos anos, à luz da vedação do enriquecimento ilícito, eis que o arbitramento, aproximando-se das apólices de seguro médio por morte natural, nos parece bastante razoável.

03. HORAS EXTRAS E REFLEXOS

Não obstante as considerações detalhistas do patrono do reclamado em relação a fidelidade dos controles eletrônicos de jornada, a experiência tem demonstrado que mesmo estes sistemas se submetem ao crivo das chefias e podem ser adulterados, como confirmou a testemunha única do autor. Ora quando não se passa o ponto, viabilizando correções

manuais, ora quando se passa o cartão magnético, e a exemplo dos antigos cartões mecânicos, retornam os trabalhadores aos seus postos de trabalho.

Não há como afastar a veracidade da prova oral, ainda com testemunha única e em contradição gritante com a testemunha do réu. À luz do princípio *in dubio pro operario*. Acresça-se que a subordinação atual da testemunha da série empresarial traz ao seu depoimento um verniz que pode ser quebrado pela fala de testemunhas mais independentes e fora da submissão patronal.

Na valoração da prova pelo juízo, prevalece o convencimento de quem nem toda a jornada extraordinária fora anotada. Existem horas anotadas e pagas, mas não na proporção informada pela testemunha que restringiu a extrapolação aos dias de pico (8/9 por mês), dando maior credibilidade à sua fala.

No transporte de numerário, confirmado pela testemunha, antes do início da jornada, não foi possível esclarecer quanto tempo o autor demorava na agência do Banco do Brasil, deferindo-se-lhe, apenas, mais 20 minutos por dia, incluído o tempo de percurso e à disposição do reclamado, eis que iniciava sua jornada antes do horário previsto, em serviços para o banco, também durante 8 dias no mês.

Na compensação não houve prova de extrapolação fora do expediente.

Assim, com base nessa prova, restrita ao período em que o autor prestou serviços na Agência de Rancharia e Quatá, fixa-se a média de 40 minutos de horas extras por dia, ao final da jornada e mais 20 no início, apenas nos dias de pico, definidos em 8 por mês, totalizando 60 minutos ou 1 hora por dia.

Defere-se o principal e acessórios, nestes termos, com reflexos nas verbas de praxe, excluindo-se os sábados (E. 113 do TST).

04. SALÁRIO DO SUBSTITUÍDO

É a própria substituída quem veio depor a favor do autor, não deixando dúvidas quanto a substituição do reclamante em suas férias, assumindo boa parte de suas responsabilidades. De menor importância o fato de algumas de suas tarefas serem distribuídas a outros colegas, pois as mais importantes ficaram com o reclamante, segundo depoimento da testemunha da própria reclamada.

Como o pedido se refere às férias do período de julho/98, o deferimento fica limitado ao mesmo, destacando-se que a nova redação do E. 159 do TST espancou as dúvidas quanto a substituição no período de férias, que passa a não ser considerado eventual.

05. ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA

O reclamado não comprovou que as transferências tenham ocorrido por real necessidade de serviço e nem que tal cláusula estivesse implícita na função do autor. Não exercente de cargo de confiança, na condição de caixa, cuja fixação normalmente é a regra, não há como presumir esta condição em seu contrato.

Defere-se o adicional de 25% sobre o salário (cuja composição/integração para fins de base de cálculo será definida abaixo), para todo o período em que esteve prestando serviços nas agências de Quatá e em Bastos, haja vista que este juízo não concorda com a diferenciação doutrinária quanto a uma possível transferência definitiva ou provisória (não cabe distinção onde a lei não distingue).

06. FIXAÇÃO DA REMUNERAÇÃO - BASE DE CÁLCULO

Para fins de cálculos de todas as verbas deferidas, a remuneração do autor será composta das seguintes verbas: ordenado, adicional de tempo de serviço e gratificação de função.

07. JUSTIÇA GRATUITA E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Defer-se ao reclamante os benefícios da justiça gratuita requerida, por entendermos aplicáveis simultaneamente ao processo do trabalho as Leis 1.060/50 e 5.584/70. Interpretação contrária e restritiva, afasta-se dos objetivos sociais da lei, ensejando desigualdade entre os litigantes. Ademais, a condição de saúde, indica, por si, a fragilidade econômica do obreiro (declaração de fls. 73).

Devidos os honorários advocatícios, eis que presentes os requisitos legais, inclusive assistência sindical, da ordem de 15% sobre o total da condenação.

08. ART. 467 DA CLT

Inexistem verbas incontroversas. Improcede.

