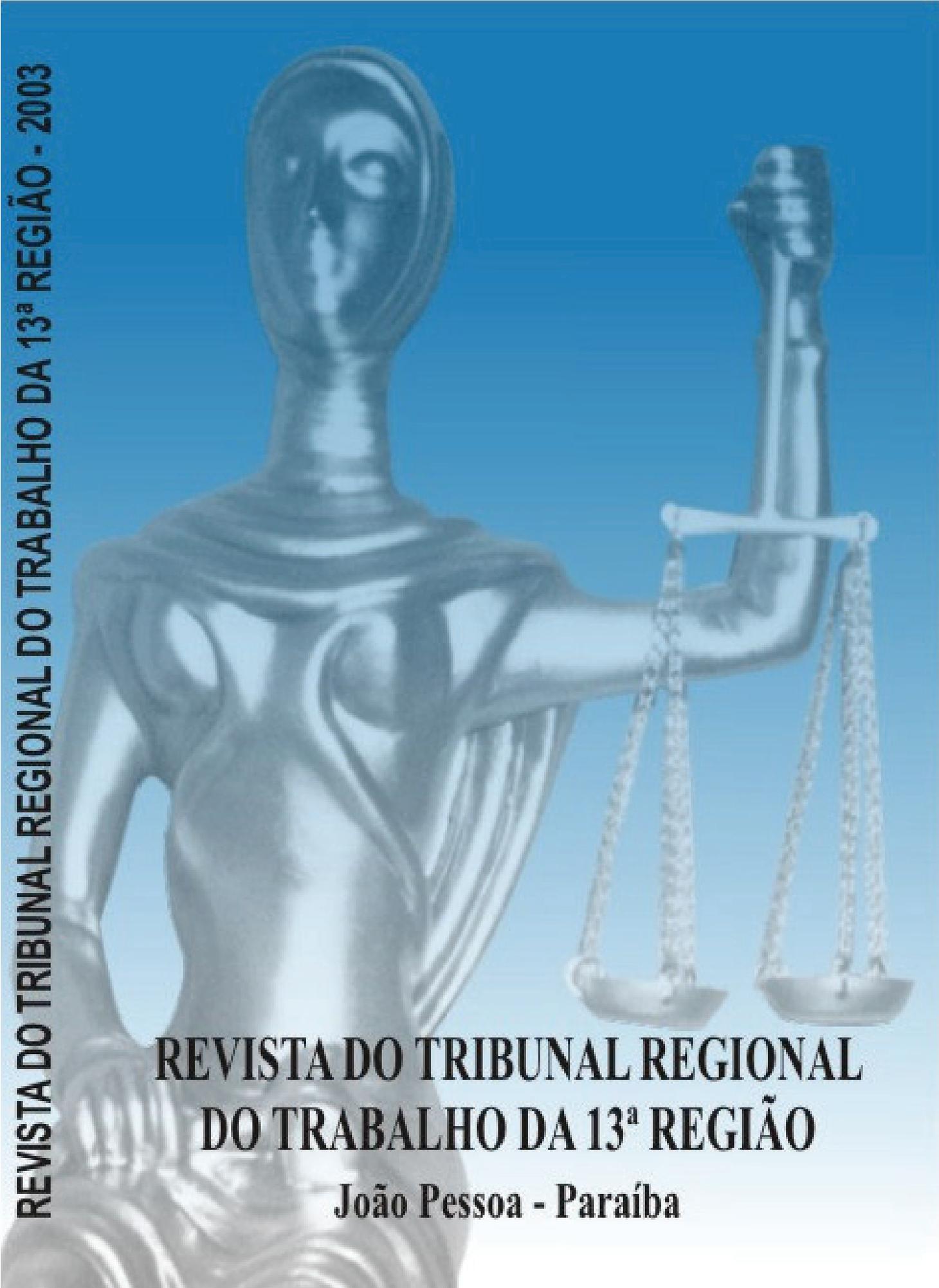


REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 13ª REGIÃO - 2003



**REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL
DO TRABALHO DA 13ª REGIÃO**

João Pessoa - Paraíba

REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO
TRABALHO DA DÉCIMA TERCEIRA
REGIÃO

EXPEDIENTE

Comissão da Revista

Juiz Wolney de Macedo Cordeiro (Presidente)
Juiz Cláudio Pedrosa Nunes
Juíza Nayara Queiroz Mota de Sousa

Redação

Tribunal Regional do Trabalho da Décima Terceira Região
Av. Corálio Soares de Oliveira, s/n – Centro
João Pessoa – Paraíba
Telefone: 0xx83.214.6000
Homepage <http://www.trt13.gov.br>

Ficha catalográfica

Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região – Vol. 12, nº 9 (2003) – João Pessoa:
TRT 13ª Região, 1990 –

v.: il; 23 cm

Periodicidade irregular de 1990 a 1995.

Anual a partir de 1996

Suspensa temporariamente de 1992 a 1993

Descrição baseada em : Vol 11, Nº 08 (2003)

1. Direito do trabalho – periódico. 1. Paraíba. Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região

CDD 34 (05)

CDU 349.2 (05)

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| MENSAGEM DA PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA DÉCIMA TERCEIRA REGIÃO | 7 |
| MAGISTRADOS DA DÉCIMA TERCEIRA REGIÃO | 9 |
| COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA DÉCIMA TERCEIRA REGIÃO | 9 |
| JUÍZES TITULARES DE VARA DO TRABALHO | 9 |
| JUÍZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS (ORDEM DE ANTIGÜIDADE) | 10 |
| ARTIGOS DOUTRINÁRIOS | 12 |
| BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA INTERPRETAÇÃO ECONÔMICA E A SUA APLICABILIDADE NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO PREVIDENCIÁRIA TRABALHISTA (ARNALDO JOSÉ DUARTE DO AMARAL) | 13 |
| 1.1 – <i>Introdução</i> | 13 |
| 1.2 – <i>Conceituação da Interpretação Econômica</i> | 13 |
| 1.3 – <i>Da Aplicabilidade da Interpretação Econômica no âmbito das Execuções Previdenciárias</i> | 15 |
| A FUNGIBILIDADE ENTRE MEDIDA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA: EFEITOS NO PROCESSO DO TRABALHO (PAULO HENRIQUE TAVARES DA SILVA) | 17 |
| ÉTICA E ENSINO JURÍDICO (CLÁUDIO PEDROSA NUNES) | 26 |
| O NOVO CÓDIGO CIVIL E SEUS REFLEXOS NO DIREITO DO TRABALHO E DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO (JUAREZ DUARTE LIMA) | 30 |
| 1. <i>Introdução</i> | 30 |
| 2. <i>Inovações que repercutem no Direito do Trabalho</i> | 30 |
| 2.1. <i>Da Personalidade e Da Capacidade</i> | 30 |
| 2.2. <i>Dos Direitos da Personalidade</i> | 33 |
| 2.3. <i>Da Ausência</i> | 35 |
| 2.4. <i>Das Pessoas Jurídicas</i> | 36 |
| 2.5. <i>Do Negócio Jurídico</i> | 37 |
| 2.6. <i>Da Representação</i> | 38 |
| 2.7. <i>Dos Defeitos do Negócio Jurídico</i> | 40 |
| 2.8. <i>Dos Atos Ilícitos</i> | 41 |
| 2.9. <i>Da Prescrição e da Decadência</i> | 42 |
| 2.10. <i>Das Obrigações de Fazer</i> | 43 |
| 2.11. <i>Dos Contratos em Geral</i> | 43 |
| 2.12. <i>Da Obrigação de Indenizar</i> | 45 |
| 3. <i>Conclusão</i> | 46 |
| A EXTINÇÃO DO VÍNCULO HIPOTECÁRIO PELA ARREMATACÃO OU ADJUDICAÇÃO (ARNÓBIO TEIXEIRA DE LIMA) | 47 |
| I – <i>Introdução</i> | 47 |
| II – <i>Das normas de ordem processual.</i> | 47 |
| III – <i>Das normas de ordem material ou substantivas.</i> | 48 |
| IV – <i>Aspectos da ordem jurídica atual sobre os contratos.</i> | 49 |
| V – <i>Do direito de seqüela</i> | 50 |
| VI – <i>Da extinção da hipoteca pela arrematação ou adjudicação.</i> | 51 |
| VII – <i>Conclusão</i> | 54 |
| VIII – <i>Referências Bibliográficas</i> | 55 |

| | |
|--|------------|
| O PROCESSO DO TRABALHO E O NOVO DISCIPLINAMENTO DADO À REMESSA OFICIAL PELA LEI Nº 10.352/2001 (LUCIANO ATHAYDE CHAVES) | <u>56</u> |
| 1. <i>Tendências dos benefícios processuais garantidos ao Poder Público</i> | <u>56</u> |
| 2. <i>O enfoque da remessa ex officio à luz da Lei 10.352/2002</i> | <u>59</u> |
| 3. <i>Do dogma da completude do ordenamento jurídico e das principais espécies de lacunas</i> | <u>62</u> |
| 4. <i>Da identificação tópica de lacuna de natureza normativa e não-normativa em relação ao instituto da limitação da remessa oficial e a heterointegração do Direito Processual do Trabalho</i> | <u>66</u> |
| 5. <i>Considerações finais</i> | <u>69</u> |
| 6. <i>Referências bibliográficas</i> | <u>69</u> |
| A CULPA DOS JUÍZES (A INTERPRETAÇÃO INADEQUADA DA LEGISLAÇÃO PELA CÚPULA DO PODER JUDICIÁRIO, COMO OBSTÁCULO À EFICIÊNCIA E EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL) (CARLOS ZAHLOUTH JÚNIOR). | <u>71</u> |
| 1. <i>Introdução.</i> | <u>71</u> |
| 2. <i>Agravo de Instrumento no Processo do Trabalho:</i> | <u>72</u> |
| 3. <i>Depósito recursal em sede de Agravo de Petição:</i> | <u>74</u> |
| 4. <i>Contraditório nos Embargos de Declaração.</i> | <u>76</u> |
| 5. <i>Custas na fase de execução.</i> | <u>77</u> |
| 6. <i>Conclusões.</i> | <u>78</u> |
| LIMITAÇÃO AUTÔNOMA AO EXERCÍCIO DA GREVE -UMA ANÁLISE DA CLÁUSULA DA PAZ (RONALD AMORIM E SOUZA) | <u>83</u> |
| <i>Limitações ao exercício do direito de greve.</i> | <u>83</u> |
| <i>A limitação do direito de ir à greve.</i> | <u>85</u> |
| <i>Sentido da trégua ou paz, como cláusula de contrato.</i> | <u>86</u> |
| <i>Renúncia ao direito de greve.</i> | <u>87</u> |
| <i>A efetividade da cláusula de paz.</i> | <u>90</u> |
| <i>Efeitos jurídicos para o trabalhador.</i> | <u>93</u> |
| <i>Referências</i> | <u>95</u> |
| TEORIA E PRÁTICA NO DIREITO (EDUARDO RAMALHO RABENHORST) | <u>96</u> |
| <i>Referências</i> | <u>100</u> |
| A COMPETÊNCIA MATERIAL PARA A AÇÃO INDENIZATÓRIA DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO (ISÉLMA MARIA DE SOUZA RODRIGUES) | <u>102</u> |
| <i>Introdução</i> | <u>102</u> |
| 1 <i>O acidente de trabalho</i> | <u>102</u> |
| 1.1 <i>Evolução legislativa</i> | <u>102</u> |
| 1.2 <i>Conceito, elementos, caracterização e aplicação</i> | <u>103</u> |
| 2 <i>Dos direitos e garantias dos acidentados</i> | <u>104</u> |
| 2.1 <i>Prestações relativas ao acidente de trabalho</i> | <u>104</u> |
| 3 <i>Reflexos no contrato de trabalho</i> | <u>105</u> |
| 3.1 <i>Suspensão do contrato de trabalho como garantia de emprego</i> | <u>105</u> |
| 3.2 <i>A conservação do emprego</i> | <u>105</u> |
| 4 <i>Das ações relativas ao acidente de trabalho</i> | <u>105</u> |
| 5 <i>A ação indenizatória e a competência da Justiça do Trabalho</i> | <u>107</u> |
| 5.1 <i>Critérios tradicionais para fixação da competência material das ações indenizatórias</i> | <u>107</u> |
| 5.2 <i>A nova visão da competência material na justiça do trabalho</i> | <u>108</u> |
| <i>Conclusão</i> | <u>110</u> |
| <i>Bibliografia</i> | <u>111</u> |
| OS REFLEXOS DA CRIAÇÃO DAS COMISSÕES DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA (ALESSANDRO BUARQUE COUTO) | <u>112</u> |
| <i>Introdução.</i> | <u>112</u> |
| 1. <i>Conceito.</i> | <u>112</u> |
| 2. <i>Da criação e instalação das Comissões de Conciliação Prévia.</i> | <u>113</u> |
| 3. <i>Aspectos jurídicos (positivos) das Comissões de Conciliação Prévia.</i> | <u>113</u> |

| | |
|--|------------|
| 4. Questões contraditórias. _____ | 114 |
| 5. Reflexos para a Justiça do Trabalho e para o empregado. _____ | 116 |
| 6. Conclusão. _____ | 117 |
| 7. Bibliografia. _____ | 118 |
| A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE DE TERCEIRO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO. (RAIMUNDO JOSÉ DE SALES JÚNIOR) _____ | 119 |
| 1 Introdução : _____ | 119 |
| 2 Generalidades sobre a execução _____ | 119 |
| 2.1 Do processo de execução no Código Brasileiro de Direito Processual civil de 1973 e as novas tendências. _____ | 121 |
| 3 Da exceção de pré-executividade _____ | 122 |
| 4 Da exceção de pré-executividade de terceiro _____ | 124 |
| 5 Conclusões _____ | 125 |
| Referências _____ | 125 |
| O PERIGO DA IRREVERSIBILIDADE :UMA VISÃO DO ART. 273, § 2º, DO CPC À LUZ DE UMA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA (FLÁVIA ROBERTA FARIAS DA COSTA ASSUNÇÃO) _____ | 127 |
| 1. Considerações iniciais _____ | 127 |
| 2. A tutela antecipada dentro do sistema jurídico-processual _____ | 127 |
| 3. A tutela antecipada e a constituição _____ | 128 |
| 4. O perigo da irreversibilidade e a antecipação com efeitos irreversíveis _____ | 129 |
| 5. Conclusão _____ | 132 |
| DA DECISÃO QUE ANTECIPA OS EFEITOS DA TUTELA DE MÉRITO E DO MANDADO DE SEGURANÇA COMO MEIO PROCESSUAL APTO À SUA REFORMULAÇÃO – CONSIDERAÇÕES SOBRE A COGNIÇÃO VERTICAL EM AMBOS. (VLADIMIR AZEVEDO DE MELLO) _____ | 134 |
| 1. Introdução _____ | 134 |
| 2. Da atividade cognitiva _____ | 134 |
| 3. Da antecipação dos efeitos da tutela de mérito _____ | 136 |
| 3.1 Das circunstâncias autorizadoras da antecipação dos efeitos da tutela de mérito _____ | 136 |
| 3.2 A condenação com reserva da exceção substancial indireta e a antecipação dos efeitos da tutela de mérito _____ | 138 |
| 3.3 Do expediente cognitivo no plano horizontal no momento da antecipação dos efeitos da tutela de mérito por meio da condenação com reserva da exceção substancial indireta _____ | 140 |
| 4. Do mandado de segurança contra o ato concessivo ou denegatório da antecipação de tutela, no âmbito do processo do trabalho – quesitos correlatos ao esforço cognitivo a ser engendrado pela instância a que couber, originariamente, o julgamento do writ _____ | 141 |
| 5. Síntese conclusiva _____ | 143 |
| Bibliografia _____ | 144 |
| ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA DÉCIMA TERCEIRA REGIÃO _____ | 145 |

MENSAGEM DA PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA DÉCIMA TERCEIRA REGIÃO

O lançamento de cada edição da nossa revista é sempre motivo de satisfação e orgulho, ante a qualidade e o grau de aprimoramento que se evidenciam em suas páginas, ano após ano. Representa, acima de tudo, mais uma vitória do trabalho em equipe, do esforço conjunto, da dedicação e abnegação dos colegas magistrados, da colaboração espontânea e solidária de tantos funcionários deste tribunal.

Impõe-se ressaltar a determinação e empenho dos integrantes da Comissão da Revista, na coordenação dos trabalhos, os colegas Wolney de Macedo Cordeiro, Cláudio Pedrosa Nunes e Nayara Queiroz Mota de Sousa, que se dispuseram a um empreendimento de tal envergadura, em que pese a multiplicidade dos seus afazeres e atribuições rotineiras, sempre excessivas para um tempo cada vez mais exíguo.

Tudo isso resultou em um trabalho bem feito, fonte de referência para os profissionais do Direito, com artigos doutrinários atuais, palpantes, além de uma síntese jurisprudencial que bem retrata os principais posicionamentos do nosso tribunal ante os temas mais controvertidos atualmente, no panorama jurídico-trabalhista nacional.

Mais uma demonstração de que a consecução de um objetivo, seja qual for o seu grau de dificuldade, depende fundamentalmente da vontade de torná-lo realidade. Obstáculos, reveses, retrocessos são desafios que estimulam a nossa capacidade de encontrar soluções. Funcionam como combustível, força motriz a nos impulsionar em direção à meta estabelecida.

Acima de tudo fica a lição de que não se consegue nada sozinho. É indispensável partilhar os problemas, assumir a própria parcela de culpa nas falhas, aceitar soluções melhores que as nossas, solidarizar-se no esforço, transmitir perseverança e otimismo e, por fim, dividir o sucesso pelas conquistas obtidas. É assim que se forma uma equipe harmoniosa, apta a executar as mais árduas tarefas.

O nosso tribunal hoje ocupa um lugar de destaque na comunidade paraibana. É um exemplo de que o serviço público pode funcionar bem, a cidadania pode ser restaurada com presteza, a Justiça pode ser bem b célere. Certamente jamais teríamos obtido tantos e tão bons resultados se não formássemos uma grande equipe, todos nós, magistrados e servidores, imbuídos

do desejo de realizar um bom trabalho, de melhorar cada vez mais a qualidade da nossa prestação jurisdicional.

Colhemos os frutos de uma mudança de mentalidade, da fixação de novos parâmetros, do aperfeiçoamento contínuo, da incansável busca pela melhor qualidade dos nossos serviços.

Estamos no caminho certo, que seguiremos a trilhar sem esmorecimentos, tendo como ideal uma sociedade mais justa e uma Justiça cada vez mais acessível ao cidadão.

MAGISTRADOS DA DÉCIMA TERCEIRA REGIÃO

Composição do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Terceira Região

Juíza Ana Maria Ferreira Madruga (Presidente)

Juiz Afrânio Neves de Melo (Vice-Presidente)

Juiz Aluísio Rodrigues

Juiz Vicente Vanderlei Nogueira de Brito

Juiz Ruy Eloy

Juiz Francisco de Assis Carvalho e Silva

Juíza Ana Clara de Jesus Maroja Nóbrega

Juiz Edvaldo de Andrade

Juízes Titulares de Vara do Trabalho

1ª Vara do Trabalho de João Pessoa: Juíza Margarida Alves de Araújo Silva

2ª Vara do Trabalho de João Pessoa: Juiz Ubiratan Moreira Delgado

3ª Vara do Trabalho de João Pessoa: Juíza Hermenegilda Leite Machado

4ª Vara do Trabalho de João Pessoa: Juíza Mirtes Takeko Shimano

5ª Vara do Trabalho de João Pessoa: Juiz Paulo Américo Maia de V. Filho

6ª Vara do Trabalho de João Pessoa: Juiz Carlos Coelho de Miranda Freire

1ª Vara do Trabalho de Campina Grande: Juiz Rômulo Tinoco dos Santos

2ª Vara do Trabalho de Campina Grande: Juíza Sílvia Cerveira Wanderlei

3ª Vara do Trabalho de Campina Grande: Juíza Adriana Sette da Rocha Raposo

Vara do Trabalho de Areia: Juiz Antônio Cavalcanti da Costa Neto

Vara do Trabalho de Cajazeiras: Juiz Humberto Halison B. de Carvalho e Silva

Vara do Trabalho de Catolé do Rocha: Juiz José Fábio Galvão

Vara do Trabalho de Guarabira: Juíza Rita Leite Brito Rolim

Vara do Trabalho de Itabaiana: Juiz Eduardo Sérgio de Almeida

Vara do Trabalho de Itaporanga: Juiz José Airton Pereira

Vara do Trabalho de Mamanguape: Juiz Wolney de Macedo Cordeiro

Vara do Trabalho de Monteiro: Juiz Normando Salomão Leitão

Vara do Trabalho de Patos: Juíza Solange Machado Cavalcanti

Vara do Trabalho de Picuí: Juiz Arnaldo José Duarte do Amaral

Vara do Trabalho de Sousa: Juíza Ana Paula Azevedo Sá Campos Porto

Vara do Trabalho de Taperoá: Juiz Paulo Henrique Tavares da Silva

Juízes do Trabalho Substitutos (ordem de antigüidade)

Juíza Maria José de Andrade Maia

Juíza Roberta de Paiva Saldanha

Juiz Antônio Eudes Vieira Júnior

Juiz João Agra Tavares de Sales

Juiz Juarez Duarte Lima

Juíza Maria Íris Diógenes Bezerra

Juíza Maria das Dores Alves

Juíza Maria Lílian Leal de Sousa

Juíza Fátima Christiane Gomes de Oliveira

Juiz André Wilson Avellar de Aquino

Juíza Janaína Vasco Fernandes

Juíza Nayara Queiroz Mota de Sousa
Juíza Luiza Eugênia Pereira Arraes
Juiz Cláudio Pedrosa Nunes
Juiz Arnóbio Teixeira de Lima
Juíza Ana Paula Cabral Campos
Juiz David Sérgio Coqueiro dos Santos
Juiz Carlos Hindenburg de Figueiredo
Juiz Paulo Roberto Vieira Rocha
Juíza Ana Cláudio Magalhães Jacob
Juiz Eduardo Souto Maior Bezerra Cavalcanti
Juiz André Machado Cavalcanti
Juíza Joliete Melo Rodrigues
Juíza Rosivânia Gomes Cunha

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

Breves considerações acerca da interpretação econômica e a sua aplicabilidade no âmbito da execução previdenciária trabalhista

Arnaldo José Duarte do Amaral¹

I.1 – Introdução

De início, cabe rememorar dois dados importantíssimos: Primeiro, consoante entende o Supremo Tribunal Federal (STF), as Contribuições Previdenciárias, em nossa ordem constitucional vigente, possuem natureza tributária². Segundo, a Justiça do Trabalho é competente para conhecer e julgar questões previdenciárias decorrentes dos feitos sob sua batuta, consoante o disposto na Emenda Constitucional nº 20/98.

Daí a importância de se estudar o direito tributário, em seu sentido mais lato, na seara trabalhista. Ademais, quando o STF decidiu pela aplicabilidade das normas interpretativas contidas no Código Tributário Nacional (CTN) às Contribuições Previdenciárias. Referimos-nos ao acórdão proferido no RE 78.291-SP, relatado pelo Ministro Aliomar Baleeiro.

No presente trabalho, pretendemos nos ater ao estudo da interpretação econômica no âmbito do direito tributário, defendendo a sua aplicação no campo das execuções previdenciárias.

Pertinente, portanto, conceituarmos o objeto de nosso estudo: A interpretação econômica.

I.2 – Conceituação da Interpretação Econômica

Observemos, pois, a definição da interpretação econômica na visão da melhor doutrina. Ensina-nos o Professor Aurélio Seixas Pitanga Filho:

“A interpretação econômica em direito tributário seria, assim, uma forma da autoridade fiscal, no exercício de sua potestade administrativa de exigir o pagamento do tributo, efetivar o lançamento tributário com base na real ou verdadeira atividade econômica praticada pelo contribuinte, que teria sido

¹ O Autor é Juiz do Trabalho da 13ª Região, Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará e Doutorando em Direito pela Gama Filho (RJ).

*encoberta (disfarçada ou fingida), por uma norma jurídica, diferente da normal, que resultasse um pagamento menor do tributo ou sua anulação*³.

É, a nosso pensar, a consagração da *maxims of equity* do direito norte-americano: *The law respects form less than substance*. Traduzindo para o vernáculo: O Direito respeita menos a forma que a substância⁴.

Trazendo tais conceitos para a seara trabalhista, podemos afirmar que a interpretação econômica, no direito tributário, teria como parâmetro o princípio da verdade real; princípio este tão nos familiar.

Contudo, não vislumbramos na interpretação econômica uma especificidade (diferenciação) da hermenêutica tributária. Segundo defendemos, a interpretação econômica é um desdobramento da interpretação teleológica⁵.

Nesse ponto, realçamos um pormenor relevante. Se examinarmos uma das vertentes da interpretação econômica haurida dos alemães, perceberemos que uma de suas matizes é a *teleologische auslegungsmethod*. Nessa matiz, a conexão ao método teleológico salta aos olhos, pois vertendo, livremente, para o vernáculo a expressão alemã teremos o “método teleológico de interpretação”. Mas não de uma interpretação qualquer, pois, como ensina Carlos Maximiliano, o termo *auslegung* não encontra similar em língua portuguesa ou inglesa, sendo uma expressão mais completa e precisa do que a expressão interpretação⁶.

Portanto, refutar a possibilidade da interpretação econômica no Brasil é refutar a possibilidade da interpretação teleológica. Nesse contexto, nunca é demais lembrar: a atividade do jurista ou do intérprete consiste exatamente em buscar a vontade do legislador (teoria subjetiva capitaneada por Savigny) ou a vontade da norma (teoria objetiva capitaneada por Radbruch)⁷.

² Conforme julgado na ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade) nº 08, Rel. Min. Celso de Mello.

³ Conf. SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. A Interpretação Econômica no Direito Tributário, a Lei Complementar nº 104/2001 e os Limites do Planejamento Tributário. *O Planejamento Tributário e a Lei Complementar 104*. Coordenador Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Dialética, 2001, p. 9.

⁴ É interessante notar que a máxima 103 também liga-se, a nosso modesto pensar, a possibilidade da interpretação analógica. Eis a redação desta máxima: *When the reason is the same, the rule should be the same*. Traduzindo: “Nos casos em que a razão é a mesma, a norma deve ser a mesma”.

⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário*. 3 ed. São Paulo: Renovar, 2000, p. 197.

⁶ Interessa transcrever as lições em sua literalidade: “O vocábulo **auslegung**, por exemplo, abrange o conjunto de aplicações da hermenêutica ; resume o significado de dois termos técnicos ingleses – **Interpretation** e **Construction**; é mais amplo e ao mesmo tempo mais preciso do que a palavra portuguesa correspondente – *Interpretação*”. Conf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 18 ed. p. 02.

⁷ Conf. MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar . O Espaço de Discricionariedade no Ato de Interpretar a Norma Jurídica. *In Revista do Tribunal*. Vol. 5, n.º 2, João Pessoa: Tribunal Regional do Trabalho 13.ª Região: 1997, pp. 91-92.

Ora, esta busca da vontade (objetivos) da norma é exatamente a interpretação teleológica. Vetar a interpretação econômica no âmbito do direito tributário é vetar a interpretação teleológica, conferindo a este ramo do direito não apenas autonomia, mas verdadeira incoerência lógica, chegando-se, assim, às raias do absurdo.

Apesar de verdade inelutável do direito, tal doutrina, que considera a essência em detrimento da forma, foi e é alvo de ferrenha crítica.

No Brasil, a interpretação econômica encontrou o seu maior defensor em Amílcar de Araújo Falcão⁸ e o seu maior algoz em Alfredo Augusto Becker⁹.

Consoante pensamos, esses mais ferrenhos críticos da interpretação econômica apegam-se à jurisprudência de conceitos¹⁰. Estão, por assim dizer, apegados à primeira etapa de desenvolvimento da ciência jurídica, ou com mais de século de atraso.

Todavia, juristas de escol apegando-se à segurança jurídica e à jurisprudência de conceitos sempre repeliram a possibilidade da interpretação econômica no Brasil. Não é esta, porém, nossa posição.

A interpretação econômica, aplicada no contexto de uma jurisprudência de valores, nos afigura insuperável instrumento em busca da justiça fiscal, pois a intenção do legislador foi tributar determinadas situações fáticas e não nos é crível que a utilização de certos artifícios possa excluir a tributação.

1.3 – Da Aplicabilidade da Interpretação Econômica no âmbito das Execuções Previdenciárias

Como já exposto no intróito deste trabalho, as contribuições previdenciárias possuem natureza tributária, sendo-lhe, pois, aplicáveis os métodos interpretativos deste ramo da ciência jurídica.

Dentre os métodos de interpretação utilizados no âmbito do direito tributário, centramos a nossa atenção na interpretação econômica. Cabe-nos, portanto, conectar as considerações até aqui expandidas ao nosso ramo de atividade.

⁸ MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 473.

⁹ VIZCAÍNO, Catalina García. *Derecho Tributario: Consideraciones Económicas y Jurídicas*. 2 ed. Buenos Aires: Depalma, 1999, p. 184.

¹⁰ O Professor Ricardo Lobo Torres coliga a interpretação formalista a jurisprudência de conceitos. Conf. LOBO, Ricardo Torres. A Chamada “Interpretação Econômica do Direito Tributário”, a Lei Complementar nº 104/2001 e os Limites Atuais do Planejamento Tributário. *O Planejamento Tributário e a Lei Complementar 104*. Coordenador Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Dialética, 2001, pp. 235 e 236.

No âmbito do direito do trabalho, é bastante comum verificarmos que as partes, por vezes, visando fugir da incidência de tributos (contribuições previdenciárias), denominam certos títulos “erroneamente”, no que diz respeito a sua real natureza jurídica. Tal proceder não merece a chancela do direito.

Explicitemos o afirmado.

Se em um processo se postula apenas o pagamento de horas extras (título sobre o qual incide contribuição previdenciária), não pode o Juiz do Trabalho homologar um acordo denominando o título homologado como aviso prévio (título sobre o qual não incide contribuição previdenciária), pois é impossível – e incorreto – desnaturar a natureza das coisas. O direito tributário prende-se a essência do ocorrido.

Assim, dentro do possível, por ocasião da homologação do acordo – se não houver sentença transitado em julgado – o Juiz deve ponderar entre os títulos requeridos e os especificados nos acordos, guardando-lhes certa proporção.

Evidentemente, há casos em que o Juiz verifica, de imediato, a improcedência de certos títulos (quando examina uma prova documental, por exemplo, comprovando o pagamento de horas extras). Nesse caso, devo o Juiz explicitar tal fato no acordo, fundamentando, assim, a não incidência de tributação naquele feito específico (acordo sobre parcelas não tributáveis).

Por outro lado, quando existir sentença condenatória transitada em julgado e ocorrendo acordo para pagamento a menor, deve-se observar a proporção (nunca a exclusão) dos títulos condenatórios que incidem e não incidem contribuições previdenciárias.

Nunca é demais lembrar que o acordo não faz coisa em julgada em relação ao INSS que poderá recorrer da decisão, reformando-a se os princípios da interpretação econômica forem olvidados. Ou seja, se a realidade não for observada.

A fungibilidade entre medida cautelar e tutela antecipada: efeitos no processo do trabalho

*Paulo Henrique Tavares da Silva**

Cuidaremos nestas poucas linhas que enfrentar uma das mais sutis modificações efetivadas no Código de Processo Civil brasileiro, através da Lei n. 10.444/2002. Trata-se da inserção de um novo parágrafo ao artigo 273, com a seguinte redação:

“§ 7º. Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.”

Tal novidade vem causando certa perplexidade nos operadores do direito quanto a sua extensão. De fato, dentre as possíveis variáveis que podemos extrair da interpretação desse dispositivo, há uma que simplesmente esvazia a necessidade quanto ao ajuizamento de ações cautelares incidentais, o que acarretaria na caducidade de boa parte das normas alusivas ao procedimento cautelar. Essa idéia, ao mesmo tempo sedutora e perigosa, merece rechaço por parte de Marinoni & Arenhart (2003, p.265), eis que:

“O § 7º do art. 273 não supõe a identidade entre tutela cautelar e tutela antecipatória ou afirma que toda e qualquer tutela cautelar pode ser requerida no processo de conhecimento. Ao contrário, tal norma, partindo do pressuposto de que, em alguns casos, pode haver confusão entre as tutela cautelar e antecipatória, deseja apenas ressaltar a possibilidade de se conceder tutela urgente no processo de conhecimento nos casos em que houver dúvida fundada e razoável quanto à sua natureza (cautelar ou antecipatória)”.

Todavia, tendo em mira a própria novidade do mecanismo procedimental, que certamente poderá trazer debates forenses interessantes envolvendo a discricionariedade do juiz ao conceder ou negar tutelas de urgência em tais circunstâncias, sentimo-nos animados a advogar uma nova via interpretativa.

Em verdade, estamos diante da chamada “fungibilidade de meios”.

* O autor é Mestre em Direito e Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região

Derivada do verbo latino “fungor”, fungibilidade significa representar, desempenhar, substituir. No âmbito do direito processual civil, estamos acostumados a manejar esse conceito seja na teoria recursal ou no procedimento cautelar.

A fungibilidade recursal é elevada à condição de princípio, permitindo a inobservância da singularidade quando presentes três requisitos, genericamente considerados: dúvida objetiva a respeito do recurso cabível; inexistência de erro grosseiro na interposição do recurso e adequação do prazo para o recurso correto.

Há uma vertente que busca interpretar o parágrafo sétimo do art. 273 justamente à luz da pressupostos da fungibilidade recursal. Cite-se, para tanto, a opinião do professor Eduardo Talamini (2003, p.368), ao aduzir que “não poucas medidas encontram-se numa ‘zona cinzenta’, entre o terreno inequivocamente destinado à tutela conservativa e aquele atribuído à antecipação. Estabelece-se, em virtude disso, verdadeira ‘dúvida objetiva’ – semelhante à que autoriza, no campo dos recursos, a aplicação do princípio da fungibilidade”. Mais adiante, complementa:

“Em situações como essas, em que há disputa séria e objetivamente exteriorizada acerca da natureza da medida de urgência, parece ser o caso de o juiz, ainda que pessoalmente convencido de que a via adequada era a outra que não a adotada pelo requerente, relevar esse aspecto formal e passar à análise dos demais requisitos para a concessão da providência. Os princípios que norteiam tal solução são os mesmos que dão suporte à teoria da fungibilidade em matéria de recursos (efetividade da tutela, instrumentalidade das formas, economia processual, proteção à boa-fé). Desse modo, em certos casos, possibilitar-se-á a antecipação da tutela, apesar de ter sido requerida mediante a instauração de um autônomo processo cautelar, bem como, em situações excepcionais, será viável a concessão de tutela meramente conservativa no bojo do próprio processo principal, a despeito de não se tratar de uma das hipóteses em que isso é expressamente autorizado pela lei” (idem, p. 369-370).

Ocorre que não compartilhamos com a adoção de uma fungibilidade em limites ainda tão estreitos. Em verdade, devemos emprestar a tal noção uma dimensão bem maior. Aliás, o procedimento cautelar apresenta uma percepção da fungibilidade mais larga.

Posicionado nos artigos 805 e 807 do CPC, o princípio da fungibilidade no terreno das cautelares parte de uma pressuposição de que o autor possui um *direito genérico* à segurança, cabendo ao juiz precisar, no caso concreto, qual a medida que melhor se ajusta à proteção, dentro dos critérios de *adequação* e *suficiência*, podendo, para tanto, ser a tutela *substituída* ou *modificada*.

Note-se que a fungibilidade de que ora tratamos é decorrência de um fundamento maior, qual seja o *poder geral de cautela* (CPC, arts. 798 e 799), pelo qual o juiz, fazendo uso da discricionariedade, após adquirir convicção quanto a verossimilhança das alegações do autor, reveladoras da possibilidade ou probabilidade de um dano, elege qual o meio (nominado ou inominado) mais eficaz para fornecer a segurança invocada.

Ocorre que a doutrina sempre apontou que o meio idôneo à obtenção de medidas cautelares era a via da ação, que somente seria evitada em situações especialíssimas, como advertia Humberto Theodoro Júnior (1996, p. 397-398):

“Se se admitisse a cumulação, na mesma petição, e, conseqüentemente, nos mesmo autos, do procedimento principal e do cautelar, este último seria conduzido ao rito ordinário (art. 299, § 2º), o que redundaria em imediatos prejuízos para o requerente, caso não obtivesse a medida liminar, e, caso contrário, para o requerido, que só poderia obter o julgamento de sua defesa contra eventual irregularidade ou deficiência da medida preventiva, na sentença final da ação de mérito, de cujo recurso, nem autor, nem réu, conseguiria a força de efeito apenas devolutivo, como ocorre com a via recursal específica do processo cautelar (art. 520, n.º IV).

Como se vê, nada aconselha e tudo repele a cumulação de pedidos de mérito e de medidas cautelares. Cada processo tem campo, natureza, fundamentos, critérios e objetivos próprios, que não toleram a abordagem e solução simultâneas.

Essas exigências de autos próprios e autuação em apenso (art. 809), como é natural, só diz respeito às ações cautelares (nominadas ou inominadas), já que nada tem que ver com os casos de medidas cautelares ex officio, ou seja, aquelas que a lei, em casos excepcionais e mediante texto expreso, permite que o juiz tome até mesmo sem requerimento da parte (art. 797). Essas são, por sua própria natureza, diligências integrantes do processo principal, como simples incidentes. A elas não corresponde um processo e uma ação cautelares, dado que, como ensina Galeno Lacerda, não passam de providências ‘administrativas’ incidentais”.

Dentre as chamadas “providências administrativas” acima mencionadas, poderíamos citar o arresto em execução (CPC, art. 653), que dispensa qualquer ajuizamento incidental de pretensão pelo credor.

Uma leitura pouco atenta da novidade legislativa em pauta, poderia levar o intérprete à idéia de que o legislador estaria apenas ratificando uma prática judicial, na qual certas medidas cautelares poderiam ser deferidas nos autos principais, em nome do poder geral de cautela. Todavia, aí teríamos um absoluto contra-senso, pelo qual, práticas já consolidadas, inclusive em

dispositivos processuais específicos, receberiam uma reiteração da atenção do legislador, esvaziando não só a novidade, mas a própria efetividade do novo dispositivo.

Com efeito, é preciso estarmos atentos sempre à extensão do princípio do acesso à jurisdição, incrustado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Por tal mandamento, é preciso que o Estado, através das normas processuais, apresente mecanismos que tornem *efetiva* a tutela jurisdicional, e isso implica num *direito subjetivo público genérico de obter medidas liminares para o atendimento de situações de urgência*, como bem aponta Francisco Gérson Marques de Lima (2002, p. 181):

“[...] O Estado tem a obrigação, e não a faculdade, de tutelar os interesses do cidadão e assegurar seus direitos sempre que comprovadas sua existência e periclitância. É exatamente por esta razão que todas as decisões do Judiciário devem ser motivadas, fundamentadas (art. 93, IX, da CF). A questão tende a ser pacificada com o desenvolvimento do tema sob a ótica dos direitos e garantias fundamentais, em que se verifica ser direito constitucional do cidadão obter tutela (definitiva ou emergencial) que assegure seu direito levado à juízo. O capricho do magistrado não pode sobrepor-se ao direito fundamental de obtenção dessa tutela.”.

E é aí, no nosso entender, que reside aquilo que é mais formidável na inovação legislativa.

A princípio, quando da introdução em nosso sistema procedimental da tutela antecipada, houve um esforço grandioso por parte da doutrina e da jurisprudência no sentido de elaborar quais seriam os pontos de estranhamento entre provimentos antecipatórios e cautelares. Ao contrário da pretensão cautelar, historicamente concebida, segundo as lições de Carnelutti, para exercer funções auxiliar e subsidiária em relação ao processo principal, a tutela antecipada representaria autêntica possibilidade de julgamento antecipado da demanda, mediante uma cognição sumária.

Todavia, antes mesmo da reforma de 2002, vozes de peso na doutrina já apontavam as similitudes entre essas tutelas, a exemplo de Carreira Alvim, apontando que com a reforma de 1994 se deu uma indiscutível “consagração do poder geral de cautela do juiz” (1996, p. 103). Ainda mais expressiva é a observação da professora Tereza Arruda Alvim Wambier (Nery Jr.; Wambier, 2001, p.1096-1097), em ensaio intitulado *Fungibilidade de “meios”: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade*, adiante transcrita:

“Cabe, então, perguntar-se se haveria certa margem de fungibilidade entre essas figuras todas, em que medida.

As questões que se colocam são muitas: será que, pleiteando a parte uma medida cautelar inominada, pode o juiz, se não presentes os pressupostos alistados no texto da lei, conceder outra, desta vez inominada, mas de idêntica significação no mundo empírico?

E o inverso?

Formulando a parte pedido de antecipação de tutela, pode o juiz conceder providência de índole cautelar? E vice-versa?

A resposta genérica que num primeiro momento se pode dar a estas perguntas é a de que razões de ordem formal não devem obstar que a parte obtenha a seu favor provimento cujo sentido e função sejam o de gerar condições à plena eficácia da providência jurisdicional pleiteada ou afinal, ou em outro processo, seja de conhecimento, seja de execução”.

É preciso sempre ter em mente que tanto as cautelares quanto os provimentos antecipatórios urgentes guardam carga de *satisfatividade*. Não a *satisfatividade* envolvida no julgamento do mérito do processo principal, na solução definitiva da lide, que potencialmente sofrerá os efeitos da coisa julgada material. Há, sim, a satisfação de uma *pretensão processual* calcada na *urgência*, com dois pressupostos gerais (o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*)¹. Nesse sentido, afigura-se plenamente factível a fungibilidade entre medida cautelar e a antecipação da tutela fundada no art. 273, I, do CPC. Aliás, lembra Joaquim Spadoni (2003, p. 80) que há uma identidade quanto ao *objeto mediato* dessas tutelas, que é a busca pela proteção de um mesmo bem de vida, o direito a um processo eficaz, estabelecendo-se a diferenciação apenas no *objeto imediato*, adotando-se a técnica cautelar ou a antecipatória.

Note-se que a aplicação dessa nova dimensão procedimental cai como uma luva no procedimento trabalhista. Lembremo-nos que a linha divisória entre as medidas cautelares e os provimentos antecipatórios nunca foi traçada nesse território com cor indelével, mesmo após a inclusão da tutela antecipada no ordenamento processual civil, a exemplo das “medidas liminares” obstativas de transferências abusivas e aquelas reintegratórias de função ou emprego (CLT, art. 659, IX e X).

¹ -“Em termos de objeto da cognição principal do juiz, na ação cautelar, vale dizer, do *mérito da ação cautelar*, do seu objeto litigioso, o elemento que desponta, além da ‘situação perigosa’, é o direito ou a pretensão material à cautela afirmada na inicial, e é em relação a ela que se formula o pedido de tutela cautelar. A relação jurídica material mais ampla em que, eventualmente, a pretensão deduzida se posiciona, virá ao processo apenas como causa de pedir remota”(Watanabe, 2000, p. 138). Ou seja, em tal dimensão, não é despropositado afirmarmos a existência de mérito nessas ações, embora diferenciado daquele presente na denominada “ação principal”.

Também merece nota a imprecisão de certos ritos, particularmente na fase recursal, o que implica num uso bem mais largo da idéia de fungibilidade daquela que é utilizada no processo civil.

Sabidamente, na seara processual trabalhista o princípio protetivo deve falar mais alto, sendo dever do magistrado estar mais atento à defesa dos justos interesses em jogo do que a observância de formas procedimentais rígidas.