III- CONCLUSÃO

POSTO ISTO, a **VARA DO TRABALHO DE RANCHARIA/SP**, rejeita as preliminares, acolhe a prescrição dos créditos anteriores a cinco anos da data do ajuizamento (22.05.98) e julga **PROCEDENTE EM PARTE** a reclamação proposta por **RICARDO ANTONIO BERTOLI SANTANA**, em face de **BANCO BRADESCO S.A.**, acolhendo, parcialmente, a pretensão deduzida, declarando-se a nulidade da rescisão operada, nos termos da fundamentação supra, para deferir ao reclamante o seguinte:

01. Reintegração no emprego com pagamento dos salários vencidos e vincendos até o transitado em julgado e a efetiva data da reintegração, sob pena de multa diária de 5% do salário mínimo, com todas as vantagens salariais eventualmente concedidas no período aos empregados da ativa, inclusive férias + 1/3 e salários trezenos do período, bem como depósitos do FGTS, recolhimentos previdenciários e demais verbas decorrentes do pacto, como se não houvesse sido feita a rescisão, inclusive restabelecimento dos planos de saúde e seguro de vida, sem carência (pedido implícito na expressão do pedido “como se ainda estivesse na ativa” e à luz do princípio da informalidade materializado no art. 840, § 1º);

02. Indenização por danos morais e materiais equivalente a 450 salários mínimos, nesta data no valor de R\$ 108.000,00 (cento e oito mil reais);

03. 1 (uma) hora extra por dia em 8 dias por mês, com reflexos em todas as verbas de praxe, inclusive domingos e feriados, com exclusão dos sábados e, no caso de reforma do julgado, também sobre as verbas rescisórias;

04. Diferença entre o salário do autor e o da funcionária indicada, no período de 03.07.98 a 22.07.98; e

05. 25% de adicional de transferência por mês em todo o período imprescrito em que o autor prestou serviços na cidade de Quatá e Bastos.

Ao sindicato assistente:

01. 15% a título de honorários advocatícios sobre o total da condenação.

CRITÉRIOS DE CÁLCULOS INTEGRANTES DO DISPOSITIVO:

a) Contribuições previdenciárias, incidentes sobre os itens n.ºs 01, 02, 03, 04 e 05 arcando cada parte com sua cota, nos termos da legislação pertinente;

b) Contribuições fiscais (Imposto de Renda), incidentes sobre títulos que a lei sujeita ao tributo, que deverá ser retido no momento próprio;

c) Liquidação de acordo com a necessidade da execução (cálculos, arbitramento ou artigos), atualizando-se os valores até a data do efetivo pagamento, com a aplicação do índice de correção monetária correspondente ao mês da época própria (mês do efetivo pagamento) e a aplicação da taxa de juros simples de 1% ao mês, contados da data do ajuizamento da ação ou, no caso de parcelas vincendas, do respectivo vencimento.

d) Divisor 180 e 50% de adicional de horas extras, com observância dos dias efetivamente trabalhados, excluindo-se férias, afastamentos, feriados, etc. que coincidam com os primeiros 8 dias do mês/pico;

e) Compensação de valores pagos ao mesmo título, desde que coincidente os períodos, inclusive em relação aos valores recebidos no termo de rescisão, caso anulada a dispensa em grau recursal

Custas pela reclamada, calculadas sobre o valor de R\$ 100.000,00 ora arbitrado à condenação, no importe de R\$ 2.000,00.

Intimem-se. Nada mais.

MÁRI ÂNGELA PELEGRÍNI
Juíza Federal do Trabalho

COMPETÊNCIA. SINDICATO. SUBSTITUTO PROCESSUAL

PROCESSO RT-00198-2004-761-04-00-9 - ORDINÁRIO

Vara do Trabalho de Triunfo

Reclamante: Sindicato dos Bancários e Financeiros do Vale do Caí

Reclamado: Banco do Brasil S/A

Aos vinte e oito de junho do ano de dois mil e cinco, às 16h, estando aberta audiência na **Vara do Trabalho de Triunfo**, com a presença Exmo Sr. Juiz do Trabalho, Walther Fredolino Linck, são apregoadas as partes, para audiência de leitura e publicação de sentença: **Sindicato dos Bancários e Financeiros do Vale do Caí** (reclamante) e **Banco do Brasil S/A** (reclamado). Ausentes partes e procuradores.

VISTOS, ETC.

SENTENÇA

Sindicato dos Bancários e Financeiros do Vale do Caí ajuíza ação trabalhista contra **Banco do Brasil S/A** em 31/08/2004, postulando postulando a declaração de nulidade da alteração contratual, restabelecimento aos substituídos o direito ao anuênio de 1% sobre o vencimento padrão com implantação em folha de pagamento e observância dos reajustes salariais contratuais e normativos já concedidos; pagamento das diferenças salariais mensais decorrentes da aplicação dos anuênios a partir de 01.09.1999 até a efetiva implantação dos valores em folha; pagamento dos reflexos nas férias com 1/3, nos 13º salários, gratificação semestral, participação nos lucros e resultados e contribuições para PREVI, em parcelas vencidas e vincendas; pagamento de FGTS de 8% sobre todas as verbas postuladas e deferidas ou de 11,2% na hipótese de desligamento do empregado. Pede, por fim, a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita e honorários advocatícios. Dá à causa o valor de R\$ 15.000,00.

A reclamada comparece e contesta o feito às fls. 36/56.

O autor manifesta-se às fls. 271/280.

Realizada perícia contábil cujo Laudo é juntado às fl. 289/300 e complemento às fls. 319/322.

O autor se manifesta às fls. 304/308 e 325/326 e a reclamada às fls. 314/315 e 329/330.

Sem outras provas, foi encerrada a instrução com razões finais remissivas pelo autor e orais pela reclamada.

As tentativas de conciliação resultam inexitasas.

É o relatório.

ISTO POSTO:

PRELIMINAR:

1- DA INCOMPETÊNCIA RATIONE PERSONAE

A reclamada argüi a incompetência *ratione personae* dizendo que a reclamada possui quadro de carreira organizado em âmbito nacional e por isso a competência originária para apreciação do feito é o Tribunal Superior do Trabalho.

Não lhe assiste razão.

Afasto a preliminar porque o Sindicato-autor busca direitos de seus substituídos na área de sua abrangência territorial e, o fato de ter e ré quadro de carreira nacional não impede que o Sindicato ingresse com ação nesta unidade, ademais o Sindicato está

buscando direito decorrente de cláusula normativa suprimida e não a aplicação do Acordo Coletivo como um todo.

2- DA INCOMPETÊNCIA DA VARA DO TRABALHO RATIONE LOCI E RATIONE MATERIAE

A reclamada argüi a incompetência da Vara do Trabalho para apreciar dissídios coletivos de questão territorial.

Não lhe assiste razão.

Como já referido supra, o Sindicato autor está buscando direito suprimido decorrente de norma coletiva e sob sua interpretação quer a incorporação nos contratos individuais de seus substituídos. Porém o Sindicato autor não está buscando modificação do dissídio coletivo. Portanto, esta Vara do Trabalho é competente para a apreciação do feito ainda mais considerando a recente promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04 que ampliou significativamente a competência desta Justiça Especializada, quanto porque os substituídos trabalharam na área de jurisdição desta Vara.

3- DA INÉPCIA DA INICIAL:

A reclamada argüi a inépcia da inicial pela ausência do rol de substituídos.

Não lhe assiste razão.

Quanto ao rol de substituídos, ante a revogação do Enunciado 310 do Colendo TST a matéria resta superada e sendo, portanto, desnecessária a juntada de rol dos substituídos.

4- DEFEITO DE REPRESENTAÇÃO/SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL:

A reclamada argüi defeito de representação e inexistência de substituição processual.

Não lhe assiste razão, eis que a matéria pleiteada é diversa daquela apontada pela reclamada em preliminar. Afasto a preliminar porque a categoria deliberou pela **“autorização à Diretoria do Sindicato para demandar judicialmente, durante todo o mandato atual, visando reparar danos aos diretos dos bancários”**, conforme documento juntado à fl. 08.

E com relação à substituição processual, o art. 872 Consolidado garante ao Sindicato a prerrogativa de atuar como substituto processual.

5- DA ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM:

A reclamada argüi a ilegitimidade ativa *ad causam* pelo fundamento de que o Sindicato autor estar buscando cumprir cláusula normativa inexistente.

Não lhe assiste razão porque como já referido supra, o Sindicato autor busca direito suprimido decorrente de norma coletiva e sob sua interpretação quer a incorporação nos contratos individuais de seus substituídos.

MÉRITO:

1- DA PRESCRIÇÃO:

Tendo o Sindicato-autor ajuizada a ação em 31.08.04, buscando direitos que entende devidos apenas a partir de 01.09.1999, inexistente prescrição a ser declarada.

2- DOS BIÊNIOS/REFLEXOS:

Requer o Sindicato-autor a declaração de nulidade da alteração contratual, restabelecimento aos substituídos o direito ao anuênio de 1% sobre o vencimento padrão com implantação em folha de pagamento e observância dos reajustes salariais contratuais e normativos já concedidos. Requer, também, o pagamento das diferenças salariais mensais decorrentes da aplicação dos anuênios a partir de 01.09.1999 até a efetiva implantação dos

valores em folha .

A reclamada defende-se aduzindo que a parcela é decorrente de norma coletiva e por isso não incorpora ao contrato individual do trabalhador, citando doutrina e jurisprudência.

Quanto ao tempo de duração dos contratos coletivos e sua aderência ao contrato individual de trabalho, a doutrina divide-se em três correntes:

Primeira: aderência irrestrita - exemplos os arts. 444 e 619 da CLT;

Segunda: interpretativa - exemplos Enunciado 277 do TST e

Terceira: aderência limitada por revogação - exemplo art. 1º da Lei 8.542/92.

Arion Sayão Romita (in Integração das Cláusulas da Convenção Coletiva aos Contratos Individuais, Revista O Trabalho, Julho/2000) ensina que ***“uma primeira corrente sustenta que, finda a vigência da convenção, as cláusulas normativas se incorporam aos contratos individuais; outra corrente, porém, afirma que as cláusulas normativas dos convênios vigem apenas durante o prazo de duração do instrumento, perdendo a eficácia após o respectivo termo final.***

A corrente doutrinária e jurisprudencial prevalecente apega-se às noções de direito adquirido e de inalterabilidade das condições contratuais para concluir pela sobrevivência das normas coletivas no plano das relações individuais iniciadas antes do término de vigência do convênio coletivo.