Pois bem, feitas essas considerações, vejamos suas implicações práticas quando a parte requer²:

a) pretensão cautelar, embora nominada como antecipação de tutela: é a hipótese literalmente descrita no § 7º, do art. 273, do CPC. Desde que haja vínculo de conexidade entre a tutela conservativa (ou de garantia) requerida e o pedido principal (mérito) e, preenchidos os requisitos genéricos à obtenção dessa providência (*fumus e periculum in mora*), outro caminho não há senão deferir o requerimento. Obviamente, trata-se de cumulação de pedidos e, como tal, há que se respeitar uma pertinência lógica entre ambos (art. 292, § 1º), de maneira que o pedido cautelar (erroneamente nominado) não crie embaraços ao desenlace da ação. Contudo, nada impede que o requerente possa fazer uso, para respaldar seu pleito, da justificação prévia, prevista no art. 804 do CPC.

Logo após a primeira onda renovatória do CPC (1994), presenciamos interessante caso, no qual um advogado patrocinando ações trabalhistas em face de uma grande entidade hospitalar local, já em fase pré-falimentar, perseguia, além do ressarcimento das parcelas rescisórias de seus clientes, antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, a fim de que fosse tornado indisponível o terreno onde estava edificado o nosocômio.

Nitidamente, tínhamos duas pretensões, na qual a “medida liminar” requerida visava a garantia dos créditos que ainda seriam constituídos, antecipando-se a um futuro arresto. Segundo a voz corrente da doutrina à época, o pedido cautelar deveria ser veiculado através de ação própria (incidental), em respeito aos requisitos insertos no art. 801 do CPC, até porque, a cognição a ser desenvolvida era de natureza distinta.

Todavia, à luz daquilo que já expusemos, tal separação não mais se justifica. Não se trata de decretar o óbito do procedimento cautelar. Pelo contrário, é o reconhecimento de sua integração ao processo de conhecimento, em nome do princípio constitucional do acesso à justiça. Claro que em situações preparatórias o procedimento cautelar ainda preserva sua plena autonomia,

² - É importante frisar que a divisão aqui noticiada é lançada para fins didáticos, haja vista que nem mesmo se revela obrigatório que a parte dê nome ao pedido de urgência que formula, o que importa é a exposição precisa da situação de periclitância em que se encontra, defluindo-se daí os demais requisitos legalmente exigidos para obter a tutela jurisdicional.

bem como, diante da complexidade da situação, abre-se ao requerente a possibilidade de manejar tutelas de urgências em caráter incidental, ou cumulada com o feito principal.

b) antecipação de tutela, embora rotulada como pedido cautelar: cuida-se aqui, tão-só, de reconhecermos a validade de uma hipótese de menor complexidade, logicamente abarcada no dispositivo em estudo. Se é possível o mais, o menos está aí incluído.

Porém, sob a ótica da fungibilidade de meios, agora expressamente abraçada pelo CPC, podemos ir mais além, posto que nada impede o uso de disposições do processo de conhecimento no seio do processo cautelar.

Houve, em verdade, a introdução no CPC de um sistema protetivo às tutelas de urgências, cujas peças podem ser cambiadas em função da efetividade do provimento jurisdicional. Como bem observa Eduardo Talamini (2003, p. 371), embora a lei não indique expressamente, a fungibilidade também se põe no sentido inverso (pedido de tutela antecipada sob as vestes de medida cautelar), não havendo sentido em dar tratamento diverso às duas hipóteses.

Insere-se ainda no tema o uso das denominadas “medidas de apoio”, onde quer que haja a necessidade de tutela de urgência. Sob a sistemática pretérita, eram estas reservadas apenas aos casos de ações cognitivas condenatórias em obrigações de fazer ou não fazer. Tinham elas serventia para efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, podendo o juiz, a requerimento da parte ou de ofício, determinar a imposição de multas, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, dentre outras (CPC, art. 461, § 5º). Com efeito, a Lei 10.444/02 transportou esse permissivo para outras modalidades de provimentos antecipatórios, haja vista a redação que emprestou ao § 3º do art. 273. Se assim o fez, o nivelamento do provimento antecipatório ao cautelar, operado no § 7º subsequente, acarreta igualmente na transposição do uso de tais medidas, inclusive acionadas por iniciativa oficial, tanto para o procedimento cautelar quanto, indo mais além, até mesmo na execução, graças ao permissivo contido no art. 598 daquele diploma legal.

c) formulação simultânea de pedido cautelar e de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional num mesmo procedimento: como vimos, os provimentos cautelares e os antecipatórios (fundados na existência de dano irreparável ou de difícil de reparação) integram o gênero das chamadas tutelas de urgência. Contudo, embora pertençam à mesma família, não são excludentes. Podem perfeitamente coexistir numa petição, na qual o requerente, de um lado, visa obter condições que garantam a eficácia do provimento jurisdicional futuro, seja ele total ou parcialmente considerado e, de outro lado, requeira a antecipação dos efeitos da decisão que toca à pretensão principal e autorize a execução.

Creemos ser possível, ante uma situação de urgência, que determinado autor requeira a antecipação tutelar de natureza ressarcitória (condenatória) e, mesmo podendo tal decisão autorizar a execução provisória, igualmente perseguir a indisponibilidade dos bens do devedor, sabedor que a decisão antecipatória se sujeita a recursos que inclusive podem retardar o início dos atos executivos. Note-se que aqui vemos a máxima da instrumentalidade, com vistas a emprestar plena eficácia aos provimentos judiciais, dispensando-se, dada a premência que o caso exige, o aforamento de uma ação cautelar incidental, bem como o pagamento das despesas processuais decorrentes (custas, emolumentos etc.).

Cabe acrescentar, a título de palavras finais, que esse permeio do processo cautelar, agora expressamente permitido na legislação processual comum, seja na fase cognitiva ou na execução, representa mais um passo na longa caminhada que a doutrina vem trilhando, no sentido de destruir o mito do formalismo no processo, elevando-o à sua missão maior, que é justamente propiciar ao cidadão, o consumidor dos serviços judiciários, provimentos que sejam manifestamente eficazes. Mas, para que essa realidade se concretize, afigura-se indispensável a sensibilização dos magistrados, particularmente aqueles que lidam com material de suprema importância como é o ressarcimento da força de trabalho, ainda mais num contexto em que diuturnamente são concebidas novas alternativas para burlar os créditos sociais. Como adverte Luiz Rodrigues Wambier (Nery Júnior; Wambier, 2001, p. 708), “de nada adiantaria se garantir o acesso à justiça se a essa possibilidade não correspondesse o direito de obter ‘sucesso’ com aquele provimento jurisdicional, isto é, de se obter um resultado que, se favorável, pudesse efetivamente representar a possibilidade de transformações no mundo real” .

Referências:

- ALVIM, J. E. Carreira. **Código de Processo Civil Reformado**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- FILHO, Manoel Antônio Teixeira. **As ações cautelares no processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1991.
- JÚNIOR, Fredie Didier. Inovações na antecipação dos efeitos da tutela e a resolução parcial do mérito. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 28, n. 110, p. 225-251, abr./jun..2003.
- JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos constitucionais do processo (sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais)**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NERY JÚNIOR; Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**: e de outras formas de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das tutelas de urgência. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 28, n. 110, p. 72-94, abr./jun..2003.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer**. e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

Ética e ensino jurídico

Cláudio Pedrosa Nunes *

O ensino jurídico universitário carece de urgentes transformações. Necessita, mais que nunca, de substanciais avanços sob o prisma da qualidade.

Já há algum tempo, educadores e autoridades têm-se dedicado à procura de soluções que permitam extirpar as graves deficiências que maculam o ensino e a formação de profissionais de todas as áreas do conhecimento, nos diversos níveis de formação científica.

Em que pese a crescente preocupação das autoridades públicas em alcançar melhoria e excelência dos ensinos fundamental e médio, certo é que o ensino universitário também reclama atenção especial.

No contexto do ensino em nível superior, há que se destacar a necessidade premente de correção das graves deficiências dos cursos de Direito. Hoje, as instituições de ensino jurídico superior pecam por relegar a plano inferior disciplinas básicas que se direcionam à formação humanitária, moral e ética do profissional do Direito. Disciplinas como a Filosofia do Direito, a Ética Profissional e Noções de Justiça e Equidade só têm sido admitidas ou consideradas como adendo, suplemento das cadeiras reputadas fundamentais e imperativas ante as exigências do mercado.

As exigências dos estudantes no sentido de que lhe sejam ministradas disciplinas centrais que os habilitem a alcançar estabilidade profissional num mercado de trabalho cada vez mais comprimido e competitivo podem ser consideradas como um dos pontos de partida dos problemas. Diante disso, as instituições de ensino superior acabam por adotar determinadas linhas de ensino que conduzem o acadêmico a primar por uma formação “mecânica”, “automática” que o impele a atuar mais como um comerciante ou negociador e muito menos como um agente de promoção do Direito, da Justiça e do bem-estar comunitário. Isso é bem visível em se tratando do curso de Direito. Não é por outra razão que o saudoso Darcy Ribeiro alinhava como um dos defeitos dos cursos universitários em geral exatamente sua *“incapacidade de dominar os saberes científico e humanístico modernos, de cultivá-los através de pesquisas e estudos, de difundir-los através de um ensino de padrão razoável e de aplicá-los na busca de soluções para os problemas nacionais”*¹.

* Cláudio Pedrosa Nunes é Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 13ª Região, Professor de Direito do Trabalho II do UNIPÊ, Mestre em Direito pela UFPE e Especialista em Direito Processual Civil pelo UNIPÊ.

¹ RIBEIRO, Darcy. *Confissões*, São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 249-250.

Desde o ingresso no ensino jurídico universitário, o profissional do Direito (e o estudante é um deles) parece considerar sua oportunidade de colação de grau em nível superior (Bacharelado) e/ou sua admissão no quadro de advogados como um futuro “bom negócio”. Os acadêmicos de Direito, em sua maioria, e os advogados mais novatos portam-se praticamente como executivos de negócios, transformando seus escritórios em verdadeiras agências. Trata-se de reflexo da ausência de instrução voltada para a consecução de ideais humanitários e da promoção do justo e do bem, dos quais os contratos e as celeumas jurídicas do dia-a-dia devem ser destinatários naturais.

Ainda na graduação, no convívio em sala de aula, é visível a cultura da malícia, do proveito com menor (ou nenhum) esforço, da adoção mesmo da desonestidade como sinônimo de esperteza que se supõe deva necessariamente ser o marco da atuação do advogado. Provas são “coladas”, os livros quase não são consultados ou lidos, inclusive textos básicos de lei. O plágio tem ocorrido com absoluta constância (e até naturalidade) em se tratando da elaboração da monografia jurídica indispensável ao término do curso, sem sanções inibitórias. Não há interesse, para muitos, do correto e sólido aprendizado dos mais elementares institutos jurídicos. A busca por boas notas nas provas mediante o estudo sistemático tornou-se secundária, porquanto a idéia da aprovação a todo custo e por qualquer meio, mormente no final de cada semestre letivo (e muitas vezes com as “vistas grossas” dos docentes) é prática reinante em grande parte das universidades e escolas particulares.

O reflexo da cultura de “levar vantagem em tudo”, por conduto da malícia e de outras práticas pouco elogiáveis, tem sido a tônica, infelizmente, do pensamento e da conduta da maioria dos discentes nos cursos de graduação em Direito. De se ressaltar, de logo, as honrosas exceções, de modo a sepultar injustiças: bom número de estudantes procede com absoluta correção e admirável interesse pelo saber jurídico. E é por conta deles que o ensino jurídico deve permanecer na busca de excelência e constante aperfeiçoamento, a partir da adoção de uma nova maneira de pensar o dia-a-dia das salas de aula dos cursos de graduação em Direito.

A realidade desestimulante que se está a registrar não tem origem somente na conduta pessoal, individual dos alunos. Em outras palavras, não se pode atribuir apenas aos discentes os desequilíbrios de comportamento nos cursos de Direito. Nas universidades, sejam públicas ou particulares, os professores também têm grande responsabilidade por esse estado de coisas. Alguns professores preferem ignorar os postulados da correção, da retidão de comportamento e mesmo da honestidade e da ética na formação dos novos profissionais porque sucumbem facilmente às pressões dos alunos sedentos pela aprovação a qualquer custo e pela conclusão imediata, senão prematura, do curso. Não é incomum o arredondamento gratuito de notas (para mais) para tão-só “ajeitar” a situação do estudante pouco comprometido com os estudos, ante “comoventes” apelos e

para furtar-se a pressões (por vezes acintosas) ou ainda para livrar-se do próprio trabalho de preparação e correção de provas. Ademais, pouco se reprova por faltas, porque quase todas as justificativas dos faltantes, não obstante esdrúxulas, são facilmente consideradas. Há casos de ausências em mais da metade das aulas do semestre, abonadas sem critérios. Com tais práticas, os docentes, em verdade, passam a inculcar a idéia de que a seriedade, o compromisso com o trabalho, a retidão de conduta, e, enfim, a honestidade, não têm no curso de Direito sua base essencial. E isso evidentemente repercute negativamente na conduta do aluno, estimulando-o a criar consciência de que sua aprovação não resulta necessariamente de seu esforço, isto é, do compromisso com os estudos e demais atividades acadêmicas necessárias ao êxito e bom preparo. No futuro, ter-se-á a formação de bacharéis manifestamente despreparados e estimulados a proceder com as mesmas subversões da convivência acadêmica.

Tudo isso merece pronta reflexão.

Não se pretende propalar ou defender rigor excessivo aos discentes nem segregar os docentes da liberdade de atuação e conveniência de sua metodologia de ensino. Entretanto, transigir com práticas aéticas, desonestas e com a cultura da esperteza malfazeja talvez represente equívoco mais grave. É dever dos professores e das universidades a busca incessante pela implementação de princípios de moral, ética e de retidão de conduta dos que fazem especialmente o curso de graduação em Direito.

É por conta dos desvios referidos que as noções de ética e de retidão de conduta (honestidade) parecem, na prática atual, apenas devaneio em termos de cursos de graduação em Direito. E os que primam por tais valores têm merecido severas (e injustas) ironias, críticas e mesmo desrespeito.

É mister a alteração desse quadro desolador. Em se tratando de curso de Direito, tudo deve estar voltado para o sentido da justiça, da honestidade e da ética. Afinal, como anotam Libatore e Celso, citados por Franco Montoro, “*Direito é tudo o que é reto...*”; *Direito é a arte do bom e do justo*².

Os discentes e docentes devem iniciar uma nova cultura nos meios acadêmicos. A direção das universidades pode contribuir com a instalação de cursos de ética e congêneres, além de promover constantes seminários e congressos nesse sentido. Não obstante isso, é imperativa a criação de mecanismos eficazes e rigorosos de punição dos estudantes e professores desidiosos e indisciplinados. Ressalte-se, nesse contexto, a lição de John Locke, para quem “*cada transgressão pode ser punida no grau e severidade que seja suficiente para torná-la um mau negócio*”.

² FRANCO MONTORO, André. *O Conceito de Direito*, in *Introdução à Ciência do Direito*, 23^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 40.

*para o transgressor, para dar-lhe motivo de arrependimento e para amedrontar outros a que não façam igual*³. Com esses estímulos e outras medidas saneadoras, estar-se-á sepultando a atual noção de que em Direito sobressai mais o malicioso, o mais “vivo” ou mesmo o mais ardiloso.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS:

FRANCO MONTORO, André. ***O conceito de Direito***, in ***Introdução à Ciência do Direito***, 23ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LOCKE, John. ***Dois Tratados sobre o Governo***, in ***Os Grandes Filósofos do Direito***, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RIBEIRO, Darcy. ***Confissões***, São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

³ LOCKE, John. ***Dois Tratados sobre o Governo***, in ***Os Grandes Filósofos do Direito***, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 135.

O novo Código Civil e seus reflexos no direito do trabalho e direito processual do trabalho

*Juarez Duarte Lima**

1. Introdução

Após o transcurso de vários anos de espera, finalmente, o Congresso Nacional aprovou o novo Código Civil Brasileiro (Lei n. 10.406, de 10.1.2002).

O Novo Código Civil consagrou princípios que demonstram seu caráter inovador na ordem jurídica pátria, entre os quais destacamos o princípio da sociabilidade, princípio da eticidade e princípio da operabilidade, conforme o entendimento de Carlos Roberto Gonçalves.¹

Não podemos olvidar que o direito comum, notadamente o Direito Civil, é parte subsidiária do Direito do Trabalho, naquilo que for compatível com os princípios fundamentais deste último, daí porque algumas inovações ocorridas no Código Civil repercutem no Direito do Trabalho, ante a norma insculpida no parágrafo único do art. 8º. da CLT estabelecer que *“o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.”*

Dessa forma, o tema em epígrafe vem despertando, no meio judiciário trabalhista, cada vez mais interesse, que obriga a todos atualizarem-se com as mudanças ocorridas no direito comum.

Não pretendemos esgotar todos meandros da questão e, por isso, selecionamos alguns dispositivos do Código Civil vigente, perfeitamente aplicáveis subsidiariamente ao Direito do Trabalho e ao Direito Processual do Trabalho.

2. Inovações que repercutem no Direito do Trabalho

2.1. Da Personalidade e Da Capacidade

“Art. 1º. Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.”

“Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

* O autor é Juiz do Trabalho Substituto da 13ª Região, Especialista em Processo Civil e Professor de Direito Processual do Trabalho do Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ

Como se vê, substituiu-se a palavra “homem” do Código Civil de 1916 por “pessoa”, pondo fim qualquer idéia de discriminação entre o homem e a mulher. De outra parte, entendeu-se mais apropriada a palavra “deveres” em vez de “obrigações”.

“Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I – os menores de dezesseis anos;

II – os que, por enfermidade mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III – os que, ainda por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.”

A modificação substancial ocorreu quanto à supressão dos ausentes dentre os absolutamente incapazes.

O inciso II abandona as expressões “loucos de todo o gênero” e “psicopatas”, adotando o entendimento mais avançado da psiquiatria moderna. Ao reportar-se à falta de discernimento para os atos da vida civil, fez abranger todos os casos de insanidade mental, permanente e duradoura, que proporcionam graves alterações das faculdades psíquicas.

O inciso III compreende somente as pessoas que não puderem exprimir sua vontade por causa transitória, a exemplo da embriaguez não habitual, do uso eventual e excessivo de entorpecentes ou de substâncias alucinógenas, da hipnose ou outras causas semelhantes.

“Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV – os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.”

A capacidade plena se adquire aos dezoito anos de idade e o novo texto retirou os silvícolas dentre os relativamente incapazes, porém, fez incluir, por outro lado, no inciso II, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido, com reflexos no Direito do Trabalho, pois os enquadrados nestas situações passam a ser relativamente incapazes, inclusive para atuarem em juízo e firmarem compromissos.

O problema é que as empresas nem sempre têm ciência dos empregados que fazem uso de tóxicos ou os ébrios habituais, só que, agora, os viciados em droga e alcoólatras são

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto, Principais Inovações no Código Civil. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 5

incapazes e a empresa poderá estar pagando salários, dando tarefas, exigindo trabalhos perigosos e assinando documentos, que é proibido.

A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 482 e alínea “f”, considera justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador, quando restar caracterizada a embriaguez habitual ou em serviço.

Ocorre, entretanto, que a embriaguez habitual não constitui motivo, agora, para dispensa por falta grave do empregado, por se tratar de doença. Tanto é que a Organização Mundial de Saúde já a considera dessa forma, razão pela qual deve o empregado ser encaminhado à Previdência Social (INSS) e suspenso o contrato de trabalho, por auxílio-doença.

Por outro lado, como já afirmado alhures, o inciso II do art. 4º. do Código Civil passou a prever que o ébrio habitual é considerado relativamente incapaz. Destarte, o ato por ele praticado não pode ser considerado falta grave, entretanto, um ato praticado por pessoa relativamente incapaz.

“Art. 5º. A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I – por concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos:

II – pelo casamento;

III – pelo exercício de emprego efetivo;

IV – pela colação de grau em curso de ensino superior;

V – pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenham economia própria.”

O novo diploma reduziu o limite de idade para dezoito anos, quando, a partir de então, a pessoa está habilitada para prática de todos os atos da vida civil.

Ressalte-se, também, que o artigo em exame cuidou dos casos de emancipação, isto é, liberação da incapacidade relativa.

Dentre as causas de cessação de menoridade, urge tratarmos a que contempla do menor com dezesseis anos completos ter relação de emprego, desde que tenha economia própria.

Assim, o menor de dezoito anos e igual ou superior a dezesseis anos, que for empregado, auferindo salário, ainda que igual a um salário mínimo, cessará sua incapacidade para prática dos atos da vida civil.

A expressão economia própria deve ser compreendida como remuneração paga ao trabalhador suficiente ao sustento próprio e de sua família. Assim, basta a percepção do salário mínimo para se atender a este requisito (CF - inciso IV, do art. 7º.).

Dessa forma, falta essa “economia própria”, quando, por exemplo, o menor for admitido para receber salário inferior ao mínimo legal, o que pode ocorrer se contratado a tempo parcial, por exemplo.

É o caso do contrato de aprendizagem (a partir de 14 anos), regulado pelos artigos 428 *usque* 433 da CLT, no qual, se o menor aprendiz trabalhar apenas algumas horas por dia, terá direito ao salário mínimo horário.

Ressalte-se, também, que se adquire a maioridade civil pelo exercício de emprego público efetivo e, a considerar que a idade laboral está fixada aos 16 anos, conforme o art. 403 da CLT, seguindo o disposto no art. 7º. e inciso XXXIII, da CF, a partir dessa idade e com o ingresso no emprego público, cessa para o adolescente a menoridade.

2.2. Dos Direitos da Personalidade

“Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

.....
Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessários à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a responsabilidade, ou se destinarem-se a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa física é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”

O Código Civil dedicou um capítulo novo aos direitos de personalidade.

Ante a relevância dos direitos da personalidade, de caráter personalíssimo, contemplou o legislador ordinário dois princípios que lhe são imanentes, quais sejam: a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade.

Só por morte da pessoa que sofreu dano aos direitos de personalidade é que se autoriza terceiros a postular a respeito de tais direitos, como substitutos processuais da pessoa lesada, que não poderia fazê-lo.

No tocante à renúncia, os direitos de personalidade podem ser não exercidos, mas jamais renunciados.

Ressalte-se, por oportuno, que a vedação legal aos direitos personalíssimos, por ato de vontade, não quer dizer que a pessoa esteja impedida de realizar negócios jurídicos em torno dos mesmos, entretanto, a cessão do direito de exploração de direito personalíssimo será sempre retratável.

Por outro lado, na defesa dos direitos personalíssimos, pode o indivíduo lesado exigir que cesse a ameaça (tutela inibitória) ou a lesão a direito da personalidade e reclamar perdas e danos (tutela reparatória), sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Dentre os direitos de personalidade, preceitua o art. 17 do Código Civil que o nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória. Da mesma forma, sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial, gozando o pseudônimo da mesma proteção.

O interessado pode, a qualquer momento, requerer judicialmente a cessação da publicação ou o uso da imagem, sem prejuízo da indenização que couber, se atingida a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais.

No âmbito do Direito do Trabalho, é possível que, em decorrência de uma relação de emprego, empregado ou empregador venha utilizar o nome ou a imagem de outrem para fins não autorizados pelo indivíduo que se considera lesado.

Se a situação ocorrida tiver razão ou fundamento no contrato de trabalho, incumbe à Justiça do Trabalho apreciar o dissídio individual.

Imaginemos que o empregador utilize o nome de seu empregado em publicações ou representações que o exponham ao desprezo público, ainda que sem intenção

difamatória. Igualmente, utilize o empregador o nome ou imagem do empregado, especialmente os artistas e atletas profissionais, sem autorização, em propaganda comercial.

Nessas hipóteses, o lesado poderá recorrer à Justiça do Trabalho para exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, afora perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções legais.

No que tange à proteção à vida privada do empregado, como violação dessa garantia, lembramos as revistas ilicitamente procedidas pelos empregadores.

A CLT, no inciso VI, do art. 373-A (acrescentado pela Lei n. 9.799/99), veda o empregador ou preposto proceder às revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

Em relação aos demais empregados, a revista deles, sem qualquer justificativa ou genérica, constitui prática abusiva, uma vez que viola o direito à intimidade e à vida privada, assim como fere o princípio do respeito à dignidade da pessoa.

Nesse caso, pode o empregado requerer, perante a Justiça do Trabalho, providências necessárias para impedir ou fazer cessar a revista, inclusive com imposição multas cominatórias pelo descumprimento da obrigação de não fazer (CPC – art. 461, parágrafo 4º.).

Na relação de emprego, múltiplas são as situações em que o empregador pode violar o direito de reserva da vida privada e íntima do empregado e vice-versa. Um exemplo típico é quando o empregador presta informações sobre o seu empregado (ou ex-empregado) para terceiros, transmitindo dados registrados em sua ficha funcional.

Ora, o fato do empregado informar sobre sua vida privada ao empregador (seu estado civil, endereço, preferências, deficiências, qualificações, doenças etc.) não autoriza a repassar estas informações a outrem, fazendo uso das mesmas, sob pena de violar a vida privada ou íntima do trabalhador.

Também é defeso ao empregador revelar dados que consta no prontuário médico do empregado, assim como sobre o seu desempenho profissional, conduta, frequência ao trabalho, o valor de sua remuneração etc.

O mesmo há de se concluir quanto aos fatos atinentes à vida íntima e privada do empregador e que, eventualmente, passam a ser do conhecimento do empregado.

2.3. Da Ausência

“Art. 22. Desaparecendo uma pessoa do seu domicílio sem dela haver notícia, se não houver deixado representante ou procurador, ao qual caiba administrar-lhe os bens, o juiz, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, declarará a ausência, e nomear-lhe-á curador.

Art. 23. Também se declarará a ausência, e se nomeará curador, quando o ausente deixar mandatário, que não queira, ou não possa exercer ou continuar o mandato, ou se os seus poderes forem insuficientes.

.....
Art. 26. Decorrido um ano de arrecadação dos bens do ausente, ou, se ele deixou representante ou procurador, em se passando três anos, poderão os interessados requerer que se declare a ausência e se abra provisoriamente a sucessão.

Art. 27. Para o efeito previsto no artigo antecedente, somente se consideram interessados:

I – o cônjuge não separado judicialmente;

II – os herdeiros presumidos, legítimos ou testamentários;

III – os que tiverem sobre os bens do ausente direito dependente de sua morte;

IV – os credores de obrigações vencidas e não pagas.”

Como visto alhures, o ausente foi retirado do novo Código Civil, do rol dos incapazes, porquanto, o que se pretende, na situação particular, é, tão-somente, o de prover os meios necessários para a gerência e administração do seu patrimônio, deixado ao abandono com a ausência. Em qualquer lugar que estiver, enquanto vivo, sua capacidade é presumidamente íntegra.

Em situação legalmente declarada de ausência, em prol da paz social, aflora o interesse público no resguardo do patrimônio deixado ao abandono, exigindo intervenção judicial, tal como recomendado para os incapazes.

Os dispositivos relativos à ausência são de interesse para o Direito Processual do Trabalho, na medida em que regulam a administração dos bens por um curador nomeado judicialmente, permitindo-se que, após um ano de arrecadação dos bens do ausente, possa o credor trabalhista requerer a declaração de ausência e a abertura provisória da sucessão do ausente, ante a amplitude do contido no inciso IV do art. 27.

2.4. Das Pessoas Jurídicas

Limitaremos a fazer exegese, do contido no art. 50 do Código Civil, através do qual o legislador de forma direta contemplou a doutrina da desconsideração da pessoa jurídica, ante sua relevância para o Direito do Trabalho.

“Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

Ao lado das pessoas físicas, a lei reconhece ou admite a existência de pessoas jurídicas como sujeitos de direitos e deveres na ordem civil, que não mais são do que um agrupamento de pessoas físicas com o objetivo de formar uma pessoa jurídica (sociedade, associação etc.) e, com isso, facilitando o exercício da prática das transações comerciais.

Na medida em que seus sócios usam de um instrumento previsto na lei (pessoa jurídica) para se enriquecerem ilicitamente e em detrimento dos interesses de outrem, é possível a despersonalização da pessoa jurídica para se buscar no patrimônio das pessoas físicas responsáveis pela prática dos atos ilícitos com vistas à satisfação dos credores.

Inova o artigo em referência ao estatuir a responsabilidade não só do sócio, mais também do administrador de qualquer pessoa jurídica e, por conseguinte, até o empregado-administrador poderá ser responsabilizado.

É oportuno não esquecer que o art. 1061 do Código Civil prevê a possibilidade da sociedade limitada ter como administrador pessoa não sócia e, dessa forma, o empregado pode assumir esse encargo e ser responsabilizado pelo abuso de direito.

2.5. Do Negócio Jurídico

“Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.”

O novo Código Civil substituiu a expressão genérica **“ato jurídico”**, que se encontrava no Código de 1916, pela designação específica **“negócio jurídico”**. Quanto aos atos jurídicos lícitos que não sejam negócios jurídicos (ato jurídico em sentido estrito e ato-fato jurídico), o referido diploma legal tratou-os à parte.

No que tange aos artigos em referência, encontramos expresso o princípio da liberdade da forma, isto é, qualquer que seja a forma de manifestação volitiva, a emissão de vontade do agente é apta a produzir efeitos no mundo jurídico, salvo quando a solenidade integra a substância do ato, a exemplo do casamento ou testamentos.

Em função do princípio acima, não dispondo a lei em contrário, deixou-se de exigir a escritura pública para validade dos atos de constituição, transferência, modificação ou renúncia

de direitos reais sobre imóveis de valor até trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País, atualmente equivalente a R\$ 7.200,00 (sete mil e duzentos reais).

“Art. 110. A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento.”

O novo Código Civil cuida da reserva mental, considerando subsistente a manifestação da vontade ainda que o autor lhe haja feito com a intenção de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento.

Tem aplicação no Direito do Trabalho, porquanto inúmeros são os casos nos quais o empregado e empregador firmam declarações não queridas em seu conteúdo, tampouco em seu resultado. Exemplo típico é quando um empregado aceita uma transferência, externando sua vontade por escrito, mas declara (faz a reserva mental) que não queria mudar de local de trabalho (aceita por temer sua dispensa). Nessa hipótese poderá o empregado pedir a nulidade do ato de vontade, alegando a reserva mental.

O grande problema é provar que fez a reserva mental e deu ciência ao empregador.

2.6. Da Representação

“Art. 115. Os poderes de representação conferem-se por lei ou pelo interessado.

Art. 116. A manifestação de vontade pelo representante, nos limites de seus poderes, produz efeitos em relação ao representado.

Art. 117. Salvo se o permitir a lei ou o representado, é anulável o negócio jurídico que o representante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebrar consigo mesmo.

Art. 118. O representante é obrigado a provar às pessoas, com quem trata em nome do representado, a sua qualidade e a extensão de seus poderes, sob pena de, não o fazendo, responder pelos atos que a estes excederem.

É anulável o negócio concluído pelo representante em conflito de interesses com o representado, se tal fato era ou devia ser do conhecimento de quem com aquele tratou.

Parágrafo único. É de cento e oitenta dias, a contar da conclusão do negócio ou da cessação da incapacidade, o prazo de decadência para pleitear-se a anulação prevista neste artigo.

Art. 120. Os requisitos e os efeitos da representação legal são os estabelecidos nas normas especiais; os da representação voluntária são os da Parte Especial deste Código.”

Representar é está no lugar de outrem, daí porque existe representação quando alguém atua em nome e por conta de outrem, por força de lei ou negócio jurídico, com poderes necessários para essa atuação.

O art. 117 acima mencionado trata do autocontrato ou contrato consigo mesmo, considerando-o, em princípio, anulável. É que o contrato, por definição, é um acordo de vontades, não se admite um contrato consigo mesmo.

É possível, no entanto, o negócio jurídico conhecido por “procuração em causa própria”, de que trata o art. 685 do Código Civil, quando, por exemplo, o mandatário recebe poderes para alienar determinado bem, por determinado preço, a terceiros ou a si próprio, sendo que, na última hipótese, na lavratura da escritura, aparece só uma pessoa, mas só aparentemente, posto que o mandatário está representando o mandante.

As regras de representação de ampla aplicação no Direito do Trabalho, porquanto a representação do preposto e do empregado por colega de profissão ou pelo sindicato de sua categoria profissional (CLT – art. 843, parágrafos 1º. e 2º.), passam a ser regidas, subsidiariamente, pelas normas do novo Código Civil.

Desse modo, salvo se a lei permitir ou por ato do próprio representado, é anulável o negócio jurídico em que o representante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebrar um contrato consigo mesmo.

Assim, se o mandato permitir que o representado assine seu próprio contrato de trabalho, em nome do representante, não há óbice legal (procuração em causa própria).

Por outro lado, o representante está obrigado a provar às pessoas, com quem tratar em nome do representado, a sua qualidade (art. 118) e, dessa forma, no processo do trabalho, doravante, exigir-se-á do preposto a denominada “**carta de preposição**”, para que se tenha como regular a representação do demandado em audiência.

Ultrapassada está a tese daqueles que defendem a desnecessidade de trazer carta de preposição, bastando apenas exibir sua CTPS provando a condição de empregado, sob os fundamentos de ausência de previsão legal e a jurisprudência se orientar no sentido do preposto ser necessariamente empregado (Orientação Jurisprudencial, da SDI do TST no. 99).

Na esfera trabalhista, o preposto do empregador pode praticar qualquer ato processual em audiência, inclusive celebrar acordo, haja vista a representação legal conferida pelo parágrafo 1º. do art. 843 da CLT.

Há de se questionar, doravante, se os atos processuais realizados fora da audiência não podem mais ser praticados pelo preposto e sim, pelo representante legal do reclamado, que detém plena capacidade para representar a pessoa jurídica.

Entendo que o preposto, por cautela, deve exigir que se faça constar no bojo da carta de preposição, poderes para praticar outros atos processuais fora da audiência, como celebrar acordo e dar quitação.

A representação conferida pelo parágrafo 2º. do art. 843 ao empregado que pertença à mesma profissão do representado, ou pelo sindicato da categoria deste, é uma representação parcial e, portanto, visa apenas evitar o arquivamento do processo.

Finalmente, é anulável o negócio concluído pelo representante, em conflito de interesses com o representado, se tal fato era ou devia ser do conhecimento de quem com aquele tratou.

2.7. Dos Defeitos do Negócio Jurídico

“Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume a obrigação excessivamente onerosa.”

O estado de perigo ocorre quando alguém se encontra em situação equiparada ao “estado de necessidade” (CP – art. 24), assume obrigação excessivamente onerosa para salvar-se, ou a pessoa de sua família. Exemplo clássico seria uma pessoa que se está afogando e, desesperada, promete toda a sua fortuna para ser salva, nesse caso, leva à ilicitude do negócio, tornando anulável, segundo a regra do art. 171, II, do Código Civil.

No direito italiano, o juiz, na hipótese acima, rescindiria o negócio jurídico e fixaria compensação equitativa à outra parte pelo serviço prestado.

É perfeitamente aplicável no Direito do Trabalho, pois, como exemplo suponhamos que o empregador, para salvar a si ou membro de sua família, comprometa-se a empregar determinada pessoa com alto salário que tenha condições de lhe evitar o grave dano.

“Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga à prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

Parágrafo 1º. Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

Parágrafo 2º. Não se decretará a anulação do negócio, se foi oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.”

O novo Código Civil incluiu a lesão no rol dos vícios do consentimento, configurando-se esse defeito, desde que atendidos os requisitos subjetivos: a premente necessidade, a urgência que não admite adiamentos, além de inexperiência, situações que constroem o contratante e, objetivos: a manifesta desproporção entre as prestações de uma parte em relação a da outra, geradora de lucro exagerado.

Não se decretará, porém, anulação do negócio “se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito” (parágrafo 2º. do art. 157). O lesado poderá optar pela anulação ou revisão do contrato.

No Direito do Trabalho, essas regras têm ampla aplicação, haja vista o empregado, muitas vezes, por ignorância, inexperiência ou premente necessidade, aceita celebrar contrato de trabalho expressamente danoso para si, em desproporcional proveito do empregador.

Suponhamos o empregado que, sob premente necessidade ou inexperiência, obrigou-se a prestar serviços para determinada empresa, manifestamente desproporcionais ao valor do salário ajustado. Nesse caso, faz jus a receber uma suplementação pelo labor despendido ou a redução do proveito por parte do favorecido, quer pela redução da carga horária ou concessão de aumento salarial.

2.8. Dos Atos Ilícitos

“Art. 186. Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

O legislador contemplou além o direito de reparação não só quanto ao dano material, quanto ao dano moral.

A ofensa ao adético, alcoólico, deficiente físico, ou em razão da cor, raça, sexo, idade, pode ensejar ação reparadora.

Por outro lado, a prevalência do fim econômico e social sobressai no último texto acima, lembrando-se que o fim social visa assegurar a dignidade humana, evitando-se desigualdades aviltantes.

O direito do trabalho sempre se caracterizou por ser forfetário.

Em determinados casos, embora o empregador esteja no exercício de um direito ao exigir serviço em determinadas condições de trabalho, caso o exerça de forma abusiva, fora

dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, além de pagar o valor fixado na legislação como contraprestação do serviço prestado, estará sujeito a pagar uma indenização.

Suponhamos que o empregado venha sofrer dano, de natureza física ou moral, ao exercer, por longos anos, trabalho em condições insalubres e sem qualquer uso de equipamento de proteção individual. O pagamento do adicional respectivo não impede que o mesmo pleiteie reparação pelo dano sofrido.

Também, cometeria ato ilícito, se o empregador dispensasse certo empregado com o único propósito de contratar dois ganhando salário inferior, porquanto, fere aos bons costumes e à boa-fé. Nesse caso, além de receber as verbas rescisórias devidas, é possível pleitear indenização pelo dano experimentado.

2.9. Da Prescrição e da Decadência

“Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular à pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

Art. 190. A exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão.

.....
Art. 193. A prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita.

Art. 194. O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz.

.....
Art. 202. A interrupção da prescrição, que só poderá ocorrer uma vez (...).

Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.

O novo Código Civil dispõe que a prescrição corresponde à extinção da pretensão, e esta nasce para o titular como decorrência da violação do seu direito. Abandonou-se, como visto, conhecida discussão: prescreve a ação ou prescreve a pretensão.

A tese da prescrição da pretensão é mais condizente com o direito processual contemporâneo, uma vez que a prescrição é instituto de direito material, tanto é que, segundo o nosso Código de Processo Civil, uma vez acolhida, conduz a extinção do processo com julgamento do mérito (art. 269, IV).

De outra parte, a exceção é uma espécie do gênero defesa, sendo dita indireta.

Acabou-se a celeuma em torno da prescrição ou não da exceção. Nos termos do art. 190 acima mencionado, a exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão.

A prescrição pode ser argüida perante qualquer juízo ou tribunal, de qualquer grau, não restringindo sua alegação à instância ordinária. É óbvio que, seja qual for o momento, há de se assegurar o contraditório, permitindo-se oportunidade para a parte adversa se pronunciar.

Com efeito, cai por terra a discussão doutrinária de que a prescrição só pode ser argüida na contestação.

Também, o art. 194, em exame, deixa claro ser defeso ao juiz, de ofício, suprir a alegação da prescrição, ainda que de direito não patrimonial, salvo se for para favorecer pessoa absolutamente incapaz.

A interrupção da prescrição tem o efeito de inutilizar ou anular o tempo anteriormente computado ou escoado, iniciando-se nova contagem em seguida.

Houve inovação pelo novo diploma legal, na medida em que restringiu a interrupção da prescrição somente uma vez e, conseqüentemente, não mais há de se permitir na Justiça do Trabalho diversas interrupções, principalmente aquelas decorrentes das ações arquivadas.

2.10. Das Obrigações de Fazer

“Art. 249. Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível.

Parágrafo único. Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido.”

A regra geral é buscar a tutela jurisdicional do Estado para compelir o devedor a cumprir a obrigação de fazer, contudo, em situação excepcional, porquanto, permite-se o credor, em caso de urgência e independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar a obrigação de fazer inadimplida, para posteriormente pedir o respectivo ressarcimento.

Um caso típico seria o empregador, diante da recusa de seus empregados em prestar serviços (obrigação de fazer) por causa de uma greve abusiva, poder, em caso de urgência, mandar que outras pessoas executem a obrigação. Neste caso, o empregador exigirá a indenização dos empregados grevistas, além do ressarcimento das despesas extraordinárias realizadas com a contratação de terceiros.

2.11. Dos Contratos em Geral

“Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

O aforismo “**pacta sunt servanda**”, isto é, a sujeição dos contratantes ao compromisso livremente assumido, não subsiste mais de forma inflexível, posto que, o artigo em referência introduz, no direito contratual, o princípio da função social. A liberdade de contratar tem razão e encontra limites na função social do contrato.

O princípio da função social no direito contratual, por muito mais razões, tem sua aplicabilidade no Direito do Trabalho. Por exemplo, não se respeita tal princípio, quando o empregador contrata alguém, para tão-só obstar de prestar serviços a um concorrente.

“Art. 429. A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos.

Parágrafo único. Pode-se revogar-se a oferta pela mesma via de sua divulgação, desde que ressalvada esta faculdade na oferta realizada.”

A oferta feita em público equivale a uma proposta de contratar, daí porque, inexistindo quaisquer circunstâncias ou usos que firmem em contrário, se uma empresa publica em jornal anúncio oferecendo emprego de vendedor, com salário mensal igual a R\$ 3.000,00 (três mil reais), não poderá alterar sua proposta quando aceita, posto que se obrigou por ela. Se, entretanto, quando do anúncio, houver ressalva da faculdade de revogação da oferta, ser-lhe-á lícito proceder a alteração da proposta.

Essa regra vem proteger os interesses dos trabalhadores atraídos por anúncios que prometem altos salários, mas não são pagos depois de formalizado o contrato de trabalho.

“Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença, que a decretar, retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.”

Adota o novo Código Civil o princípio do equilíbrio das prestações para possibilitar ao devedor pedir resolução do contrato, quando ocorrer onerosidade excessiva, com extrema vantagem para o credor, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis.

Perfeitamente aplicável ao Direito do Trabalho, por exemplo, em que o salário é corroído pela inflação repentina, causada por uma grande desvalorização da moeda. Nesta hipótese, o empregado pode exigir a resolução do contrato de trabalho, sem estar obrigado a dar aviso prévio.

A resolução pode ser evitada, caso o empregador proponha aumento salarial de forma a reequilibrar as prestações contratuais.

2.12. Da Obrigação de Indenizar

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

.....
Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.”

A grande inovação legislativa está contemplada no parágrafo único do art. 927, em sua parte final, porquanto, adotou-se a teoria do exercício da atividade perigosa e o princípio da responsabilidade independentemente de culpa, assim, afora os casos previstos em lei especiais, sempre que *“a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”*

Na área trabalhista, podemos indicar empresas que desenvolvem atividades que envolvem grandes riscos de vida e à saúde do trabalhador, aquelas empresas cuja atividade é de manipulação de produtos químicos, radiativos, cancerígenos etc., bem assim, as empresas de venda de combustíveis e seus demais derivados de petróleo (postos de gasolina), entre outras.

Por outro lado, o valor da indenização tem por critério para sua definição o da extensão do dano. O juiz poderá reduzi-lo caso haja excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano.

O exemplo clássico advindo da doutrina é a pessoa que empurra outrem, este cai, bate a cabeça e morre. O ato agressivo (empurrar) e o dano (morte), há uma desproporcionalidade excessiva entre a gravidade da culpa e o dano, permitindo ao juiz reduzir a indenização.

Outra inovação é que se a vítima tiver concorrido culposamente para o acontecimento danoso a sua indenização será definida tendo por parâmetro a proporção da gravidade de sua culpa, confrontada com a do autor do dano.

Exemplo que se pode lembrar é o do empregado que recebe o equipamento de proteção e não faz uso do mesmo, vindo a sofrer um dano em decorrência de um acidente de trabalho. Responde o empregador pelo dano, ante sua negligência na fiscalização, mas o empregado também concorreu para o dano, na medida em que deixou de usar o equipamento de proteção.