(...)

A corrente oposta-minoritária, é verdade - nega a inserção das vantagens previstas por convênios coletivos nos contratos individuais, com fulcro na predeterminação do prazo de vigência. Nenhum preceito legal autoriza a projeção dos efeitos das cláusulas normativas para além do termo final do convênio. Com a extinção do convênio, perecem os benefícios por ele previstos, os quais não se incorporam aos contratos individuais, já que também nenhum preceito legal determina tal incorporação. Inaceitável é a tese do direito adquirido, mercê da eficácia temporária do instrumento normativo”.

Raymundo A. C. Pinto (in Enunciados do TST comentados, Edição do Autor, Salvador, 1990) ao analisar o Enunciado 277 do TST afirmou que:

“No âmbito trabalhista, sempre foi um princípio aceito sem maiores discussões o de que o empregado, uma vez beneficiado com uma certa vantagem (seja em acordo ou convenção coletiva, sentença normativa ou norma interna da empresa) terá essa medida incorporada ao seu contrato de trabalho, não podendo ser retirada, sob pena de violação do art. 468 da CLT. Com base em tal princípio, o TST editou Enunciados 51 e 288. A interpretação acima, com a generalização que ressaí do seu texto, contrária, frontalmente, o que antes era considerado pacífico na doutrina e na jurisprudência. Há que ressalvar o fato de que determinados benefícios são mesmo de natureza temporária. Por outro lado, quem é admitido após a supressão de uma vantagem não pode invocar normas já revogadas. O perigo está em consagrar entendimento tão genérico...”.

Tal situação foi modificada em face da Lei 8.542, de 23 de dezembro de 1992 que em um de seus artigos autorizava a incorporação. Porém, a Medida Provisória nº 1.620-38, de 12 de junho de 1998 revogou parte do artigo.

Nestalinha de raciocínio, o Juízo Trabalho Eurico Cruz Neto afirma ***“ que os direitos contidos nas cláusulas oriundas de convenções e acordos coletivos, anteriormente a 28.7.95 são insuscetíveis da supressão, a não ser por disposições expressas inseridas nessas espécies de fonte de direito material, sem qualquer limitação no tempo quanto à eficácia, mantida a inalterabilidade, inclusive quanto às sentenças normativas.***

Contrario sensu, a partir da Medida Provisória em questão, não há se falar em manutenção de cláusulas preexistentes de convenções ou acordos pactuados a partir de 28.7.95, aplicável o Enunciado nº 277 do TST, e com relação aos empregados admitidos em etapa posterior a este marco no tempo, farão jus aos direitos até o fim da data-base” (in *Manutenção de Cláusulas Preexistentes - Direito Adquirido ...*, Revista LTr, Vol. 59, nº 11, novembro de 1995).

Tal como exposto, tem-se posicionamentos para todas as correntes o que torna o tema cada vez complexo. E neste sentido lanço as palavras do advogado e membro do Coletivo Jurídico da CUT/RS, Renato Kliemann Paese quando afirma que *“umadas maiores preocupações dos operadores do direito que assessoram a negociação coletiva de trabalhadores sempre foi a de defender a incorporação, aos contratos individuais de trabalho, das cláusulas existentes nas normas coletivas da categoria, até que novo instrumento coletivo viesse a vigorar”*.

O professor Valentin Carrion (in *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho - 25ª ed. atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2000. Pp. 614/615*) resume os posicionamentos diversos ao ensinar que ***“a doutrina européia, uma parte da brasileira e o TST (Súmula 277) recusam essa sobrevida; entre eles Campos Batalha e Orlando Gomes. A incorporação definitiva aos contratos de trabalho é repelida por Octavio Bueno Magno (“Convenção Coletiva do Trabalho”) e Arion Sayão Romita. O argumento de que todas as vantagens se integram definitivamente ao patrimônio do empregado é verdadeiro apenas em parte, pois, tratando-se de norma provisória (a termo) e de alteração promovida pela fonte de direito que a institui e não mero capricho de empregador, o princípio se enfraquece. Ainda é verdade que outros princípios contemporâneos se opõem à sobrevida dos efeitos das normas coletivas mortas, como lembra Orlando Teixeira da Costa (“Sobrevivência ...” Ver. *Synthesis* 10/101, 1990), que são o de dar-se todo o prestígio à convenção coletiva nova, facilitando-a, e o princípio de flexibilização, que tem por finalidade a adaptação das normas às necessidades da produção e combate ao desemprego”***.

Tendo essas posições variadas quanto às três correntes de aderência, surge nos dias atuais uma nova corrente e que vem obtendo adeptos importantes e com a qual o Juízo se filia. Os adeptos à quarta corrente entendem, fundamentado nos princípios do Direito do Trabalho, da irredutibilidade ou intangibilidade salarial (art. 444, CLT), dos direitos fundamentais adquiridos e condição mais benéfica, que as cláusulas de ordem pública aderem aos contratos individuais de trabalho, uma vez que incorporaram ao patrimônio do trabalhador. Ou seja, somente aderem ao contrato individual de trabalho àquelas cláusulas coletivas que, em sendo suprimidas, causam redução salarial ao trabalhador.

Especificamente quanto ao anuênio, a sua supressão na norma subsequente não causa redução salarial aos trabalhadores, simplesmente a parcela deixa de ser adicionada ao salário.

No caso em tela, restou comprovado que os quinquênios foram transformados em anuênios através de acordo coletivo, conforme documentos acostados às fls. 84 e seguintes onde as partes transacionaram o pagamento do anuênio em troca da ***“desistência das ações de cumprimento”*** (fl. 93). Portanto, o Sindicato-autor já obteve benefícios com a transformação dos quinquênios em anuênios. Por outro lado, igualmente restou comprovado que o acordo coletivo que deferiu os anuênios vigorou até o dia 31.08.99 e não tendo sido repactuado (quanto ao anuênio) no Dissídio Coletivo do período de 01.09.99 a 31.08.2000, e assim sucessivamente. Portanto, o anuênio vigorou somente até o dia 31.08.1999.

Quanto à integração, como já referido anteriormente, este Juízo, claro sempre respeitando os posicionamentos diversos, adota a quarta corrente onde a aderência ocorre

nas hipóteses em que há redução salarial, tudo em respeito ao princípio constitucional da irredutibilidade salarial. E no caso em questão, os substituídos não tiveram redução salarial e sim apenas deixaram de receber o referido adicional de 1% a cada ano trabalhado.

Assim, não restando comprovada a redução salarial dos trabalhadores a parcela anuênio do acordo coletivo não adere ao contrato individual dos trabalhadores substituídos.

Indefiro o pedido, restando prejudicada a análise dos demais vez que acessórios e como tal seguem a sorte do principal ante inexistência de lei expressa ou manifestação das partes noutro sentido.

3- DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA:

O Sindicato-autor não preenche os requisitos legais das Leis nº 1.060/05 e 5.584/70, uma vez que o benefício em questão é destinado aos cidadãos que não possam demandar em Juízo pela sua própria condição econômica, sem prejuízo do seu próprio sustento ou o de sua família, consideradas pessoas físicas e não jurídicas como quer o autor. Portanto, não há amparo legal para o deferimento.

Ante o exposto, nos termos da fundamentação, afastado as preliminares argüidas e no mérito, julgo IMPROCEDENTE a ação movida por **Sindicato dos Bancários e Financeiros do Vale do Cai** contra **Banco do Brasil S/A. Custas de R\$ 300,00, calculadas sobre R\$ 15.000,00**, valor dado à causa e pela reclamante. Fixo os honorários do perito contábil no valor de R\$ 700,00, pelo autor. Cumpra-se após o trânsito em julgado. Cientes. Ata juntada aos autos em audiência.

CUMpra-SE após o trânsito em julgado.
NADA MAIS.

Walther Fredolino Linck
Juiz do Trabalho

**COOPERATIVA DE TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.
VÍNCULO DE EMPREGO**

PROCESSO Nº 00285-2005-491-02-00-5.

Reclamante: **EVELLINE FERREIRA DE SOUZA.**

Reclamadas: **COOPERFIAÇÃO - COOP. DE TRAB. DOS PROF. NO RAMO DE FIAÇÃO, TECELAGEM, CONFECÇÃO E SERVIÇOS AFINS e INDÚSTRIA TEXTIL TSUZUKI LTDA**

Ao primeiro dia do mês de julho do ano de dois mil e cinco (2005), às 13h30min, na sala de audiências desta 1ª Vara do Trabalho de Suzano, sob a direção e por ordem do MM. Juiz do Trabalho, **Dr. PAULO JOSÉ RIBEIRO MOTA**, foram apregoados os litigantes: **EVELLINE FERREIRA DE SOUZA, COOPERFIAÇÃO - COOPERATIVA DE TRABALHO DOS PROFISSIONAIS NO RAMO DE FIAÇÃO, TECELAGEM, CONFECÇÃO E SERVIÇOS AFINS e INDÚSTRIA TEXTIL TSUZUKI LTDA**, reclamante e reclamadas, respectivamente. Ausentes, as partes.

Tentativa final de conciliação prejudicada.

Regularize-se a numeração dos autos, que pula de fl. 96 para 103.

Vistos e analisados os autos, foi proferida esta **SENTENÇA**, que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** a reclamação de **EVELLINE FERREIRA DE SOUZA**, e condenou a reclamada **INDÚSTRIA TEXTIL TSUZUKI LTDA** a anotar o contrato de trabalho em sua CTPS e, com responsabilidade solidária da reclamada **COOPERFIAÇÃO - COOPERATIVA DE TRABALHO DOS PROFISSIONAIS NO RAMO DE FIAÇÃO, TECELAGEM, CONFECÇÃO E SERVIÇOS AFINS**, a pagar-lhe: 13º salário de 2004; salários do desligamento até 22/12/2005, aviso prévio, 13º salário de 2005, férias vencidas e proporcionais acrescidas de um terço, FGTS e indenização correlata de 40%, autorizada a compensação e as deduções legais, nos termos e com as restrições do relatório e fundamentação anexos e desta integrantes, conforme for apurado em liquidação de sentença. Juros e correção monetária, na forma da lei e observada a Orientação Jurisprudencial 124 da SDI do C. TST.