No caso em questão, deverá o juiz, ao fixar o valor da indenização, considerar a gravidade da culpa da vítima em confronto com a do autor do dano.

3. Conclusão

O novo Código Civil produziu alterações substanciais na ordem jurídica pátria, com reflexos em vários ramos do direito, entre os quais o Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho.

Urge aos juízes, advogados, membros do ministério público do trabalho e demais operadores do direito utilizarem, conforme os interesses defendidos, a aplicação subsidiária do referido Código, por expressa autorização do parágrafo único do art. 8º. da CLT.

A extinção do vínculo hipotecário pela arrematação ou adjudicação

Arnóbio Teixeira de Lima(*)*

I – Introdução

Ao manifestar nosso entendimento sobre tão palpitante tema, não pretendemos com nosso modesto entender, acirrar ainda mais a discussão acerca do assunto desenhado em destaque, mas só e unicamente, oferecer nossa contribuição, com vista a uma adequação dos meandros que o envolve, em face da interpretação que se dá aos dispositivos que o disciplina.

O negócio hipotecário do qual nos referimos e de cuja extinção tratamos, é aquele admitido em nosso sistema jurídico, com caráter convencional, legal ou judicial, que conforme a doutrina, têm origem em convenção entre partes, decorre da própria lei ou resulta da sentença.

A arrematação é a transferência coacta de bens penhorados mediante pagamento em dinheiro, para ulterior satisfação do exequente e, eventualmente, de outros credores do executado que tenham ingressado na execução – Frederico Marques – citado por Amador Paes de Almeida.

A adjudicação como se sabe, constitui ato de execução, expropriatório de bens do devedor executado, em favor do credor exequente, mediante requerimento deste e decisão judicial, proferida em processo de execução em curso.

Estabelecidas estas premissas, vejamos o disciplinamento da matéria no campo legislativo.

II – Das normas de ordem processual.

Com referência aos credores com garantia de direito real, o art. 619, do CPC, dispõe que a alienação de bem aforado ou gravado por penhor, hipoteca, anticrese ou usufruto será ineficaz em relação ao senhorio direto, ou ao credor pignoratício, hipotecário, anticrético, ou usufrutuário, que não houver sido intimado.

Destarte, se a ausência de intimação aos credores de direito real, implica na ineficácia da arrematação em relação a estes, outra não pode ser a conclusão a se chegar, senão a de

* O autor é Juiz do Trabalho Substituto da 13ª Região.

que a garantia não sofre qualquer alteração, porquanto, persistirá o gravame até o cumprimento da dívida.

Por sua vez, assinala o Parágrafo Único do art. 694, que apesar de perfeita, acabada e irretratável, a arrematação poderá ser desfeita, por iniciativa do arrematante, que provar nos três dias seguintes da assinatura do auto pelo juiz, a existência de ônus real incidente sobre o bem arrematado, não mencionado no edital.

Também nesse caso, a nosso sentir, a depender do interesse do arrematante, a arrematação poderá não operar a extinção da hipoteca.

A regra do art. 698, do CPC, ainda é mais imperativa, pois proíbe a realização da praça de imóvel hipotecado ou emprazado, quando o credor hipotecário não tenha sido intimado com 10(dez) dias de antecedência, salvo se ele próprio é o autor da execução, por óbvio.

Por derradeiro, não se expedirá carta de arrematação ou de adjudicação, nas execuções de hipotecas de vias férreas, sem antes intimar a Fazenda Nacional ou Estadual, para o exercício da preferência que lhes confere o art. 699, do CPC.

Diante deste contexto, entendemos existir quatro hipóteses em que a arrematação ou adjudicação não extingue a hipoteca. A saber: a) quando o credor da garantia real não foi intimado da alienação; b) quando o arrematante tiver interesse em desfazer a arrematação, por ausência de indicação do ônus real no edital; c) quando o credor hipotecário não tiver sido intimado, com 10 dias de antecedência da data do evento e; se não for concedido os 30 dias, para o exercício do direito de preferência pela Fazenda Federal ou Estadual, nas execuções de hipotecas de vias férreas.

III – Das normas de ordem material ou substantivas.

Para o enquadramento da matéria envolvendo extinção da hipoteca, o Código Civil, condensou o assunto nas disposições dos art. 1.499 a 1.501, vazados nos seguintes termos:

Art. 1.499. A hipoteca extingue-se:

I – pela extinção da obrigação principal;

II – pelo perecimento da coisa;

III – pela resolução da propriedade;

IV – pela renúncia do credor;

V - pela remição;

VI – pela arrematação ou adjudicação.

Art. 1.500. Extingui-se ainda a hipoteca com a averbação, no Registro de Imóveis, do cancelamento do registro, à vista da respectiva prova.

Art. 1501. Não extinguirá a hipoteca, devidamente registrada, a arrematação ou adjudicação, sem que tenha sido notificados judicialmente os respectivos credores hipotecários, que não foram de qualquer modo partes na execução.

Por simples leitura dos dispositivos em destaque, verificamos que ao tratar do assunto, o legislador disciplinou os casos da extinção da hipoteca, utilizando-se de premissas lógicas, tais como a máxima de que o acessório segue a mesma sorte que o principal, nos casos de extinção da obrigação principal, resolução da propriedade e remição (pagamento); o perecimento do direito pela perda do objeto, nos casos da extinção da hipoteca pelo perecimento da coisa, coisa dada em garantia e; a regra da livre manifestação da vontade, quando referiu-se à renúncia do credor.

Do mesmo modo o fez quando disciplinou a extinção da hipoteca, em face da expropriação da garantia, nos casos de arrematação ou adjudicação.

As regras dos art. 1.500 e 1.501, implicam redundância. No primeiro caso, porque a averbação no registro poderia ter sido disciplinado por simples parágrafo. E, no segundo caso, porque o art. 1.501, refere-se a matéria de ordem processual já disciplinada pelo Código de Processo Civil, conforme comentado.

IV – Aspectos da ordem jurídica atual sobre os contratos.

Ao analisarmos a matéria envolvendo extinção da garantia hipotecária, de nada adiantaria tecer quaisquer comentários, se não enfrentássemos a abordagem, em adequação a certas disposições constitucionais pertinentes.

A respeito do tema e para uma melhor análise de nosso ponto de vista, sem desprezar nosso conhecimento das práticas atuais, quanto ao respeito ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, como não somos governos, acreditamos não poder examinar as razões ora dispostas, sem primeiro formular certas indagações, acerca do tema. Quais sejam: a) – a ordem jurídica nacional contempla a garantia do ato jurídico perfeito; b) - esta mesma ordem jurídica assegura a garantia do direito adquirido; c) – o contrato de penhor, de hipoteca, anticrético ou de usufruto, firmado de acordo com a lei, constitui ato jurídico perfeito; d) – estas formas contratuais são fontes de direito.

A estas indagações, lamentando perceber que o legislador de 2002, ao elaborar a Lei Nº 10.406, de 10.01.2002 – Código Civil -, não teve como meta a garantia do ato jurídico perfeito, pois dedicou pouca referência expressa à nomenclatura do ato jurídico, preferindo a expressão “negócio jurídico”, como se a maior parte dos atos jurídicos possíveis, fossem negociáveis, verifico que este legislador ainda não modificou a Constituição Federal, na parte que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, especialmente quanto ao direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Destarte, apesar de sermos obrigados a conviver com modificação legislativa, a cada governo que assume a direção do País, por sorte, até esta data, ainda permanece em vigor, a regra do art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, segundo a qual “ a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”.

De conseguinte, qualquer norma existente antes de 05.10.1988, ou que passou a existir desde então, que tenha por fim, desprezar os princípios objeto da reserva legal, em termos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, apresenta-se inconstitucional, quer por não ter sido recepcionada, ou porque sancionada, em desacordo com a ordem estabelecida pela Constituição Federal.

Em conclusão a esse raciocínio, a resposta que se pode admitir a respeito do tema, é que a ordem jurídica contemplou, sem exceção, a reserva legal do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Igualmente, porque previstos na legislação civil, os contratos firmados com garantias de ônus reais, atendidas as formalidades para cada caso, constituem atos jurídicos perfeitos e como tais, após sua formação, fazem nascer direitos para os contratantes.

Como arremate, os contratos de hipoteca em face do sistema legal do País, são atos jurídicos perfeitos e por assim serem, são fontes de direito para os contratantes. E, esses atos e direitos, enquanto persistirem não podem sofrer afetação por lei e muito menos por decisão, salvo em afronte à Constituição Federal.

V – Do direito de seqüela

A nosso sentir, o sistema normativo de cada Estado, funciona como um complexo de normas, umas complementando as outras, todas subjugadas a uma norma tronco ou norma base, que alicerçará todo o conjunto, fixando as diretrizes comportamentais de um povo, em dado momento de sua História, ou em determinada época de sua existência.

A par desse entendimento, a nosso modo de ver, não se pode interpretar ou aplicar uma norma legal, sem antes, pelo menos em síntese analítica, verificar sua adequação ao sistema tronco de normas e bem assim, a relação dessa mesma norma, com os demais instrumentos normativos dispostos na ordem jurídica.

Na vertente em exame, se de um lado existe uma norma declarando a extinção da hipoteca, por força da expropriação decorrente dos efeitos da arrematação ou adjudicação, conforme preceituado no art. 1.499, do Código Civil, em situação opositora existe norma garantidora do direito de seqüela.

A exemplo, dispõe o art. 1.419, do Código Civil: “ Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação ”.

Sobre o direito de seqüela, oriundo do gravame hipotecário, leciona Washington de Barros Monteiro:

“A hipoteca é assim direito real. Declara-o a lei de modo expresso. Como direito real, vincula o bem gravado, acompanha-o sempre onde quer que se encontre. Adere à coisa como a sombra ao corpo (adhaeret ossibus rei, ut lepra cuti). Surge destarte o direito de seqüela”.

Desse conceito, conclui-se que o direito de seqüela acompanha o bem gravado com direito real pignoratício, hipotecário, anticrético, até a extinção do gravame, que somente se dará, pelo implemento do termo ou condição ou quando quitado o débito objeto da garantia real, independentemente de quem seja seu proprietário ou de que modo tenha sido dada a transferência ou aquisição.

VI – Da extinção da hipoteca pela arrematação ou adjudicação.

Ao analisar a questão da extinção da hipoteca pela arrematação ou adjudicação, preferimos situar a matéria do direito de seqüela próximo a este tópico, para uma melhor reflexão a respeito.

Neste direcionamento, se aplicarmos pura e simplesmente as regras do art. 1.419, do Código Civil, de logo, diríamos que em função do direito de seqüela assegurado, a extinção da hipoteca por arrematação ou adjudicação de que trata o art. 1.499, somente se aplicaria, em execução promovida pelo credor da garantia hipotecaria.

Nada obstante este entendimento, a norma contida no art. 1501, do mesmo diploma, quando dispõe que não extinguirá a hipoteca, a arrematação ou adjudicação, sem que do ato tenha sido notificados os credores hipotecários, que não foram partes na execução, nos conclama a admitir que, em havendo notificação regular dos credores hipotecários, para o ato expropriatório, a arrematação ou adjudicação implicará na extinção do gravame hipotecário.

Sobre este ponto, somos de opinião de que a extinção da hipoteca prevista no art. 1.499, do Código Civil, somente opera, quando a arrematação ou adjudicação ocorrer, nos autos da execução de autoria do próprio credor hipotecário, porque o sistema jurídico atual, assegurou o direito de seqüela, sobre os contratos de direito real, a exemplo do penhor, hipoteca e anticrese. Do contrário,

há negativa de vigência ao art. 1.419, do mesmo diploma, que garante o direito de seqüela até o implemento da dívida garantida pela hipoteca. Igualmente, se declarada a extinção da hipoteca, em processo de execução movida por terceiro, diferente do credor hipotecário, a decisão que o fizer, afrontará o ato jurídico perfeito, objeto do contrato de hipoteca e o direito adquirido dos contratantes, nascido com o contrato hipotecário.

Destarte, a meu modesto sentir, a atuação por esta ótica, seria contrária à Constituição Federal de 1988, então vigente.

A propósito, reproduzimos decisão, publicada no Repositório de Jurisprudência IOB – 1ª Quinzena de maio de 2003, Nº 09 – pág.233, em trabalho da lavra do Dr.Gustavo Filipe Barbosa Garcia, que discorrendo sobre a execução trabalhista e a penhora do bem hipotecado, focalizou decisão a seguinte teor:

Ementa. “ Execução – Adjudicação de bem imóvel gravado com ônus real de hipoteca – Extinção do gravame e sub-rogação da garantia real no produto da alienação – Preferência do credor hipotecário restrita apenas ao valor remanescente da liquidação acaso existente – Privilégio do crédito trabalhista. (TRT 3ª R – AP 1032/02 – 2ª T – Rel. Juíza Alice Monteiro de Barros – DJ MG 17.04.02) ”.

Na decisão proferida e cuja ementa transcrevemos, entendeu a eminente relatora, por quem nutrimos o mais elevado respeito e distinção, que por força do art. 30 da Lei nº 6.830/80 e bem assim, da supremacia do privilégio do crédito alimentar ao crédito tributário, conforme o art. 186, do CTN, responde pela dívida a totalidade dos bens e rendas do devedor, de qualquer origem ou natureza, seu espólio ou sua massa, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula. Assim como, que por deter privilégio especialíssimo, o crédito trabalhista tem preferência sobre o crédito hipotecário, independentemente da data da constituição do gravame.

Por tratar-se de jurista do maior quilate para o trato das questões de ordem material ou processual trabalhista, não ousamos divergir do entendimento esposado. No entanto, com ele não podemos concordar, pois, a nosso humilde sentir, no caso, o posicionamento ancorou-se em premissas falsas.

Destacamos para alicerçar esta conclusão, o fato de que a Lei das Execuções Fiscais - nº 6.830/80, data de 22 de setembro de 1980 e o Código Tributário Nacional, instituído pela lei Nº 5.172, data de 25 de outubro de 1966.

De conseguinte, se a razão de decidir no caso que se comenta, foi calcada nos normativos em destaque. E, se tais normativos afrontam os atos jurídicos perfeitos e os direitos

adquiridos dos contratantes, por óbvio não se harmonizam com a norma do art. 5º XXXVI, da Constituição Federal, porquanto, são inconstitucionais, porque não recepcionados pela Lex Mater.

De outro modo, somente se aplicam as regras dos privilégios dos créditos, quando presente o concurso de credores, o que não foi o caso.

Ademais, é inadmissível o estabelecimento de concurso entre o direito individual do exequente e a ordem jurídica.

A propósito, admite-se competência concorrente no processo de elaboração normativa, mas a ordem jurídica (art. 59, da CF), não alberga concurso de normas, nem muito menos concurso de direito. No primeiro caso, temos a hierarquia das normas e no segundo a ordem de gradação, especializada no interesse geral, que se sobrepõe ao interesse coletivo, que por sua vez, se coloca acima do interesse individual ou particular.

Em casos tais, como admitir-se a extinção da hipoteca, se a Constituição Federal garante a preservação do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, bem como, que o direito de seqüela é assegurado pelo disposto no art. 1.419, do Código Civil, conforme mencionado.

Diante desse fato, a despeito do contido no art. 1.501, do Código Civil, entendemos que a regra encampada no art. 1.499, VI, do mesmo normativo, aplica-se somente quando a execução for promovida pelo credor hipotecário. Do contrário, persiste o direito de seqüela, que acompanha o bem gravado até a extinção da dívida garantida pelo penhor, anticrese ou hipoteca.

Por outro lado, também concordamos que nos casos em que o credor hipotecário é intimado e não promove a defesa de seus interesses, opera-se a extinção da hipoteca, conforme já decidiu o STF, quando do julgamento do RE nº 92.110/9 – 2ª Turma – Rel. Min. Djaci Falcão – julgado de 26.02.1980 – in RTJ 97/817.

Ressaltamos, porque oportuno, que no processo do trabalho, o credor de garantia real é intimado para subrogar-se no preço da arrematação ou adjudicação. A partir da subrogação no preço, este credor passa a concorrer com o credor trabalhista. Uma vez aberto o concurso, tem privilegio o crédito trabalhista.

Se assim acontece, e se não há respeito pelo direito adquirido nem pelo ato jurídico perfeito oriundo dos contratos pignoratícios ou hipotecários, nem muito menos pelo direito de seqüela, então porque ainda se convoca tais credores para conhecer do processo, ou será que a intimação se faz somente para lhe dar ciência de que seu direito pereceu, em face do privilégio do crédito trabalhista?

A nosso pensar, a ordem jurídica não opera neste sentido.

Conosco, Manoel Antônio Teixeira Filho, quando no trato da questão em estudo, manifesta-se a teor seguinte:

“ O que se deve destacar é a particularidade de a hipoteca, como direito real de garantia, passar com o imóvel para o domínio do arrematante (Cod. Civil, art.677, caput). Por outras palavras: a expropriação transfere o domínio do imóvel hipotecado, mas o gravame passa ao arrematante (transit cum onere suo). A arrematação só extingue a hipoteca (Cód.Civil, art.849, VII) quando ocorrer na execução do próprio credor hipotecário ”. (arts. 677 e 849, VII correspondente a 1.419 e 1499, VI atuais)

Em posição assemelhada, o eminente Professor Francisco Antônio de Oliveira, tece comentários a seguinte teor:

“ Nas arrematações por crédito quirografário, o credor hipotecário sub-roga-se no preço depositado. Todavia, em se cuidando de crédito trabalhista inexistente essa possibilidade, já que o credor trabalhista tem preferência no pagamento. O crédito hipotecário, intimado ou não o credor hipotecário, persistirá sobre o bem arrematado ou adjudicado e poderá fazer valer seu direito nos termos do art.954 do CC, ressalvado o contido no art. 813 do mesmo diploma ”. (arts. 954 e 813 – correspondentes aos arts.1.477 e 333 atuais)

VII - Conclusão

Situada a questão nestes termos, no tocante à extinção da hipoteca pela arrematação ou adjudicação, da qual dá notícia o art. 1.499, do Código Civil, concluímos:

1 – a legislação civil em vigor, contemplou o direito de seqüela, inerente ao direito real de garantia, nos casos de penhor, anticrese e hipoteca, especialmente disciplinados no art. 1.419, da Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil;

2 – o direito de seqüela oriundo da garantia de direito real, acompanha o bem até a extinção da obrigação garantida, independentemente da transferência da propriedade, ou do modo como se operou a alienação;

3 – em face da garantia desse direito e da proteção do ato jurídico perfeito e do direito adquirido pelo Art. 5º, inciso XXVI, da Constituição Federal, a extinção da hipoteca pela arrematação ou adjudicação, de que trata o art. 1.499, inciso VI, do Código Civil, somente acontece nos casos de excussão ou seja, quando o autor da execução é o credor da garantia real, objeto da arrematação ou adjudicação.

VIII – Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Amador Paes de. Curso Prático de Processo do Trabalho – 5ª edição – Editora Saraiva – São Paulo – SP – 1992.

AZEVEDO, Nydia Fischer Lacerda de. Da Adjudicação – 2ª edição – Forense – Rio de Janeiro – 1986.

COSTA, Carlos Coqueijo. Direito Processual do Trabalho – 4ª edição – Editora Forense – Rio de Janeiro – 1996.

FILHO, Manoel Antônio Teixeira. Execução no Processo do Trabalho – 5ª edição Editora LTr – São Paulo SP – 1995.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. A execução trabalhista e a penhora de bem hipotecado - Repositório de Jurisprudência IOB – 1ª Quinzena de maio Nº 09 – 2003, pág.233.

GIGLIO, Wagner D.. Direito Processual do Trabalho – 11ª edição – Saraiva – São Paulo – SP – 2000.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil – Vol II – Processo de Execução e Processo Cautelar - 12ª edição – Editora Forense – Rio de Janeiro – 1994.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil – Direito das Coisas – 3º Volume – 35ª edição – Editora Saraiva – São Paulo SP - 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil – 3º Volume – 15ª edição - Editora Saraiva – São Paulo SP – 1995.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo – 19ª edição –Malheiros Editores – São Paulo – SP - 01.2001.

O processo do trabalho e o novo disciplinamento dado à remessa oficial pela Lei Nº 10.352/2001

*Luciano Athayde Chaves**

“Não pode o Direito isolar-se do ambiente em que vigora, deixar de atender às outras manifestações da vida social e econômica; e esta não há de corresponder imutavelmente às regras formuladas pelos legisladores. Se as normas positivas não se alteram à proporção que evolue a coletividade, consciente ou inconscientemente a magistratura adapta o texto preciso às condições emergentes, imprevistas. A jurisprudência constitui, ela própria, um fator do processo de desenvolvimento geral”.

Carlos Maximiliano

1. Tendências dos benefícios processuais garantidos ao Poder Público

É da característica do nosso espectro processual de natureza civil a complexa tessitura do sistema recursal, que tradicionalmente permite fluir uma série quase inacreditável de recursos ditos voluntários.

Quando, porém, temos num dos pólos da demanda a figura do Estado, a questão ainda toma outro colorido, já que – a despeito de se proteger o patrimônio público, especialmente em face de uma alega deficiência de defesa -, prevê a processualística a possibilidade potencial de reexame da decisão, desde que desfavorável, no todo ou em parte, em relação ao Poder Público.

Estamos falando da remessa oficial (ou *ex officio*), às vezes impropriamente denominada de recurso de ofício¹, que, até bem pouco tempo, ostentava semelhante tratamento no processo comum e trabalhista.

Cuida-se de questão que, inexoravelmente, nos remete à contemplação de importantes tendências que se vislumbram presentes no cenário do Moderno Direito Processual.

* Juiz do Trabalho da 21ª Região, Professor de Direito Processual do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Paraíba - UFPB, Professor de pós-graduação *lato sensu* em Direito Processual Civil e Trabalhista e Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN.

¹ Tratando-se de remessa pura e simples dos autos, sem maiores formalidades, inclusive com a possibilidade de avocá-los, de ofício, o Tribunal, destaca Moacyr Amaral Santos não estarmos diante de recurso, no sentido próprio da palavra, mas um ‘quase recurso’ ou procedimento análogo, tal como já o classificara outros autores, como Alfredo Buzaid, Frederico Marques e Barbosa Moreira (AMARAL SANTOS, 1990:102).

O primeiro diz respeito à crítica de balizada literatura ao dogma que se constituiu em torno do princípio do duplo grau de jurisdição, alçado ao *status* de verdadeira garantia constitucional, mas que, levado a efeito em causas de pequena monta ou de reduzida complexidade ou controvérsia, importaria em maiores prejuízos ao jurisdicionado, eis que os contornos do litígio não compensariam a espera pelo depurado exame da causa por uma outra instância de deliberação.²

Por essa razão, apela Marinoni

que a doutrina volte sua atenção àquelas demandas mais simples, nas quais a previsão de um juízo repetitivo sobre o mérito só pode beneficiar a parte que não tem razão. É mais do que evidente que a 'insegurança', que impele à busca da segurança, não pode retirar do processo sua efetividade, até porque não se concebe um ordenamento jurídico sem instrumentos adequados e efetivos. **Nas hipóteses de 'causas de maior simplicidade' não há razão para se insistir em um duplo grau sobre o mérito. Se o duplo grau dilata o prazo para a prestação da tutela jurisdicional, não há dúvida de que a falta de racionalidade no uso do duplo grau – ou de sua sacralização – retira do Poder Judiciário a oportunidade de responder mais pronta e efetivamente aos reclamos do cidadão** (MARINONI, 2000:146-7).

De outra banda, percebe-se, nas recentes alterações de determinados institutos processuais, uma forte tendência de arrefecimento das prerrogativas processuais concedidas à Fazenda Pública. Como exemplo, podemos citar a importante modificação imprimida no sistema de execução indireta pelas Emendas Constitucionais nº 30, de 13.09.2000, e nº 37, de 12.06.2002, que, estatuinto regra específica no § 3º, art. 100 da Carta Política, dispensaram do requisitório de precatório as causas definidas como de pequeno valor.

Certamente seguindo esta mesma tendência, o projeto de reforma do Poder Judiciário (Projeto de Emenda à Constituição Federal nº 29/2000), hoje em análise no Senado da República, prevê o fim das remessas oficiais decorrentes de sentença condenatória contra entes públicos, qualquer que seja o valor da causa, conforme se lê do parecer do Senador Bernardo Cabral (Parecer nº 538/2002), relator da matéria, aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania - CCJ, de cujo conteúdo destacamos a seguinte passagem:

(...) Tanto os prazos especiais para contestar e para apelar quanto o reexame necessário se nos afiguram excessos processuais em benefícios de tais entes (públicos). A necessidade efetiva e a justificativa técnica desses benefícios de prazos em quádruplo e em dobro e o duplo grau de jurisdição para as lides em que esteja sendo vencido o Poder Público está no ponto para ser repensada, justamente porque desapareceu o argumento fático que a sustentava, qual seja a deficiência estrutural da advocacia pública para fazer frente às demandas agitadas contra o Estado. Por entender completamente superadas as causas desse tratamento diferenciado, incluímos, dentre as sugestões de nosso parecer, duas medidas eliminatórias desses benefícios. O princípio constitucional da igualdade formal, de raiz aristotélica, impõe que o tratamento desigual de desiguais pressupõe efetiva desigualdade. O desaparecimento da alegada posição de inferioridade do Poder Público em juízo

² E aqui não estamos nos referindo que esta instância seja sempre um tribunal de instância superior, porquanto o duplo grau de jurisdição pode ser satisfeito, no nosso sistema processual, pelo reexame da sentença por um colegiado de juízes de Primeiro Grau, como ocorre nos Juizados Especiais, ou mesmo por um distinto órgão do Tribunal, como sucede nos casos de agravo regimental interposto contra decisão monocrática de seu Presidente ou de um dos seus membros.

impõe que se recupere a isonomia processual na relação processual entre particulares e pessoas de direito público (p. 10 do parecer)

E prossegue o relatório do Senador pelo Estado do Amazonas, desta feita justificando especificamente a redação do novo dispositivo constitucional proposto em seu parecer para abolir a remessa oficial do ordenamento jurídico brasileiro:

A alínea 'h' (do art. 96 da Constituição Federal)³ acolhe sugestão formulada por emenda do Senador Maguito Vilela (PMDB-GO), cujo efeito – absolutamente necessário, diga-se – é o de abolir o reexame necessário, previsão processual que determina que as decisões de juízes monocráticos contrárias às pessoas jurídicas de direito público interno devam ser remetidas 'ex officio' para reexame nos Tribunais de segundo grau. O Poder Público, na área de atuação em juízo, já atingiu a maturidade, e não mais se justifica a existência de tal favor processual, impondo-se a sua eliminação. A subida de recurso de decisão monocrática, então, vai ser exclusivamente devotada à iniciativa da parte sucumbente, seja ela entidade pública, privada ou pessoa física (p. 126 do referido parecer).

Conquanto ainda se trate de proposta legislativa, não podemos negar que o texto em exame, no mínimo, estampa discussões substanciais que autorizam caracterizar o quadro de tendência ao arrefecimento dos privilégios processuais do Poder Público.

E é nesse contexto de revisão da dogmática processual aplicável aos entes de direito público interno que veio a lume a Lei 10.352, de 28.12.2001, cujo objetivo foi o de imprimir algumas importantes alterações na parte do Código de Processo Civil dedicada aos recursos, dando nova redação ao seu art. 475, que trata especificamente da remessa *ex officio*.

Interessa-nos tratar, mais precisamente, do mecanismo de limitação/eliminação da remessa oficial como elemento de eficácia da sentença condenatória proferida contra a Fazenda Pública, o que, pela nova redação legal, tem lugar em duas situações distintas, a saber: a) sempre que a condenação ou o direito controvertido for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos (§ 2º, art. 475, CPC); e b) quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente (§ 3º, art. 475, CPC).

Nota-se que a alteração adotou, para a fixação do mecanismo processual de limitação ao reexame obrigatório, dois critérios distintos. O primeiro, de natureza econômica, sugere a idéia de que o pequeno valor da causa não compensará o cumprimento do duplo grau de jurisdição. No segundo, *não se vislumbra sucesso para a Fazenda Pública, e a sentença poderá desde logo ser*

³ Na proposta do Senador Bernardo Cabral, ao art. 96, inciso I, da Carta Política seria acrescida a alínea 'h', com a seguinte redação:

Art. 96. Compete privativamente:

I – aos tribunais:

.....

h) **apreciar recursos voluntários das decisões de juízes de primeiro grau.** (AC).

executada (se não for interposto apelo voluntário a favor do erário), abreviando o cumprimento da condenação (SOARES, 2002:2).

Em que pese ser possível, de plano, identificar, na quadra de sua concepção, que a alteração imposta ao texto do Código de Processo Civil se aproxima da moderna tendência do Direito Processual, merecendo, por isso, capilarização por todos os ramos da Ciência Procedimental, há vozes que defendem a impossibilidade da integração dos §§ 2º e 3º do art. 475 do CPC ao Direito Processual do Trabalho em vista da ausência de omissão (lacuna) do ordenamento processual trabalhista quanto ao tema, eis que estaria a matéria inteiramente regulada pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 779/69, o que afastaria a possibilidade de integração, porquanto não enlucada a omissão de que trata, como pressuposto, a norma autorizadora (art. 769, CLT).

Pretendemos, neste ensaio, demonstrar que a limitação parcial da remessa de ofício, introduzida pela Lei 10.352/2002, possui todas as condições de heterointegração ao Direito Processual do Trabalho, máxime pelo fato de que a teoria geral das lacunas do Direito autoriza a percepção de ausência normativa no Processo do Trabalho a exigir a sua complementação por norma pertencente ao Direito Processual Comum.

2. O enfoque da remessa ex officio à luz da Lei 10.352/2002

A Consolidação das Leis do Trabalho não trata da matéria. Porém legislação superveniente, como já citado, cuidou de estabelecer (Decreto-Lei 779, de 21.08.1969):

Art. 1º Nos processo perante a Justiça do Trabalho, constituem privilégio da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das autarquias e fundações de direito público federais, estaduais ou municipais que não explorem atividade econômica:

.....
V – o recurso ordinário *ex officio* das decisões que lhe sejam total ou parcialmente contrárias;

No Código de Processo Civil, a matéria está disciplinada no art. 475, que estabelecia, em sua superada redação, estar sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeitos senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença proferida contra a União, o Estado e o Município (inciso II). Com o advento da Lei nº 10.352, de 28 de dezembro de 2001, o dispositivo legal em relevo sofreu significativa alteração, passando a estampar a seguinte redação:

Art. 475 Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeitos senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I – proferida contra a União, o Estado, **o Distrito Federal**, o Município, **e as respectivas autarquias e fundações de direito público;**

.....
§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor em execução de dívida ativa no mesmo valor.

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste ou do tribunal superior competente. (grifamos)

Como se observa, há várias inovações na nova redação do art. 475 do CPC, nem todas, é bem verdade, no mesmo sentido conceitual em relação aos privilégios do Poder Público em Juízo. Por um lado, houve o alargamento das pessoas beneficiadas com a remessa oficial, agora, no Processo Civil, também alcançando as entidades autárquicas e fundacionais, que já eram, pela regra processual trabalhista (Decreto-Lei nº 779/69), beneficiárias da remessa. Cuida-se de uma alteração em sentido contrário à tendência que se esperava obter de qualquer reforma processual moderna, que almeja a aproximação da pessoa de direito público aos demais potencialmente litigantes em Juízo, até mesmo em homenagem ao universal princípio da isonomia.

No entanto, em sentido positivo, foram instituídas duas importantes limitações à regra geral da remessa oficial como procedimento *sine qua non* à produção dos efeitos da coisa julgada ao decreto judicial condenatório em face dos entes públicos.

O primeiro está previsto no § 2º do art. 475 e diz respeito ao que podemos denominar de condenação de pequeno valor contra a Fazenda Pública⁴. Na hipótese da condenação (ou o direito controvertido, no caso de não liquidez na sentença) até sessenta salários mínimos, fica dispensada a remessa, sendo, pois, indispensável, para o reexame da decisão, a interposição de recurso dito voluntário pelo ente público condenado.

A definição da alçada estampada nesse dispositivo está em harmonia com o valor previsto pela Lei 10.259, de 12.07.2001, para a dispensa de requisito de Precatório para a satisfação das condenações impostas ao Poder Público Federal pelos Juizados Especiais Federais.

Já o § 3º cuida da dispensa da remessa oficial sempre que a decisão estiver em harmonia com a jurisprudência dominante do excelso Supremo Tribunal Federal ou de outro tribunal superior dentro da estrutura judiciária a que integra o órgão prolator da decisão (no caso trabalhista o Tribunal Superior do Trabalho), dispositivo de segura inspiração no mecanismo previsto no art. 557 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei 9.756/98.

Em ambas as hipóteses, é indene de dúvidas que o espírito norteador da reforma se assenta na moderna acepção de instrumentalidade processual, posto que objetiva racionalizar e agilizar a tramitação de processos contra a Fazenda Pública cujo valor não justifique a demora de uma revisão independentemente do recurso voluntário ou, de outra banda, que se mostre

⁴ Por óbvio que nosso enfoque somente toma a parte inicial do atual § 2º do art. 475 do CPC, já que a parte final do dispositivo, que cuida da hipótese de decisão proferida em sede de embargos do devedor em execução de dívida ativa, não tem pertinência no Processo do Trabalho.

plausível face à sintonia dos termos da sentença com os precedentes das Cortes Judiciárias Superiores.

As primeiras abordagens teóricas, no campo do Direito Processual do Trabalho, foram no sentido de aplicabilidade da referida alteração do Código de Processo Civil ao espectro processual trabalhista. Vejamos as impressões de Manoel Antonio Teixeira Filho sobre o tema:

A primeira parte dessas disposições (parte inicial do § 2º do art. 475, CPC) poderia ser aplicada ao processo do trabalho, *mutatis mutandis*. Efetivamente, levando-se em conta o fato de existirem opiniões doutrinárias ponderadas, segundo as quais já não se justifica, nos tempos atuais, a atribuição, em prol da Fazenda Pública, da prerrogativa da remessa *ex officio* (ou reexame necessário), a que o Decreto-lei n. 779/69 denomina, em evidente deslize técnico, de 'recurso *ex officio*', enquanto essa corrente não alcançar o seu objetivo, poder-se-ia incorporar ao processo do trabalho a regra contida no art. 475, § 2º, do CPC (CLT, art. 769).

Com isso, não seria objeto da remessa *ex officio* as sentenças desfavoráveis à Fazenda Pública, cujo valor da condenação não excedesse a sessenta salários mínimos – sem prejuízo, é certo, de a Fazenda Pública interpor o recurso cabível (ordinário).

Em termos práticos, isso significa dizer que se não houvesse a interposição de recurso, pela Fazenda Pública, a sentença transitaria em julgado de imediato, não se aplicando, pois, a regra do inciso V, art. 1º, do Decreto-Lei n. 779/69 – e, por extensão, a contida no art. 475, *caput*, do CPC, segundo o qual '*está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal*', a sentença condenatória à Fazenda Pública.

(...) Pelas mesmas razões expostas no comentário ao § 2º do art. 475, entendemos que se poderia aplicar ao processo do trabalho a regra inserta no § 3º do mesmo dispositivo legal – dentro dessa política legislativa de abrandamento das prerrogativas processuais de que se encontram dotada a Fazenda Pública.

Desta forma, não seriam objeto de remessa *ex officio* as sentenças condenatórias da Fazenda Pública que estivessem fundadas em jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, ou em súmula do mesmo Tribunal ou do Tribunal Superior do Trabalho.

Convém registrar, a propósito, a tendência legislativa de atribuir-se caráter pragmático às súmulas dos Tribunais Superiores – que, assim, deixam de ser meros enunciados ilustrativos. No processo do trabalho, por exemplo, o art. 896, § 5º, da CLT, autoriza o relator a negar seguimento a recurso de revista, a embargos e a agravo de instrumento, quando a decisão impugnada estiver em consonância com Súmula do Tribunal Superior do Trabalho. Regra análoga consta do art. 557, do CPC (Revista LTr, vol. 66, nº 03, p. 264).

Nada obstante a sintonia de tal interpretação da nova norma processual à luz das transformações que hoje tendem a caracterizar o panorama processual, bem assim com os princípios tutelares que regem o espectro material do trabalho, **pairam incertezas quanto à aplicação**, por supletividade, do dispositivo multimencionado ao Direito Processual do Trabalho, notadamente em razão da subsistência do Decreto-Lei nº 779/69, que possuiria caráter especial a afastar a supletividade de que trata o art. 769 da CLT.

Pensamos, no entanto, que não existe conflito de normas a carecer de socorro à tese da prevalência da norma especialmente destinada ao Processo do Trabalho e que, por ausência de revogação, estaria ainda a regular, por inteiro, o reexame no Processo do Trabalho, obstaculizando a aplicação, por subsidiariedade, do contido nos §§ 2º e 3º do atual art. 475 do Código de Processo Civil.

Isso porque estamos convencidos no sentido de que a lacuna exigida pelo art. 769 da CLT realmente existe, em todas as suas formas, segundo a melhor literatura da Ciência do Direito, razão pela qual, além de salutar e consentânea com as aspirações modernas, é juridicamente defensável o uso do mecanismo de limitação ao reexame necessário previsto pela Lei 10.352/2001.

3. Do dogma da completude do ordenamento jurídico e das principais espécies de lacunas

Não é de hoje que a Ciência do Direito vem considerando a completude do ordenamento jurídico como um dogma, essencialmente ligado à corrente do positivismo jurídico e à visão do Direito como um sistema fechado de normas. Inspiração de um tempo em que a construção do jurídico se esmerava numa 'admiração incondicional' (Bobbio) à atividade legislativa, a qual, por sua vez, se preocupava somente com aquilo que era jurídico ou politicamente importante, deixando fora das prescrições legais situações e relações sociais consignadas como de irrelevância para o estamento jurídico.

O caráter histórico do Direito, elemento que lhe confere a vitalidade de progredir e aperfeiçoar-se no tempo, tem orientado o seu moderno estudo tangenciando os postulados da superada Escola da Exegese⁵, permitindo e, quem sabe mais, exigindo do intérprete uma maior sintonia com os novos tempos e suas peculiares características, especialmente no que toca ao manejo dos microssistemas jurídicos, como os sói suceder com os processuais.

O Direito, portanto, deve ser visto em sua dinâmica como uma realidade que está em perpétuo movimento, acompanhando as relações humanas, modificando-se, adaptando-se às novas exigências e necessidades da vida, inserindo-se na história, brotando do contexto cultural. A evolução da vida traz em si novos fatos e conflitos, de maneira que os legisladores, diariamente, passam a elaborar novas leis; juízes e tribunais constantemente estabelecem novos precedentes e os próprios valores sofrem mutações, devido ao grande e peculiar dinamismo da vida (DINIZ, 2000:72).

⁵ "A miragem da codificação é a completude: uma regra para cada caso. O código é para o juiz um prontuário que lhe deve servir infalivelmente e do qual não pode afastar-se. A cada grande codificação (desde a francesa de 1804 até a alemã de 1900) desenvolveu-se entre os juristas e os juizes a tendência de ater-se escrupulosamente aos códigos, atitude esta que foi chamada, com referência aos juristas franceses em relação aos códigos napoleônicos, mas que se poderia estender a cada nação com Direito codificado, de 'fetichismo da lei'. Na França, a escola jurídica que se foi impondo depois da codificação é geralmente designada com o nome de 'escola da exegese' (...) O caráter peculiar da escola da exegese é a admiração incondicional pela obra realizada pelo legislador através da codificação, uma confiança cega na suficiência das leis, a crença de que o código, uma vez promulgado, basta-se completamente a si próprio, isto é, não tem lacunas: numa palavra, o dogma da completude jurídica" (BOBBIO, 1997:121).

Disso resulta a concepção do ordenamento jurídico (material ou processual) como um sistema dinâmico e aberto, *reconhecidamente lacunoso* (GENY apud FERRAZ JUNIOR, 2001:215) e susceptível de integração, por sua mais diversas modalidades. Nas palavras de Bobbio:

Se, estaticamente considerado, um ordenamento jurídico não é completo a não ser pela norma geral exclusiva⁶, dinamicamente considerado, porém, é *completável*. Para se completar um ordenamento jurídico pode-se recorrer a dois métodos diferentes que podemos chamar, segundo a terminologia de Camelutti, de *heterointegração* e de *auto-integração*. O primeiro método consiste na integração operada através de: a) recurso a ordenamentos diversos; b) recurso a fontes diversas daquela que é dominante (identificada, nos ordenamentos que temos sob os olhos, como a Lei). O segundo método consiste na integração cumprida através do mesmo ordenamento, no âmbito da mesma fonte dominante, sem recorrência a outros ordenamentos e com o mínimo de recurso a fontes diversas da dominante (BOBBIO, 1997:146-7).

A atividade de integração do ordenamento jurídico, por quaisquer dos métodos indicados, tem lugar, portanto, quando identificada, de forma particular, uma determinada expressão fenomenológica da incompletude do ordenamento jurídico. Em outros termos, emerge a necessidade pragmática da integração do ordenamento jurídico sempre que o intérprete se deparar com uma dada manifestação de lacuna jurídica.

De acordo com English, a lacuna é uma *incompletude insatisfatória* dentro da totalidade jurídica, conceito que foi analiticamente abordado por Tércio Sampaio Ferraz Junior da seguinte forma:

Com a palavra 'incompletude', negamos a palavra 'completude', aquilo que é completo, qualidade do que está acabado, concluído, mais propriamente: acabado de fazer. Completo é, assim, o que está feito, plena e cabalmente, isto é, o que não possuía mas passou a possuir tudo o que lhe convém, tudo o que lhe é próprio. Tudo o que lhe é próprio significa ter a plenitude do que compõe seu tipo. O completo é, pois, algo distinto, ocorrendo dentro de um 'limite'. Segue-se que a incompletude é um não acabado, o que não foi acabado de ser feito, dentro de um limite (...). No caso da lacuna, conforme English, essa incompletude é ainda insatisfatória. Trata-se da negação de 'satisfatório', isto é, o que é suficientemente feito. Este segundo termo é importante. Nem tudo que é incompleto é também insatisfatório. Eco (...), com o termo 'obra aberta', dá-nos um exemplo disso: trata-se de uma obra (de arte) que torna disponíveis a várias integrações complementares (complementos produtivos concretos); é a obra artística que possui uma vitalidade estrutural e que, não sendo completa, é válida em vista dos resultados diversos e múltiplos. Quando dizemos, portanto, que a lacuna é uma incompletude insatisfatória, exprimimos uma falta, uma insuficiência *que não devia ocorrer*, dentro de um limite (FERRAZ JUNIOR: 2001:215).

Não há, entretanto, uma única forma ou expressão da manifestação de uma lacuna no panorama do ordenamento jurídico, sendo de fácil identificação na literatura jurídica diversas abordagens para o que se convencionou denominar de 'espécies de lacunas'. Para os objetivos do presente ensaio, destacaremos aquelas mais importantes ou, de outra forma, as que melhor atendem

⁶ Segundo Bobbio, 'todos os comportamentos não-compreendidos na norma particular são regulados por uma *norma geral exclusiva*, isto é, pela regra que exclui (por isso é exclusiva) todos os comportamentos (por isso é geral) que não sejam aqueles previstos pela norma particular. Poder-se-ia dizer, também, que as normas nunca

aos anseios investigatórios propostos. Notadamente, falaremos das espécies de lacunas que estão umbilicalmente ligadas ao conceito dinâmico do ordenamento jurídico, opção de abordagem que nos parece mais adequada aos postulados da moderna teoria do Direito.⁷

Quanto ao momento de identificação das lacunas, estas podem ser, de acordo com a doutrina alemã, 'primárias' ou 'secundárias'. As primárias são as existentes na ordem normativa desde o momento de sua gênese, e as secundárias são as que aparecem posteriormente, seja em consequência de uma modificação da situação fática (ex.: em virtude do progresso econômico ou técnico), ou de aparecimento de figuras contratuais que não se encaixem nos tipos jurídicos predeterminados de um sistema ou devido a uma mutação de valores em relação à ordem jurídica, hipóteses essas que o legislador não poderia ter previsto, dando lugar às lacunas(DINIZ, 2000:88).