Custas pela reclamada no importe de R\$ 140,00, calculadas sobre o valor arbitrado de R\$ 7.000,00.

Cumpra-se o artigo 43, da Lei nº 8212/91, com redação alterada pela Lei nº 8620/93. A contribuição previdenciária incide sobre o valor total deferido e que for apurado em liquidação de sentença, salvo os correspondentes à aviso prévio indenizado, férias indenizadas acrescidas de um terço, FGTS e indenização correlata de 40% e indenização, nos termos da mesma lei, artigo 28, especialmente em seu § 9º, e do artigo 214, letra "f", inciso V, § 9º, do Decreto nº 3.048/99.

Oficie-se à DRT, ao INSS, à CEF e ao Ministério Público do Trabalho (este, com urgência).

Partes notificadas desta sentença nos termos dos artigos 834 e 852 da CLT, consoante Enunciado 197 do Colendo TST.

Nada mais.

SENTENÇA

EVELLINE FERREIRA DE SOUZA e COOPERFIAÇÃO - COOPERATIVA DE TRABALHO DOS PROFISSIONAIS NO RAMO DE FIAÇÃO, TECELAGEM, CONFECÇÃO E SERVIÇOS AFINS e INDÚSTRIA TEXTIL TSUZUKI LTDA, reclamante e reclamadas, respectivamente qualificados às fl. e 8, 29 e 51, litigam no presente processo, o primeiro para pleitear a nulidade do contrato de cooperado e reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com a segunda reclamada, nulidade da dispensa, salários atrasados ou indenização correspondente, conforme prefacial de fl. 3/7, com protestos de estilo, atribuindo à causa o valor de R\$ 15.636,21.

Respondem as reclamadas alegando que im procedem todas as pretensões do reclamante, argüindo preliminar e sustentando que foi legal e sem vícios a sua adesão em cooperativa. Protestos de estilo. Junta documentos.

Réplica em audiência na qual, presentes e inconciliadas as partes, foram colhidos os

depoimentos pessoais, ouvidas testemunhas e, sem outras provas a serem produzidas, encerrada a instrução processual.

É o relatório. Inconciliados.

DECIDE-SE

PRELIMINARES

1) A primeira reclamada arguiu a incompetência desta Justiça do Trabalho para a análise do litígio, vez que a autora era cooperada. Pelo mesmo motivo, alega ser parte ilegítima para figurar no pólo passivo da demanda, já que estaria propondo uma ação contra ela própria. A segunda reclamada diz que a autora jamais foi sua empregada.

O pedido é específico, de nulidade do contrato como cooperada e reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com a segunda reclamada. A competência para a análise da natureza da relação de fato existente entre as partes e conhecimento, ou não, do vínculo de emprego, é, com exclusividade, da justiça do trabalho.

De outro lado, sendo perseguida a nulidade do contrato com a primeira reclamada e o vínculo de emprego com a segunda reclamada, evidente o interesse imediato dessas pessoas, que devem responder o pedido apresentado. Objetivando direito próprio, também a reclamante é parte legítima para a ação, motivo pelo qual são as partes legítimas para figurar nesta ação.

NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO - VÍNCULO DE EMPREGO

2) A reclamante sustenta a nulidade do contrato firmado como cooperada e pleiteia o reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com a segunda reclamada. As reclamadas sustentam a legalidade da cooperativa formada e da relação mantida com a autora, afirmando a segunda reclamada não ter sido empregadora.

É bom que se anote, ante a avalanche de ações do gênero e decisões habituais sobre o tema, que admito o trabalho em cooperativa e não concorro com entendimento pré-concebido e automaticamente sobre a questão.

Entretanto, na hipótese tem pouca importância o fato do trabalhador ter sido avisado que estava aderindo em sistema de trabalho em cooperativa e se o faz sem vícios de consentimento. Vigora e se aplica, quando o caso, as normas dos artigos 3º e 9º da CLT, vigorando o princípio da primazia da realidade. A precariedade do emprego leva o trabalhador, para garanti-lo, a aceitar condições de trabalho diversas e que nem sempre conhece em toda a sua extensão; mas, se essas condições contrariam a lei trabalhista, impõe-se a decretação da sua nulidade.

Inicialmente, registre-se que a correção de formalidade estrutural da primeira reclamada, enquanto cooperativa, em nada interessa no presente feito. O que se discute não é a sua formalização jurídica ou legalidade do objeto previsto, mas sim a sua efetiva operacionalidade, se de fato cumpre seu papel perante seus cooperados ou se opera com desvio de finalidade.