Nesse mesmo sentido, qual seja a identificação de lacunas numa perspectiva temporal, sugere Ferraz Junior falarmos em lacunas 'originárias e 'posteriores' (FERRAZ JUNIOR, 2001:217), classificação que traz a baila a concepção multifária do ordenamento jurídico (DINIZ, 2000:95), que implica em identificá-lo como um sistema decomposto, em um movimento histórico e dinamicamente dado, em três subsistemas: um subsistema de prescrições, um subsistema dos valores e um outro subsistema da realidade social tipificada. Por essa ótica, *a lacuna* (especialmente a dita posterior) *ocorre quando se dá uma incongruência de natureza temporal que rompe certa harmonia isomórfica que preside, por suposição, a relação entre as estruturas dos diferentes subsistemas* (FERRAZ JUNIOR, 2001:217).⁸

Passíveis, portanto, de identificação desde a gênese do sistema eventualmente analisado, passando por suas experiências históricas, as lacunas podem, basicamente, se apresentar sob três modalidades: **normativa, ontológica e axiológica**.

Das lacunas **normativas** (ou de regulação), ocupa-se comumente a tradicional abordagem interpretativa, considerando o silêncio da lei sobre determinado tema como o emblema da insatisfatória regulação positiva do Direito, exigindo a ordem jurídica, nestes casos, a integração do Direito pelo juiz para a solução de casos concretos submetidos ao crivo do Poder

nascem sozinhas, mas aos pares: para cada norma particular, que poderemos chamar de inclusiva, está acompanhada, como se fosse por sua própria sombra, pela norma geral exclusiva (BOBBIO, 1997:133).

⁷ Sob o enfoque estático, a classificação mais conhecida é a apresentada por Zitelmann, que considera as lacunas essencialmente de duas espécies: *autênticas e não autênticas*. A autêntica teria lugar quando, a partir da análise da lei, é impossível a obtenção de uma decisão a um caso concreto, ao passo que a não autêntica ocorre quando o fato-tipo está previsto em disposição legal, mas a solução é considerada como insatisfatória ou falsa (FERRAZ JUNIOR, 2001:217-8; DINIZ, 2000:84).

⁸ A partir de tal caracterização da gênese dinâmica das lacunas, torna-se impossível não estabelecer uma correlação com a Teoria da Tridimensionalidade do Direito, formulação clássica do pensamento jurídico brasileiro, de autoria do Professor Miguel Reale.

Judiciário⁹, ‘completando-se’, ou melhor, colmatando-se o sistema com o que a doutrina italiana costuma denominar ‘decisão dispositiva’, autêntica ‘norma jurídica individual’, segundo a vetusta definição kelseniana.

As lacunas **ontológicas** ocorrem quando determinado instituto jurídico, normalmente positivado pelo sistema, não mais corresponde aos fatos sociais. Resulta, de regra, do anciloseamento da norma positiva (DINIZ, 2000:95), fruto do avanço tecnológico e cultural de uma dada realidade social. Cuida-se de um fenômeno intimamente vinculado à constatação da quebra da isomorfia (ou equilíbrio) que deve existir entre a norma, o valor e o fato, integradores dos subsistemas jurídicos, que passam a interagir de maneira heteromórfica (DINIZ, 2000:79), causando perturbação na atmosfera social, impulsionando a alteração da matriz jurídica tendente a interferir na solução dos conflitos de toda ordem, tanto substancial como judiciária:

O juiz, ante o caráter dinâmico do Direito, passa de um subsistema a outro (do subsistema legal ao subsistema consuetudinário ou a um sistema axiológico ou a subsistema fático), podendo construir quantos subsistemas forem necessários, até suprir a lacuna. De maneira que esta é sempre ‘provisória’, porque o Direito possui uma temporalidade própria (DINIZ, 2000:79-80).

Sob o prisma desse mesmo método de avaliação da pertinência da aplicação da norma, surgem as lacunas ditas **axiológicas**, sempre que se observa a ausência de uma norma justa para um determinado caso concreto ou situação jurídica dada. Melhor esclarecendo, há uma lacuna axiológica *quando existe um preceito normativo, mas, se for aplicado, sua solução será insatisfatória ou injusta* (DINIZ, 2000:95). Têm semelhantes características com o que Bobbio denominou de lacunas ‘ideológicas’ (BOBBIO, 1997:140).

A percepção da existência de lacunas axiológicas é de relevante destaque na perspectiva moderna do ordenamento jurídico, que hoje se encontra perpassada por transformações causadas por fenômenos de acentuado impacto, como a compressão do conceito ‘espaço-tempo’ (David Harvey), ante à revolução das telecomunicações e dos transportes; pelos novos desenhos que se apresentam para a atuação do Estado; pelos novos condicionantes sócio-econômicos, gerados principalmente pela veloz circulação, em escala mundial, de grandes aportes de capital financeiros, etc.

Apenas o modo como algum comportamento está ordenado pode ser tal que, de acordo com a concepção atual da vivência dos valores jurídicos pela comunidade, essa maneira de

⁹ A tradição dos sistemas processuais está vinculada ao princípio da proibição do ‘non liquet’, revelado, no Processo do Trabalho, pelo comando legal estampado no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho: “as autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, pela analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais do Direito, principalmente do Direito do Trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”.

regular certa conduta pode ser tida como injusta, caso em que se tem a lacuna axiológica (DINIZ, 2000:86).

4. Da identificação tópica de lacuna de natureza normativa e não-normativa em relação ao instituto da limitação da remessa oficial e a heterointegração do Direito Processual do Trabalho

Como vimos, a resistência à aplicação à processualística do trabalho, por supletividade, da limitação à remessa oficial estatuída nos §§ 2º e 3º do art. 475 do Código de Processo Civil (com a redação dada pela Lei 10.352/2002) reside, substancialmente, no fato de que não estaríamos diante de uma dada situação lacunosa do Direito Processual do Trabalho, eis que a matéria relativa ao duplo grau obrigatório de jurisdição estaria inteira e satisfatoriamente regulada pelo disposto no multicitado Decreto-Lei nº 779/69.

O aporte teórico trazido a lume - notadamente em relação à teoria da incompletude do ordenamento jurídico e o estudo de suas lacunas -, aponta, de forma razoável e sustentável, o equívoco, *venia concessa*, em que laboram os defensores daquela tese.

Em primeiro lugar, estou plenamente convencido de que o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 475 do CPC, em sua nova redação, encerram instituto jurídico-processual inteiramente distinto e absolutamente inovador, assim considerando a tradição processual de obrigar o reexame de toda e qualquer decisão contrária à Fazenda Pública. Ou seja, quando estamos contemplando a restrição ao reexame obrigatório em relação às causas cuja condenação for de valor certo e inferior a sessenta salários mínimos ou, ainda, aquelas cujas conclusões do decreto judicial se harmonizam com a jurisprudência dominante dos tribunais superiores, estamos, em verdade, diante de um instituto processual distinto daquele estatuído pelo art. 1º, inciso V, do Decreto-Lei nº 779/69.

Com efeito, uma coisa é o instituto da remessa oficial, definida em legislação própria tanto no Processo do Trabalho como na processualística comum. Outra coisa é o instituto que encerra limites àquele, que atua no microssistema processual como elemento distinto e autônomo, sistêmico e historicamente considerado.

Ora, vários são os institutos processuais em comum entre os diversos subsistemas processuais (que convencionamos chamar de Processo Civil, do Trabalho, Penal, etc.). Nem por isso, todos têm satisfatória regulação positiva a repelir, *a priori*, a possibilidade de heterointegração.

Vejamos o que sucede com a constrição judicial na execução trabalhista. A penhora, nas execuções por quantia certa, é instituto processual encontrado tanto no Processo do

Trabalho como no Processo Comum. Entretanto, em muitos aspectos tópicos da penhora, o Processo do Trabalho se ressent de normas reguladoras, valendo-se, por razoável e necessária construção histórica da jurisprudência, das normas dispostas nos arts. 646 e seguintes do Código de Processo Civil.

Neste caso, como em tantos outros facilmente identificados na dinâmica do Processo do Trabalho, a supletividade é uma decorrência da consideração da omissão (lacuna) do regramento processual celetizado quanto à um ou mais institutos vinculados ao processo de construção judicial (penhora). Melhor explicando: não se pode falar em penhora como um único instituto processual, estática e sinteticamente considerado. A penhora é instituto processual de natureza complexa (como também o é o sistema recursal), que adquire desenvolvimento lógico e sistêmico através de outros tantos e diversos institutos que lhe completam e lhe dão harmonia.

Eis a essência, ao nosso ver, da subsidiariedade autorizada pelo art. 769 da CLT¹⁰: a possibilidade de se buscar no Processo Comum, por heterointegração do ordenamento jurídico, os institutos processuais de que eventualmente careça o Processo do Trabalho, mesmo que sejam institutos secundários da processualística, desde que detenham autonomia científica suficiente para sua adaptação ao rito trabalhista e se harmonizem com a instrumentalidade e o método deste.

Por esse prisma, nos parece apropriado identificar a existência de **lacuna normativa**, de natureza ainda secundária ou posterior, no Processo do Trabalho no que se refere ao instituto da limitação à remessa oficial, porquanto a inovação trazida à baila pela Lei 10.352/2002 apenas atingiu, no plano normativo, o Processo Comum, deixando, a partir da *vacatio legis*, carente o Processo do Trabalho, sem qualquer fundamento lógico ou sistemático, de instituto semelhante.

A heterointegração, nesse diapasão, faz-se necessário por uma questão de simetria e paralelismo, até mesmo porque o objetivo do instituto em foco se prende à celeridade e economia processuais, postulados ainda mais presentes na principiologia do Direito Processual do Trabalho, intimamente ligada com a sua matriz material, que envolve direitos e créditos socialmente em destaque, considerados, estes últimos, privilegiadíssimos pela ordem jurídica vigente (art. 186 do Código Tributário Nacional).

Por outro lado, o atual estágio sócio-jurídico também permite concluir, em face à pretensa obrigatoriedade da remessa oficial de toda e qualquer condenação contra a Fazenda Pública, que o Processo do Trabalho estamparia, hoje, lacuna de natureza **ontológica**.

¹⁰ Art. 769/CLT: “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”.

Ora, como procuramos demonstrar na abertura deste estudo, os movimentos legislativos mais modernos indicam, de forma clara e acentuada, uma tendência de arrefecimento dos privilégios outrora concedidos, de forma ampla, aos entes públicos. Não só se observa a paulatina e constante promulgação de novos diplomas legais tendentes a diminuir os benefícios, de toda ordem, de que goza(va) a Fazenda Pública, como também já é possível notar o desenho de uma nova concepção social e política quanto ao tema.

Nesse compasso, é juridicamente insustentável considerar como intocado, após a edição da Lei nº 10.352/2002, o amplo alcance do disposto no Decreto-Lei nº 779/69. Seria o mesmo que ignorar o progresso dos institutos processuais, conservando, com vigor temporalmente inaceitável, disciplinamento em parte já alvejado pelo ancilamento positivo.

Os valores atualmente cultivados pela ciência jurídica, bem como a clara resistência da sociedade à continuidade de concessão dos privilégios a que ainda faz jus o Poder Público, em agressão permanente ao princípio da isonomia (de raiz constitucional), são elementos que indicam, claramente, a quebra da isomorfia que deve imperar entre os subsistemas que formam um dado ordenamento jurídico (fato, valor e norma), caracterizando, assim, quadro ontologicamente lacunoso no sistema processual do trabalho, passível, pois, de heterointegração.

Não é demais ressaltar que a observação das mudanças no recorte cultural, institucional e político de uma sociedade é missão indeclinável do intérprete do Direito, uma vez que, na poética lição de Carlos Maximiliano, *seu trabalho rejuvenesce e fecunda a fórmula prematuramente decrépita e atua como elemento integrador e complementar da própria lei escrita. Esta (a lei) é a estática, e a função interpretativa, a dinâmica do Direito* (MAXIMILIANO *apud* SOARES, 2002:3).

Por fim, temos também que o Processo do Trabalho estampa atualmente, em relação ao tema, cristalina lacuna de ordem **axiológica**.

Com efeito, nada parece fazer menos sentido do que advogar a tese da absoluta vigência do princípio do reexame obrigatório no Processo do Trabalho quando este não mais vige no Processo Comum.

O Processo do Trabalho tutela conflitos de natureza social, para onde deságuam as postulações que envolvem agressões a direitos sociais básicos do indivíduo, resultando, quando procedente a pretensão, em condenações cujo objeto são prestações de caráter alimentar. Por isso, todos os esforços da moderna teoria geral do processo são no sentido de que se observe a urgência que demanda a efetividade processual nestes casos.

Por esse motivo, é flagrantemente injusta a ótica de que, no Processo do Trabalho - que tem como essência de sua existência propugnar pela rápida solução da lide -, continua a viger a absoluta regra do reexame necessário, quando na processualística comum, fonte subsidiária

tradicional, já se inovou no sentido de, em certas hipóteses, limitar o reexame como forma de acelerar a satisfação do direito perseguido pelo credor, máxime quando a parte devedora é o Poder Público, de quem deveria se esperar a escorreita observância da ordem jurídica.

Fica evidente, assim, que a obstrução da supletividade, para o Processo Trabalhista, da regra inscrita nos §§ 2º e 3º do art. 475 do CPC, é postura hermenêutica insatisfatória e profundamente injusta, por olvidar que os avanços da processualística, em qualquer subsistema que venha a ocorrer, deve ser aproveitado pelo rito trabalhista, mormente porque, além de coerente com os seus postulados, atende aos anseios do maior responsável pela existência da jurisdição, e seu principal destinatário: o jurisdicionado.

É sob a tutela dos interesses mais elevados da sociedade que deve pautar-se toda e qualquer atividade de interpretação do Direito.

Qualquer que seja o ângulo de abordagem, pois, é possível identificar o quadro omissivo e lacunoso do Processo do Trabalho em relação ao instituto da limitação da remessa oficial, inovada, no ordenamento jurídico brasileiro, pela Lei 10.352/2001.

5. Considerações finais

A função interpretativa é complexa e permeada de possibilidades e distintas visões. Jamais haverá uma só interpretação sobre situações sociais ou institutos de natureza jurídica.

Procuramos, com este ensaio, apenas contribuir com o difuso debate que se instaurou após a alteração do art. 475 do Código de Processo Civil pela Lei 10.352/2001.

Por fundamentos de ordem política, legislativa, jurídica e hermenêutica, consideramos adequado e juridicamente sustentável o manejo, no Processo do Trabalho, por supletividade, das regras de limitação ao reexame obrigatório atualmente previstas nos §§ 2º e 3º do art. 475 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei 10.352/2001, eis que, neste ponto, a processualística especial do trabalho apresenta lacuna de ordem normativa, ontológica e axiológica, atraindo a possibilidade de sua heterointegração por expressa autorização legal (art. 769, CLT).

Ademais, acreditamos que tal providência se constituirá em ferramenta valiosa para que alcancemos uma melhor celeridade processual nas causas contra o Poder Público, atendendo, assim, aos mais elevados desideratos do dever estatal de distribuir justiça.

6. Referências bibliográficas

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1990.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UNB, 1997.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOARES, Evanna. *A remessa 'ex officio' no processo do trabalho diante da lei nº 10.352/2001*. Disponível em: <www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3060>. Acesso em 19.11.2002.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. 'Código de processo civil – alterações. Breves comentários às leis ns. 10.352 e 10.358/2001'. *Revista LTr*, São Paulo, vol. 66, nº 03, 2002.

A culpa dos Juízes (a interpretação inadequada da legislação pela cúpula do Poder Judiciário, como obstáculo à eficiência e efetividade da tutela jurisdicional).

Carlos Zahlouth Júnior*

"Era a Esfinge que fazia ao homem a pergunta sobre o homem, que Édipo disse ter resolvido, e que nós julgamos ter também resolvido; hoje é o homem que faz a Esfinge, ao não humano, a pergunta sobre o não humano, sobre o fatal, sobre o desenvolvimento do mundo face às leis objetivas. A Esfinge nada responde, mas desobedecendo as leis, enganando o desejo, a resposta vem em segredo, e só nos resta irmos para esse lado". (Baudrillard).

1. Introdução.

A imprensa tem noticiado declarações contundentes do Exmo. Ministro Ronaldo Lopes Leal, Corregedor Geral da Justiça do Trabalho, no que diz respeito à demora na prestação jurisdicional.

Sua Excelência tem declinando com muita ênfase, que a execução dos créditos trabalhistas, é sem dúvida o maior entrave no processo do trabalho, tendo afirmando dentre outras que o "deve haver certa truculência na execução¹" e que "o devedor inadimplente deve ser preso²".

* Juiz do Trabalho, Titular da 10ª Vara do Trabalho de Belém do TRT da 8ª Região. Vice-Presidente da Amatra VIII – Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 8ª Região. Professor da Universidade Federal do Pará nas disciplinas Teoria Geral do Processo e Direito Processual Civil. Pós-Graduado em Processo Civil na Universidade de Coimbra/Portugal. Avaliador ad hoc dos cursos de Direito no Brasil do INEP – Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira/Ministério da Educação. Consultor ad hoc do CNPQ – Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico.

¹ A seguinte declaração consta no web site do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, no endereço <http://www.tst.gov.br>: "Para o ministro Ronaldo Lopes Leal, é urgente que o processo de execução trabalhista seja aperfeiçoado, sob pena de se comprometer toda a estrutura da Justiça do Trabalho. Tem de haver uma certa truculência na execução. Defendo que a sonegação trabalhista seja tipificada como crime, assim como ocorre com a sonegação fiscal, enfatizou o corregedor-geral da Justiça do Trabalho".

² A seguinte declaração consta no web site do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, no endereço <http://www.tst.gov.br>: "Na Alemanha não há execução, o cidadão é intimado a cumprir a sentença e se não o fizer, vai para a cadeia. No Brasil, o trabalhador ganha e não leva. Não podemos ficar de braços cruzados no momento em que se nega ao trabalhador tudo aquilo que ele já ganhou, tudo aquilo que a Constituição, a lei e o Judiciário lhe garantiram. Do contrário é melhor que o Judiciário feche suas portas, afirmou. Ronaldo Lopes Leal lembrou que a Constituição permite a prisão por sonegação de tributos e o mesmo deveria ocorrer com relação aos débitos trabalhistas. Não adianta darmos proteção legal e constitucional ao trabalhador, com sentença

É certo que a legislação processual infraconstitucional, está há muito tempo a merecer uma reforma eficaz, pois já se percebeu que o projeto que tramita no Congresso Nacional há mais de dez anos, não é o caminho para a efetivação da tutela jurisdicional.

Poucos já se debruçaram acerca dos entraves causados pelo próprio Poder Judiciário na realização efetiva do processo, isto é, com o pagamento ao credor ou o cumprimento das obrigações constantes no título executivo judicial.

Afora os problemas clássicos e de longa data que se verifica, como a falta de juízes; o quantitativo insuficiente de órgãos judiciários; a precária infra-estrutura de pessoal e de material; a benevolência da legislação e um sistema recursal abundante e protelatório, alguns entendem que a lição de casa não está sendo feita corretamente, posto que muitas das interpretações que são realizadas pelos Tribunais no que diz respeito à legislação processual, quer por meio da jurisprudência, quer por meio de atos administrativos, se traduz em um sério entrave ao processo.

A finalidade deste estudo é tentar mostrar que mesmo diante de um sistema que privilegia a demanda ao invés da solução da lide, muito dos problemas que hoje enfrentamos poderia ser minimizado com a adoção de uma interpretação mais adequada do ordenamento jurídico, pois como observa o Herkenhoff, **“O juiz tem que ter a sinceridade de reconhecer a impossibilidade de sentença neutra”**. Assim, ou se está do lado da conservação, do opressor, da dominação ou se está ao lado da mudança, do oprimido, do dominado.

2. Agravo de Instrumento no Processo do Trabalho:

É de ciência geral, que esta modalidade recursal no processo trabalhista possui uma única finalidade: destrancar a subida de outros recursos, que são obstados por falta de alguns dos pressupostos intrínsecos ou extrínsecos dos apelos³.

Pois bem, de acordo com o § 5º, do citado artigo, cabem as partes promoverem a formação do instrumento, a fim de possibilitar em caso de provimento do mesmo, o seu imediato julgamento, de acordo com a Súmula nº 288 do Supremo Tribunal Federal.

A finalidade de tal dispositivo, foi assegurar o prosseguimento do feito, enquanto tramita o agravo de instrumento, pois o mesmo não é dotado de efeito suspensivo, regra, aliás, aplicável a todos os recursos na esfera trabalhista, de acordo com o art. 899, da CLT.

transitada em julgado em favor do trabalhador, se ele ganha e não leva. Todo esse Estado de direito e proteção fica frustrado no momento em que tentamos entregar a prestação jurisdicional e não conseguimos fazer com que a pessoa, que tem o direito reconhecido, receba as importâncias correspondentes a esse direito, reafirmou o corregedor-geral da Justiça do Trabalho. Segundo o ministro, a falha no processo de execução das dívidas trabalhistas é o maior problema da Justiça do Trabalho atualmente. Após 12 correições pelo Brasil, constatei que esse é o nosso maior problema, concluiu”.

³ Art. 897, b, da CLT.

Entretanto, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho no final de 1999, por meio da Instrução Normativa nº 16, uniformizou a interpretação no que tange ao processamento do agravo de instrumento.

A Corte criou uma nova modalidade de agravo de instrumento, o processado nos próprios autos⁴ (autos principais), assim sendo foi introduzido no sistema procedimental da Justiça do Trabalho uma nova feição a tal modalidade recursal.

Penso que agiu mal, pois como bem disse Valentin Carrion: “*Os agravos de instrumento são milhares e os providos somente centenas*”⁵.

Ora, o próprio Tribunal Superior do Trabalho vem divulgando em seus relatórios anuais, que mais de 70% dos recursos que chegam aquela Corte são de empregadores, o que significa um maior retardo no processo.

Com efeito, os dados apontam o seguinte: em 1998 foram interpostos ao TST 42.747 agravos de instrumentos; no ano de 1999 chegaram 43.037; no ano de 2000 tivemos 52.163 e finalmente em 2001 foram interpostos 63.912..

A situação fica ainda mais gritante, quando se verifica que no ano de 2001 foram autuados no TST 114.615 processos, logo os agravos de instrumento ocupam mais da metade de tais autuações.

Só no ano de 1999 o TST julgou 72.623 agravos de instrumentos, já em 2001 foram apenas 29.239, portanto um decréscimo na ordem de quase 60%.

Deste quantitativo de agravos de instrumentos julgados em 2001, apenas 1.545 foram providos, o que demonstra o acerto em geral das decisões denegatórias, tratando-se em realidade de mais um instrumento protelatório dos feitos, o que se agrava ainda mais na fase de execução.

Para o ano de 2002 aguardavam no TST mais de quarenta mil agravos de instrumento para serem julgados.

Apesar do declínio acentuado no mesmo período de recursos de revista, a interposição de agravos de instrumentos vem aumentando significativamente, e com certeza tal fato se deve à extrema facilidade do processamento do mesmo, pois basta ao agravante atravessar petição

⁴ II - Limitado o seu cabimento, no processo do trabalho, aos despachos que denegarem a interposição de recurso (art. 897, alínea b, da CLT), o agravo de instrumento será dirigido à autoridade judiciária prolatora do despacho agravado, no prazo de oito dias de sua intimação, e processado em autos apartados. § 1º - O agravo será processado nos autos principais: a) Se o pedido houver sido julgado totalmente improcedente; b) Se houver recurso de ambas as partes e denegação de um ou de ambos; c) Mediante postulação do agravante no prazo recursal, caso em que, havendo interesse do credor, será extraída carta de sentença, às expensas do recorrente, sob pena de não conhecimento do agravo.

⁵ Comentários à consolidação das leis do trabalho / Valentin Carrion. – 28 ed. Atual. Por Eduardo Carrion. – São Paulo : Saraiva, 2003.

nos autos principais, requerendo tal fato e o agravo sobre de qualquer maneira, pois mesmo que não seja providenciada a extração de carta de sentença, não cabe ao juiz que prolatou o despacho atacado, negar seguimento.

Portanto, bastaria o TST vedar o processamento de agravos de instrumento nos autos principais, para se diminuir significativamente a utilização desta modalidade de apelo⁶.

3. Depósito recursal em sede de Agravo de Petição:

O agravo de petição é um recurso que se destina a atacar as decisões dos juízes nas execuções, após o julgamento de embargos do executado (art. 884, da CLT), sendo este apenas conhecido no caso do feito estar garantido, com exceção do Ministério Público do Trabalho, da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, das fundações públicas, autarquias e da massa falida, portanto, cabe apenas no juízo de primeiro grau.

Temos que o Supremo Tribunal Federal⁷ confirmou a constitucionalidade da Lei nº 8.542/1992, que trata sobre o depósito recursal na Justiça do Trabalho, sendo que a referida lei ao alterar o art. 40 da Lei nº 8.177/1991, em seu artigo oitavo, disciplinou em seu § 2º, que a exigência do depósito recursal se aplica aos embargos à execução e a qualquer outro recurso subsequente do devedor.

Ainda, por decisão unânime do STF, foi ratificada o despacho denegatório da liminar, proferida em sessão realizada em 9-10-1993 e publicada na Revista LTr 57-12/1435-1437, logo as alterações foram "de índole quantitativa a um arcabouço preexistente".

Assim, não se verificou qualquer afronta ao princípio da igualdade, pois inexistente paridade absoluta entre o empregador e o empregado, sendo que o STF assim se manifestou acerca da garantia da ampla defesa:

"Não me parece que a exigência de depósito recursal atente contra a prerrogativa que a Constituição assegura. Mesmo quando o depósito que se exige dentro de determinada trilha processual não seja estritamente destinado a garantir a execução. Ele pode não ter esse propósito, mas não

⁶ Após a elaboração do presente ensaio, o Colendo TST por meio do Ato nº 162/2003 de seu Presidente, revogou dispositivos da Instrução Normativa nº 16, que possibilitam a interposição de Agravo de Instrumento nos autos principais. Portanto, o referido recurso deve ser processado novamente em autos apartados, podendo o advogado declarar que as peças são autênticas, nos termos da lei. Posteriormente, prorrogou a vigência dessa regra para a partir de 01.08.2003, através do Ato nº 196/2003.

⁷ Ações Diretas de Inconstitucionalidade números 836-6 e 884-6, ambas relatadas pelo Ministro Francisco Rezek. As decisões estão pendentes de julgamento do mérito, tendo havido apenas o indeferimento de liminar para suspender o dispositivo legal em comento.

há de ser entendido, pelo só fato de existir, como um obstáculo à fluência normal dos recursos".

Desta feita, a Suprema Corte vislumbrou que o depósito recursal na Justiça do Trabalho não é exclusivamente para garantir à execução, mas também é um pressuposto recursal.

Por tal dicção, o devedor para interpor embargos à execução e posteriormente agravo de petição, deve efetivar o depósito recursal, sendo devido a cada recurso interposto no decorrer do processo.

Contudo, interpretou o Colendo TST, através da Instrução Normativa nº 03/1993, que garantida integralmente à execução, mesmo que com a penhora de bens, não há necessidade de efetivação do depósito recursal, porém declinar que não há necessidade do mesmo por quando da interposição do agravo de petição⁸, é medida que só beneficia o devedor em claro detrimento à coisa julgada, que se eterniza na falta de efetividade, posto que a Corte Trabalhista entendeu que se trata tão somente de garantia da execução.

É certo que a lei cometeu o equívoco de atribuir a obrigação do depósito recursal por quando dos embargos à execução, posto que de acordo com Liebman, os mesmos possuem caráter de verdadeira ação de cognição incidental conexa ao processo de execução, visando extingui-lo ou desconstituir a eficácia do título, estando vedado se debater questões já apreciadas na fase de conhecimento.

Agiu mal, mais uma vez, tendo inclusive já pacificado a matéria por meio da Orientação Jurisprudencial nº 189⁹, da SDI - 1.

Ora, com isso a execução se eterniza, pois rejeitados os embargos à execução, manejados são os agravos de petição, rejeitados, interpostos recursos de revista, rejeitados, agravos de instrumento e assim diante, afora que de cada decisão em regra o devedor maneja embargos de declaração, para com o único intuito de protelar o feito.

⁸ IV - A exigência de depósito no processo de execução observará o seguinte: a) a inserção da vírgula entre as expressões "...aos embargos" e "à execução..." é atribuída a erro de redação, devendo ser considerada a locução "embargos à execução"; b) dada a natureza jurídica dos embargos à execução, não será exigido depósito para a sua oposição quando estiver suficientemente garantida a execução por depósito recursal já existente nos autos, efetivado no processo de conhecimento, que permaneceu vinculado à execução, e/ou pela nomeação ou apreensão judicial de bens do devedor, observada a ordem preferencial estabelecida em lei; c) garantida integralmente a execução nos embargos, só haverá exigência de depósito em qualquer recurso subsequente do devedor se tiver havido elevação do valor do débito, hipótese em que o depósito recursal corresponderá ao valor do acréscimo, sem qualquer limite.

⁹ 189. Depósito recursal. Agravo de petição. IN/TST nº 03/1993. (Inserido em 08.11.2000). Garantido o juízo, na fase executória, a exigência de depósito para recorrer de qualquer decisão viola os incisos II e LV do art. 5º da CF/1988. Havendo, porém, elevação do valor do débito, exige-se a complementação da garantia do juízo.

Portanto, urge que o TST reveja tal orientação, passando a exigir o depósito recursal em sede de agravo de petição, mesmo que a execução esteja garantida, inclusive em espécie.

4. *Contraditório nos Embargos de Declaração.*

Tanto o STF, quanto o STJ¹⁰, entendem que no caso de interposição de embargos de declaração com pedido de efeito modificativo, deve o juiz mandar intimar à parte contrária para se manifestar, sob pena de acolhidos os embargos, haver nulidade da decisão, por violação ao princípio do contraditório.

Destaco no particular o despacho proferido pelo Exmo. Sr. Ministro Celso de Melo no processo relativo aos Embargos Declaratórios em Recurso Extraordinário nº 144.981, desta forma: "A garantia constitucional do contraditório impõe que se ouça previamente a parte embargada na hipótese excepcional de os embargos de declaração haverem sido interpostos, com efeito, modificativo".

Seguindo tal linha de raciocínio, o TST editou a Orientação Jurisprudencial nº 142 da SDI – 1 em 1998, declinando que é passível de nulidade a decisão que acolhe tal apelo, com efeito, modificativo, sem que à parte contrária tenha tido oportunidade para se manifestar, consoante os incisos XXXV e LV, do art. 5º da Carta Política.

Data vênia entendo de outra maneira.

Com efeito, os termos da lide se formam mediante a reclamação (art. 840, da CLT) e com a contestação do reclamado (art. 847 da CLT), quando todas as matérias devem ser suscitadas, sob pena de preclusão, salvo as questões de ordem pública.

Ainda, em se tratando de recursos, a matéria a ser analisada é atinente exclusivamente à impugnação da parte vencida (artigos 895, 896, 897 e 899, da CLT) e o relatado pelo recorrido em sua contraminuta (art. 900, do texto consolidado).

Temos ainda, que tanto as contestações dos reclamados, quanto às contraminutas dos recorridos são atos processuais facultativos as referidas partes.

Portanto, o contraditório é oportunizado na elaboração da defesa ou quando o recorrido é instado a se pronunciar acerca do recurso da parte contrária.

Neste sentido, os embargos de declaração se prestam para sanarem a omissão, a contradição ou a obscuridade da sentença ou do acórdão, sendo que nas causas sujeitas

¹⁰ ÓRGÃO JULGADOR: 2ªT, 4ªT, 5ªT. É possível o acolhimento de embargos de declaração com efeito modificativo, desde que oportunizado o contraditório, determinando a intimação da parte contrária para apresentar contra-razões.

ao procedimento sumaríssimo, não há possibilidade de manejo em caso de obscuridade (art. 897-A, da CLT) e em todos os casos não está sujeito ao preparo.

Atualmente, cabem embargos de declaração em cinco dias, com efeito interruptivo para interposição de outros recursos, de acordo com a Lei nº 8.950/1994.

Assim sendo, os embargos de declaração se prestam exclusivamente para o saneamento da decisão embargada, não se podendo suscitar matérias novas, que devem ser trazidas antes do julgamento, consoante o art. 462 do CPC, quando aí à parte contrária deve ser instada a se manifestar.

Portanto, o contraditório já foi devidamente exercitado no tramite processual, não havendo necessidade de novo pronunciamento.

A situação é ainda mais angustiante, na medida em que os juízes estão sobrecarregados de processos e em regra geral a utilização dos embargos de declaração tem se prestado a intuitos protelatórios e no dia-a-dia forense, se vê que raramente são acolhidos.

Ainda, em alguns Tribunais se verifica que os Acórdãos demoram meses, até anos para serem publicados, ante o congestionamento dos serviços judiciários, causando uma verdadeira paralisação do trâmite processual, em claro prejuízo ao hipossuficiente.

A medida é de toda inócua, nos termos do art. 794, da CLT.

5. Custas na fase de execução.

Por longos anos, restou vedada no âmbito da Justiça do Trabalho à cobrança de custas nos processos em execução.

Finalmente, com a edição da Lei nº 10.537/2002 há expressa determinação que o executado deve arcar com custas ao final.

Interpretando esta expressão “*ao final*”, o TST por meio da Instrução Normativa nº 20/2002, em seu XIII, entendeu que não cabe ao executado recolher as custas caso recorra da decisão proferida na fase de execução, devendo ser suportada somente ao final.

Em realidade, a lei não trouxe inovação neste sentido, posto que tanto na fase de conhecimento, quanto na fase de execução, as custas são suportadas pelo vencido após o trânsito em julgado da decisão, porém caso a parte sucumbente pretenda questionar o decidido em outras instâncias, deve obrigatoriamente recolher tal encargo, pois se trata de pressuposto recursal, tendo o § 1º, do art. 789, da CLT, disciplina que as custas devem ser pagas e comprovadas dentro do prazo recursal.

Com efeito, está é a interpretação estampada no art. 511, do CPC, sendo que especificamente no campo trabalhista, é incabível a intimação do recorrente para suprir recolhimento a menor¹¹.

Como bem decidido pelo STF, a finalidade do preparo recursal não é inconstitucional, mas apenas um obstáculo aos recursos, portanto em nada adiantará ao processo de execução a cobrança ao final, pois abre a possibilidade do devedor questionar perenemente à execução, pois nada terá que arcar, pois como vimos supra, além do TST entender que não cabe o depósito recursal, também entende que não cabe o pagamento de custas por quando dos apelos.

6. Conclusões.

É sabido que o Brasil precisa modernizar sua legislação processual, a fim de tornar a justiça mais célere e eficaz.

Também é verdade, que enquanto esse processo, que é demorado, ante as peculiaridades do Parlamento e por pressões de grupos organizados da sociedade, os juízes, intérpretes do ordenamento jurídico devem atuar com firmeza no processo, em especial na execução.

De nada adiantará o juiz ser “truculento” ou o devedor ser “ameaçado de prisão”, se de fato não há o trânsito definitivo da decisão, isto é, a cessação de questionamentos do título executivo judicial, pois os magistrados ao interpretarem à legislação, a estão fazendo em sentido contrário, oportunizando que medidas descabidas do devedor eternizem o desfecho final do processo.

Esta situação faz com que na Justiça do Trabalho tenhamos em alguns casos quatro instâncias de julgamento onde a matéria constitucional por ser debatida: nas Varas, nos TRTs, no TST e por fim o Supremo.

Caso não haja uma oxigenação do pensamento da magistratura nacional, em especial na cúpula do Poder Judiciário, que por meio de Provimentos, Orientações, Precedentes, Instruções Normativas e na própria Jurisprudência, adequar e transmutar a legislação ao pensamento coletivo e a vontade da sociedade, não teremos de fato um corpo judicial firme, coeso e efetivo, quando se perenizará o infeliz adágio “ganhou, mas não levou”.

Neste sentido, quando o julgador interpreta o ordenamento jurídico, faz com sua carga subjetiva, isto é, aplica mesmo sem perceber sua experiência social, sua percepção do conflito, suas práticas do dia-a-dia, suas concepções ideológicas.

¹¹ SDC – Orientação Jurisprudencial nº 27.

O Colendo Tribunal Superior do Trabalho¹² nos últimos meses tem demonstrado com suas decisões que é possível e desejável se rever conceitos e dogmas jurisprudenciais, revelando-se um Tribunal mais voltado à realidade e aos conflitos sociais¹³.

Com medidas simples como as acima expostas, por certo à fase de execução, que é a mais angustiante ao trabalhador e ao Estado, que não consegue cumprir com suas próprias decisões permanecerá no atual estágio letárgico e dormente.

A hermenêutica é talvez o caminho menos seguro, mais impreciso da ciência do Direito; porque partilhada da sorte da linguagem, porém é necessária, já que o intérprete é o renovador inteligente e cauto, o sociólogo do Direito. O seu trabalho rejuvenesce e fecunda a fórmula prematuramente decrépita, e atua como elemento integrador e complementar da própria lei escrita, entretanto, pensando em termos macros a magistratura constitui um elemento conservador por excelência: o pretório é a última cidadela que as idéias novas expugnam. A jurisprudência afasta-se dos princípios com freqüência maior do que a doutrina, pois é analítica, já que examina as espécies uma a uma, ao generalizar, pode incorrer em erro grave o estudioso, além disso, o fato impressiona e apaixona mais do que a teoria pura.

Estamos vivendo um verdadeiro fanatismo pelos acórdãos, a respeito do assunto Maximiliano comenta: "dentre os freqüentadores dos Tribunais, são muitos os que se rebelam contra uma doutrina; ao passo que rareiam os que ousam discutir um julgado, salvo por dever de ofício, quando pleiteiam a reforma do mesmo. Citada uma ementa jurisprudencial, a parte contrária não se atreve a atacá-lo de frente, prefere ladeá-lo, procurar convencer de que não se aplica à hipótese em apreço, versara sobre caso diferente". Assim, copiam-se, imitam-se, contam-se os precedentes, mas de pesá-los não observam, já que se desprezam os trabalhos diretos sobre os textos; prefere-se a palavra dos profetas às tábuas da lei, pois os arrestos se tornaram a ciência daqueles que não têm outra ciência; pois a jurisprudência é uma ciência facílisma de se adquirir: basta um bom índice das matérias, porém a jurisprudência auxilia tão somente do intérprete, não o substitui, nem dispensa, têm valor relativo, pois deve ser observada quando acorde com a doutrina.

Verifica-se, então a obra renovadora e constante realizada pelos Juízes de primeiro grau, por isso mesmo, não há motivo para impor aos magistrados obediência compulsória à jurisprudência superior, como faziam diversos Tribunais mediante advertências e censuras, e

¹² A Lei 8.666/93 (licitações públicas), definiu em seu art. 71 que não cabe ao ente público qualquer responsabilidade pelos encargos trabalhistas oriundos das empresas que contratou, ocorre que o TST pela Súmula 331 afirmou que sim, responsabilizando o Estado pela falta de fiscalização da empresa que contratou, cabendo-lhe responsabilidade subsidiária, portanto não havendo bens do empregador executa-se a fazenda pública.

¹³ Todas as sessões do Colendo Tribunal Superior do Trabalho foram suspensas no período de 23 a 27 de junho de 2003, visando a revisão dos Enunciados daquela Corte.

felizmente o Congresso Revisor sequer chegou a apreciar a proposta do Deputado Nelson Jobim, no sentido de vincular as decisões das Súmulas das Cortes Superiores, pois aniquilaria o poder do Juiz de primeira instância, que em regra geral é o que está mais atento aos anseios populares, já que integrante da sociedade conflitante que está demandando, entretanto a matéria surge novamente com toda força na reforma do Judiciário.

A reiterativa das decisões figura em alto grau de importância basta citarmos que na França, a jurisprudência criadora precedeu a legislação; daí o prestígio da frase de Celice: "o legislador é antes uma testemunha que afirma a existência do progresso do que um obreiro que o realiza".

No Brasil aconteceu o mesmo: o STF impediu por meio de habeas corpus, durante o estado de sítio, o degredo para lugares sem sociabilidade; a Constituição de 1934 converteu às conclusões dos Acórdãos em regras constitucionais (Art. 175, § 1º; art. 209, III, da CF de 1946).

Apesar de muitos magistrados acharem meritório não terem suas sentenças reformadas, tal atitude prova apenas sua subserviência intelectual, já que seguem de modo absoluto e exclusivo a orientação ministrada pelos Acórdãos dos Tribunais Superiores, Pessina recorda o verso de Horácio: **"os demasiados cautos e temerosos da procela não se alteiam ao prestígio, nem à glória: arrasta-se pela terra, como serpentes"**.

O Juiz - apregoa Cappelletti - deve adaptar os instrumentos hermenêuticos com a finalidade de operar uma dinâmica interpretação evolutiva e decisivamente construtiva e criativa, o fim social deve ser o bem maior do direito, que não pode ser traduzido única e exclusivamente na lei, carregada de fatores dominadores da sociedade, há de existir um maior anseio libertador aos juizes, que em muitas das vezes, por vícios adquiridos ao longo da vida e reforçados nos bancos universitários, esquecem do seu verdadeiro mister, de distribuidor de Justiça, não de leis.

O que ameaça o juiz, numa democracia, é o perigo do hábito, da indiferença burocrática, a irresponsabilidade anônima. Nós queremos - pedia Calamandrei - juizes com almas, engagés, e que saibam levar com humano e vigilante desempenho o grande peso que implica a enorme responsabilidade de fazer justiça, neste sentido, é imenso o desafio da Justiça do Trabalho, pois como o juiz deve enfrentar a questão da função social da Justiça do Trabalho nesse país dividido, contraditório e explosivo?

José Eduardo Faria aponta algumas soluções: um amplo processo de renovação hermenêutica e de oxigenação doutrinária; o esparçamento definitivo da "pseudo" neutralidade do juiz e por fim uma justiça não exclusivamente técnica, assim estes são os nossos desafios como operadores do direito, já que assumimos a defesa intransigente da Justiça, dar ao justo

o que lhe é justo, sem receio do opressor, para ir contra o mesmo opressor, pois, conforme Hegel: **“o que é dado por sabido, exatamente porque é sabido, não é efetivamente conhecido”**.

Tal argumento deriva do fato que ter e demonstrar emoção em sua técnica é abominável, pois o bom é aquele que analisa friamente o fato e propõe soluções à altura do ocorrido, não àquele que se emociona, pois a emoção é inimiga da perfeição. Assim sendo, o paradigma da ciência moderna, especialmente na construção positivista, tenta suprimir do processo de conhecimento todo o elemento não-cognitivo (emoção, paixão, desejo, ambição, etc..), pois entendem que se trata de um fator de perturbação da racionalidade da ciência, eles desconhecem Aristóteles, que mostra na Retórica que a demonstração convincente, enquanto geradora da persuasão, é secundada pelo elemento emocional. No campo da Magistratura, tal posicionamento se traduz em regra geral nos seguintes comportamentos:

- Pouco importa os anseios das partes, o que importa é cumprir o ritual. (prepondera o controle do tempo de forma sistematizada, não prazerosa).
- O Juiz deve ser neutro, imparcial e eqüidistante.
- Quando se aplica Súmulas dos Tribunais Superiores, aplica-se a técnica, não a emoção, já que reduz a relação a teoremas positivados, não rasteados pela emoção. (a solução é justa se for legal, obstruindo a criação judicial, pois é processo emocional).
- Enfim, o que importa é resolver rápido a lide, pouco importa os meios e o desprezo pessoal com os litigantes que se têm, pois o melhor Juiz é aquele que resolveu tudo numa audiência só, sendo que às vezes se despreza o processo, com a busca da verdade, o discernimento emocional. A estatística é preponderante sobre o ocorrido. (a matemática prevalece sobre a justiça, à celulose é mais importante que os neurônios).