Os contratos juntados aos autos comprovam que a atividade desenvolvida pela primeira reclamada, ao menos com a segunda reclamada, foi de mero agenciamento de mão de obra, o que afasta o princípio básico do cooperativismo e faz incidir as normas trabalhistas.

De fato, o contrato firmado entre as reclamadas (fl. 126 e seguintes) prevê:

“Cláusula 1ª - Este instrumento particular tem como objeto o fornecimento de mão de obra dita Cooperada que deverá prestar serviços nas instalações da TOMADORA, às expensas, nas quantidades e funções estabelecidas por esta”

“Cláusula 3ª - É desresponsabilidade da TOMADORA informar... cada função a ser atendida pelos Cooperados, ou ..., as características básicas do Cooperado objeto do seu interesse, respeitando no mínimo os seguintes parâmetros: Sexo, Idade, altura mínima, Nível mínimo de escolaridade”;

Não é só. Seguem suas cláusulas:

“Cláusula 4ª - A solicitação, no que tange a ampliação do número de cooperados em atividade na TOMADORA, dar-se-á sempre por escrito através de iniciativa da TOMADORA, com encaminhamento para a COOPEFIAÇÃO ...”

“Cláusula 5ª - A solicitação, no que tange a redução do número de cooperados em

atividade na TOMADORA, dar-se-á sempre por escrito através de iniciativa da TOMADORA, ... para alteração do quadro. Mas ainda tem mais, segue o contrato fixando que a coordenação técnica e administrativa é da Tomadora, com obrigação de remunerar em caso de paralisação sem antecedente comunicação, com obrigações ainda, de inserir os "cooperados" em programas de conscientização relativa a segurança do trabalho, fornecer EPI, equipamentos, máquinas, instrumentos e ferramentas, propiciar treinamento, etc.

Por fim, prevê remuneração fixada com base no rendimento de R\$ 485,00 referente ao período de um mês de trabalho por Cooperado - Cláusula 20ª.

Resta absolutamente evidente que a segunda reclamante é a detentora de um parque fabril, com equipamentos e dele retira determinada produção. Trata-se de atividade fim, que, inclusive, detém o conhecimento técnico e coordenação que se reserva, e para a qual a força de trabalho utilizada é de empregados. Assim como não se admite locação de mão de obra ou "contratação de trabalho autônomo" para a atividade fim do empreendimento, também não se o permite pela simulação de contratação de cooperativa, onde não objetiva qualquer produção, mas sim a mão de obra em especial, coordenando-a e, pois, subordinando-a.

A cooperativa prevista em lei pressupõe a conjunção de forças para um fim comum. Para isso, os cooperados dividem a carga de serviço conforme a conveniência e decisão dos próprios cooperados, que se transforma em decisão da cooperativa.

Assim, havendo diminuição do trabalho, compete aos cooperados decidir sobre a divisão do trabalho existente, mantendo todos participando da força com um. De igual maneira, aumentado o trabalho disponível, a eles compete o aumento aos próprios cooperados da carga de trabalho individual, ou a admissão de novo cooperado. Tal decisão, na cooperativa verdadeira, é de exclusividade dos cooperados. Não cabe, no sistema de cooperativa, decisão de indicação, escolha, solicitação de aumento ou diminuição do número de cooperados pela Tomadora de serviços; a ingerência guardada a ela no contrato entre as reclamadas demonstra o verdadeiro comando mantido "longa manus", comprovando que de fato mantém sob sua subordinação toda a estrutura. Aliás, o "direito" resguardado de escolha, inclusive, por "sexo e idade" (cláusula 3ª), demonstra não só a manifestação da presença dos requisitos do artigo 3º da CLT, como desrespeito às garantias individuais Constitucionais.

Como fundamentado, os contratos comprovam que a relação mantida entre as reclamadas não é para o concurso de verdadeiro trabalho cooperado, mas de mera intermediação de mão de obra, vedada em lei.

Em abono a essa afirmativa, a dispensa da reclamante (conforme abaixo fundamentado), inviável da forma como ocorrida em cooperativa verdadeira.

Decorre ser nulo o contrato firmado com a reclamante, firmando-se o contrato diretamente com a tomadora de serviços. Acolhe-se, no particular, o entendimento consagrado pela Súmula 331, I, do C. TST. Nem se argumente a incidência do inciso III dessa Súmula, no caso, porque trata exclusivamente de serviços vinculados à atividade meio, do empregador.

Súmula nº 331 - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

I- A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974/ sublinhei).

A todos esses fatos e fundamentos, soma-se a confissão ficta da primeira reclamada, que não se fez representar corretamente em audiência, fazendo presumir verdadeiros os fatos declinados em inicial pela reclamante.

Posto isso, declaro a nulidade do contrato firmado com a reclamante como cooperada, reconhecendo o vínculo de emprego, devendo a reclamada Indústria Têxtil Tsuzuki Ltda anotá-lo na CTPS da reclamante em 10 dias, sob pena de sê-lo feito pela secretaria desta Vara do Trabalho, com admissão em 01/06/2004, rescisão contratual em 22/01/2005, funções de costureira e salário por produção em média mensal de R\$ 459,72 (média dos valores laborados no mês inteiro).