Já é hora dos Excelentíssimos Ministros dos Tribunais Superiores, em especial os do TST, pois o tema debatido na Justiça do Trabalho refere-se à própria sobrevivência do ser humano, dado o caráter nitidamente alimentar das verbas trabalhistas, reverem seus atos administrativos, caso contrário em nada adiantará leis mais avançadas se o pensamento é calcado no passado.

Conceitualmente os magistrados pensam e formulam o Direito do Trabalho em concepções estreitas e direcionadas exclusivamente a atuação dos “conflitantes dos autos”, demovidos, assim de uma análise ampla dos conflitos postos e dilacerados na sociedade, abstraindo do sentido real da justiça em clara aplicação da verdade formal, atuando como paradigma o arcabouço legal ao invés do direito.

Devemos rumar em busca de um TST da cidadania ou a Esfinge nos engolirá.

Limitação autônoma ao exercício da greve -Uma análise da cláusula da paz

*Ronald Amorim e Souza **

Limitações ao exercício do direito de greve.

O exercício da greve como um direito não pode, em princípio, sofrer restrições externas, na proporção em que a norma constitucional atribui ao trabalhador estabelecer os limites de sua ação e da pretensão a defender.

Posto o tema desta maneira poder-se-ia imaginar o de greve como um direito absoluto, o que efetivamente não ocorre. A greve encontra limites, já mesmo a partir do preceito constitucional, quando a situação envolva uma atividade tida como essencial, segundo a norma de hierarquia inferior legitimada a defini-la. Não se inibe o exercício do direito mas se cobra do titular uma atitude que atente para a necessidade de resguardar aqueles direitos de idêntica estatura e que podem afetar interesses legítimos de quem não disponha de mecanismo de proteção contra um espectro mais amplo resultante da ação grevista.

As possibilidades jurídicas de abstenção do direito de greve resultam, basicamente, da circunstância de estarmos diante de um direito subjetivo, vale dizer, de uma faculdade de agir cuja ativação carece de dupla atividade e não apenas do seu titular. É que, para exercer a greve, o empregado necessita dispor-se a tanto e, ademais, impõe-se que muitos outros o façam para que, agitando a atividade sindical, obtenha daí o passo inicial para o movimento. Não se pode, entretanto, esquecer que para os trabalhadores não sindicalizados, ou onde e quando não haja organismo sindical estruturado, é possível a greve, a seguir do ordenamento jurídico brasileiro, desde que os trabalhadores de uma dada empresa ou da categoria profissional assim entendam e deliberem (art. 4º, § 2º, de Lei nº7.783, de 28/6/2989, daqui por diante Lei de Greve).

O movimento, pois, se mostra necessariamente plural e complexo. Que não sejam todos, mas a maioria dos trabalhadores de uma dada empresa ou da categoria profissional respectiva, como elemento essencial à identificação da greve, ademais da ação coordenadora do sindicato. Na percuciente observação de Mazoni ^{1(**)}, com apoio em Calamandrei, “se o sindicato proclama a greve, mas nenhum trabalhador a executa, aquela não existe.”

* Da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Professor Coordenador da Especialização em Direito do Trabalho da Universidade Salvador (Bahia).

¹ Relações Coletivas do Trabalho. São Paulo: LTr. 1972. Tradução de Antonio Lamarca. Pág. 250.

Tendo-se a greve como pressuposto de decorrência, em princípio, da frustração, total ou parcial, da negociação coletiva, em que pese o entendimento contrário encontrado na doutrina espanhola, no Brasil não se pode alinhar o passo a tal raciocínio face ao estatuído no art. 617, da Consolidação das Leis do Trabalho, e pela leitura do seu parágrafo primeiro, que autorizam concluir, como temos afirmado, o exercício da greve sem o sindicato mas, em princípio, dentro do clima ou logo a seguir à tentativa de negociação.

A tolerância, maior ou menor, às circunstâncias do conflito conduzirão ou poderão conduzir ao exercício ou deflagração da greve por uma comissão de negociação. Como o direito de greve não é um direito sindical, este pode renunciar ao seu patrocínio ou coordenação, o que não se admite em relação ao trabalhador. O fato de não ir à greve não significa renúncia, mas abstenção momentânea ou oportuna de agir. Assim, não padece dúvida que as responsabilidades de um sindicato, por força da greve, somente se manifestam por atos de seus dirigentes ou prepostos, a exemplo do que se vê no direito inglês.

Uma leitura mais atenta do art. 927, parágrafo único, do recente Código Civil (Lei nº 10.406, de 10/1/2002) corrobora o entendimento sobre a responsabilidade sindical. Com efeito, “a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano” (parágrafo único), no caso o sindicato, não é a greve e, não poucas vezes, esta se inicia contra sua expressa manifestação ou se prolonga para além do momento em que convoca a assembléia para retomar as atividades, pondo fim ao movimento. A regra aplicável será a do inciso III, do art. 932, dispositivo que encontra ancestral no art. 1521, III, do Código Civil recém revogado, no seguinte teor:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

(Omissis)

III – o empregador ou comitente, por seus empregados serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir ou em razão dele;

Parece-nos destituído da melhor lógica jurídica pretender-se a imposição, ao sindicato, do dever se responder pelos atos dos integrantes de seu quadro associativo ou, ainda mais grave, daqueles que nunca o foram e, na ação da greve, possam ocasionar danos aos interesses ou patrimônio de terceiros. Com ou sem a titularidade do direito de greve, o sindicato somente pode ser onerado pelos atos praticados por seus legítimos dirigentes ou prepostos. Esta digressão se impôs pela necessidade de ressaltar que somente o participante, agente ou, na melhor expressão, o grevista deve responder pelos atos omissivos ou comissivos adotados durante o movimento.

A limitação do direito de ir à greve.

Existem limitações exógenas, vale dizer, que têm etiologia externa à relação de emprego, necessária à caracterização da greve. A Constituição não nas estabelece, tampouco podendo fazê-lo o legislador ordinário. Ocorre, entretanto, que a greve não se fez um direito absoluto. Há que respeitar limites e o próprio texto constitucional brasileiro preocupou-se em o evidenciar ao dispor no § 2º, do art. 9º, que “Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei”. Assim, as limitações externas ao titular do direito de greve concernem à natureza da atividade onde se pretenda vê-la deflagrada. Os serviços essenciais e aqueles caracterizados como mínimos inibem o exercício da greve sem que, previamente, se respeitem necessidades ou cuidados que se impõem para que a sobrevivência, a saúde e a segurança da população não periclitem.

Diante de um tal quadro, o empregado pode pretender, no coletivo, ir à greve mas se vê impellido a praticar certos atos de negociação ou diligência de forma a reduzir os efeitos perniciosos que possam resultar da ação grevista, em prejuízo da comunidade naqueles aspectos básicos mencionados, ademais dos que reportam à necessidade de preservar bens e equipamentos da empresa em condições de garantir-lhe a imediata utilização quando, cessada a greve, as atividades se retomem.

Endógenas serão as circunstâncias que, por ação dos empregados ou, em sua representação legítima, o sindicato observa para não deflagrar uma greve. Neste ponto é que encontramos a *trégua ou paz*, como cláusula negociada ou implícita das convenções coletivas de trabalho.

Quando uma negociação coletiva para estabelecimento de normas e condições de trabalho deságua na convenção coletiva tem-se como ajustado um legítimo pacto, um contrato em essência e forma. A contar desse momento é justo presumir-se que as partes ensarilham armas e se subordinam ao conteúdo normalizado. É, sem dúvida, o *pacta sunt servanda* que escraviza as partes ao objeto da contratação. Com isto se tem como certo que os contraentes não irão desatender ao composto, nem pretender, artificialmente ou não, inovar na sua leitura e interpretação. Entendem muitos que nasce, aí, um dever implícito de paz, de trégua. Vale dizer, do momento em que a convenção nasce, com ela brota a paz pela falta mesma do objeto de luta, já que os negociadores se mostraram satisfeitos com os objetivos alcançados ou, na hipótese mais provável, desistiram, ainda que momentaneamente, de avançar em debates, disputas e lutas, acomodando-se aos termos da composição.

Neste instante em que o objetivo se tem como satisfeito ou alcançado, estará representando uma renúncia ao direito de greve? Será isto possível? Qual a posição ou papel do

sindicato firmatário da convenção, em relação ao aval que dá de que seus representados não irão à greve ou ao lockout?

Sentido da trégua ou paz, como cláusula de contrato.

Ninguém, em princípio, celebra um contrato, pacto, acordo ou convenção sem que disto se possa ou deva extrair um *dever efeito* de paz ou trégua. É regra de boa-fé que todo contrato seja ajustado para necessária e obrigatoriamente ver-se cumprido ou observado pelos celebrantes que, na pendência de sua execução, se comprometem a manter um nível ausente de disputas, de confrontos. É implícita ou automática a paz, independente de ser inserida cláusula que expressamente o consigne.

A extensão de seu conteúdo ou alcance, entretanto, é coisa distinta. É que há quem afirme que o dever ou cláusula de paz, ainda que implícita, tem uma amplitude ou extensão de alcance que abrangeria ao que não foi objeto da negociação. Tal interpretação empresta uma dimensão que se evidencia inconcebível. Seria uma renúncia absoluta ao pleito de qualquer direito diante do outro contraente sem que para tanto houvesse tal ânimo ou propósito, no momento mesmo que antecede à celebração do acordo ou da convenção. O conteúdo da cláusula de paz não se pode estender a um ponto tão remoto. Para que se perceba, corretamente, o alcance é de ser considerado tão somente o quanto foi objeto de negociação e resultou pactuado. É que, sob certos aspectos, alguns temas podem ter sido objeto de negociação e, por convir às partes, a matéria foi descartada em benefício da aprovação de alguma outra cláusula de maior ou mais imediato proveito. Assim, o limite da cláusula de paz se restringe, específica e claramente, ao quanto foi objeto da concertação e se pôs no texto do documento. Emprestar-lhe qualquer outra forma de dimensão pode representar, e fatalmente representará, uma traição ao trato ou má-fé, uma atitude de reserva mental incompatível com o resultado atingido.

A orientação constitucional brasileira, em relação aos conflitos coletivos, é de franca pacificação, como se extrai da leitura do § 2º do art. 114, que estimula e prestigia a negociação. O recurso à greve se oferece fora do contexto de harmonia pretendido. A cláusula de paz, com efeito, se deduz do texto legal quando estabelece que constitui “abuso do direito de greve a inobservância das normas contidas na presente Lei, bem como a manutenção da paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho” (Lei de Greve, art. 14). A regra é, entretanto, relativa na medida em que não exige uma incondicional observância de prazo, nem de condições, e muito menos extravasa para aquilo que não esteve em cogitação na fase negocial.

A disposição legal transcrita contém ressalvas que permitem deduzir o conteúdo relativo da cláusula de paz. Com efeito, se o preceito do *caput* do art. 14 considera que

constitui abuso de direito a continuidade do movimento depois de alcançado o acordo ou convenção, também, por sua vez, assegura que a greve se deflagre quando “tenha por objetivo exigir o cumprimento de cláusula ou condição” ou “seja motivada pela superveniência de fato novo ou acontecimento imprevisto que modifique substancialmente a relação de trabalho” (Parágrafo único, I e II).

Conquanto seja possível afirmar que a greve é um direito a serviço da negociação, ela também será exercitável quando, alcançada a convenção coletiva, alguma cláusula ou condição deixe de ser respeitada pela entidade patronal. Sob outro prisma, já aqui dentro da teoria da imprevisão, se algo superveniente, capaz de ensejar substancial modificação nas relações trabalhistas ocorre, também será possível o apelo ou recurso à greve. É a cláusula *rebus sic standibus* inserida, por previsão legal, no contexto implícito do instrumento normativo, convencional ou imperativo judicial, pelo prazo que, negociada ou legalmente, esteja estabelecido.

Isto faz da convenção coletiva de trabalho um instrumento de paz social, ainda que relativo, frente aos aspectos que identificamos de limitar seu efeito ao que efetivamente consagra o documento criado pelos interessados, vale dizer, as partes e o quanto foi objeto da negociação.

Renúncia ao direito de greve.

Tem sido discutido se a existência, ainda que implícita ou deduzida, da cláusula de paz não representaria uma improvável renúncia ao direito de greve ou ao lockout. No tangente a este, frente ao ordenamento jurídico brasileiro, mostra-se impossível pela expressa vedação legal do recurso à paralisação patronal. Na vertente do empregado, entretanto, impõe-se avaliar dois ângulos da maior importância: o poder e o limite representados os atos de renúncia.

O direito de greve é, por si, irrenunciável. Com tal irrenunciabilidade, entretanto, não se confunde a conveniência e oportunidade de seu exercício. Assim, o trabalhador pode não tomar a iniciativa, não participar ou se retirar da ação que isto jamais poderá ser interpretado como renúncia ao direito de greve, mas observância dos critérios mencionados de lhe convir ou ser oportuno.

A convenção coletiva não representa uma renúncia ao direito mas um compromisso de abstenção do exercício de tal direito enquanto perdurem os efeitos do pacto. Essa abstenção é perfeitamente compreensível quando se considera que pode perdurar até o momento imediatamente anterior à ocorrência da prescrição. Neste quadro o que se apura é a concordância do trabalhador, verdadeiro titular do direito de greve, a que alguém, em sua representação – no caso o sindicato – efetive uma convenção coletiva de trabalho que o obrigue a respeitar seu conteúdo pelo

prazo estabelecido para sua vigência, ressalvadas as hipóteses legalmente cogitadas e outras mais fortes que lhe possam sobrevir.

Ao celebrar a convenção, o sindicato estabelece cláusulas normativas que alteram os contratos individuais de trabalho e cláusulas obrigacionais que o vinculam à entidade ou ao próprio sindicato patronal, quando seja a hipótese. O dever de paz é, inegavelmente, uma cláusula obrigacional. Por esta o sindicato se compromete em não lançar mão de qualquer forma de ação que represente uma greve enquanto vigentes as condições pactuadas. Aqui o sindicato ajusta, em seu nome e em representação dos empregados. Dá-se, entretanto, que no tangente ao trabalhador sua ação vai até onde lhe seja possível bloquear, inibir ou impedir a deflagração do movimento. Como se trata, entretanto, de direito subjetivo do trabalhador, intransferível por sua natureza, não servirá o órgão classista como garantidor de que o fato da greve nunca se dará. É, pois, parcial tal garantia e sob três diferentes acepções pode ser observada. A cláusula é, na essência, limitativa e não proibitiva da greve o que equivale dizer que pode, sim, haver recurso à greve mas impõe-se que se estabeleçam as condições em que a ação se deflagrará. Noutro aspecto a greve ainda será possível mas somente ocorrerá, como resulta estabelecido na disciplina da cláusula de paz, depois de exauridos os meios suasórios, vale dizer, perseguida uma solução pelos condutos da conciliação, mediação ou arbitragem. Por último, é de se buscar a própria renúncia ao direito de greve, quer dizer, uma expressa proibição de ir à greve na vigência da convenção coletiva de trabalho. Sob qualquer dos aspectos que seja examinada a cláusula de paz, a natureza obrigacional é que ressaí diante da impossibilidade tanto do sindicato garantir que jamais haverá a greve, como do empregador de não ter como grevistas os movimentos que os seus empregados adotem, ainda que sem o patrocínio ou contra expressa e formal vontade do sindicato, mesmo contendo a cláusula qualquer sorte de previsão de sanção disciplinar a impor aos trabalhadores diante do recurso à greve. Tal cogitação é improsperável pela natureza irrenunciável do direito de greve, pelo trabalhador, com isto significando que não é dado ao sindicato assegurar situações que escapem ao seu absoluto dispor.

A execução do contrato individual tange exclusivamente, como devedor da prestação trabalho, ao empregado e por este não pode o sindicato assumir obrigação, seja de dar, fazer ou não fazer como consequência da execução do pacto laboral. A representação própria, ou peculiar à vida sindical, objetiva travar ou estabelecer negociações que sejam amplas o bastante para interessar à coletividade, não para responder por situações individuais. Com isto não se está a afirmar que as convenções não obriguem empregados e patrões, mas há direitos ou situações que ao representante não é dado emprestar uma garantia absoluta de realização, de observância, de respeito. A coletividade aqui mencionada não separa entre os que promovem e participam da greve daqueles que não na desejem ou não se disponham a aderir. Em conclusão, a complexidade dos atos que

conduzem à greve, exigindo a intervenção de mais de uma pessoa, ademais da imposta participação do sindicato, não permite emprestar a garantia absoluta de sua prática ou observância, ainda que se pretenda a omissão de recorrer à greve.

Mesmo sendo o sindicato, *ope legis*, o gestor da greve, nunca será demais lembrar que, no ordenamento jurídico brasileiro, é possível deflagrá-la sem a sua existência, presença ou participação, como já ressaltamos linhas acima, ademais de poder ocorrer contra expressa vontade de seu quadro diretivo. A observação pode soar paradoxal, mas vale repetir que os grupos amorfos de trabalhadores, não organizados em sindicatos ou aos quais este se recuse a patrocinar uma negociação, podem chegar à greve com amparo na legislação. Assim, bem observada, a capacidade gerencial do sindicato, diante da greve, é sempre relativa. Por outro lado, a renúncia, na esfera trabalhista individual é, em princípio, vedada. Antes de estabelecido o vínculo, pela impossibilidade jurídica de produzir efeitos uma renúncia do que não se dispõe. Durante é permitida quando algum texto legal a legitime ou autorize. Finda a relação jurídica trabalhista, a renúncia se poderá dar, tanto expressamente – na hipótese de desistência de pleito clara e especificamente declarada, como no caso de quitação, dada com transação – ou tacitamente, quando o trabalhador silencia e deixa transcorrer o prazo que conduzirá à prescrição de pleitear judicialmente qualquer sorte de direito. Nesta circunstância derradeira, como não há decadência do direito, este sobrevive para legitimar ou ter como a justo título, o quanto venha o trabalhador receber, mesmo ultrapassado o biênio legal de encerrado o contrato de trabalho.

A indagação que se põe é – pode o sindicato renunciar a um direito do seu representado? O preceito da Constituição de 1988 (art. 8º, III) lhe dá poderes de representação, em juízo ou administrativamente, nos interesses coletivos como individuais, sem que isto, todavia, possa invadir o âmbito do direito subjetivo da pessoa que trabalha. É que o mandamento constitucional se reporta a interesses da categoria e avança para referir aos individuais. Ocorre que a atuação sindical somente se pode reportar a quantos lhe sejam filiados. A ser diverso o entendimento, estar-se-iam negando vários princípios da liberdade sindical: a uma, porque a filiação sindical de igual modo que a desfiliação, constitui uma liberdade assegurada a todo e qualquer trabalhador; as duas, porque o interesse do sindicato vai refletir no individual, como desdobramento daquele coletivo; as três, pela circunstância do direito subjetivo do trabalhador não poder ser dele separada quando atue o sindicato, mesmo na suposta defesa de seus interesses, pois a atuação é representativa. Quando cogitamos da representação a definição e os limites são dados pelo Código Civil e este delinea a eficácia da representação aos limites dos poderes (art. 116), sendo certo que estes não poderão ser presumidos ou tidos como implícitos, fora da previsão legal. A prática de ato, pelo representante, que possa ou venha a significar renúncia exige, como fundamento elementar, a renunciabilidade do direito *pari passu*

com a expressa concessão de poder para tanto, pela gravidade de que se reveste, para o representado, abdicar, por ato de gestão do representante, a direito seu. Maria do Rosário Palma Ramalho² (*), referindo-se ao ensinamento de Monteiro Fernandes, menciona que

vindo a propugnar a resolução do problema a partir da delimitação de dois sentidos para o dever de paz social e da distinção entre a renúncia ao direito de greve e a limitação temporária ao seu exercício: num sentido amplo ou absoluto, o dever de paz social impediria o recurso à greve durante a vigência da convenção colectiva, independentemente da motivação e dos objetivos da mesma – o que, consubstanciando uma verdadeira renúncia ao direito, não seria admissível; mas já num sentido estrito ou relativo, o dever de paz social apenas impediria o recurso à greve durante a vigência da convenção ou, na ausência de prazo convencional de vigência, durante o período legal mínimo antes de cujo termo a convenção não pode ser denunciada e relativamente a matérias objecto de acordo nessa convenção – o que, deixando em aberto a possibilidade de decretar a greve por outros motivos, ou mesmo para pressionar o empregador a cumprir a convenção, não consubstancia uma renúncia ao direito mas apenas uma (auto) limitação temporária ao seu exercício.

A efetividade da cláusula de paz.

A cláusula de paz que se proponha a impedir o exercício do direito de greve vale exclusivamente como propósito ou cláusula programática. Com isto se quer dizer que nem o trabalhador estará impedido de deflagrar a greve, nem o sindicato poderá ser penalizado se esta ocorre, sem sua convocação ou contra sua expressa proposta, rejeitada pela assembleia dos interessados. Quando a cláusula de paz não avance para impossibilitar o direito de greve, a exemplo da exigência de prévia negociação para tentativa de conciliação, busca da mediação ou recurso à arbitragem, tal compromisso é exclusivamente do sindicato e não atua sobre o exercício, pelo trabalhador, do seu direito constitucionalmente assegurado de aderir ou participar da greve.

Como o compromisso do sindicato resulta por limitar sua função no omitir-se de convocar a

assembleia para deliberar sobre a greve; já se viu, anteriormente, ser possível a deliberação diante do silêncio ou omissão daquele, a partir de interpretação dos arts. 4º e 5º da Lei de Greve e do art. 617 e parágrafos, da Consolidação das Leis do Trabalho. Além disto, somente se poderá conceber a atuação sindical como esforço para induzir os trabalhadores a não irem à greve. A ação se poderá, assim, iniciar sem que se atribua, ao sindicato, a responsabilidade pela violação da

² Lei da Greve Anotada. Lisboa: Lex. 1994. Pág. 20.

cláusula de paz. Discorrendo sobre hipótese de tal natureza, em sede do direito espanhol, Maria Dolores Gonzalez Molina³ entende que

qualquer sujeito legitimado para promover um conflito coletivo ou convocar uma greve, que instaure o conflito ou deflagre a greve, omitindo o requisito preexistente de atender a um procedimento de mediação, arbitragem ou conciliação ou à própria Comissão Paritária, desobedece às normas aplicáveis e, em consequência, é responsável pelo seu descumprimento.

No Brasil, uma situação desta natureza somente se conceberia quando a greve resultasse da ação de uma central sindical. Por ser um órgão estranho à convenção, vale dizer, por não haver participado da negociação, nem subscrito seus termos, não poderá ser chamada à responsabilidade. Quando, por outro lado, se trate de uma comissão de trabalhadores, por sua natureza amorfa para responder trabalhista ou civilmente, a hipótese não prosperaria posto que, individualmente, os empregados estariam exercitando um direito constitucional e na forma estatuída pela legislação ordinária. Uma terceira cogitação se apresentará mais adiante, versando as denominadas categorias diferenciadas.

É sempre de ser notado que somente se pode tomar a cláusula de paz como uma inibição temporária do exercício de greve. Neste sentido pode-se entender que a greve nunca esteja como objeto de renúncia, mas como sobrestamento de seu exercício desde que a entidade patronal não vulnere os termos da convenção ou que não sobrevenha circunstância de fato a alterar, de modo dificilmente suportável, as condições que ditaram, à época, o êxito da negociação coletiva.

Na situação brasileira, de sindicato único para cada categoria de empregado, não ocorre, em princípio, a deflagração de greve por sindicato que não o firmatário da convenção coletiva. Existe, entretanto, para nosso ordenamento, um elemento distinto qual seja a denominada categoria diferenciada. Esta vem a ser a que pode estar presente em diversos tipos de empresas,

não sendo integrante do ramo da atividade preponderante da sua exploração econômica.. Assim, os motoristas ou condutores rodoviários, os médicos do trabalho, os contadores, o pessoal da área de informática e outros que são vistos a trabalhar nas empresas. Nestes casos o empregador terá que negociar com cada qual dos respectivos sindicatos, o que em verdade jamais ocorre, excetuada a hipótese de ser elevado o número de trabalhadores integrantes de alguma ou várias categorias diferenciadas, numa empresa com avultado número de empregados. Com efeito, se a

³ La responsabilidad civil de los sindicatos derivada de las acciones colectivas. Valencia:Tirant Lo Blanch. 2000. Pág.164.

empresa conta com quatro a cinco motoristas, um médico do trabalho, um contador e um analista de sistemas dificilmente irá negociar com os respectivos sindicatos as normas e condições de trabalho de que se vale para alcançar os objetivos de uma fábrica de roupas femininas ou de calçados esportivos. O comum é que os preceitos estabelecidos para os trabalhadores da área industrial resultem aplicados a todos os trabalhadores, inclusive aqueles integrantes das categorias diferenciadas. Se, entretanto, algum dos sindicatos dessas categorias abre negociação com seu correspondente da categoria econômica, e daí emerge a deflagração de uma greve, os integrantes da classe dos motoristas, por exemplo, aderindo ao movimento não estarão violando a cláusula de paz, estabelecida entre o sindicato dos trabalhadores na indústria de confecções de roupas e a respectiva empresa ou o sindicato de sua categoria. A situação é de conflito com outro ramo de atividade que, só por isto, não estava obrigada a guardar observância às restrições resultantes de uma convenção coletiva travada entre terceiros. Neste caso, um sindicato que não seja firmatário da convenção estará legitimado a convocar uma greve que afetará empresa que está com cláusula de paz em convenção coletiva vigente.

Invocando, outra vez, o subsídio de Maria do Rosário Palma Ramalho⁴, em notas ao art. 1º da Lei de Greve portuguesa, lemos que

Cabe, de qualquer forma, salientar que a natureza convencional e obrigacional do dever relativo de paz social tem como consequência a circunscrição dos seus efeitos aos outorgantes da convenção – o que deixa em aberto a possibilidade de desencadeamento da greve por um sindicato que não tenha outorgado a convenção colectiva ou pela assembléia de trabalhadores, verificadas as condições do art. 2º da LG, ainda que sobre matéria objecto da convenção.

Vale ponderar, ademais, que durante a vigência da convenção coletiva de trabalho, novos empregados são contratados e, por óbvio, deve ser entendido que qualquer ato do sindicato que pudesse envolver uma garantia de incoerência de greve não obrigaria aos recém admitidos, também aqui por força da interpretação de ser impossível a renúncia de um direito por quem não o possuía. É que tal trabalhador, em que pese ter, sempre, na sua condição, o direito de greve, este não se assegurava contra aquele empregador posto que com ele não mantinha vínculo trabalhista, que somente passou a ser viável com a sua contratação.

Efeitos jurídicos para o trabalhador.

Como estamos tentando demonstrar, o exercício do direito de greve não pode, sob qualquer pretexto, ser inibido ao seu titular. O respeito ao compromisso assumido pelo sindicato que, em seu nome e representação, celebrou e subscreveu uma convenção coletiva gera um compromisso moral para o trabalhador. Por esse compromisso

ele abstém de agir, fora dos propósitos cogitados no texto da convenção ou dentro da faculdade legal, para romper o compromisso de trégua.

Quid se, no entanto, o trabalhador vai à greve? A vulneração da cláusula de paz não torna a greve ilegal, por não estar afrontando a ordem jurídica. É de se ter, sempre, na devida conta que o texto constitucional assegura ao trabalhador a faculdade de ir à greve, quando entenda que há o que defender com sua ação. Se assim age, não gera qualquer ilegalidade passível de sanção judicial. Por outro lado, o aspecto da abusividade não se enquadra na idéia de violação de texto legal mas de ação que represente o extravasamento do exercício do próprio direito e que venha a representar dano para alguém. Isto exige um pressuposto de preconstituição da prova de sua ocorrência, sob pena de haver um julgamento precipitado ou pré-conceituoso do movimento. Em resumo, estar-se-ia diante de uma hipótese de negativa do exercício regular de um direito, a pretexto da greve não atender a inviáveis parâmetros legais que a Constituição não autoriza.

Sobre o tema discorre, com amparo em A Baylos Grau e F.Duran Lopez, Ana de la Puebla Pinilla⁵ que

“a doutrina assinala que em nenhum caso afeta a qualificação que merece a greve. Esta resulta lícita, sem possibilidade de se transferir aos trabalhadores que a ela adiram as conseqüências da violação do pacto de paz. Assegura-se, assim, a imunidade do direito de greve dos trabalhadores, direito que, em hipótese alguma, será atingido nem pela mera existência do compromisso de paz, nem tampouco por seu descumprimento”.

O limite da responsabilidade cinge-se, como várias vezes afirmado, aos firmatários da convenção e em tal âmbito se deve solucionar ou compor o impasse. Uma das hipóteses seria legitimar a denúncia parcial da convenção, pela entidade patronal, na parte ou nos pontos que pudessem estar abrigados pela cláusula de paz. O que normalmente se dá é que o conjunto das cláusulas é que se pretender proteger com a trégua pactuada e resulta bastante difícil identificar quais

⁴ Ob. Loc. Cit

os danos emergentes da violação, principalmente aqueles que não guardem natureza patrimonial. De qualquer sorte, nunca se poderá atribuir o ônus ao empregado, nem deste cobrar qualquer tipo de reparação, ainda que seja na esfera disciplinar ou administrativa, vale dizer, em prejuízo de sua carreira dentro da empresa. Em sentido contrário é a doutrina de Santiago Perez del Castillo⁶ para quem, quando seja desrespeitada a cláusula de paz o empregado descumpra o contrato individual.

A responsabilidade ou compromisso do empregado, por outro lado, deve permanecer tratado do mesmo modo quando estejamos diante da ultratividade dos preceitos da convenção. Com efeito, se o prazo transcorre e há previsão de continuidade, como se dá em alguns ordenamentos jurídicos, das cláusulas ou de grande parte delas ou daquelas garantidas pela cláusula de paz, o trabalhador estaria compelido a continuar sem o direito de recorrer à greve?

Não nos parece que assim possa o tema ser tratado. A posição do trabalhador, na ocorrência da ultratividade, não se modifica. Assim, quando o direito seja tratado apenas e exclusivamente

como tendo seu exercício em estado de inércia, pela falta de objeto de recurso à sua utilização, a situação permanecerá a mesma na seqüência da exigibilidade dos preceitos da convenção coletiva que passe a vigor sem determinação temporal.

Em termos finais, aquela de paz constitui uma cláusula obrigacional estabelecida para obrigar os convenientes e cuja violação representa a satisfação dos ônus estabelecidos, para a hipótese, no contexto do instrumento. A sanção que recaia sobre o sindicato não se transfere para os trabalhadores, nem se pode estabelecer cláusula que preveja punição, disciplinar ou administrativa para os empregados, pelo recurso à greve, uma vez que esta é um direito cujo exercício resulta sobrestado, por deliberação exclusiva do obreiro, sem que jamais possa ser tida como renúncia.



Um amigo de Aluisio Rodrigues que, lamentavelmente, perdeu o dia da festa, mas espera ter chegado a tempo para as comemorações.

Que Deus continue iluminando os passos do confrade e antigo sub-coordenador do Colégio de Presidentes e Corregedores dos Tribunais Regionais do Trabalho que, juntos, ajudamos a criar.

⁵ La responsabilidad civil Del sindicato. Madrid: La Ley. 2000. Pág. 485.

⁶ O direito de greve. Tradução de Maria Stella Penteadou G. De Abreu. Revisão técnica de Irany Ferrari. São Paulo: LTr. 1994. Pág. 303.

Referências

- CASSAGNE, Juan Carlos. **La huelga en los servicios esenciales**. Madrid: Civitas. 1993.
- GONZALEZ MOLINA, M^a Dolores. **La responsabilidad civil de los sindicatos derivada del ejercicio de acciones colectivas**. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2000.
- MAZONI, Giuliano. **Relações Coletivas de Trabalho**. Tradução Antonio Lamarca. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1972.
- PEREZ DEL CASTILLO, Santiago. **O direito de greve**. Tradução de Maria Stella Penteado G. de Abreu. Revisão técnica: Irany Ferrari. São Paulo: LTr. 1994.
- PUEBLA PINILLA, Ana de la. **La Responsabilidad Civil del Sindicato**. Madrid: La Ley. 2000.
- RAMALHO, Maria do Rosario Palma. **Lei da Greve – Anotada**. Lisboa: Lex. 1994.
- RUPRECHT, Alfredo J. **Relações Coletivas de Trabalho**. Revisão técnica da tradução: Irany Ferrari. São Paulo: LTr. 1995.
- TEIXEIRA FILHO, João de Lima. A obrigação de paz e os instrumentos normativos. In **Relações Coletivas de Trabalho**. Coord. Teixeira Filho, João de Lima. São Paulo: LTr. 1989.
- TREU, Tiziano; GARILLI, Alessandro; ROCELLA, Massimo e PASCUCCI, Paolo. **Sciopero e Servizi Essenziali**. Padova: CEDAM. 1991.

Teoria e prática no Direito

Eduardo Ramalho Rabenhorst

Um dos principais problemas enfrentados por todos aqueles que lidam com o ensino jurídico, é a dicotomia comumente estabelecida entre a teoria e a prática no direito. Ainda que esta clivagem afete todas as esferas do conhecimento¹, ela tende a encontrar, no campo da ciência jurídica, um solo particularmente propício para o seu desenvolvimento.

Dois grandes fatores contribuem para esta particularidade:

Em primeiro lugar, a cesura entre a teoria e a prática no plano jurídico parece decorrer da própria divisão do conhecimento jurídico, exemplificada por Kant através das duas questões que podem ser dirigidas ao direito: “*quid juris?*” (o que está de acordo com o direito?) e “*quid ius?*” (o que é o direito?). Para Kant, haveria uma grande distinção entre a investigação dogmática que pertenceria ao jurista (determinar o que é direito sob o ponto de vista jurídico), e a pesquisa mais especulativa sobre o que vale como direito que diria respeito ao filósofo (determinar o que significa o termo “direito” e a própria idéia de direito)². Essa repartição do conhecimento jurídico, ainda que profundamente questionável (afinal, alguém pode dizer o que é de direito, sem ter alguma noção prévia do seja o direito?) acabou legitimando uma dicotomia entre as *disciplinas que tomam o direito como objeto de estudo* (a filosofia do direito, a sociologia jurídica, a história do direito...) e as *disciplinas que constituem o próprio campo científico do direito* (direito civil, direito penal, direito processual...). Apesar do caráter “teórico” das duas disciplinas que acabamos de assinalar, apenas as primeiras são percebidas como tais. Por esse motivo, as matérias que tomam o direito como objeto de estudo numa perspectiva, por assim dizer, “externa”, costumam ser situadas na base dos currículos jurídicos³.

Uma segunda ocorrência da separação entre a teoria e a prática no direito concerne às próprias disciplinas técnico-operacionais. No caso, o conteúdo dessas matérias que constituem o campo epistemológico do direito (considerado “práticos” quando confrontado com aquele oferecido pelas cadeiras que observam o direito numa perspectiva por assim dizer “externa”), também

¹ Vide a propósito CANDAU, Vera Maria e LELIS, Isabel Alice. “A relação teoria-prática” na formação do educador, In: CANDAU, Vera Maria. *Rumo a uma nova didática*. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 49-63.

² Cf. KANT, Immanuel. *O conflito das faculdades*. Lisboa: Edições 70, 1993.

³ Uma grave consequência desta separação pode ser constatada no exercício das várias profissões jurídicas, ao menos no nosso país. Afinal, pode-se dizer, sem medo de cometer qualquer injustiça, que são poucos os operadores do direito que conseguem explicar a própria gênese histórica do saber que eles praticam...

parece chocar-se com a prática forense efetiva. Neste prisma, pode-se dizer que o direito “oficial”, ensinado nas faculdades, contrasta com o direito existente na realidade concreta. Esta falta de conexão entre o conhecimento e a prática jurídica costuma ser percebida já no momento em que os estudantes iniciam seus primeiros estágios profissionais...

A grande questão que se apresenta aos professores que atuam na área jurídica, é saber como é possível existir uma distância tão grande entre o conhecimento e a prática no direito. Devemos simplesmente assumir que as competências e habilidades teóricas, repassadas aos estudantes de direito, são plenamente dispensáveis à prática jurídica? Não seria melhor refletirmos sobre a própria relação entre a teoria e a prática?

O que proponho aqui, de forma propedêutica a este debate, é discutir o próprio sentido dos termos comumente empregados. Assim, gostaria de lembrar, no texto que se segue, alguns aspectos importantes sobre o próprio significado palavras teoria e prática.

A idéia de uma separação entre o conhecimento teórico e o conhecimento prático encontra sua origem na filosofia grega, notadamente nos pensamentos de Platão e Aristóteles. O mestre da academia, continuando a visão mística dos pitagóricos, atribuiu ao termo teoria (do grego *theōrós* que significa ver ou olhar), o significado de atividade suprema e desinteressada do espírito. Dessa forma, em contraposição à simples observação empírica de uma realidade, concebida como mera cópia ou simulacro de uma realidade superior, a *theoria* é entendida por Platão como sendo a própria contemplação das essências inteligíveis⁴.

Aristóteles, por sua vez, despiu o conhecimento teórico deste caráter quase místico. Para o filósofo grego, há uma distinção entre o *espírito teórico* que busca o saber pelo saber (*nous theoretikos*) e o *espírito prático* que procura o saber na ação (*nous praktikos*).

Dessa diferenciação, decorre uma hierarquia entre três esferas do saber humano: a *theoria*, que vem a ser identificada com a própria especulação filosófica, a *práxis*, que se caracteriza como ação moral ou política, e a *poiesis*, concebida como atividade inferior relacionada com o fazer produtivo.

Confirmando a posição de Platão, Aristóteles também pensa a teoria como sendo a forma mais nobre do saber exatamente na medida em que ela é uma observação desinteressada.

Talvez pelo fato de ter sido concebida como forma não utilitária do saber, a teoria acabou adquirindo o sentido negativo de uma especulação ou contemplação que se opõe à

⁴ Vide PLATÃO *República*. Trad. De J. Guinsburg, São Paulo: DIFEL, 1973, Livro VI, 511 c6.

prática. Frases como “na teoria é uma coisa, na prática é outra” ou “na prática a teoria é outra”, reforçam bem essa idéia.

Contudo, a teoria e a prática, ainda que diferentes, não são imaginadas, pelo menos por Aristóteles, como esferas absolutamente contrapostas. Ao contrário, há uma certa identidade entre as duas, notadamente do ponto de vista da imanência de seus fins. Dicotômicas, na verdade, são a *práxis* e a *poiesis*, pois essa última, entende Aristóteles, é transitiva, ou seja, ela tem como finalidade outra coisa que não o próprio saber⁵.

Não se pode esquecer de que a palavra teoria, em seu sentido original, sugere o próprio ato de olhar ou ver com atenção.⁶ Assim, se partirmos de um enfoque mais apurado do processo cognitivo humano, tomaremos consciência de que a percepção não se dá no meio de um vazio intelectual. Perceber, na verdade, é tanto atribuir uma *forma* singular aos objetos, como construir um *significado* para eles. Como diria o filósofo Edmund Husserl, criador da fenomenologia, a categoria do “círculo” não existe na realidade; o que há no mundo são objetos de tamanho diferentes, mais ou menos redondos que, percebidos por um sujeito, podem ser agrupados na noção de círculo.

Se seguirmos essa idéia, veremos que a teoria, mesmo como contemplação desinteressada, não é algo que se contrapõe à realidade. Quando “olhamos” ou contemplamos o real, conferimos a ele um sentido que provém dos nossos próprios esquemas conceituais. Nesta perspectiva, podemos dizer que a *teoria é exatamente aquilo que configura e estrutura a realidade como tal*.

Certamente, quando as pessoas afirmam que “na teoria é uma coisa, na prática é outra”, elas não estão atribuindo ao termo teoria o sentido que acabamos de assinalar. Então, o que elas realmente desejam significar com frases deste tipo?

Não é provável que elas estejam sugerindo que algo possa ser verdadeiro no plano teórico e falso na prática. Tratar-se-ia, no caso, de uma idéia visivelmente absurda. Afinal, se tomarmos o termo “teoria” no sentido de hipótese ou modelo, concluiremos que uma construção hipotética pode vir a ser negada por uma experiência concreta. Entretanto, quando isso acontece, a

⁵ Cf. ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco* trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim (a partir da versão inglesa de W. D. Ross), in *Os Pensadores - Aristóteles*, São Paulo: Abril Cultural, 1973., X, 1178b.

⁶ A raiz de *theoria* (do grego *theōrós*), é a mesma da palavra teatro. Nos dois casos, temos a idéia da contemplação de um espetáculo religioso. A propósito, os antigos gregos utilizavam expressão *theoria* para designar a procissão ocorrida quando um embaixador era enviado a uma cidade para fazer uma oferta ou sacrifício aos deuses nos templos. Nos textos gregos clássicos (Hesíodo, Homero e Heródoto), encontramos o verbo *theōrós* sempre empregado no sentido de olhar ou observar atentamente. Segundo os especialistas na língua grega, o próprio substantivo verbal *theoria* parece derivar de dois verbos mais antigos que também indicam a ação de mirar com atenção ou acuidade: *theasthai* e *theamai*. Vide *Encyclopédie philosophique universelle*, Paris, PUF, 1991 [Théorie].

teoria mostra-se falsa, inadequada, insuficiente, incompleta ou qualquer coisa que o valha, jamais verdadeira como poderia se imaginar.

Por outro lado, pode ocorrer que uma teoria, tomada como modelo, não venha a ser confirmada concretamente, não em função de sua falsidade, mas em decorrência de uma distorção na órbita da realidade. Ora, nesse caso, tampouco faz sentido dizer que a teoria é falsa e a prática verdadeira. Aqui, a própria prática é que, por um motivo qualquer, não se coaduna com o modelo normativo proposto na teoria. Por exemplo, o Código de Processo Civil brasileiro, em seu Art. 262, estabelece que o processo “se desenvolve por impulso oficial”, mas os advogados bem sabem que é fortemente recomendável não confiar no conteúdo deste dispositivo legal... Contudo, não se pode dizer que, numa situação desse tipo, a teoria é falsa e a prática verdadeira. Ao contrário, devemos inferir que a prática processual, por motivos culturais, históricos, políticos e econômicos, é que não se coaduna com o modelo normativo proposto no Código.

Talvez, quando as pessoas afirmam que “na teoria é uma coisa, na prática é outra” elas estejam sugerindo a existência de um hiato entre a regra tomada abstratamente e a sua aplicação concreta. Esse é um problema que interessa particularmente aos professores de direito. Afinal, pode-se ensinar alguém a julgar?

Esse problema foi analisado com bastante acuidade por Kant, num texto escrito no ano de 1793, intitulado *Sobre a expressão corrente: é bom na teoria, mas não na prática*⁷. Nesse breve opúsculo, o filósofo alemão examina a possibilidade de não conformidade entre um conjunto de regras que, hipoteticamente, teriam pleno cumprimento, e sua inobservância nos casos concretos. Para Kant, quando as pessoas afirmam que “algo pode ser bom na teoria, mas não na prática”, elas estão se referindo ao contraste existente entre a regra abstrata e sua aplicação casuística.

Após ratificar a idéia de que existe uma contradição na frase “na teoria é uma coisa, na prática é outra” no sentido que assinalamos anteriormente, Kant sustenta que a clivagem passível de ser vislumbrada entre a ordem normativa (teoria) e a conduta individualizada (prática), é motivada pelo fato de que entre estas duas esferas atua uma mesma “faculdade de julgar” que pode ser definida como a “capacidade de subsumir a regras, isto é, de discernir se algo se encontra subordinado a dada regra ou não”.

Entende o filósofo alemão que a lógica nada pode prescrever com relação à passagem do abstrato ao concreto. Afinal, não existe regra capaz de determinar se algo está ou não inserido no campo de abrangência de uma outra regra (isso seria conduzir o problema ao infinito). Por

⁷ Cf. KANT, Immanuel. *Sur l'expression courante: c'est bon en théorie, mais non en pratique*. Paris: Hatier, 1990.

isso, conclui o autor da *Crítica da razão pura*, é perfeitamente possível existirem pessoas incapazes de conciliar a teoria com a prática. A faculdade de julgar, sublinha o filósofo alemão, “é um talento especial, que não pode de maneira nenhuma ser ensinado, apenas exercido. Eis porque ela é o cunho específico do chamado bom senso, cuja falta nenhuma escola pode suprir”⁸.

O próprio Kant cita dois exemplos bem pertinentes: médicos que são incapazes de fornecer um diagnóstico e juízes que são incapazes de julgar. De fato, ainda que pareçam ser tão diferentes, diagnosticar e julgar são atividades semelhantes na medida em que ambas as ações exigem uma idêntica passagem do abstrato ao concreto. Nessa perspectiva, médicos e juízes exercem uma mesma faculdade de julgar e devem ser possuidores de uma mesma aptidão: o bom senso...

Porém, prossegue Kant, mesmo no caso de pessoas que seriam naturalmente possuidoras de “bom senso”, pode ocorrer uma dificuldade na passagem do geral ao particular, motivada por uma lacuna nas premissas. É a situação, diz Kant, de alguém que, recém saído de uma escola, sente necessidade de completar sua teoria através da experiência. E é este o significado mais plausível que se pode atribuir à equivocada frase segundo a qual “na teoria é uma coisa, na prática é outra”.

Em suma, a separação entre a teoria e a prática só se justifica como possibilidade de existência de um fosso entre o conhecimento teórico abstrato e a prática real advinda com a experiência. Porém, nessas situações específicas, ao contrário do que poderíamos acreditar, a prática não desmente a teoria; o que ela requer, ao contrário, é mais teoria, ou seja, a verdadeira teoria que é justamente aquela que estabelece, por meio do ajuste experimental, a própria interligação entre o “saber” e o “saber fazer”.

Referências

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim (a partir da versão inglesa de W. D. Ross), in *Os Pensadores - Aristóteles*, São Paulo: Abril Cultural, 1973.

CANDAU, Vera Maria e LELIS, Isabel Alice. “A relação teoria-prática” na formação do educador, In: CANDAU, Vera Maria. *Rumo a uma nova didática*. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 49-63.

Encyclopédie philosophique universelle, Paris, PUF, 1991.

KANT, Immanuel. *O conflito das faculdades*. Lisboa: Edições 70, 1993.

_____. *Crítica da razão pura*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985.

_____. *Sur l'expression courante: c'est bon en théorie, mais non en pratique*. Paris: Hatier, 1990.

⁸ Cf. KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985, p. 177 (Análítica dos

PLATÃO *República* Trad. De J. Guinsburg, São Paulo: DIFEL, 1973.

princípios. Introdução).

A competência material para a ação indenizatória decorrente de acidente de trabalho*

*Isêlma Maria de Souza Rodrigues ***

Introdução

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, afluíram na comunidade jurídica uma grandiosa e extensa polêmica em torno da competência para dirimir ações de indenização por acidente de trabalho. A questão que exsurge é a seguinte: o empregado deve ajuizar ação, pleiteando a reparação por dano moral decorrente de acidente do trabalho na Justiça do Trabalho ou na Justiça Comum? De quem seria a competência para apreciar estas lides oriundas da relação de trabalho?

Diante destas indagações, resolvemos desenvolver o tema com o desiderato de mostrar que predomina o entendimento de que é da Justiça do Trabalho, a partir da vigente Carta Constitucional, a competência para julgar as causas alusivas à responsabilidade "civil" do empregador.

1 O acidente de trabalho

1.1 Evolução legislativa

A primeira legislação a tratar do acidente de trabalho foi a alemã, através de Bismarck, em 1884. Estendendo-se, em seguida, pela Inglaterra, França, Itália, Espanha, Portugal e Estados Unidos.

No âmbito da OIT uma série de Convenções, datadas a partir de 1921, tratava da matéria.

Em nosso país, foi pioneira a Lei de Acidente do Trabalho nº 3.724, de 1919. Esta se baseava no conceito de "risco profissional", considerando esse risco como sendo natural à atividade profissional. Essa legislação não estabelecia um seguro obrigatório, mas previa pagamento de indenização ao trabalhador ou à sua família, calculada de acordo com a gravidade das seqüelas do acidente, sendo que a prestação do socorro médico-hospitalar e farmacêutico era obrigação do empregador.

* Texto extraído da monografia elaborada pela autora quando da conclusão do curso de graduação em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa - UNIPE

Desde então, a legislação brasileira sobre acidentes de trabalho sofreu importantes modificações em 1934 (Decreto 24.637, de 10 de julho de 1934), 1944 (Decreto 7.036, de 10 de novembro de 1944), 1967 (Decreto 293, de 28 de fevereiro de 1967 e Lei 5.316, de 14 de setembro de 1967), 1976 (Lei 6.367, de 19 de outubro de 1976).

A legislação atualmente em vigor é a Lei Nº 8.213, de 24 de julho de 1991, posteriormente regulamentada pelo Decreto Nº 611, de 21 de julho de 1992 (Plano de Benefícios da Previdência Social)

1.2 Conceito, elementos, caracterização e aplicação

A legislação previdenciária que trata do Plano de Benefícios da Previdência Social, Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991, em seu artigo 19, define o acidente de trabalho como sendo aquele *“que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho”*.

A mesma legislação, de forma extensiva, cria novas formas de acidente de trabalho, quais sejam: a doença profissional - aquela produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social – e a doença do trabalho - aquela adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado.

Foi também estendido o conceito de acidente de trabalho a outros infortúnios, a saber: o acidente ligado ao trabalho que haja contribuído diretamente para a morte do segurado, redução ou perda da sua capacidade para o trabalho; o acidente sofrido pelo segurado no local e no horário do trabalho, em conseqüência de: ato de agressão, sabotagem ou terrorismo, ofensa física intencional,, ato de imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro ou de companheiro de trabalho, ato de pessoa privada do uso da razão, desabamento, inundação, incêndio, caso fortuito ou força maior; a doença proveniente de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade; o acidente sofrido pelo segurado ainda que fora do local e horário de trabalho: na execução de ordem ou na realização de serviço sob a autoridade da empresa; na prestação espontânea de qualquer serviço à empresa para lhe evitar prejuízo ou proporcionar proveito; em viagem a serviço da empresa, inclusive para estudo quando financiada por esta, dentro de seus planos para melhor

** Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ, Licenciada em Letras pela Universidade Federal da Paraíba, ocupante do cargo de Técnico Judiciário do TRT13ª Região, atualmente exercendo a função de Assistente de Juiz Presidente na Vara do Trabalho de Mamanguape PB

capacitação da mão-de-obra, independentemente do meio de locomoção utilizado, inclusive veículo de propriedade do segurado; no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado.

Escapam ao conceito de acidente de trabalho a doença degenerativa, a inerente a grupo etário, como osteoporose, esclerose etc., a que não produz incapacidade laborativa, a doença endêmica.

Embora não seja nada fácil se buscar conceituar acidente de trabalho, pela gama variada de infortúnios decorrentes da relação de emprego extraída da legislação vigente, podemos, em síntese, assim conceituá-lo: o acidente de trabalho nada mais é que um fato ocorrido dentro do contrato de trabalho, em razão deste e somente tendo em vista a existência da relação de trabalho. Fato este que provoca lesão corporal ou perturbação funcional, podendo acarretar a morte, perda ou redução da capacidade para o trabalho, já dito.

Do conceito precedente, extraem-se os elementos caracterizadores do acidente de trabalho, quais sejam: a causalidade, a nocividade, a incapacitação e o nexo de causalidade.

O acidente de trabalho pode ocorrer em três hipóteses: lesão corporal; perturbação funcional; e doença profissional ou do trabalho. Lesão é ofensa, dano, prejuízo, pancada, contusão. Lesões corporais são consideradas as ofensas ou contusões que a pessoa sofre em seu corpo. Perturbação funcional é o distúrbio, de intensidade variável, no desempenho de uma função. Doença de trabalho é a doença adquirida ou desenvolvida em função das condições do trabalho.

Caracterizado o acidente de trabalho numa das três hipóteses de ocorrência, tem direito aos benefícios por acidente de trabalho o empregado urbano e rural (exceto o doméstico) e o trabalhador temporário; o trabalhador avulso; o segurado especial (produtor rural em regime de economia familiar).

2 Dos direitos e garantias dos acidentados

2.1 Prestações relativas ao acidente de trabalho

A empresa, assim que tomar conhecimento do acidente, deve comunicar o ocorrido à Previdência, para que esta possa providenciar o amparo social.

Provado o direito, ou seja, constatado o acidente em decorrência de atividade da empresa, o acidentado ou, na falta deste, seus dependentes, passarão a receber as prestações correspondentes: a) quanto ao segurado: auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e auxílio-acidente; b) quanto ao dependente: pensão por morte; c) quanto ao segurado e dependente: serviço social e reabilitação profissional.

3 Reflexos no contrato de trabalho

3.1 Suspensão do contrato de trabalho como garantia de emprego

Antigamente, doenças e acidentes sofridos pelo empregado eram causas justas para que o empregador colocasse fim na relação de emprego.

As doenças do empregado passaram a determinar, apenas, a suspensão do contrato de trabalho, em atenção ao princípio tuitivo do direito do trabalho.

A suspensão do contrato vem a ser, assim, uma garantia maior que se dá ao trabalhador, pois faz o mesmo resistir à sua extinção. Paralisa-se transitoriamente a execução do contrato de trabalho. As obrigações principais que cabem aos contratantes, a prestação de serviços por parte do empregado, o pagamento do salário por parte do empregador, deixam de ser exigidas por certo tempo, sem que desapareça a relação contratual, que volta à normalidade quando cessa a causa da suspensão.

3.2 A conservação do emprego

A suspensão do contrato de trabalho, em sentido amplo ou restrito, pelo seu alto objetivo protecionista do empregado, vítima de acidente de trabalho, tem três efeitos fundamentais: continuidade do vínculo empregatício e conseqüente conservação do emprego; direito do empregado retornar à antiga função com todas as vantagens atribuídas à sua categoria; e direito do empregado à indenização por despedida injusta se o empregador usar da faculdade de não readmiti-lo quando do seu retorno à atividade.

Trata-se de estabilidade provisória criada por legislação previdenciária em vigor e que suscitou calorosa discussão acerca de sua constitucionalidade, tendo por fim o Supremo Tribunal Federal decidido pela sua confirmação.

A estabilidade acidentária é assegurada ao empregado, vítima de acidente de trabalho, desde a cessação do auxílio-doença até um ano após a alta médica.

Devido também ao empregado acidentado o direito de retorno ao emprego, desde que cessada a sua incapacidade.

4 Das ações relativas ao acidente de trabalho

A proteção contra o acidente de trabalho é direito social assegurado constitucionalmente.

O empregado, em sede de acidente de trabalho, tem direito à percepção de duas espécies de indenização, uma decorrente da seguridade social e outra lastrada na responsabilidade civil derivada do dolo ou da culpa do empregador. O que nos leva a afirmar que são duas as ações relativas ao acidente de trabalho: a ação acidentária e a ação indenizatória.

A primeira destas ações, a acidentária, decorre de responsabilidade objetiva; a segunda, da responsabilidade subjetiva, ou seja, aquela advinda por culpa ou dolo do agente.

A ação acidentária é cabível contra o órgão previdenciário (INSS) quando não reconhecer o direito ao pagamento do auxílio-acidente, por entender que o empregado não teve sua capacidade laborativa reduzida.

Por outro lado, caso o empregado entenda que o auxílio-acidente que recebe do órgão previdenciário não lhe é suficiente a reparar o dano que o acometera, este poderá pleitear indenização ao empregador pelo infortúnio sofrido, através da nominada ação de indenização.

Faz-se mister não confundir estas duas espécies de ações. A ação acidentária é movida pelo trabalhador e tem a sua pretensão com base no recebimento de parcelas compensatórias (benefícios ou serviços), devendo ser ajuizada contra o INSS. A ação indenizatória poderá ser movida quando o empregado busca as indenizações legais contra o empregador que incorrer em dolo ou culpa.

O pedido acidentário, como dito, surge quando a Previdência Social se nega, por qualquer motivo, a conceder ao empregado acidentado o benefício-indenização que lhe é garantido por Lei. Esta ação é acobertada pelo seguro de acidente, devendo o autor provar apenas o nexo da lesão com a prestação de serviço em regime de contrato de trabalho, inexistindo óbice para que se pleiteie indenização do direito comum no caso de restar comprovado dolo ou culpa grave no evento.

Essa indenização acidentária é paga sem indagação da causa do acidente e o acidentado faz jus a ela pela simples razão de existirem contribuições para a Previdência Social com tal destinação. Exigindo apenas a comprovação do nexo da lesão com a prestação de serviço, terá como parte legitimada passivamente o INSS.

É da Justiça Comum, sem sombras de dúvidas, a competência para sua apreciação.

Antes da Constituição Federal de 1988, esta indenização era assegurada por força da Súmula 229 do STF. Esta dispunha que “(...) a indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador”. Hodiernamente, em face de mandamento constitucional, já não se fala, tão-somente, em culpa grave, podendo ser levada em conta até a culpa leve e ou o dolo, razão por que esta súmula caiu em desuso.

A ação indenizatória se traduz num pedido de reparação civil, cuja concessão depende de culpa ou dolo do empregador. Embora se fundamente num mesmo evento material, a ação indenizatória detém causa de pedir totalmente diversa da ação acidentária.

Nesse tipo de ação, a responsabilidade é subjetiva do empregador que responde autonomamente pelos prejuízos decorrentes.

Sua propositura, diferentemente da ação acidentária que traz no pólo passivo da demanda o INSS, dá-se em face do empregador que concorre com dolo ou culpa.

A ação indenizatória é informada pela culpa da qual resultou o acidente, ou seja, tem como pressupostos o dano suportado pelo empregado, a existência do dolo ou culpa do empregador e o nexo causal entre o dolo ou culpa grave e o dano.

Até 1988 era uníssono o entendimento de que a ação de indenização por acidente de trabalho era da competência da Justiça Comum, eis que fundada a matéria em responsabilidade civil.

A partir de 1998, em virtude de decisão proferida pelo STF, na qual declinava-se pela competência da Justiça Especializada para julgar este tipo de demanda, despontaram, por conseguinte, duas correntes doutrinárias de opiniões opostas sobre a matéria.

Foi gerada esta polêmica pelo fato de a ação de indenização perquirir uma reparação de dano moral, sobretudo decorrente de acidente de trabalho. Polêmica esta que, embora pareça simples, tornou-se uma fonte de julgados e posições antagônicas. De um lado, alguns advogavam que tais dissídios eram da competência da Justiça Comum; outros, manifestavam-se de forma diversa, entendendo que tais demandas eram da competência da justiça especializada, vez que decorria de uma relação de trabalho.

5 A ação indenizatória e a competência da Justiça do Trabalho

5.1 Critérios tradicionais para fixação da competência material das ações indenizatórias

Os constituintes de 1969 e de 1988 trataram de modo diverso a questão da competência da Justiça do Trabalho para resolver lides decorrentes de acidentes de trabalho.

A Carta Constitucional anterior era expressa ao definir que a competência para as ações acidentárias era da Justiça Comum dos Estados. Tal definição vinha inserida dentro do próprio dispositivo que tratava da Justiça do Trabalho. Isto inexistia na atual Constituição, a qual não dispõe, expressa e positivamente, sobre a competência para as ações acidentárias. A exegese da competência da Justiça Estadual é feita, de forma equivocada a nosso ver, com base em locução contida no preceito constitucional destinado à Justiça Federal (Art. 109).

A distinção perpetrada pelo artigo 109, I, da Carta da República indica, tão-somente, que a Justiça Federal é incompetente para todas as modalidades de demandas acidentárias.

A partir disto, surgiram posições antagônicas. De um lado, o STJ mostrava-se reticente em atribuir tal competência à Justiça do Trabalho; de outro, sentenciava o STF sustentando que, mesmo sendo a questão regradada pelo Direito Civil, o que importa é que, se o dano decorre da relação de emprego, é competente a Justiça do Trabalho.

Os autores que declinavam ser competente a Justiça Comum Estadual, assim procediam embasados em entendimento sumular e nos seguintes argumentos: a) danos morais ou materiais são matéria de natureza civil e inexistente lei específica que remeta tais lides para a Justiça Laboral; b) o comando constitucional vigente, insculpido no artigo 114, não atribui à Justiça especializada a solução desse tipo de conflito, daí por que se trata de atribuição da justiça ordinária; c) quando a matéria se reveste de índole civil, sua atração para a justiça laboral só será possível se guisada em lei.

A verdade é que toda esta celeuma circunda uma só realidade: nenhuma norma constitucional se propôs a definir de forma clara a quem compete julgar ações indenizatórias decorrentes de acidente de trabalho. Todo entendimento formado é jurisprudencial e sumular.

5.2 A nova visão da competência material na justiça do trabalho

Repita-se que, ao tratar da competência da Justiça do Trabalho, o legislador constituinte de 1988 não renovou a ressalva relativa aos litígios pertinentes ao acidente do trabalho, inovando em relação às constituições anteriores, pois.

Cristalina é a disposição contida no art.114 da Constituição Federal, no tocante a pertencer à Justiça do Trabalho a competência para julgar as lides havidas entre empregado e empregador, ou seja, aquelas decorrentes da relação de trabalho.

Ora, se o acidente de trabalho ocorre dentro do contrato de trabalho, em razão deste e somente tendo em vista a existência da relação de trabalho, deflui-se que o pedido de indenização por ato ilícito decorrente, embora de natureza civil, deva ser apreciado e julgado pela Justiça Trabalhista, até porque a própria legislação trabalhista em seu artigo 8º, parágrafo único, assim dispõe: “o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”.

Logo, derivando o acidente de trabalho do relacionamento havido entre trabalhador e empregador e considerando que a Justiça do Trabalho é a única materialmente competente para apreciação e julgamento dos conflitos havidos entre eles, não há porque falar de competência jurisdicional a um outro órgão do Poder Judiciário.

Quando a constituição fala “*em outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho*”, encaixam-se perfeitamente os pedidos de indenização por danos morais decorrentes do acidente de trabalho.

Já é público e notório que o Judiciário Trabalhista hoje não mais está adstrito a julgar litígios com base apenas na legislação trabalhista em vigor. No desempenho de sua função judicante, cabe-lhe a aplicação no caso concreto até de temas jurídicos do direito comum e não mais especificadamente de Direito do Trabalho. O que tem que ser observado é se o objeto que lhe está sendo submetido, visando à prestação jurisdicional, decorre ou não de uma relação de trabalho.

Até a Constituição Federal de 1967, modificada pela Emenda Constitucional nº 1/69, por força de seu art. 142, § 2º, não havia dúvida de que a competência para julgar os dissídios relativos a acidentes do trabalho era mesmo da Justiça Comum. Todavia, com o advento da CF/88, a questão passou a ter tratamento diverso que não pode ser deixado ao descaso.

Primeiramente, porque o art. 114 não repetiu a ressalva contida nas constituições passadas, não devendo o intérprete criar distinção onde a lei não distinguiu.

Em segundo lugar, porque a indenização a cargo do empregador, proveniente do acidente do trabalho, foi incluída no rol dos direitos dos trabalhadores, como expressamente prevê o art. 7º, XXVIII. Conseqüentemente, os dissídios individuais entre empregados e empregadores, referentes às indenizações derivadas do acidente do trabalho, estão no âmbito da competência da Justiça do Trabalho.

Por outro lado, os danos sofridos pelo empregado, provenientes dos acidentes do trabalho, estão diretamente relacionados à execução do contrato de trabalho, mormente porque a culpa do empregador, nessa hipótese, quase sempre resulta da não observância das normas regulamentares de segurança, higiene e saúde no ambiente de trabalho previstas na legislação trabalhista.

É de se ressaltar também que o constituinte de 1988 ampliou a responsabilidade patronal, devendo o empregador oferecer ao trabalhador um local de trabalho sadio, assegurando-lhe que quando demitido esteja em perfeito estado de saúde física e mental para o seu possível e viável retorno ao mercado de trabalho, um local de trabalho onde haja, inclusive, respeito à dignidade da pessoa humana, à sua personalidade e à própria honra.

O que define a questão da competência é a natureza da pretensão. E, em sendo indenização decorrente de uma relação de trabalho, não resta dúvida de que a competência para julgar o dissídio é da Justiça do Trabalho.

O Supremo Tribunal Federal, assumindo seu papel de intérprete da Constituição, nestes termos tem decidido e declara que se a ação é movida pelo trabalhador, não

contra o órgão previdenciário, mas contra o empregador, almejando a indenização por danos sofridos em razão do acidente de trabalho, a competência material fica a cargo da Justiça do Trabalho.

O Supremo Tribunal Federal é o órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro. Sendo assim, não há razão para se querer desvirtuar tal entendimento, bem como nada mais óbvio que outros órgãos da mesma forma se declinem pela competência da Justiça do Trabalho em tais demandas. Até porque o Judiciário Trabalhista encontra respaldo em sua legislação que o permite aplicar o direito comum, desde que haja em consonância com os princípios do direito.

Diante de todas as considerações, não há como se negar que é possível, jurídica e constitucionalmente, remeter a Justiça Laboral as causas que demandem reparação de danos por acidentes do trabalho.

Outrossim, os tribunais que insistem em proceder se posicionando pela competência da Justiça Comum estão ultrapassados e, com certeza, não tendem a acompanhar a evolução legislativa sobre o assunto. Ora, a Constituição anterior foi revogada como um todo. Portanto, razão não há para que não se filie à corrente daqueles que optaram pela competência da Justiça Obreira, já que na atual Constituição é perfeitamente possível a propositura de ação de reparação de danos provenientes de acidente de trabalho contra o empregador perante aquela Justiça Especial.

Imprescindível também se destacar que hoje é uníssono e pacífico o entendimento jurisprudencial acerca da reparação de dano moral no âmbito da Justiça do Trabalho. Sendo assim, incongruência descabida seria não admiti-lo no âmbito da Justiça Especializada Laboral quando decorrente de acidente de trabalho.

Conclusão

Claro e categórico é o dispositivo contido no artigo 114 da carta Magna. Sendo assim, é dever dos órgãos judiciários observá-lo invariavelmente

Não cumpre a Jurisprudência interpretar normas constitucionais a fim de lhe negar vigência e extensão.

Há que se destacar que no caso do acidente de trabalho a jurisprudência é confusa, especialmente porque o inciso I do art. 109 da Constituição dá margem à interpretação de que as causas de acidente de trabalho – inclusive as de indenização nas quais o empregador seja o réu, por exemplo – seriam de competência da Justiça Comum dos Estados.

Porém, o entendimento jurisprudencial e doutrinário, baseado na exegese do art. 114 da atual Carta Constitucional, tende a se tornar uníssono em defender ser da Justiça do trabalho tal competência, até porque já tramita no Senado da República Projeto de Emenda

constitucional que tende a ampliar a competência da Justiça do Trabalho, de forma a abranger os conflitos resultantes do acidente de trabalho.

Bibliografia

ALMEIDA, Isis de. *Manual de Direito Processual do Trabalho: Introdução ao processo Judiciário do Trabalho*. São Paulo, LTr, 2002.

DALAZEN, João Oreste. *Competência Material Trabalhista*. São Paulo, LTr, 1994.

_____. *Indenização Civil de Empregado e Empregador por Dano Patrimonial ou Moral*. Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, RT, março/2002. n.77, p.53.

FIUZA, César. *Direito Civil: Curso Completo*. Belo Horizonte, Del Rey, 2002.

FIUZA, Ricardo et ali. *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo, Saraiva, 2003.

FLORINDO, Valdir. *Dano Moral e o Direito do Trabalho*. São Paulo, LTr, 1999.

HASSON, Roland. *Acidente do Trabalho & Competência: Conseqüências da Sucessão das Normas no Tempo*. Curitiba, Juruá, 2002.

MARTINS, João Vianey Nogueira. *O Dano Moral e as Lesões por Esforços Repetitivos*. São Paulo, LTr, 2003.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. São Paulo, Atlas, 2003.

_____. *Direito da Seguridade Social*. São Paulo, Atlas, 2001.

Os reflexos da criação das Comissões de Conciliação Prévia

*Alessandro Buarque Couto** 1

Introdução.

A Lei que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro as Comissões de Conciliação Prévia - CCPs, já conta com quase quatro anos e, durante este período, foram muitos os reflexos sociais e jurídicos para a esfera trabalhista, principalmente para os grandes centros sindicais e empresariais do país.

A idéia inicial usada na elaboração do Projeto de Lei era, exatamente, diminuir consideravelmente as demandas na órbita da Justiça do Trabalho, como também, disponibilizar mais um meio legal de composição e ainda garantir ao trabalhador uma maior celeridade no recebimento dos seus direitos, inclusive econômicos.

Ocorre que, no decorrer desses anos, muitas foram às vantagens e desvantagens trazidas pelas CCPs, gerando uma série de discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Os pontos positivos e negativos, vêm, a toda oportunidade, sendo levantados, seja pela corrente doutrinária que entende que as CCPs devam ser extintas, pois em nada ou muito pouco vem beneficiando o trabalhador, seja pelo entendimento de que, a Lei deva ser alterada nos pontos divergentes, ou pela corrente que defende a manutenção das CCPs.

O objetivo deste trabalho, consiste em levantar as considerações acerca dos reflexos da criação das CCPs, através da análise das vertentes doutrinárias e jurisprudenciais, a fim de, auxiliar na busca de um denominador comum, sobre a manutenção ou extinção das comissões no ordenamento jurídico brasileiro, para que ao final, possam realmente sair ganhando a Justiça do Trabalho e principalmente o trabalhador.

1. Conceito.

As Comissões de Conciliação Prévia são entidades criadas através da Lei 9.958 de 12 de janeiro de 2000, com a finalidade de possibilitar a solução dos conflitos trabalhistas individuais, dentro do ambiente sindical ou empresarial, na pessoa de um ou mais conciliadores, resguardando os direitos dos trabalhadores e produzindo os efeitos dos seus acordos, valor de título executivo extrajudicial.

* Servidor Público e Pós-graduado em Direito pela Universidade Tiradentes/SE.

As entidades são efetivamente criadas, quando da vontade dos sindicatos ou empregadores, no âmbito das suas territorialidades, na busca de solucionar conflitos trabalhistas, que em muitos casos, demorariam na Justiça do Trabalho, evitando assim, gastos físicos e econômicos, tanto por parte dos empregados, como por parte dos empregadores. Neste sentido, ganha a Justiça Laboral, uma vez que as demandas não mais sendo ingressadas naquela especializada, diminuem o número de processos, desafogando a justiça e provocando a celeridade sempre almejada.

2. Da criação e instalação das Comissões de Conciliação Prévia.

As CCPs foram criadas pela Lei 9958/2000, que inseriu os artigos 625-A a 625-H e 877-A, como também alterou a redação do artigo 876 da CLT, entrando em vigor três meses após a sua publicação, tendo como objetivo primordial, desafogar a Justiça do Trabalho.

A Lei deu às empresas e aos sindicatos o poder de instituir Comissões de Conciliação Prévia, com a atribuição de tentar conciliar conflitos individuais do trabalho². Com este poder e ao mesmo tempo uma faculdade, cabe aos entes mencionados, proporcionar a instalação das CCPs em suas localidades.

Segundo a Lei, a comissão instituída na esfera do sindicato, deverá ter a sua constituição e suas normas de funcionamento previamente estabelecidas por acordos e convenções coletivas (art. 625-C da CLT). No caso da comissão ter sido instituída na esfera da empresa, deverá esta contar com no mínimo dois e no máximo dez membros, observando-se o princípio paritário da norma (art. 625-B da CLT).

Uma vez instalada, todo conflito trabalhista individual deverá obrigatoriamente ser submetida a CCP, tendo a sua abrangência de atuação em toda a localidade a ela destinada, de acordo com o estabelecido em acordo ou convenção coletiva, em se tratando da esfera sindical, ou na localidade, strito sensu da empresa. No caso de existir na “localidade” mais de uma CCP instalada, cabe ao empregado optar por qualquer uma delas, sem prejuízo na solução da lide, nem para os efeitos do acordo realizado na CCP.

3. Aspectos jurídicos (positivos) das Comissões de Conciliação Prévia.

O ordenamento jurídico gerado com a criação das Comissões, trouxe em si, direitos positivos que fortalecem a sua instalação. Coube aos elaboradores da Lei, buscar um projeto dentro da realidade brasileira, no que diz respeito ao meio de solução de conflitos individuais

² Entendimento colhido no TRT 14ª Região. Acórdão Nº 1296/02, Processo TRT RO 665/02.

trabalhistas. São alguns os aspectos motivadores, que, juridicamente retratados, delineiam a vontade originária. Dentre os aspectos mais importantes estão:

a) A estabilidade dos membros da CCPs é um meio de resguardar a autonomia das decisões celebradas e possibilitar uma boa atuação aos membros integrantes da CCP, uma vez que garante aos mesmos a garantia provisória, ou seja a estabilidade desde a data do registro da candidatura (no caso de representante dos empregados) até a um ano após o término do mandato, salvo no caso de falta grave (art. 625-B da CLT).

b) O acordo celebrado em via de CCPs, será válido como título executivo extrajudicial, ou seja, com essa determinação legal, uma vez não cumprido o acordo estipulado, cabe à parte lesada ingressar na Justiça do Trabalho para se processar a execução.

c) O prazo prescricional com a CCP, também sofre influência, pois, uma vez tendo sido provocada a conciliação via Comissão, ficará o prazo prescricional suspenso até a sessão que determinará como frustrada a conciliação, ou ainda, no caso do término do prazo para a realização da sessão de tentativa de conciliação, que no caso são dez dias, a partir da provocação do demandante, com a devida comprovação de declaração por parte da CCP.

4. Questões contraditórias.

A criação das Comissões de Conciliação Prévia trouxe no bojo do seu texto legal, pontos positivos e negativos. Para aqueles que defendem a manutenção das CCPs, o entendimento é o mesmo usado para justificar o Projeto de Lei 4.694/1998 que ensejou na Lei 9.958, de 12.01.2000, ou seja, buscar uma forma alternativa para desafogar o judiciário trabalhista na diminuição das demandas laborais, possibilitar ainda mais a composição dentro da esfera dos sindicatos ou da empresa ou grupo de empresas e, aumentar os valores percebidos pelos empregado quando resilição do contrato, uma vez que nas ações trabalhistas se observou que os empregados recebem até 40% do que demandam³. Neste campo de defesa, encontra-se entre tantos grandes juristas do Brasil, o Professor Arnaldo Süssekind⁴, uma vez que acredita que as CCPs auxiliam em muito a defesa dos interesses do trabalhador e da celeridade na Justiça do Trabalho.

No entanto, para aqueles que são contrários à manutenção da CCPs, as questões levantadas, são aquelas das quais, informam que as comissões estão sendo utilizadas para beneficiar o enriquecimento dos sindicatos, uma vez que têm sido cobradas taxas para a realização das conciliações, sob a égide de serem necessárias para a manutenção das CCPs, dificultando a composição, como também, tem sido uma maneira de oficializar algumas ilegalidades provocadas por

³ O Jornal Tribuna do Advogado, órgão de divulgação da OAB/RJ, nº 371, mai/2000, págs. 14-15.

empregadores, de forma que, de maneira forçosa, ficam estabelecidos acordos que prejudicam em muito os empregados. O atual presidente do TST, Ministro Francisco Fausto⁵, no XXIV Congresso da ABRAT, se posicionou a favor do fim das CCPs, substituindo-as por juízes conciliatórios, que no caso seriam os próprios Juízes do Trabalho.

Entende o Professor Wagner D. Giglio⁶, in verbis: “a conciliação prévia extrajudicial proporcionada pelas comissões apresenta desvantagens para empregados e empregadores, e nenhuma vantagem diante da conciliação feita em processo perante a Justiça do Trabalho, que seria a única beneficiária de um eventual mas improvável sucesso da Lei n. 9.958, pela diminuição de processo”, pelo fato de que a aceitação dos acordos no âmbito sindical muitas vezes não ocorrerão por parte do empregador, como também no âmbito das comissões criadas dentro das empresas, poderá por questões óbvias, estarem maculadas para prejudicar os empregados, ou seja, o hipossuficiente da relação de emprego.

O entendimento mais coerente, ao qual se filia o autor deste trabalho, corresponde a corrente que defende que a Lei das CCPs devam passar por uma imediata alteração nos pontos contraditórios, como também na questão que ressalta a inconstitucionalidade, em relação ao artigo 5º, XXXV da Carta Constitucional, ou seja, do acesso à Justiça. Basta observar, para tanto, os ensinamentos doutrinários neste sentido, como também, os dispositivos da Portaria Nº 329, de 14 de agosto de 2002 (Ministério de Estado do Trabalho e Emprego, assinada pelo Ministro Paulo Jobim Filho), que enfocam alguns aspectos de interpretação positiva da Lei das CCPs.

Vale ressaltar, que a vontade do E. TST quando motivou a criação legal das CCPs, era justamente objetivar mais um mecanismo de auxílio ao Poder Laboral, bem como defender a manutenção do emprego, o que na prática não é o que vem se observando, infelizmente. Aliás, o Brasil é um dos países que mais ricos em normas protetivas ao trabalhador, porém, sua aplicação é o que deixa a desejar. O grande problema está muitas vezes na estrutura dos sindicatos e na corrupção existente entre líderes sindicais e os empregadores. As Comissões de Conciliação Prévia estão fugindo do objetivo pelo qual foram criadas, justamente porque estão atendendo a interesses que não são os mesmos dos trabalhadores, por isso, precisa-se com urgência de uma alteração do texto legal no que diz respeito a formação das CCPs, como também, inserir penalidades tanto para os sindicatos e empresas que fraudem os princípios da Comissões de Conciliação Prévia.

⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo, et al. **Instituições de Direito do trabalho**. 20ª ed. vol. 2, São Paulo: LTr, 2002.

⁵ Fim das Comissões de Conciliação Prévia. Ministro Francisco Fausto do TST. R. O Trabalho em Revista. Out/2002, págs. 6-9.

⁶ GIGLIO, Wagner D. **Direito Processual do Trabalho**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 195.

5. Reflexos para a Justiça do Trabalho e para o empregado.

A Justiça Laboral possui hoje, com a Lei 9.958/2000, um forte aliado para a sua celeridade. Com a criação das Comissões, a Justiça do Trabalho pôde contar com uma sensível mudança na contabilidade das demandas junto a esta especializada, principalmente nos grandes centros industriais do país, a exemplo da região sul e sudeste. Os sindicatos destas regiões já faziam uso de modelos comparados de conciliação, de forma que, muitas demandas não chegavam ao conhecimento da Justiça, porque os acordos eram celebrados extrajudicialmente.

Após a criação, muitas das demandas passaram a ser solucionadas nas CCPs, com isso, muita das causas deixaram de ser apreciadas pela Justiça do Trabalho, facilitando em muito o andamento processual, principalmente, nos grandes pólos empresariais e industriais do país. O que já era feito pelos sindicatos, agora passou a ser norma jurídica e inclusive, dando valor ao acordo celebrado de título executivo extrajudicial.

Em muitas regiões do país, melhor dizendo, em muitas localidades, não foram criadas CCPs, por não possuírem grandes centros urbanos ou por não haver interesse dos sindicatos e empresas em sua instalação. Para estas localidades, a confiança vem primeiro na celeridade da Justiça do Trabalho, que vem atendendo de pronto as necessidades dos empregados. Porém, torna-se necessário ressaltar, que esta realidade acontece em várias localidades do país, não só por seu tamanho, mas pelas inúmeras diferenças econômicas, sociais e políticas que existem neste grande Brasil, não retirando em momento algum a importância das CCPs.

Os empregados que fazem uso das CCPs, estes em grande parte vêm se beneficiando com a sua criação, haja vista a celeridade com que os acordos são realizados e o recebimento mais rápido dos valores a que têm direito. O que vem ocorrendo nos grandes centros sindicais do país, principalmente na região sudeste, é o fato de que são cobradas taxas de conciliação, como forma de manter a CCP na entidade sindical, como também muitos acordos celebrados afetam os interesses dos empregados. Mas este problema não nasce da norma e sim aplicação dela. A existência de corrupção dentro dos sindicatos é algo notório, uma vez que nos grandes centros sindicais a movimentação financeira é muito grande. No entanto, mesmo com esta realidade, os acordos são celebrados e os empregados saem satisfeitos. Infelizmente a situação existe, principalmente por não haver uma punição aos fraudadores e uma fiscalização séria nestas entidades, mas isto não deve levar ao fundo a Lei que trouxe inúmeros benefícios aos hipossuficiente e a Justiça do Trabalho.

6. Conclusão.

A Lei 9.958/2000 que criou as Comissões de Conciliação Prévia, trouxe um modelo positivo para auxiliar na solução dos conflitos trabalhistas, como também, atendeu a uma necessidade da Justiça do Trabalho em contar com um instrumento propício na diminuição de demandas trabalhistas, uma vez que, de forma extrajudicial, as comissões podem solucionar as lides que muitas vezes só fazem encher as pautas de audiência, sem a necessidade real do órgão judicante apreciar a matéria.

Ao longo destes três anos de existência da Lei, o que se observou foi um desvio de finalidade em muitas CCPs, com atuação alheias à sua origem, apesar de terem sido realizadas mais de 400.000 conciliações⁷ em todo o país durante os dois primeiros anos de existência da lei.

No início, a Lei foi recepcionada com boas expectativas, no entanto, a sua aplicação não tem sido satisfatória, mesmo que no meio sindical muitas causas tenham encontrado a sua solução.

Diante de toda a discussão sobre a matéria, dois temas não devem ser deixados de lado para analisar se as comissões tem sido ou não um elemento válido para a Justiça do Trabalho. O primeiro diz respeito à manutenção do empregado e o segundo no que tange a diminuição das reclamações trabalhistas, após a criação das comissões nas localidades que optaram pela sua estruturação. Pelo que se observa, nem um nem outro tiveram resultados positivos.

Os resultados esperados com as comissões não foi o pretendido, cabendo modificar a estrutura da Lei das CCPs, dando uma roupagem coerente, com as situações já observadas no decorrer destes três anos, para que os efeitos sejam aqueles que inicialmente se propôs, para não deixar que aproveitadores continuem se valendo das comissões de forma fraudulenta em detrimento do empregado, maior beneficiário da Lei e atual prejudicado com a sua má aplicação. Desta forma, as mudanças devem acontecer a contento, para que mais CCPs surjam no Brasil, possibilitando a celeridade na solução dos conflitos trabalhistas, a manutenção do emprego e o desafogamento da Justiça do Trabalho nas demandas individuais.

Os reflexos em si, foram positivos, mas com tudo o que foi de maneira objetiva questionado neste trabalho, as mudanças na legislação é uma realidade, principalmente preconizando penalidades para sindicatos e empresas que cometam fraudes contra os empregados; exclua qualquer cobrança de valores aos empregados quando a proposta de conciliação por eles formulada; atribua os órgão competente do Ministério do Trabalho e Emprego competência para dissolver e fiscalizar as

⁷ Dados da CUT.

CCPs que comprovadamente atuem ilegalmente ou fraudulentamente e por fim, que seja alterado o artigo 625-D, caput, da CLT, no que diz respeito a questão de inconstitucionalidade que prejudica o acesso direto à Justiça do Trabalho.

7. Bibliografia.

CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa, MARANHÃO, Délio. Direito do Trabalho. 17ª ed., Rio de Janeiro: Ed. da Fundação Getúlio Vargas, 1993.

COELHO, José Washington. Conciliação Prévia: Função de Natureza Pública Exercida por Instituição Privada. São Paulo: LTr, 2000.

FERRARI, Irany, FILHO, Ives Gandra da Silva Martins, NASCIMENTO, Amauri Mascaro. História do Trabalho, do Direito do trabalho e da Justiça do Trabalho. São Paulo: LTr, 1998.

GIGLIO, Wagner D. Direito Processual do trabalho. 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Manual da Monografia Jurídica. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Juarez de. Consolidação das Leis do Trabalho. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

PINTO, José Augusto Rodrigues. O Direito do Trabalho e as Questões do Nosso Tempo. São Paulo: LTr, 1998.

RODRIGUES, Aluisio. Direito Constitucional do Trabalho. São Paulo: LTr, 1993.

RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios do Direito do Trabalho. 2ª tiragem, São Paulo: LTr, 1993.

SAAD, Eduardo Gabriel. Comissões de Conciliação Prévia: Teoria e Prática. São Paulo: LTr, 2000.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. Principiologia do Direito do Trabalho. 2ª ed., São Paulo: LTr, 1999.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Comissões de Conciliação Prévia. Suplemento Trabalhista 067, São Paulo: LTr, 2001, pág 333.

SÜSSEKIND, Arnaldo, et al. Instituições de Direito do trabalho. 20ª ed. vol. 2, São Paulo: LTr, 2002.

VALERIANO, Sebastião Saulo. Comissões de Conciliação Prévia e Execução de Título Executivo Extrajudicial na Justiça do Trabalho. São Paulo: LTr, 2000.

A exceção de pré-executividade de terceiro no direito processual civil brasileiro.

*Raimundo José de Sales Júnior**

1 Introdução :

O processo de execução contido no livro II do atual Código de Processo Civil Brasileiro é reputado por demais “duro”.

Isto porque inexistem maiores possibilidades de discussão e derrocamento do feito, havendo, de regra, inicialmente, a penhora ou o depósito de um bem para o resguardo do juízo.

Até bem pouco tempo, os embargos à execução e os de terceiro eram os únicos meios de defesa admissíveis no processo executivo.

Porém, a doutrina criou uma das maiores inovações de nossa ordem jurídica, ao permitir ao executado oferecer defesa sem que, para isto, tenha de, inicialmente, ofertar um bem em penhora, mesmo diante da não previsão legal, sendo o novel instituto denominado de exceção de pré-executividade.

Tal a cogência do novo meio de defesa, que o mesmo encontra-se fortemente arraigado em nossa ordem jurídica, com o respaldo quase unânime da doutrina e jurisprudência.

Busca-se uma análise se é possível a propositura da exceção de pré-executividade por parte de um terceiro.

Portanto, procura-se uma compreensão mais robusta e correta do instituto em gestação, procurando ainda dissipar as dúvidas resultantes dos estudos doutrinários, bem como da aplicação prática.

2 Generalidades sobre a execução

A notícia mais antiga que tem-se do processo executivo, remonta ao direito romano.

Porém, aquele não se coadunava com os modernos, humanitários, legais e constitucionais postulados do direito hoje existentes.

O fato acima se explica, mas sem qualquer justificativa, porque, à época, ainda não haviam sido elaboradas a Magna Carta Inglesa de 1215, a Constituição Norte-Americana de 1787 e a Francesa de 1791.

* O autor é advogado integrantes do escritório de advocacia “Napoleão Nóbrega”.

À guisa de esclarecimentos, mas os documentos solenes acima referidos constituem a âncora de todos os ordenamentos constitucionais do planeta existentes, legando preceitos eternos, como o habeas-corpus, a ampla defesa e o contraditório, a federação, bem como os dogmas da igualdade e liberdade.