Ante o ato de simulação praticado pelas reclamadas, são solidariamente responsáveis pelos direitos reconhecidos à reclamante.

FGTS E 13º SALÁRIO

3) Decorre do reconhecimento do vínculo de emprego o direito às verbas próprias do contrato de trabalho.

Devido à reclamante 13º salário de 2004 (7/12) e FGTS de todo o contrato.

RESCISÃO CONTRATUAL - ESTABILIDADE

4) Alega a reclamante ter sido imotivadamente dispensada. Sustentam as reclamadas que a reclamante desligou-se voluntariamente, juntando o documento de fl.74, impugnado pela autora.

A respeito da reabertura da instrução processual, as provas do local de trabalho, assinatura de documentos sem coação e natureza da relação, desnecessárias outras provas, face as existentes pelos documentos juntados aos autos pela reclamada, conforme suso fundamentados.

Quanto à prova do ato de rescisão, anote-se, a reclamante havia em tempo requerido essa prova (fl. 27, segundo parágrafo, três últimas linhas). O registro subsequente de encerramento da instrução com a concordância das partes, por óbvio, se refere as demais provas, excetuadas aquelas expressamente requeridas. Afinal processo não é jogo, senão prática de atos no seu tempo certo requeridos e praticados. Foi o caso.

Por fim, a pretensão da reclamada de designação de nova audiência para ratificação de atos pelo patrono da parte contrária, de declaração por uma das testemunhas de fato diverso daquele declarado em testemunho, carece de respaldo legal. A admitir-se essa hipótese não haveria mais necessidade de designação de audiências de instrução, bastaria o advogado declarar o que as testemunhas lhe informaram!

Essa testemunha foi inquirida e dada a palavra ao patrono da reclamada para reperguntas. Se a testemunha enganou-se, ou mentiu, para isso tem a possibilidade de produzir contraprova, vez que expressamente lhe foi admitida (fl. 188). A sua omissão, o não cumprimento do seu ônus de prova, não lhe é permitido conturbar o natural curso do processo.

No mérito, em particular, a prova produzida pela reclamante elide por completo o documento de fl.74, que lhe atribui pedido de demissão.

De fato, sua primeira testemunha informa o próprio superior imediato da reclamante, e também da testemunha, informou expressamente a esta que a reclamante também estava sendo dispensada. Soma-se que a testemunha, também dispensada na mesma ocasião, nada obstante o ato, assinou documentos apresentados de demissão.

Elidido o documento da defesa é nulo o pedido de demissão. De rigor seja acatada a rescisão por dispensa imotivada.

Comprovada a gravidez da reclamante (fl. 15/16), está ela amparada pela garantia de emprego do artigo 10, II, "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Desnecessária a comunicação da gravidez, face o direito objetivo a essa garantia, somente afastada em caso de má-fé da empregada, não comprovada, no caso.

Acata-se a data prevista no documento de fl. 16, com o que a reclamante tem direito à garantia de emprego até 22/12/2005. Dispensada imotivadamente sendo portadora de estabilidade provisória, tem direito à indenização equivalente ao período da garantia.

Assim, ante a dispensa imotivada e tendo direito a uma indenização equivalente ao período da sua estabilidade no emprego que foi desrespeitada, **devido** à reclamante: salários da data do seu desligamento até 22/12/2005, aviso prévio, 13º salário integral de 2005, férias vencidas e proporcionais acrescidas de um terço (7/12), FGTS de todo o contrato, incluído o período de estabilidade, e indenização correlata de 40%.

GARANTIAS CONVENCIONAIS

5) Não procede o pedido de garantia de repasse de direitos e benefícios da categoria profissional, vez que genérica a pretensão, já que a lei impõe seja o pedido especificado.

SALDO SALARIAL

6) Não procede o pedido de saldo salarial, comprovado que foi seu pagamento (fl. 96).

MULTA

7) As verbas rescisórias deferidas na presente demanda, por tratar-se de direito decorrente da própria prestação jurisdicional, não são aptas a fundamentar o pedido dessa multa.

Não colhe o pedido de multa pelo atraso no pagamento das verbas rescisórias.

DEDUÇÕES

8) Por força do artigo 195, II, da Constituição Federal, compete também ao empregado financiar a seguridade social. Não as parcelas não recolhidas e cuja responsabilidade recai inteiramente sobre o empregador, mas aquelas ora reconhecidas e ainda não quitadas, sobre o qual até o momento não existiu qualquer incidência e cujas contribuições, pelo empregado e empregador, incidem no momento do pagamento, sempre, respeitados os limites mensais do salário de contribuição.

A retenção do imposto de renda na fonte é imposição de lei à pessoa jurídica que realiza pagamentos tributáveis.

Os descontos de INSS e fiscais obedecem ao Provimento nº 01/96 da Corregedoria do Eg. TST.

Nada mais.

PAULO JOSÉ RIBEIRO MOTA
JUIZ DO TRABALHO