Àquele tempo, também ainda não havia sido profligada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e não havia a força cogente do Direito Internacional Público.

O Cristianismo, que muito contribuiu para a humanização do direito, ainda não tinha muita força.

Todas as causas supracitadas, acrescidas do espírito aventureiro e de domínio Romanos, talvez expliquem o porquê de a execução, naquele período, incidir sobre o corpo da pessoa, e não sobre os bens desta.

Cretella Júnior (1966, p. 318),, uma das maiores autoridades em Direito Romano da história deste país, fala, sabiamente, sobre a dureza da execução em Roma, a incidir sobre o corpo da pessoa :

Como acontecia na época anterior, no sistema formular cabe ao vencedor também tomar a iniciativa da execução, depois do prazo de 30 dias, fixado pela Lei das XII Tábuas. Do mesmo modo que no regime das ações da lei, a execução é dirigida, em princípio, sobre a pessoa (...).

A Lei das XII Tábuas (ano 450 a.c.), dá fundamento ao absurdo do poder(em) de o(s) exequente(s) dispor(em) do corpo ou até mesmo da própria vida do executado, no seguinte excerto :

(...) aquele que confessa dívida perante o magistrado ou é condenado, terá 30 dias para pagar. Esgotados os 30 dias e não tendo pago, que seja agarrado e levado à presença do magistrado. Se não paga e ninguém se apresenta como fiador, que o devedor seja levado pelo seu credor e amarrado pelo pescoço e pés, com cadeias com peso até ao máximo de 15 libras, ou menos, se assim o quiser o credor. O devedor preso viverá à sua custa, se quiser; se não quiser, o credor que o mantém preso dar-lhe-á por dia uma libra de pão ou mais, a seu critério. Se não há conciliação, que o devedor fique preso por 60 dias, durante os quais será conduzido em três dias de feira ao *comitium*, onde se proclamará em altas vozes o valor da dívida. Se são muitos os credores, é permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos, se os credores preferirem, poderão vendê-lo a um estrangeiro, além do Tibre (DINAMARCO, 1998, p. 33).

Do texto legal acima, enceta-se que tal permissão, assemelha a execução em Roma aos campos de concentração do desprezível Nazismo da Alemanha de Adolf Hitler (1939 –

1945), porque em ambos, foram cometidas atrocidades bárbaras contra a pessoa humana, e a mutilação do corpo do devedor, em Roma, é também comparável às que aconteceram na Inconfidência Mineira contra os insurgentes, ocorridas no Brasil-Colônia, devendo ter por fito mostrar a outros devedores que a inadimplência era punida até com o esquartejamento, e que, portanto, era desvantajoso insistir na inadimplência.

A humanização de tal processo vem a ocorrer com o advento da *Lex Poetelia Papiria*, como adverte o grande Dinamarco (1998), sendo que, após aquela, foi vedada a execução sobre o corpo da pessoa, passando a incidir sobre os bens desta, como acontece atualmente.

2.1 Do processo de execução no Código Brasileiro de Direito Processual civil de 1973 e as novas tendências.

O processo executivo encontra-se contido no Livro II (dois) do atual código processual cível, sendo tal matéria regradada pelos artigos 566 a 795.

É um processo autônomo ao de conhecimento, este prescrito no Livro I, do Código supra, conforme aduz Dinamarco (1998).

Uma das principais características da execução é ser um ato de força, permitida pela lei, pois o executado é citado para pagar ou nomear bens à penhora, ou depositar algo, sem maiores possibilidades de desconstituição, ou protelamento do feito.

Apesar de o processo executivo ter evoluído bastante, ainda há muito por fazer, pois o mesmo ainda não é um forte instrumento de garantia da efetividade dos direitos do exeqüente, pois um advogado habilidoso pode protelá-lo indefinidamente.

Como um dos mais repugnantes meios de protrair-se dos efeitos daquela, pode-se citar a transferência de bens para o nome de terceiros, bem antes mesmo da entrada do processo de conhecimento, dentre outras formas mais ilegais e imorais.

Símbolo de uma nova época que ainda está por vir, é o aplicar, na execução, da Teoria da Aparência da Posse, de forma ainda bastante tímida.

O teorema acima consiste no seguinte :

A parte, antes de ser intentada uma ação contra ela, transfere o bem, por exemplo, um veículo importado para um empregado, este que percebe mensalmente, apenas um salário mínimo.

E, no caso acima, o executado, mesmo transferindo o veículo supra-referido para um empregado, continua a andar diuturnamente no mesmo.

Cabe a outra parte, demonstrar, com prova testemunhal, o vil e abjeto artifício acima, que serve para desprezar e desacreditar o Poder Judiciário, bem como derrocar os direitos do autor.

Muitos Magistrados têm, sabiamente, dado guarida à teoria acima.

Outra grande conquista, é a aplicação do instituto norte-americano da Desconsideração da Personalidade Jurídica da Empresa (*Disregard Of Legal Entity*), incidindo a penhora sobre bens dos sócios, dado os óbices em penhorar bens da empresa, o que tem sido de grande valia.

Gigante novidade, é a execução preconizada pela sistemática da Lei dos Juizados Especiais Cíveis, Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995, pois nesta não há o adiantamento das custas por parte do exequente, e o pedido é feito por uma simplória petição, não necessitando de procuração e memória discriminada do débito.

Grande inclinação do direito brasileiro, é pela jurisdição coletiva que, atualmente, já começa a prevalecer sobre a individual.

Mas, diante da inteligência nefasta de alguns, é necessário evoluir muito mais.

3 Da exceção de pré-executividade

Os únicos meios de defesa admissíveis no processo civil brasileiro eram os embargos à execução, e os embargos de terceiro, como se depreende da sistemática do atual Código de Processo Civil Brasileiro.

Porém, surgiu em nosso país uma nova forma de defesa não contida em lei, permitindo ao executado defender-se sem que, *a priori*, tenha de ofertar um bem à penhora.

Tal forma defensiva passou a ser denominada exceção de pré-executividade.

Moreira (2000, p. 21) fala com muita propriedade sobre o surgimento da exceção em nosso país :

O primeiro jurista a traçar os contornos desse meio de defesa foi Pontes de Miranda, em parecer, que ofertou, em julho de 1.966, por solicitação da companhia Siderúrgica Mannesmann. Esta sofria várias execuções, em São Paulo, Rio de Janeiro e Belo Horizonte, além de pedidos de falência, sempre com base em títulos que continham assinatura falsa de um de seus diretores, execuções essas, engendradas sabe-se lá com que finalidade. Com vários títulos assim contrafeitos é de imaginar o perigo a que a empresa esteve exposta (...)

O mesmo Moreira (*op. cit.*) relata que o próprio Pontes de Miranda, bem antes do caso Mannesmann, já admitia a defesa no processo executivo, de outra maneira que não fosse através dos embargos.

Sobre o biótipo da exceção de pré-executividade diz o abalizado Moreira (2000, p. 6) :

A exceção de pré-executividade coloca porção de cognição no processo de execução, de modo a prescindir dos embargos do devedor, ação esta que, em comparação com o rápido incidente da exceção de pré-executividade, simples petição, é bem mais demorada, lenta e burocrática. Chama a atenção, ainda, o fato de a exceção de pré-executividade ser de natureza incidental, e a característica de todo incidente, segundo Carnelutti, é a de exigir ' maior simplicidade e agilidade. ' Conquanto essa simplicidade e agilidade nem sempre se verifiquem, acreditamos que o incidente de exceção de pré-executividade tenha o efetivo condão de agilizar a resolução de várias questões envolvendo o processo de execução.

Adroaldo Furtado Fabrício (1996, p. 15) também ratifica a rica doutrina acima :

“ No processo executório há cognição, mesmo que rarefeita e puncutualizada : basta lembrar a chamada exceção de pré-executividade. “

Então, de acordo com o autor acima minudeado, a exceção de pré-executividade dá um cunho de cognição ao processo de execução, mesmo que neste o aprofundamento na matéria probatória seja menos complexa do que no processo de conhecimento.

Sobre a natureza do objeto deste estudo diz com muita proficiência Moreira (2000, p. 41) :

“ A exceção de pré-executividade tem caráter defensivo, como o seu nome diz; assim deve ser afastada a idéia de que se trata de ação (Alberto dos Reis) ou processo incidental (Anselmo de Castro). “

Pois então, ao contrário dos embargos à execução, que é reputado de forma prevalente como uma ação incidental ao processo executivo, a exceção é tida como meio de defesa, o que beneficia muito o executado.

“ (...) força é convir que a exceção de pré-executividade aproxima-se bastante da contestação, principalmente quando esta contém alegação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. “ (MOREIRA, 2000, p. 41)

O célebre ponto de vista acima esposado, evidencia a similitude entre a contestação, meio de defesa preponderante no processo de conhecimento, e a exceção de pré-executividade.

4 Da exceção de pré-executividade de terceiro

Indaga-se se é possível o terceiro interessado apresentar exceção de pré-executividade.

Com fulcro na regra de legitimidade estabelecida para os embargos do devedor, vêm se entendendo que só tem legitimidade para propor a exceção de pré-executividade quem tem legitimidade para propor os embargos do devedor. (ALVES FERREIRA, 2000, p. 153)

Apesar de o autor acima postar-se contrário à possibilidade de o terceiro ajuizar exceção de pré-executividade, a maioria dos doutrinadores sobre o assunto, tem opinião diferente.

(...) O fiador pode opor ao credor, em compensação, a dívida do credor para com o seu afiançado. Dizemos nós : pouco importa seja ele parte no processo de conhecimento ou no processo de execução. Pode ingressar a qualquer momento e postular tal reconhecimento (...) (MOREIRA, 2000, p. 70)

Ainda fala o autor supracitado (op. cit.) que, em caso de aplicação do direito das sucessões, a pessoa que fulgure em documentos respectivos como herdeiro, pode ser parte tanto ativa, como passiva na execução, e, acrescentando-se, neste último caso, pode apresentar exceção de pré-executividade.

Batista de Andrade (2001, p. 60), sobre o assunto, diz :

Há outros defensores mais vibradores que chegam a afirmar que a exceção de pré-executividade não é privativa do devedor, pois ela pode ser utilizada por terceiro interessado e até pelo credor, para arguir a prescrição de direito (ALBERTO CAMIÑA MOREIRA), e até para alegar a nulidade e vícios de título executivo, ainda que este esteja nos seus recônditos, mesmo que exija dilação probatória.

Entrementes, de acordo com as grandiosas últimas duas grandiosas doutrinas supra, é plenamente admissível que o terceiro ajuíze exceção de pré-executividade.

Existem, no entanto, dúvidas sobre a possibilidade do cônjuge que é intimado, nos casos em que a lei exige opor-se à execução através da exceção de pré-executividade. Parece-me contudo, que a solução a ser adotada é a mesma dispensada à possibilidade de o cônjuge opor-se à execução através dos embargos do devedor, ou seja, não tem o cônjuge legitimidade para opor-se à execução pela exceção de pré-executividade, cabendo-lhe tão somente o direito de opor-se através dos embargos de terceiro. (ALVES FERREIRA, 2000, p. 153)

Respeita-se a inclinação acima, mas entende-se perfeitamente que é plenamente admissível a interpolação da exceção de pré-executividade pelo cônjuge, intervindo pois,

este como terceiro, partindo da premissa de que, se não há limitação para o maior (embargos de terceiro), logicamente não há para o menor (exceção de pré-executividade).

Aliás, com forte inspiração no eterno, concusso e infalível Pontes de Miranda, pode-se afirmar a criação de um novo instituto : a exceção de pré-executividade de terceiro.

5 Conclusões

De todo o exposto, conclui-se :

O terceiro interessado pode interpor a exceção de pré-executividade.

Dentre os legitimados, para tal, à guisa de exemplos, pode-se citar, o cônjuge, o fiador, o avalista, ...

Permitir ao terceiro ajuizá-la, aumenta-se as possibilidades de defesa no processo executivo, dentro das premissas do contraditório e da ampla defesa.

Em analogia aos embargos de terceiro, pode-se alegar a criação de um novo instituto : a exceção de pré-executividade de terceiro.

Para uma melhor operacionalização da mesma, com a conseqüente extirpação das muitas controvérsias, seria condizente que fosse normatizada legalmente no atual Código de Processo Civil Brasileiro, no livro II, do processo de execução.

Referências

ALVES FERREIRA, Fábio. A Exceção de Pré-executividade como Meio de Oposição à Execução. Revista da Faculdade de Direito da UCP. Juris Síntese. Porto Alegre, v. 2, p. 153, 2.000. Informação eletrônica. CD ROM.

ASSIS, Araken de. Manual do Processo de Execução. 5 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1.998.

BATISTA DE ANDRADE, José. Exceção de Pré-Executividade. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, n 10, mar./abr., p. 60, 2.001. Informação eletrônica. CD ROM.

BRASIL. Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor. 35 ed. São Paulo : Saraiva, 2.003.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. N 22, São Paulo : Iglu, 2.001.

CRETELLA JÚNIOR, José. Direito Romano. 2 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1.966.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil. 6 ed. São Paulo : Malheiros, 1.998.

_____. A Instrumentalidade do Processo. 10 ed. São Paulo : Malheiros, 2.002.

DOUGLAS, William. Tudo o que você precisa saber sobre como passar em provas e concursos e nunca teve a quem perguntar. 12 ed. Rio de Janeiro : Impetus, 2.002.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Inovações do Código de Processo Civil. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, p. 15, 1.996.

FANTONI JÚNIOR, Neyton. Exceção de Pré-Executividade : Limites e Possibilidades. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, n 08, nov./dez., p. 17, 2.000. Informação eletrônica. CD ROM.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. Exceção de Pré-Executividade. Jornal Síntese, n 38, Porto Alegre, abr., p.3, 2.000. Informação eletrônica. CD ROM.

LEONARDO V. C. LEÃO, Hugo. Exceção de Pré-Executividade em Matéria Fiscal. Juris Síntese, Porto Alegre, n 21, jan./fev., 2.000. Informação eletrônica. CD ROM.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de; BORGES, Leonardo Dias. Objeção de Exceção de Pré-Executividade e de Executividade no Processo do Trabalho. Síntese Trabalhista, Porto Alegre, n 115, jan., p. 5, 1.999. Informação eletrônica. CD ROM.

MONTORO, André Franco. Estudos de Filosofia do Direito. 2 ed. São Paulo : Saraiva, 1.995.

MOREIRA, Alberto Camiña. Defesa sem embargos do Executado. Exceção de Pré-Executividade. 2 ed. São Paulo : Saraiva, 2.000.

PAES ALMEIDA, Amador. Exceção de Pré-Executividade no Processo do Trabalho. Revista Direito Mackenzie, n 1, Juris Síntese, Porto Alegre, p. 147, 2.000. Informação eletrônica. CD ROM.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. Manual da Monografia Jurídica. Como se faz : uma monografia, uma dissertação, uma tese. São Paulo : Saraiva, 1.997.

RODRIGUES, Clóvis Fedrizzi. Exceção de Pré-Executividade : Uma Visão Constitucional. Porto Alegre : Juris Síntese, n 40, mar./abr., p. 6, 2.003. Informação eletrônica. CD ROM.

SIQUEIRA, Marli Aparecida da Silva. Normas Técnicas Para Produção Científica. Juris Síntese, Porto Alegre, n 21, jan./fev., 2.000. Informação eletrônica. CD ROM.

VILAÇO DA SILVA, José. Exceção de Pré-Executividade e a Execução Fiscal. Revista de Estudos Tributários, nº 11, Juris Síntese, jan./fev., p. 11, 2.000. Informação eletrônica. CD ROM.

O perigo da irreversibilidade :uma visão do art. 273, § 2º, do CPC à luz de uma tutela jurisdicional efetiva

Flávia Roberta Farias da Costa Assunção^()*

1. Considerações iniciais

Discorrer sobre a tutela antecipada é tarefa honrosa e ao mesmo tempo árdua, tendo em vista o fato dos mais renomados doutrinadores já terem escrito sobre ela. O grau de complexidade e ousadia encontrados nesse instituto jurídico faz com que seja ele alvo de muito estudo e discussões acadêmicas. É verdade que a matéria apresenta vários pontos polêmicos, mas, para efeito desse estudo, daremos uma atenção maior à questão trazida pelo art. 273, § 2º, do CPC, que proíbe concessão de tutela antecipada quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos do provimento.

Sabemos das limitações próprias do trabalho ora elaborado. Por isso, trataremos de fazer um rápida abordagem sobre a figura da tutela antecipada e de sua posição frente à Constituição, para depois entrarmos no assunto propriamente dito, expondo aspectos e questões atinentes ao problema, oferecendo um breve resumo da posição doutrinária e finalizando com o nosso modesto entendimento, na intenção de contribuirmos para a desmistificação do tema que ainda não encontrou interpretação pacífica na comunidade jurídica.

2. A tutela antecipada dentro do sistema jurídico-processual

Na gama de direitos protegidos pelo ordenamento jurídico, encontram-se aqueles (seja pela sua natureza, como acontece com os de caráter alimentar, seja pela sua situação dentro do caso concreto), cujo inadimplemento em si já configura risco de dano inestimável aos seus titulares, de modo que ensejam uma tutela diferenciada, capaz de assegurar o exercício imediato dos mesmos, caso contrário, a demora, ainda que razoável, inerente ao processamento jurisdicional, tornará sem efeito prático uma possível sentença de mérito em favor deles. A figura jurídica da tutela antecipada veio justamente dar um tratamento distinto aos interesses jurídicos supracitados, rompendo com o ritual clássico do processo, para introduzir um procedimento incidental, no qual o litigante poderá conseguir, provisoriamente, o próprio bem da vida pretendido, em momento anterior ao preparado à tutela definitiva (isso é o interessante), desde que comprove os pressupostos previstos no art. 273,

^(*) Advogada e pós-graduada na Escola Superior de Magistratura Trabalhista – ESMATRA VI

caput e inciso I, do CPC. Essa antecipação dos efeitos de um provimento final também acontece como meio de coibir comportamento abusivo e protelatório do réu (art. 273, inciso II, do CPC), pois nada melhor para apenar quem busca retardar a solução da demanda do que entregar ao autor, antes do tempo reservado para tanto, a tutela da pretensão deduzida em juízo.

A tutela antecipada não é de todo uma novidade trazida ao nosso direito processual através da Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994, visto que já era prevista no ordenamento jurídico, em esparsas situações, tais como, liminar em ações possessórias, nos termos do art. 928, do CPC, ou venda antecipada dos bens penhorados quando sujeitos à deterioração, conforme o art. 670, do mesmo diploma legal, mas, com a nova redação dada ao art. 273, do Código de Processo Civil, a antecipação dos efeitos do provimento final foi permitida, de uma forma ampliada, caso o requerente preencha todos os requisitos legais. ⁽¹⁾

3. A tutela antecipada e a constituição

Desde o direito romano até o século XIX, prevaleceu um sincretismo entre o direito material e o direito de ação. A queda do individualismo e o fortalecimento do poder estatal formaram campo fértil para o nascimento da autonomia do direito de ação, mas a preocupação exagerada com o conceitualismo fez do processo uma abstração da realidade social, gerando um descontentamento em massa. Para atender aos reclamos da época, surgiu a então fase do instrumentalismo, caracterizada por uma doutrina processual que passou a velar pela efetividade da tutela jurisdicional. Deste modo, modernamente, o direito de ação consiste em um direito a pronunciamento do Poder Judiciário em tempo razoável e com utilidade aos seus jurisdicionados. ⁽²⁾

A evolução sócio-econômica intensificou o número de lides, tornando a prestação jurisdicional demasiadamente lenta. Um processo tardio sempre coloca em xeque a credibilidade da Justiça e prejudica o resultado justo da demanda. Como já lembrou Cappelletti, “a demora excessiva é fonte de injustiça social, porque o grau de resistência do pobre é menor do que o grau de resistência do rico, este último, pode, sem dano grave, esperar na justiça lenta”.⁽³⁾ Na tentativa de evitar a ‘falência’ do Judiciário várias medidas vêm sendo adotadas, como os procedimentos sumários e especiais, as medidas cautelares, as liminares em procedimentos específicos, a antecipação de tutela, entre outras, todas visando reduzir comportamentos protelatórios

⁽¹⁾ MALLET, Estevão, “A antecipação da Tutela no Processo do Trabalho”, São Paulo, LTR Editora, 1999, 2ª Edição.

⁽²⁾ Idem, págs. 11 a 26.

⁽³⁾ CAPPELLETTI, Mauro, “El proceso como fenómeno social de masa, in: “Proceso, ideologias, sociedad”, Buenos Aires, EJE, 1974, págs. 133/134.

Analisando a Constituição, sob a ótica instrumentalista, o seu art. 5º, XXXV, ao proibir que seja excluída da apreciação judicial qualquer ameaça ou lesão a direito, também implicitamente não permite que o Estado preste uma tutela sem o seu devido efeito prático, pois prestação jurisdicional tardia e sem efetividade equivale à denegação do direito de ação e, por consequência, do próprio direito *sub judice*. É fácil perceber a estreita ligação existente entre o artigo retromencionado e as medidas de urgência, pois enquanto aquele esboça o princípio da inafastabilidade da apreciação judicial de lesão ou ameaça a direito, estas são instrumentos através dos quais tal lesão ou ameaça de dano poderá ser submetida à apreciação em juízo, de modo que chegam elas a constituírem desdobramentos necessários à garantia constitucional de ação. Nessa vertente, a omissão do Legislativo ou existência de lei infraconstitucional que, direta ou indiretamente, coíba ou restrinja o uso pelo Poder Judiciário de cautelares, liminares ou tutelas antecipatórias são condutas que estarão indo contra norma constitucional.⁽⁴⁾

4.O perigo da irreversibilidade e a antecipação com efeitos irreversíveis

O § 2º, do art. 273, do CPC, dispõe da seguinte redação: “ não concederá a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”. *A priori*, queremos deixar bem claro que a doutrina é praticamente unânime em entender que o perigo de irreversibilidade acima diz respeito aos efeitos do provimento e não ao provimento em si que, enquanto decisão provisória, é revogável. Também, ela é patente ao dizer que, sob o aspecto temporal, não existem efeitos reversíveis pois, o que foi realizado não pode mais ser apagado. O correto, portanto, para os doutrinadores em geral é interpretar o termo irreversibilidade, não do ponto de vista jurídico, como já foi dito, nem quanto à irreparabilidade econômica, e sim, como irreversibilidade factual, isto é, uma impossibilidade real de se voltar ao estado anterior ao deferimento da medida. Além do mais, pelo magistério de Teori Albino Zavascki, “não se pode confundir irreversibilidade com satisfatividade porque todas as medidas antecipatórias são, por natureza, satisfativas, por permitirem a fruição, ainda que em parte do bem jurídico reclamado, porém, a satisfatividade pode ter consequência reversível ou irreversível no plano dos fatos”.⁽⁵⁾

Pergunta-se, então, diante do disposto no art. 273, § 2º, do CPC, sendo a tutela antecipada um reflexo do direito constitucional de ação, não havendo condições práticas de retornar ao *status quo ante*, o juiz estará sempre impedido de decidir pela antecipação? Primeiro que tudo, queremos frisar que inexistente qualquer problema em se proibir antecipação de tutela quando difícil

⁽⁴⁾ TEIXEIRA FILHO, Manuel Antônio, “Antecipação dos Efeitos da Tutela”, in Cadernos de Processo Civil, São Paulo, LTR Editora, Vol. 09, 1999.

⁽⁵⁾ ZAVASCKY, Teori Albino, “Antecipação da Tutela”, São Paulo, Saraiva, 1997.

ou impossível o restabelecimento à situação anterior, se disso não decorre nenhum prejuízo irreparável para o requerente, quando se estiver diante do fundamento previsto no art. 273, II, CPC, ficando a conduta abusiva só sujeita às penas menos eficazes do art. 18, CPC.⁽⁶⁾ A problemática surge quando se trata da tutela antecipada requerida com base no perigo iminente de dano (art. 273, I, CPC), pois, nesse caso, o juiz pode se deparar com situação, onde verifica que a ordem antecipatória causará efeitos irreversíveis ao réu e a sua não concessão tornará o direito do autor impraticável, abrindo-se, deste modo, um conflito de interesses merecedores de proteção jurídica. A opção do legislador foi em privilegiar sempre o direito do demandado, mas tal afirmativa não quer dizer que seja a solução mais acertada.⁽⁷⁾

A doutrina tem formulado várias propostas para resolver o dilema. A maioria, encabeçada por Marinoni, tem optado por uma relativização da vedação legal supracitada porque uma interpretação rígida da norma pode tornar inútil a aplicação das regras legais referentes à tutela antecipada, precisamente em casos onde é maior a necessidade de proteger direitos que mais facilmente ficam expostos a sucumbir enquanto perdura o processo. Em amparo a essa tese, formulam, como exemplo, situação em que se peça a tutela antecipada para amputar a perna de paciente ou fazer transfusão de sangue, contra a vontade dele ou de seus pais, no sentido de salvá-lo a vida.⁽⁸⁾

Em hipóteses como essas, de urgência urgentíssima, não há como não se aceitar o risco de eventual prejuízo ao demandado. É razoável, desta forma, exigir do magistrado que use regras de experiência e critérios de valoração já consagrados entre nós, na hora em que for decidir pela antecipação irreversível de efeitos da sentença de mérito. Como lembra bem Jorge Pinheiro Castelo, pelo princípio da probabilidade, seria sensato ao juiz, de logo, deixar de tutelar direito improvável submetido a efeitos irreversíveis para proteger o provável sujeito à dano irreparável.⁽⁹⁾ Ainda, a título de contornar o impasse, prega o referido autor que o julgador combine o juízo de probabilidade com o princípio da proporcionalidade, verificando, na escala de valores jurídicos, qual dos bens tem lugar de preeminência dentro das circunstâncias da época, lugar e do caso concreto.⁽¹⁰⁾

Outro grupo de autores, do qual destacamos Nelson Nery Júnior e Arruda Alvim, embora concordem com as posturas anteriores, teoricamente apresentam uma diferenciação, ao

⁽⁶⁾ MALLETT, Estevão, ob. cit. pág. 102 a 104.

⁽⁷⁾ Idem, pág. 105 a 107.

⁽⁸⁾ BELLINETTI, Luiz Fernando, “Irreversibilidade do Provisório Antecipado”, in Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela, sob a coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, RT, 1997, págs. 246 a 266.

⁽⁹⁾ CASTELO, Jorge Pinheiro, “Tutela Antecipada na Teoria Geral do Processo”, São Paulo, LTR Editora, Vol. 01, 1999.

⁽¹⁰⁾ Idem ob. cit.

considerar suficiente a reversão decorrente de perdas e danos, quando impossível a reconstituição ao estado anterior. Conforme entendimento deles, a exigência de caução ou indenização em benefício da parte contrária só seria justificável quando imprescindível para assegurar imediatamente a pretensão deduzida em juízo.⁽¹¹⁾

Encontramos também uma corrente menos liberal liderada por Teori Albino Zavascki, onde ele é bem objetivo ao dizer que sempre deverá ser exigido do juiz providências voltadas para salvaguardar o direito fundamental à segurança do réu. Preleciona ele ainda que o perigo de irreversibilidade é vedação não apenas para a concessão da tutela antecipada como também para a execução dessa medida, e mesmo tratando-se de provimento cujos efeitos sejam reversíveis, o dever de proteger a segurança do réu impõe que o juiz assegure meios possibilitando a reversão efetiva à situação anterior. Mas, apesar de tudo isso, acaba ele admitindo também que, em caso excepcionais, à guisa de exemplo, como se sucede em apreensões de jornais, onde conceder a liminar corresponde a satisfazer o direito plenamente, pois não há como recolher a edição, e não conceder danifica irreparavelmente o direito porque de nada vale o jornal circular vários dias depois, o juiz, com prudência, ponderando bens e valores, possa tomar decisão em favor do considerado prevalente a luz do Direito.⁽¹²⁾

Existe ainda a ala dos fiéis ao texto da lei, como Calmon de Passos e Cândido Dinamarco. Para esses, não sendo possível a reversão facta, impossível será a antecipação. E mesmo que se apresente essa com efeitos reversíveis, haveria que se exigir caução.⁽¹³⁾

Gostaríamos de destacar, para efeito de ilustrar mais o debate, a opinião de Luiz Fernando Bellinetti que, em excelente artigo escrito sobre o tema, afirmou não ter o nosso sistema processual ainda regulamentado sistematicamente a tutela de urgência satisfativa, apesar de já se encontrar uma ou outra hipótese legal, como é o caso dos alimentos provisionais, pois o art. 273, do CPC, que trata de tutela antecipatória, ao incluir § 2º, negou-lhe caráter exauriente. Para ele, ainda, admitir-se que a tutela antecipada produza efeitos irreversíveis significa estar ferindo o princípio constitucional do devido processo legal e o direito à tutela jurisdicional adequada, visto que o réu seria privado do seu direito sem ter exercido o contraditório e da ampla defesa. Termina dizendo, então, que enquanto não for mudada a Constituição, efeitos irreversíveis só por intermédio de provimento final.⁽¹⁴⁾

No nosso parecer, em casos especiais que atraiam a tutela antecipatória, só pelo confronto dos interesses em litígio, aplicando os critérios da probabilidade e da proporcionalidade, será possível equacionar o dilema. Interpretar literalmente o artigo 273, 2º, do CPC seria dar poder ao

⁽¹¹⁾ BELLINETTI, ob. cit.

⁽¹²⁾ ZAVASCKY, ob. cit.

⁽¹³⁾ BELLINETTI, ob. cit.

⁽¹⁴⁾ Idem, ob. cit.

juiz de sacrificar direitos fundamentais, como a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança, a saúde, o lazer, o trabalho, a previdência social, entre outros consagrados constitucionalmente, quando, na verdade, o Estado foi investido no dever jurisdicional de proteger até a fumaça do bom direito. Estabelecer que o magistrado encontra-se impedido de deferir a tutela quando sabidamente ocorrerá danos irreversíveis, estar-se-ia impedindo a análise das particularidades do caso concreto e permitindo que o julgador promova uma decisão injusta e inconstitucional.

É claro que compete ao juiz adotar as medidas capazes de resguardar adequadamente a esfera de direito do réu, como exigir caução real ou fidejussória do autor, ficando por conta deste a responsabilidade dos prejuízos causados àquele (art. 588, I, CPC), na tentativa de conciliar, conquanto difícil, o caráter satisfativo com os possíveis efeitos irreversíveis da decisão antecipatória, sob pena de ser ele também igualmente responsabilizado (art. 5º, LXXV, CF). Mas mesmo que, pelas condições do beneficiário, não lhe seja possível assumir qualquer indenização, consideramos, a luz do exposto, que legítima é conduta do juiz ao escolher tutelar interesse provável e digno de preferência, pois também fere o devido processo legal uma tutela jurisdicional inútil ao demandante.

5. Conclusão

Dentro desta moldura argumentativa, inquestionável que a tutela antecipatória traz um grau de risco e por isso clama por sensatez, mas não pode ser sinônimo de temor e insegurança. Fica, portanto, a presente reflexão para aqueles que ainda entendem ser proibido ao Judiciário antecipar efeitos do provimento final quando houver perigo de irreversibilidade. Vedado mesmo aos magistrados é proferir sentença definitiva deferindo direito que não pode ser mais exercido pelo seu titular porque o normativismo míope o danificou, quando pela sua verossimilhança e magnificência poderia ter sido concedido desde cedo, até em detrimento irreparável do interesse contrário.

Concluimos o presente estudo declarando que definitivamente a atividade judicial deve andar de mãos dadas com a Constituição. O instituto da tutela antecipada é uma boa oportunidade para que o Poder Judiciário “arregace as mangas” e contribua na construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF). Está mais que na hora dos nossos juizes mostrarem que estão suficientemente amadurecidos para manusear a tutela antecipada com toda a força inovadora que ela carrega, porque prestação jurisdicional que tarda não é justiça, ...é injustiça.

E que os céus nos escutem!

6. Bibliografia

BELLINETTI, Luiz Fernando, “Irreversibilidade do Provimento Antecipado”, *in Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*, sob a coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, págs. 246-266.

CASTELO, Jorge Pinheiro, “Tutela antecipada na Teoria Geral do Processo”, São Paulo, LTR Editora, Vol. 01, 1999.

MALLET, Estevão, “Antecipação da Tutela no Processo do Trabalho”, São Paulo, LTR Edit., 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme, “ Efetividade do processo e tutela antecipatória”, *in Revista Ciência Jurídica*, São Paulo, Ano VI, Vol. 47, pp. 313-318, 1992.

MARINONI, Luiz Guilherme, “Novas Linhas do Processo Civil”, São Paulo, Editora Malheiros, 4ª Edição, 2000.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio, “Antecipação dos Efeitos da Tutela”, *in Cadernos de Processo Civil*, São Paulo, LTR Editora, Vol. 09, 1999.

ZAVASCKY, Teori Albino, “Antecipação da Tutela”, São Paulo, Saraiva, 1997.

Da decisão que antecipa os efeitos da tutela de mérito e do mandado de segurança como meio processual apto à sua reformulação – considerações sobre a cognição vertical em ambos.

*Vladimir Azevedo de Mello**

1. Introdução

A impossibilidade de utilização do agravo, como via recursal adequada ao enfoque do despacho que antecipa os efeitos da tutela de mérito — ou que os nega —, tem suscitado, no âmbito da jurisdição trabalhista, debates acerca do mandado de segurança, sendo este na qualidade de sucedâneo do recurso concebido pela legislação ordinária e não aplicável ao processo do trabalho.

Nosso intento de imiscuição é vinculado à questão dos limites cognitivos — verticais e horizontais — que devem pautar a atuação da instância apta para o julgamento *writ* que se volta contra o despacho concessivo ou denegatório do provimento descrito no artigo 273 do Código de Processo Civil.

2. Da atividade cognitiva

Todo o engenho processual tem por escopo o convencimento do juiz. As partes engendram esforços tendentes a incutir, no espírito do julgador, a certeza de que suas alegações encerram a veracidade necessária ao surgimento e concretização do direito perseguido em juízo ou, sob a perspectiva do réu, são voltados para a confirmação de que sucederam fatos modificativos, impeditivos ou extintivos desse mesmo direito tencionado.

Como destinatário do esforço das partes, o julgador erige uma série de expedientes mentais que viabilizem a identificação dos tópicos significantes da lide, sejam eles factuais ou de direito.

Essas medidas intelectuais constituem o próprio cerne da atividade cognitiva, traduzindo-se esta, como leciona o Professor Cândido Rangel Dinamarco, na *atividade intelectual* do

* O autor é assessor jurídico da Juíza Ana Clara Nóbrega e servidor do TRT da 13ª Região

juiz, consistente em captar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, com o objetivo de se aparelhar para decidir (Chiovenda, Kazuo Watanabe) (1:34).

O esforço cognitivo, todavia, não comporta uma abordagem monolítica. Não se dá ele por meio de uma só maneira, nem pode, quanto ao alcance e profundidade, ser colocado sob o atributo da indivisibilidade.

A cognição, para os fins precípuos deste trabalho, deve ser contemplada em sua dimensão horizontal — que é correlata à delimitação das questões passíveis de abordagem no processo de conhecimento — e vertical — alusiva ao vigor com que se coteja e valora os fatos alegados e o direito invocado em juízo.

Sob o enfoque horizontal a cognição pode ser completa ou limitada e, acerca das nuances verticais, diz a doutrina que pode ser ela exauriente ou sumária.

Acerca do tema são irresistíveis, pela precisão, as palavras de Dinamarco, das quais mais uma vez nos valem, *verbis*:

A cognição é *completa* quando apta a abranger todos os possíveis fundamentos de interesse do autor ou do réu; é *exauriente* quando comporta indagações tão profundas que sejam capazes de eliminar toda possível dúvida e inculcar certeza no espírito do juiz. Mas nem sempre ela abrange toda a área de possíveis razões de fato ou de direito que em tese poderiam influir na existência ou inexistência do possível direito do autor, sendo então *limitada* e não completa; e nem sempre ela se faz com toda a intensidade imaginável, ficando somente na superfície das investigações, sendo *sumária* e não exauriente. A redução da área das questões suscetíveis de cognição passa-se no *plano horizontal*; as limitações à intensidade na busca da verdade e do esclarecimento convincente e completo, no *vertical*. A cognição só tem caráter de universalidade total, quando for completa no plano horizontal e exauriente no vertical (Watanabe). (1:37)

A temática da atividade cognitiva desdobra-se também sobre o campo da classificação das ações, eis que o tipo de provimento reclamado não é o único norte a ser seguido.

Ensina o professor Kazuo Watanabe, no particular, que, tomando-se o critério da cognição, mais coerente seria a classificação, numa primeira e mais ampla sistematização, em ação de cognição plena, ação de cognição sumária e ação de cognição rarefeita ou quase inócua (2:37). E adverte, ainda, que Inexiste ação em que o juiz não exerça qualquer espécie de cognição; até mesmo na ação de execução por título executivo judicial, o juiz 'é seguidamente chamado a proferir juízos de valor', como anota Cândido Dinamarco (2:37).

3. Da antecipação dos efeitos da tutela de mérito

O enfrentamento das questões concernentes ao provimento estabelecido no artigo 273 do Código de Processo Civil reclama, invariavelmente, alusão ao atual momento de crise do processo como agente supressor de conflitos e de efetivação de direitos.

Vivemos o tempo da instantaneidade, da virtual supressão dos limites de tempo e espaço. Tudo que não opere nessa marcha de imediatismo soa anacrônico e obsoleto. Os desdobramentos dessa tormenta comportamental, filha dileta de uma revolução tecnológica, projetaram-se, obviamente, sobre a prestação jurisdicional e sobre a forma como ela é levada a efeito.

O mais sério desafio derivado desse imbróglio é correlato ao equacionamento, em justa proporção, da necessidade de uma prestação jurisdicional oportuna e do imprescindível respeito ao instituto da ampla defesa e do contraditório.

Foi nesse cenário de confronto e de inegável desconforto — ainda deveras atual, diga-se — que surgiu a tutela antecipatória, em nosso ordenamento jurídico, erigindo — ou tentando fazê-lo — o tempo como fundamento dogmático do processo.

Há muito a ser comemorado com a adoção dessa perspectiva, pois mesmo na circunstância em que o autor da ação logra alcançar o bem jurídico perseguido em juízo, a demora para tal realização constitui, *per se*, um *dano marginal de indução processual*¹.

Mas é mister atentar, no entanto, para o fato de que nem mesmo tais fórmulas de adequação da atividade processual aos reclamos sociais por uma prestação jurisdicional melhor identificada com as necessidades do homem finissecular eliminam, por completo, os efeitos daninhos do tempo em relação ao autor que está amparado pelo direito.

3.1 Das circunstâncias autorizadas da antecipação dos efeitos da tutela de mérito

Na sistemática adotada pelo Código de Processo Civil, em seu artigo 273, antecipam-se os efeitos da tutela de mérito, sempre a pedido do autor, quando haja prova inequívoca, convença-se o juiz da verossimilhança da alegação, haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou, ainda, quando haja abuso do direito de defesa ou manifesto intento procrastinatório por parte do réu.

Para Arruda Alvim, a denominação revela que poderá ser concedida a própria tutela, tal como constante no pedido, acolhendo-o total ou em parte, e que essa poderá ser concedida

¹ A expressão é utilizada por Ítalo Andolina, *apud* Luiz Guilherme Marinoni (3:20)

antes mesmo do momento normal para a sua concessão (4:394), ou seja, projeta-se sobre a órbita dos fatos, sob a forma de efetivação do provimento que fora postulado pelo autor².

Essa constatação é suficiente para que se ponha um nítido traço divisor entre o provimento antecipatório e o de índole cautelar. Obtendo, o autor, o que efetivamente postula em juízo, ou seja, precipitando-se os efeitos, mediante pronta execução, do que foi por ele postulado, parece-nos desarrazoada a inferência de que se esteja às voltas com o propósito de se por a salvo a utilidade prática do processo, ou mesmo de se tornar exequível o direito tencionado, hipóteses que justificam o procedimento cautelar, ainda que a urgência também constitua atributo da antecipação de tutela.

O instituto da antecipação também se distingue do julgamento antecipado da lide, previsto no artigo 330 do mesmo Código de Processo Civil, porque neste, nada obstante se ponha fim ao processo com análise de mérito, não se projeta, no campo dos fatos, os efeitos de tal provimento. Quando acionado o comando do artigo 273, ao reverso, contempla-se o autor com os efeitos do *decisum*, havendo pronta repercussão factual.

Para Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery,

Tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito é providencia que tem natureza jurídica *mandamental*, que se efetiva mediante *execução "lato sensu"*, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos. **É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento.** (5:730) (sem grifo no original)

A partir das palavras dos insígnis doutrinadores, alusivas à realização do direito, com a entrega do *bem da vida* pretendido em juízo, pode-se concluir facilmente que a antecipação dos efeitos da tutela de mérito tem visceral ligação com a noção de fato constitutivo.

É sobre esses fatos constitutivos, entendidos como *aqueles que dão vida a uma vontade concreta da lei e à expectativa de um bem por parte de alguém*³, que repousa um dos eixos que justificam a antecipação dos efeitos da tutela de mérito, já que deles se exige *prova inequívoca*.

² Ainda segundo Alvim (4:394, nota 70) “A antecipação da tutela, pelo juiz, diz respeito ao pedido, tal como feito. Por outras palavras, o que se antecipa é, exclusivamente, a tutela, sem possível alteração do pedido. Há, desta forma, adstrição do juiz ao pedido e a atividade jurisdicional é condicionada pelo princípio dispositivo”.

³ A assertiva é de Chiovenda *apud* Luiz Guilherme Marinoni (3:38)

3.2 A condenação com reserva da exceção substancial indireta e a antecipação dos efeitos da tutela de mérito

O processo civil brasileiro, reproduzindo sistematização de outras ordens jurídicas, funda-se, em matéria de prova, numa regra basilar, segundo a qual incumbe ao autor a alegação dos fatos constitutivos do direito invocado em juízo e, ao réu, a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito pleiteado pelo demandante.

Desdobra-se, mencionada regulação, em um sistema de conseqüências processuais a serem suportadas por quem, tendo alegado, não logrou êxito em suas atribuições. Esses conseqüências, decorrentes da ausência de prova e da necessidade de imposição judicial de solução ao conflito, encerram, em verdade, as considerações sobre o ônus da prova

Vale registrar os apontamentos de Pontes de Miranda (6:270), *verbis*:

O ônus da prova é objetivo, não subjetivo. Como partes, sujeitos da relação jurídica processual, todos os figurantes têm de provar, inclusive quanto às negações. Uma vez que todos têm de provar, não há discriminação subjetiva do ônus da prova. O ônus da prova, objetivo, regula conseqüência de se não haver produzido prova. Em verdade, as regras sobre conseqüências da falta de prova exaurem a teoria do ônus da prova. Se falta prova, é que se tem de pensar em se determinar a quem carga a prova. O problema da carga ou ônus da prova é, portanto, o de determinar-se a quem vão as conseqüências de se não haver provado; ao que afirmou a existência do fato jurídico (e foi, na demanda, o autor), ou a quem contra-afirmou (=negou ou afirmou algo que exclui a validade ou eficácia do fato jurídico afirmado), seja o outro interessado, ou, na demanda, o réu.

Úteis, também, as considerações de Humberto Theodoro Júnior (7:423),

verbis:

no dizer de Kisch, o ônus da prova vem a ser, portanto, a *necessidade de provar para vencer a causa*, de sorte que nela se pode ver uma imposição e uma sanção de ordem processual.

(...)

Quando o réu contesta apenas negando o fato em que baseia a pretensão do autor, todo o ônus probatório recai sobre este. Mesmo sem nenhuma iniciativa de prova o réu ganhará a causa, se o autor não demonstrar a veracidade do fato constitutivo do seu pretense direito. *Actore non probante absolvitur reus*.

Quando, todavia, o réu se defende através de defesa indireta, invocando fato capaz de alterar ou eliminar as conseqüências jurídicas daquele outro fato invocado pelo autor, a regra inverte-se. É que, ao se basear em fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor, o réu implicitamente admitiu como verídico o fato básico da petição inicial, ou seja, aquele que causou o aparecimento do direito que, posteriormente, veio a sofrer as conseqüências do evento a que alude a contestação.

Conclui-se, pois, que autor e réu dividem, em razão do que afirmam em juízo, o ônus da prova, assim compreendido como o rol de conseqüências a serem suportados por aquele que, tendo afirmado, não apresentou provas de suas assertivas, isso num cenário processual de rarefação probatória.

Mas, atentando-se ao que foi dito alhures, no sentido de que o tempo é, hoje, um fundamento dogmático do processo, apresenta-se, conexa à questão da partição do ônus da prova, indagação correlata à distribuição das conseqüências derivadas do tempo de duração da marcha processual.

Minudeciando e pragmatizando a proposição, sugere a doutrina de vanguarda a seguinte indagação: se cabe ao réu provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo, porque incumbe ao autor suportar o tempo necessário à produção da prova tendente à demonstração de um fato que não foi por ele alegado? (3:32)

O questionamento impele-nos a enfrentar a ofensiva lógica da atual sistemática processual, excessivamente arraigada à noção de respeito incondicional ao contraditório, mesmo nas circunstâncias em que a exceção substancial indireta comporá um cenário de ênfase no mero retardamento da efetivação do direito postulado em juízo.

Soa desarrazoado que, havendo prova do fato constitutivo do direito do autor, deva ele suportar o tempo necessário à prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos desse direito e que foram alegados pelo réu. É nesse panorama que exsurge a tutela antecipatória por meio da técnica de condenação com reserva da exceção substancial indireta.

Assim, é autorizada a inferência de que a tutela antecipada, deferida mediante a adoção da técnica supradita, decorre sempre da existência da prova do fato constitutivo e da circunstância de a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo reclamar tempo e, ainda, de que sejam, *prima facie*, infundadas alegações desse jaez.

Acerca da alegação dos fatos mencionados no artigo 333 do Código de Processo Civil, leciona Marinoni (3:37) que

A condenação com reserva é ligada à idéia de permitir ao credor a obtenção da satisfação do seu direito de crédito no menor tempo possível. O instituto abre oportunidade à antecipação da execução forçada, ignorando a exigência — que nem sempre precisa ser observada — de que a execução somente é possível após a cognição plena e exauriente. (...)

A princípio, se poderia dizer que a prova dos fatos constitutivos — ou mesmo a não contestação ou a confissão destes fatos — seria suficiente para a condenação com reserva. Se o tempo do processo deve ser repartido entre as partes, a prova dos fatos constitutivos — significando que o autor desincumbiu-se do seu *onus probandi* — seria suficiente para que a partir daí o réu passasse a arcar com o tempo necessário à demonstração de sua alegação. Cabe lembrar, aliás, que o fundamento da condenação

com reserva seria o da repartição do tempo do processo de acordo com a necessidade de instrução da causa.

A condenação com reserva somente tem sentido quando a exceção não admite imediato julgamento ou pronta solução. Isso porque a antecipação, aí, é justificada pelo tempo que o réu vai utilizar, com a instrução probatória, para permitir ao julgador um juízo de cognição exauriente sobre a exceção. É o tempo da instrução probatória que justifica a antecipação da execução forçada.

Não basta, entretanto, a evidência dos fatos constitutivos e uma exceção substancial indireta que exija instrução dilatária. Exige-se, ainda, que a exceção seja provavelmente infundada. *A probabilidade de insucesso da exceção é elemento que não pode ser desconsiderado para a antecipação fundada na técnica da condenação com reserva.*

A tutela antecipada por meio da técnica da condenação com reserva da exceção substancial indireta, porque calcada na divisão do ônus do tempo em razão da *necessidade de instrução da causa*, assume especial relevância no âmbito do processo do trabalho.

A natureza do direito que se busca materializar por meio do processo trabalhista — que, amiúde, traz subjacente a necessidade de preservação das possibilidades de subsistência do trabalhador e de sua família — sugerem, com implacável apelo de justiça, que a técnica ora em comento representa a melhor perspectiva a ser considerada pelo julgador ao apreciar pedido fundado no artigo 273 do Código de Processo Civil.

3.3 Do expediente cognitivo no plano horizontal no momento da antecipação dos efeitos da tutela de mérito por meio da condenação com reserva da exceção substancial indireta

O fato constitutivo do direito é, como já explicitado, ponto cerneiro para a obtenção de provimento que antecipe os efeitos da tutela de mérito. Logo, para que venha a constituir, de fato, a força motriz para a obtenção desse tipo de decreto jurisdicional, há de vir eficazmente provado — prova inequívoca, como refere a dicção legal.

Assim, entendemos que o expediente cognitivo que vincula o juiz aos elementos de prova do fato constitutivo capaz de propiciar a antecipação dos efeitos da tutela de mérito há de ser, necessariamente, exauriente, nada obstante a formação de tal elo se faça no momento de gênese da relação processual.

A indução acima exposta encontra lastro e deriva das lições de Luis Antônio Nunes (8:36), *verbis*:

Quando nos referimos à cognição exauriente, não estamos ligando-a às fases procedimentais, mas sim ao momento em que o magistrado conhece a prova, devendo sempre fazê-lo profundamente, ou seja, exaurientemente, evidente que limitado pelo momento procedimental. Quando festejados mestres afirmam que a cognição pode ser exauriente, sumária ou superficial, estão, na verdade, correlacionando

o conhecimento do juiz com o tipo de procedimento ou com o momento procedimental, o que não nos parece correto.

É que o magistrado, quando decide sobre uma questão, o faz com um conhecimento exauriente do conjunto de provas até aquele momento colhido. “Exauriente”, sumário ou superficial é o tipo de procedimento imprimido pelo legislador e que está umbilicalmente ligado à gravidade ou extensão do litígio. Pode o magistrado, portanto, naquele momento procedimental, ter acesso a prova ainda superficial quanto à profundidade do litígio, no entanto voltamos a afirmar, para decidir, deverá exaurir o seu conhecimento sobre a prova colocada para a sua apreciação.

No mesmo compasso é apresentada a opinião de Luiz Guilherme Marinoni (3:33), *verbis*:

A cognição — no plano vertical — é exauriente no que diz respeito ao fato constitutivo e sumária em relação ao fato impeditivo, modificativo ou extintivo. No plano horizontal a cognição é parcial, uma vez que o juiz conhece, com base em cognição exauriente, apenas de parte da matéria que deve ser analisada na sentença.

Reiteramos, pois, nossa asserção de que o julgador, ao defrontar-se com o conjunto de provas que autorizem a emissão de decisão antecipatória dos efeitos da tutela de mérito, promove, em relação a esse rol de elementos, uma cognição exauriente, mesmo porque o atributo de inequívocidade não se compatibiliza com o que é de profundidade rarefeita.

4. Do mandado de segurança contra o ato concessivo ou denegatório da antecipação de tutela, no âmbito do processo do trabalho – quesitos correlatos ao esforço cognitivo a ser engendrado pela instância a que couber, originariamente, o julgamento do writ

O ato concessivo da antecipação dos efeitos da tutela de mérito, suceda ele *in limine litis* ou ao longo da marcha processual, é nitidamente interlocutório.

Além de seu fácil ajustamento aos contornos traçados no artigo 162, § 2º, do Código de Processo Civil, a provisoriedade aludida no § 4º, artigo 273, desse mesmo diploma, deixa à evidência a têmpera supradita.

Logo, no âmbito do processo do trabalho, decisões desse jaez são marcadas pelo selo da irrecorribilidade, nos termos do artigo 893, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, circunstância que abre ensanचा para a utilização do mandado de segurança como via processual apta a viabilizar a insurgência da parte a que couber suportar os consectários derivados da decisão que conceder ou denegar a antecipação dos efeitos da tutela de mérito.

Isso em razão do fato de, nas plagas do processo do trabalho (artigo 897 da CLT), a destinação do agravo de instrumento ser distinta daquela prevista nos artigos 522 e 524 do Código de Processo Civil.

A assimilação do mandado de segurança como meio de tornar viável a reforma da decisão concessiva ou denegatória do provimento previsto no artigo 273 do CPC, mediante a atuação da instância *ad quem*, exige e possibilita, em termos práticos, que essa ação autônoma envolva e autorize essa instância a promover o mesmo esforço cognitivo já engendrado pela autoridade impetrada ao tempo de prolação da decisão questionada no *writ*.

Dar-se-á, no mandado de segurança, a adoção das mesmas perspectivas e aplicação dos mesmos esforços cognitivos que seriam utilizados se possível fosse o enfrentamento da questão em sede de agravo de instrumento.

Fixando a linha de especulação apenas no fato constitutivo autorizador do despacho concessivo da antecipação dos efeitos da tutela de mérito, haverá, no mandado de segurança, o chamamento da instância a que couber o seu julgamento a também promover uma cognição exauriente desse mencionado fato, considerada a técnica da condenação com reserva da exceção substancial indireta.

Não se poderia, no momento da revisão da decisão calcada no artigo 273 do CPC, lançar ao desprestígio os corolários de mencionada técnica, sobremaneira, como já dito, porque há, ínsita à sua aplicação, uma melhor distribuição do ônus do tempo do processo.

Mas, em sede de mandado de segurança, com mais ênfase talvez do que sucederia em caso de agravo de instrumento — de certo porque aquela é ação autônoma, com objeto próprio —, há uma expansão das possibilidades cognitivas também no plano horizontal.

É que, quando do ajuizamento da ação mandamental voltada à reverter a decisão proferida com base no artigo 273 do CPC, não mais se apresentará ao julgador apenas o fato constitutivo já apreciado pela autoridade dita coatora no bojo da reclamação trabalhista.

Será posto ao relator e, posteriormente ao colegiado, não apenas o fato supracitado, mas, na esmagadora maioria dos casos, a exceção substancial indireta — fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor — que seria apresentada pelo reclamado, circunstancialmente o impetrante, por ocasião de sua contestação em sede de reclamação trabalhista.

Convém anotar que a exceção substancial indireta transmuda-se, em sede de mandado de segurança e adotando-se a perspectiva do impetrante, em fatos constitutivos do direito perseguido por este, qual seja, o de reverter a decisão que antecipa os efeitos da tutela de mérito, e, por assim ser, caberá, em relação a eles também uma cognição exauriente pois, como mencionado alhures, esta vincula-se *ao momento em que o magistrado conhece a prova, devendo sempre fazê-lo*

profundamente, ou seja, exaurientemente, evidente que limitado pelo momento procedimental, pois o magistrado, quando decide sobre uma questão, o faz com um conhecimento exauriente do conjunto de provas até aquele momento colhido.

Esse procedimento, não se pode negar, incute em alguns o temor de que o julgamento proferido em sede de mandado de segurança esvazie o objeto da reclamação trabalhista, mormente nos casos mais comumente tratados na jurisdição trabalhista e que envolvem o direito à reintegração no emprego.

Consideramos, todavia, infundada a preocupação.

É que a concessão de tutela antecipada, decisão interlocutória que é, não está sujeita à condição da imutabilidade (art. 273, § 4º, do CPC). Logo, ainda que derive de cognição exauriente em relação ao fato constitutivo do direito do autor, sua projeção será, sempre, precária até que confirmada por decisão subsequente e que seja passível de sujeição ao instituto da *res iudicata*.

Esse viés, em razão das peculiaridades atribuíveis ao mandado de segurança nas circunstâncias até agora enfocadas, é ao mesmo transmitida, não havendo, portanto, em razão da própria natureza da decisão concessiva da tutela, marcada pelo selo da precariedade, repita-se, risco de esvaziamento da reclamação trabalhista, no particular.

5. Síntese conclusiva

Com base nos argumentos expendidos concluímos que o exercício cognitivo, ao momento em que o julgador profere, *in limine litis*, sua decisão concessiva ou denegatória da antecipação dos efeitos da tutela de mérito, é, no tocante ao aspecto, horizontal, sempre exauriente em relação aos fatos constitutivos do direito do autor

Conexo a essa circunstância está o fato de que a tutela antecipatória por meio da técnica de condenação com reserva da exceção substancial indireta constitui a melhor perspectiva de emprego nas questões de índole trabalhista, já que melhor distribui o ônus do tempo no processo, circunstância que premia a celeridade com que devem ser tratadas as questões que envolvem verbas de natureza alimentícia.

Inferimos, também, que os expedientes cognitivos correlatos à concessão do provimento previsto no artigo 273 do CPC devem ser também assimilados por ocasião das decisões proferidas em sede de mandado de segurança utilizado para o ataque a tais decisões, havendo, em relação a esta ação, expansão das possibilidades cognitivas, na dimensão horizontal, já que trazidos à consideração judiciária também os fatos que impediriam a concessão do provimento antecipatório, fatos estes também sujeitos a uma cognição exauriente em sede da ação mandamental.

Deduzimos, por fim, que o trato das questões em sede de mandado de segurança, ainda que levado a efeito mediante cognição exauriente, não esvazia o objeto da reclamação trabalhista em que proferida a decisão de antecipação, em razão da índole temporária desta.

Bibliografia

DINAMARCO, Cândido Rangel. INSTITUIÇÕES DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL – VOL. III. Malheiros Editores. São Paulo (SP), 2001.

WATANABE, Kazuo. DA COGNIÇÃO NO PROCESSO CIVIL. Bookseller Editora e Distribuidora e CEBEPEJ – Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais. Campinas (SP), 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. TUTELA ANTECIPATÓRIA, JULGAMENTO ANTECIPADO E EXECUÇÃO IMEDIATA DA SENTENÇA. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo (SP), 2000.

ALVIM, Arruda. MANUAL DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, VOL 2 – PROCESSO DE CONHECIMENTO. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2000.

JÚNIOR, Nelson Nery e **NERY**, Rosa Maria de Andrade. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMENTADO E LEGISLAÇÃO PROCESSUAL CIVIL EXTRAVAGANTE EM VIGOR. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2001.

MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo IV - Arts. 282 a 443. Editora Forense. Rio de Janeiro, 1996.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, VOLUME I. Editora Forense. Rio de Janeiro, 1999.

NUNES, Luiz Antônio. COGNIÇÃO JUDICIAL NAS TUTELAS DE URGÊNCIA. Editora Saraiva. São Paulo, 2000.

PINTO, José Augusto Rodrigues. PROCESSO TRABALHISTA DE CONHECIMENTO. Editora LTr. São Paulo, 2000.

ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA DÉCIMA TERCEIRA REGIÃO

AGRAVO REGIMENTAL Nº 022/2003

AGRAVANTE: BANCO BRADESCO S/A

AGRAVADO: JUIZ RELATOR DO MS Nº 7513/2002

LITISCONSORTE: EILTON JOSÉ CÉSAR DE ARAÚJO

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO LIMINAR. DECISÃO ANTECIPATÓRIA QUE DETERMINOU A REINTEGRAÇÃO DO AGRAVADO NO EMPREGO. O indeferimento de liminar, até o julgamento final do mandado de segurança cujo objetivo é atacar decisão antecipatória de mérito que determinou a reintegração do empregado no emprego, máxime quando ausentes os requisitos autorizadores para a concessão da medida *initio litis*, não trará maiores prejuízos à empresa, pois, em contrapartida aos salários a serem pagos, estará o impetrante desfrutando da força de trabalho do empregado. Agravo Regimental conhecido e desprovido.

Vistos etc.

Cuida-se de Agravo Regimental interposto pelo BANCO BRADESCO S/A contra decisão proferida pelo Exmo. JUIZ RELATOR DO MANDADO DE SEGURANÇA Nº 7513/2002 (despacho de fls. 193/195) que indeferiu a liminar que tinha por objetivo cassar decisão antecipatória de mérito que determinou a reintegração do reclamante no emprego.

Assevera que o ato de dispensa do empregado foi um ato jurídico perfeito resultante do livre exercício do direito potestativo do reclamado de despedir seu empregado. Aduziu que a decisão agravada não apreciou a existência do *periculum in mora*.

É o relatório.

V O T O

1. ADMISSIBILIDADE

Estando presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do Agravo Regimental interposto.

2. MÉRITO

O agravo tem por objetivo atacar decisão que indeferiu pedido liminar, em mandado de segurança, contra tutela antecipada concedida na primeira instância, que determinou a

reintegração do empregado aos quadros de pessoal do impetrante, por ter vislumbrado, na ruptura contratual, prática de conduta discriminatória, nos termos da Lei nº 9.025/95.

O argumento do impetrante é que a decisão antecipatória malferiu direito líquido e certo do empregador de romper unilateralmente (direito potestativo) o contrato de trabalho do reclamante.

Razão não lhe assiste, pois estão presentes, a meu ver, os pressupostos autorizadores da medida liminar perseguida.

Sopesando minuciosamente todo o conjunto probatório e, de modo muito especial, a inspeção realizada pelo Núcleo de Combate à Discriminação no Trabalho da DRT-PB, a conclusão que emana não é outra senão aquela constante do parecer ministerial de fls. 234/236, ou seja: *"a verossimilhança da alegação obreira e a respectiva prova inequívoca consubstanciam-se nos fatos e nas provas já carreados aos autos originários, valendo destacar especialmente a estranha e injustificada dispensa do empregado que acabara de ser promovido, a divulgação, na época da despedida, da notícia a respeito do delicado estado de saúde do trabalhador e os elementos colhidos pela fiscalização do trabalhista, cujo relatório goza de fé de ofício, indicadores de provável prática patronal discriminatória"*.

Portanto, na hipótese dos autos, a despedida do empregado, *prima facie*, contrariou o espírito da Lei nº 9.025/95, quando em seu art. 1º, diz de forma clara que *"fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da CF"*.

Por outro lado, os fundamentos já esposados no despacho agravado comprovam a inexistência do perigo da demora, afastando, assim, a pretensão do agravante:

"Acréscce mais que a ordem de reintegração não trouxe prejuízos ao impetrante, uma vez que os salários percebidos corresponderão a trabalho prestado pelo obreiro, não se podendo, nesta oportunidade, imiscuir-se em questões de mérito para saber se o impetrante agiu o não com acerto ao despedir imotivadamente o seu empregado" (fl. 194).

Por fim, parece-me inconsistente atribuir ilegalidade à decisão de fls. 193/195, na qual constam todas as razões que acabaram por formar o convencimento da autoridade impetrada, no sentido do deferimento da tutela antecipada pleiteada pelo reclamante nos autos originários.

3. CONCLUSÃO

Assim, não tendo vislumbrado, nos argumentos trazidos pelo recorrente, respaldo para alteração do despacho agravado, nego provimento ao recurso.

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região: por unanimidade, negar provimento ao Agravo Regimental.

João Pessoa, 22 de abril de 2003.

AFRÂNIO NEVES DE MELO

Juiz Vice-Presidente no exercício da Presidência

VICENTE VANDERLEI NOGUEIRA DE BRITO

Juiz Relator

MARIA EDLENE COSTA LINS

Procuradora do Trabalho

AGRAVO DE PETIÇÃO Nº 5343/2002

AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE JOÃO PESSOA/PB (PREFEITURA MUNICIPAL DE JOÃO PESSOA/PB)

AGRAVADO: INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

EMENTA *MUNICÍPIO. DÉBITO JUDICIAL IGUAL OU INFERIOR A TRINTA SALÁRIOS MÍNIMOS. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 37. EXECUÇÃO DIRETA. INEXIGIBILIDADE DE PRECATÓRIO.*

Nos moldes do artigo 87 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 37, os débitos judiciais da Fazenda Municipal, em valor igual ou inferior a trinta salários mínimos, devem ser executados de forma direta, prescindindo da expedição de precatório. Agravo de Petição improvido.

Vistos, etc.

Cuida-se de Agravo de Petição interposto pelo MUNICÍPIO DE JOÃO PESSOA/PB (PREFEITURA MUNICIPAL DE JOÃO PESSOA/PB), contra o r. despacho de fls. 119, que determinou o seqüestro do Fundo de Participação dos Municípios correspondente à Contribuição Previdenciária devida pelo agravante ao INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL.

Alega o agravante, em síntese, que a decisão atacada está em desconpasso com o artigo 100 da CF, pois se trata de execução tributária, a ser regida pela Lei nº 6.830/80. Requer, por fim, o provimento do presente agravo, para tornar sem efeito o despacho atacado.

Contra-razões às fls. 131/132.

O Ministério Público do Trabalho, às fls. 136/138, pronuncia-se pelo conhecimento e não provimento do agravo interposto pelo Município.

É o relatório.

V O T O

Conheço do Agravo de Petição, eis que preenchidos os pressupostos legais de sua admissibilidade.

Pretende o agravante a reforma do despacho proferido pelo Juízo de origem (fls. 119), que determinou o seqüestro de valores correspondentes à contribuição previdenciária, junto ao Fundo de Participação do Município de João Pessoa/PB.

Argumenta que a decisão atacada está em desconpasso com o artigo 100 da CF, pois se trata de execução tributária, a ser regida pela Lei nº 6.830/80.

O apelo não merece guarida.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 37, publicada no Diário Oficial da União de 13.06.2002, a irresignação do agravante encontra óbice em nosso ordenamento jurídico. Por se tratar de norma processual, a referida Emenda tem aplicação imediata aos processos em curso e atinge o presente feito.

Eis o teor do artigo 87 do ADCT, acrescentado pela EC 37:

"Art. 87 - Para efeito do que dispõe o 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 definitórias 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.

Parágrafo único - Se o valor da execução ultrapassar o estabelecido neste artigo, o pagamento far-se-á, sempre, por meio de precatório, sendo facultado à parte exeqüente a renúncia ao crédito do valor excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório, da forma prevista no § 3º do art. 100."

Assim, em presença dos novos preceitos constitucionais, os débitos judiciais em que figurem como devedor o Município, de valor igual ou inferior a trinta salários mínimos (atualmente, R\$ 6.000,00), deverão ser executados de forma direta, sem a exigência da expedição de precatório.

Inaplicáveis à execução em análise os preceitos da Lei nº 8.213/91, uma vez que se destinadas as execuções em que o INSS é devedor, bem como as regras da Lei nº 6.830/80, já que a quantia executada enquadra-se na definição de pequeno valor dada pelo art. 87 do ADCT.

No caso sob análise, sendo o crédito do INSS no valor de R\$ 609,02 (fls. 112), não há que se falar em expedição de precatório para satisfação da execução.

Para evitar que os entes públicos sejam surpreendidos com tal medida, sem tempo para uma previsão orçamentária, tenho concedido ao executado o prazo de 60 (sessenta) dias para efetuar o pagamento, em observância, por analogia, à regra do artigo 17, *caput*, da Lei 10.259/2001, que instituiu os Juizados especiais na Justiça Federal.

Tal medida, no entanto, se afigura desnecessária no presente caso, eis que já decorridos mais de sessenta dias da ciência do débito pelo município-devedor (fls. 123).

Em face do exposto, conheço do Agravo de Petição e nego-lhe provimento.

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, por unanimidade, negar provimento ao Agravo de Petição.

João Pessoa/PB, 10 de outubro de 2002.

ALUISIO RODRIGUES

Juiz no exercício da Presidência

ANA MARIA FERREIRA MADRUGA

Juíza Relatora

RAMON BEZERRA DOS SANTOS

Procurador do Trabalho

—

RECURSO ORDINÁRIO Nº 7048/2002

RECORRENTE: INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

RECORRIDOS: LABOPAC - LABORATÓRIO PARTICULAR DE ANÁLISES CLÍNICAS LTDA E GRACILETE GALDINO SILVA

EMENTA ACORDO. SUPRESSÃO DE VERBAS DE NATUREZA SALARIAL. PREJUÍZO IMPINGIDO AO INSS. REFORMA PARCIAL DA HOMOLOGAÇÃO. *A composição amigável da lide pode dar-se a qualquer momento e em qualquer fase do processo trabalhista. Entretanto, não parece justo, discriminarem-se no ajuste apenas verbas de natureza indenizatória, desprezando-se outras de cunho salarial, a fim de eximirem-se as partes acordantes das contribuições previdenciárias, cuja incidência e conseqüente responsabilidade fora prevista sobre o valor total acordado.*

O INSS, terceiro interessado, não participou da avença e não deve suportar o prejuízo de arrecadação que lhe foi irregularmente imposto.

Vistos, etc.

Trata-se de Recurso Ordinário, proveniente da 1ª Vara do Trabalho de Campina Grande/PB, nos autos da Reclamação Trabalhista nº 1393/2001, sendo recorrente o INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL e, recorridos, LABOPAC - LABORATÓRIO PARTICULAR DE ANÁLISES CLÍNICAS LTDA E GRACILETE GALDINO SILVA.

Pretende, o recorrente, seja reformada a conciliação havida entre as partes (fls. 17/18), quanto à contribuição previdenciária. Alega que o referido acordo discriminou apenas verbas indenizatórias, quando na exordial existem, também, parcelas de natureza salarial, sendo incabível a sua exclusão, em detrimento do direito do INSS.

Contra-razões às fls. 48/49.

O douto representante do Ministério Público do Trabalho, em parecer lançado às fls. 52/53, opinou pelo conhecimento e provimento do Recurso Ordinário, a fim de que, reformando-se a cláusula nona do Termo de Conciliação homologado pelo Juízo *a quo*, sejam consideradas, de forma proporcional, para efeito de incidência da contribuição previdenciária, todas as verbas pleiteadas na inicial.

É o relatório.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

Conheço do Recurso Ordinário, eis que presentes os pressupostos legais de sua interposição.

MÉRITO

Pretende, a autarquia federal, a reforma do acordo celebrado às fls. 17/18 , apenas no tocante à contribuição previdenciária, a fim de que estas verbas sejam apuradas em conformidade com os termos da exordial.

Alega que o referido acordo discriminou apenas verbas indenizatórias, quando na exordial existem, também, parcelas de natureza salarial, sendo incabível a sua exclusão, em detrimento do direito do INSS.

Assiste razão ao recorrente.

O acordo foi firmado no valor total de R\$ 1.800,00 (hum mil e oitocentos reais), referente, apenas, ao aviso prévio, férias em dobro, FGTS não depositado e multa do 40%, conforme cláusula 09, inobstante a exordial conter vários títulos de natureza salarial, tal como o 13º salário, que não foi objeto do acordo, excluindo, ainda, a cobrança da contribuição previdenciária.

A composição amistosa da lide no Processo do Trabalho, embora possa ocorrer a qualquer momento, mesmo imediatamente após a prolação da sentença, deve guardar sintonia e fidelidade com todas as pretensões obreiras. Convém observar que a cláusula 03 concede plena, geral e irrevogável quitação do objeto da Reclamação.

Em outros processos semelhantes, tenho me posicionado no sentido de que não se pode modificar um acordo constante nos autos, firmado conforme a vontade das partes e homologado pelo Juiz, exceto por intermédio dos meios legais cabíveis para se atacar uma decisão transitada em julgado.

In casu, o direito do recorrente já se encontra previsto na cláusula 06 do acordo em comento, que assim determina, *in verbis* :

"A recda providenciará o recolhimento das contribuições da Previdência Social incidentes sobre o valor do acordo, parte do empregado e empregador, sob pena de execução, no prazo de QUINZE dias após o pagamento, realizado-se este no prazo legal."

Por outro lado, suprimir os títulos de natureza salarial, por ocasião do acordo, constitui prejuízo de arrecadação para a Previdência Social além de enriquecimento indevido do empregado e do empregador, que serão eximidos da obrigação.

Diante do exposto, entendo que a cobrança da contribuição previdenciária deve incidir sobre o valor total do acordo, conforme previsto na cláusula 06.

Isto posto, conheço do Recurso Ordinário e lhe dou provimento parcial, a fim de que a cobrança da contribuição previdenciária incida sobre o valor total do acordo.

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Terceira Região, por maioria, dar provimento parcial ao recurso a fim de que a cobrança da contribuição previdenciária incida sobre o total do acordo, vencida a Juíza Revisora e contra o voto do Juiz Paulo Maia que lhe negavam provimento.

João Pessoa, 23 de janeiro de 2003

VICENTE VANDERLEI NOGUEIRA DE BRITO

Juiz no exercício da Presidência

RUY ELOY

Juiz Relator

JOSÉ CAETANO DOS SANTOS FILHO

Procurador do Trabalho

—

RECURSO ORDINÁRIO nº 2232/2002

RECORRENTE: NIVALDO JOSÉ DE CARVALHO MENDES

RECORRIDA: SOBRARE SERVEMAR S/A

EMENTA: SINDICATO. AUSÊNCIA DE REGISTRO NO MINISTÉRIO DO TRABALHO. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE AO RECONHECIMENTO DE ESTABILIDADE SINDICAL. Demonstrada a efetiva existência do sindicato, com registro inclusive no Cartório do Registro Civil das Pessoas Jurídicas, o fato de não haver sido operado o registro junto ao Ministério do Trabalho não constitui óbice, por si só, ao reconhecimento da estabilidade sindical pretendida, desde que presentes os requisitos necessários à concessão do benefício, consoante jurisprudência assente no âmbito do Excelso STF.

Vistos, etc.

Recurso Ordinário oriundo da 3ª Vara do Trabalho de João Pessoa/PB, nos autos da Reclamação Trabalhista nº 03.1374/2001, proposta por NIVALDO JOSÉ DE CARVALHO MENDES em face da SOBRARE SERVEVAR S/A.

O Juízo de origem, através do sentenciado de fls. 222/227, rejeitou a preliminar de incompetência absoluta e, no mérito, julgou improcedentes os pedidos formulados na Reclamação Trabalhista, condenando o Autor no pagamento das custas processuais no importe de R\$ 1.000,00 (hum mil reais), calculadas sobre R\$ 50.000,00 (Cinqüenta mil reais).

Irresignado, o Autor interpôs Recurso Ordinário às fls. 230/235, pugnando, inicialmente, pela concessão dos benefícios da assistência sindical, nos moldes da Lei nº 5584/70 e das Súmulas 219 e 329 do Colendo TST. Aduz que o sindicato não está postulando em defesa dos interesses difusos, coletivos ou homogêneos da categoria, apenas assiste o Autor, através de advogado credenciado, dispensado pois, a presença de outro membro da diretoria, haja vista ser o Obreiro um dos dirigentes demitido. Assevera que o registro sindical, como cadastro de entidade, a ser realizado pelo Ministério do Trabalho e Emprego, é mera formalidade. Esclarece que consta dos autos decisão proferida pela justiça reconhecendo o sindicato como único representante da categoria em sua base territorial, dirimindo, pois, a questão relativa à unicidade sindical. Afirma, que a moderna doutrina e a jurisprudência inclinam-se em promover a reintegração no caso dos autos.

Requer a antecipação da tutela prevista no artigo 273 do CPC, a fim de que o Obreiro seja reintegrado ao trabalho com percepção dos salários vencidos e vincendos, além de indenização por danos morais.

Pugna, ainda, a dispensa do pagamento das custas processuais (fls. 236).

Contra-razões apresentadas pelo Reclamado às fls. 244/276.

A Procuradoria Regional do Trabalho, às fls. 280/284, opina "pelo conhecimento e provimento parcial do recurso, para, reconhecendo-se o direito do reclamante à estabilidade pelo exercício de cargo de direção sindical, determinar-lhe a reintegração, independentemente do trânsito em julgado da decisão desse Tribunal, com o consequente pagamento dos salários e demais direitos decorrentes da relação de emprego, referentes a todo o período de afastamento e até a sua efetiva reintegração".

Através de despacho de fls. 287, este Relator indeferiu o pedido liminar de antecipação de tutela.

Incluído o feito em pauta de julgamento, o Recorrente ingressou com a petição de fls. 292, acompanhada da certidão de fls. 293.

Esta Relatoria, a teor do disposto no artigo 398 do CPC e para evitar futuras arguições de nulidade, determinou a notificação da Recorrida para se manifestar sobre o citado documento, o que o fez às fls. 298/299.

É o relatório.

VOTO

PRELIMINARMENTE

DO NÃO CONHECIMENTO DAS CONTRA-RAZÕES APRESENTADAS PELO DEMANDADO POR INTEMPESTIVAS, ARGÜIDA DE OFÍCIO

Ao compulsar os autos, verifica-se que a notificação de fls. 243, relativa à ciência de interposição de recurso, foi expedida à Recorrida, por via postal, no dia 11.03.2002 (segunda-feira).

Nos termos do Enunciado nº 16 do Colendo TST, presume-se recebida a notificação quarenta e oito horas depois, ou seja, em 13.03.2002. Com efeito, o prazo para oferecimento da resposta teve início em 14.03.2002 (quinta - feira), expirando-se em 21.03.2002 (quinta - feira).

Analisando-se a petição de contra-razões de recurso acostadas aos autos às fls. 244/276, denota-se que somente foi protocolizada no dia 22.03.2002, quando já decorrido o octídio legal. Portanto, patente a intempestividade da contraminuta.

Isto posto, arguo a preliminar em epígrafe e não conheço das contra-razões por intempestivas.

MÉRITO

Em que pese os valorosos argumentos da sentença de 1º Grau, entendo que assiste razão ao Postulante.

A hipótese *sub judice* diz respeito a entidade sindical que teve o seu assento no âmbito do Ministério do Trabalho sobrestado, até que o Órgão fosse notificado a respeito de decisão judicial definitiva que solucionasse as impugnações formuladas ao pedido de registro sindical.

O Juízo *a quo* entendeu que embora exista nos autos sentença judicial decidindo o conflito de representatividade em favor do sindicato do qual o Postulante é membro, não há provas do seu trânsito em julgado, e ainda, da sua notificação ao Ministério do Trabalho. Desse modo, inexistindo esta última formalidade, o simples registro cartorial seria suficiente ao reconhecimento da sua existência como pessoa jurídica, mas não como personalidade jurídica de entidade sindical.

Entretanto, *data venia* do posicionamento do julgador de 1º Grau, partilho do entendimento do Órgão Ministerial, de que a simples falta do registro definitivo no Ministério do Trabalho não constitui óbice para negar ao Obreiro a estabilidade pretendida, uma vez presentes os requisitos para a sua concessão.

De fato, a importância do registro em questão, herança da época em que todo o processo de formação do sindicato era formalmente controlado pelo Estado, vem sendo amenizada a partir da edição da atual Carta Magna, que em seu art. 8º, I, estabeleceu:

"a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao poder público a interferência e a intervenção na organização sindical; "

A partir de então, a exigência em questão vem sendo vista não como requisito para o reconhecimento da existência do sindicato como ente representativo da categoria, mas, tão-somente, como medida necessária para o controle da unicidade sindical, outro princípio estabelecido na Constituição Federal (art. 8º, II).

Nesse sentido, colhe-se a lição de Maurício Godinho Delgado:

"No tocante à criação, registro e início de funcionamento da entidade sindical a ordem jurídica alterou-se significativamente, em seguida à nova Constituição.

De fato, desde a implantação do sindicato único no Brasil, o reconhecimento e investidura sindicais eram atos formais, minuciosamente dirigidos pelo Estado, através do Ministério do Trabalho. O Estado geria, com discricionariedade, vigilância e rigor, desde a formação das primitivas associações profissionais até sua passagem ao *status* sindical, com o reconhecimento e investidura reguladas na CLT (arts. 515 a 521, CLT).

Nada disso hoje mais prevalece. Aqui a revogação constitucional foi ampla, em face do princípio da autonomia organizacional incorporada pelo art. 8º, I, da Carta Magna, com a proibição expressa ali contida de não interferência e intervenção nos sindicatos.

Nesse quadro, os estatutos sindicais, no Brasil, devem ser registrados no correspondente Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas, como qualquer outra entidade associativa.

Contudo, o mesmo dispositivo constitucional fez referência normativa algo enigmática em seu interior. De fato, ao proibir à lei que fizesse exigência de autorização do Estado para a fundação de sindicato, observou: *ressalvado o registro no órgão competente* (art. 8º, I, CF/88).

As primeiras interpretações acerca de tal *registro*, consideravam-no já atendido pela inscrição dos estatutos sindicais no respectivo Cartório. O próprio Ministério do Trabalho

chegou a editar Portaria nessa direção, isentando-se de acolher qualquer novo estatuto sindical em seus arquivos (Portaria n. 3301, de novembro de 1988, posteriormente revogada).

Algumas dificuldades práticas surgiram, no período, em especial com respeito ao controle da unicidade sindical, que fora mantida pelo texto da mesma Constituição (art. 8º, II). Nesse quadro de incertezas, o Supremo Tribunal Federal pacificou a matéria, definindo que os estatutos sindicais, independentemente da inscrição no Cartório de Pessoas Jurídicas, teriam de ser levados a depósito no órgão correspondente do Ministério do Trabalho, para fins essencialmente cadastrais e de verificação da unicidade sindical (STF - Pleno - MI 144-8-SP, DJU I, 28.5.1993, p. 10.381). Evidentemente que caberia, contra qualquer ato ou omissão do órgão administrativo, medida eficaz perante o Judiciário." (*in*, Direito Coletivo do Trabalho, LTr, p. 74/75).

No âmbito jurisprudencial, o próprio STF já firmou posicionamento, no sentido de que o reconhecimento da estabilidade sindical independe do registro da entidade sindical no Ministério do Trabalho, a teor dos julgados abaixo transcritos:

"ESTABILIDADE SINDICAL PROVISÓRIA: eleito o trabalhador para a direção do sindicato, ao ser constituído, a estabilidade provisória independe do registro da entidade no Ministério do Trabalho. (STF. RE 251.712.7/SC, Primeira Turma, 30/05/2000, Rel. Sepúlveda Pertence)."

"Estabilidade sindical provisória a diretores eleitos pela entidade sindical antes do seu registro no Ministério do Trabalho.

- Inexigência do prequestionamento da questão relativa ao art. 8º, I, da Constituição Federal.

- Ademais, que, ainda quando houvesse sido prequestionada a referida questão constitucional, não teria razão a ora recorrente, porquanto o Plenário desta Corte, ao julgar o RE- 205.107, decidiu que se reconhece a estabilidade sindical provisória, prevista no artigo 8º, VII, da Constituição, aos diretores eleitos na assembléia constitutiva da entidade sindical, desde, pelo menos, a data do pedido de registro no Ministério do Trabalho, o que contraria a exigência deste, constante do art. 8º, I, da Constituição. E, em embargos de declaração, salientou que "rejeitada a tese exclusiva do recurso extraordinário, que subordinava o início temporal da garantia ao registro do sindicato no Ministério do Trabalho, é indiferente precisar a data anterior em que as decisões ordinárias situaram a sua aquisição, acrescendo que o voto condutor do acórdão que não conheceu do RE a entendeu assegurada desde a fundação do sindicato". (STF. RE 225.001.4/PR, Primeira Turma, 18/04/2000, Rel. Min. Moreira Alves)."

Na hipótese dos autos, a ata de assembléia de fls. 19 atesta que o Promovente foi eleito para o cargo de suplente de fiscal, para o mandato de 2000/2003, de modo que não há como negar-se ao mesmo a estabilidade por ele pretendida, nos moldes do art. 543 da CLT.

Nesse sentido, merece parcial transcrição dos fundamentos do Parecer de fls. 280/284, da lavra do Procurador Ramon Bezerra dos Santos:

"Deve-se assinalar, ademais, que as impugnações apresentadas ao pedido de registro do sindicato de cuja diretoria o recorrente faz parte no Ministério do Trabalho e Emprego em nada altera a conclusão acima. Com efeito, conforme os documentos existentes nos autos, o Ministério do Trabalho e Emprego decidiu, em 05/09/2000, sobrestar o pedido de registro do sindicato precitado 'até que o Ministério do Trabalho e Emprego seja notificado do inteiro teor do acordo ou sentença final, que decidir a controvérsia' (fls. 55/59), já tendo havido proferimento de sentença pela 10ª Vara Cível de Recife, em setembro de 2001, reconhecendo o Sindicato dos Trabalhadores Aquaviários em Transportes no Tráfego Portuário nos Estados de Alagoas, Paraíba e Pernambuco '*como único e legítimo representante daqueles empregados nesta base territorial*' (fls. 60/65). Dessa forma, seguindo-se os precedentes do STF sobre a matéria, a solução mais adequada não seria condicionar o reconhecimento da estabilidade aos membros da diretoria do sindicato precitado ao trânsito em julgado daquela decisão, mas sim, ao contrário, reconhecer-lhes este direito enquanto não se soluciona definitivamente a disputa judicial sobre a representação sindical, com eventual trânsito em julgado de decisão em sentido inverso" (fls. 282).

Quanto ao argumento da Empresa, acerca da falta de comunicação regular ao empregador do registro da candidatura, tal fato também não é óbice ao reconhecimento da estabilidade pretendida, eis que a própria Reclamada admite que, embora a destempo, tal comunicação foi efetivamente realizada, o que afasta a incidência da Orientação Jurisprudencial nº 34, da SDI do C.TST.

A estabilidade provisória anula os efeitos da demissão e confere ao empregado o direito de retornar ao emprego, bem como de perceber os salários e vantagens, relativas ao período de seu afastamento.

Esclareça-se que o direito assegurado ao dirigente sindical, como garantia de sua combatividade na defesa dos interesses da classe, é a permanência do vínculo de emprego e não uma reparação pecuniária. E, de fato, o pedido principal é justamente a reintegração no emprego, conforme se depreende da leitura da peça vestibular.

Desta forma, merece acolhida o pedido do reclamante à reintegração no emprego, com pagamento dos salários atrasados, face à sua condição de estável, consoante comprovado através dos documentos de fls.53/54(v) e fls.18.

Frise-se, por oportuno, que a Demandada não questiona o processo de eleição e posse do Autor como dirigente sindical, membro do conselho fiscal, apenas alega a inexistência da entidade sindical, por falta de registro oportuno no Ministério do Trabalho.

Dessarte, eventuais controvérsias no curso do processo de registro do Sindicato dos Trabalhadores Aquaviários em Transporte no Tráfego Portuário dos Estados de Alagoas, Paraíba e Pernambuco junto ao Ministério do Trabalho, ao meu ver, não constituem obstáculo ao reconhecimento da estabilidade do requerido.

Registre-se, que a Justiça Comum já se pronunciou pela validade da constituição do sindicato em questão (fls. 60/64).

Sendo assim, não há falar em violação ao artigo 8º da Constituição Federal, seja pela falta de registro definitivo, seja por afronta ao princípio da unicidade sindical.

Por fim, o Recorrente, através da petição de fls. 292, apresentou nos autos a certidão de fls. 293, emitida pelo Ministério do Trabalho, atestando que a certidão de registro sindical foi concedido ao Sindicato do qual faz parte o Recorrente, fato que, de resto, sepulta os argumentos da Sentença de 1º Grau.

Nesses moldes, reforma-se a decisão de 1º Grau, para determinar a imediata reintegração do Autor no emprego, com percepção dos salários vencidos e vincendos independentemente do trânsito em julgado da presente decisão (art. 659, IX, da CLT), observando-se a compensação dos valores recebidos a título de verbas rescisórias.

No que tange à indenização por dano moral, renovada em sede recursal, entendo tratar-se de matéria atingida pelo instituto da preclusão, porquanto deveria ter sido ventilada em sede de Embargos de Declaração, o que incorreu. Com efeito, não cabe a este Regional, nessa fase processual, pronunciar-se a respeito, sob pena de incorrer-se em supressão de instância.

Ante o exposto, dou provimento parcial ao Recurso Obreiro, para declarar a ilegalidade da dispensa e determinar a sua imediata reintegração no emprego com salários vencidos e vincendos, independentemente do trânsito em julgado da presente decisão, observando-se a compensação dos valores percebidos relativamente às verbas rescisórias, bem como cientificar o Ministério do Trabalho dos termos desta decisão, face ao benefício do seguro-desemprego.

Custas invertidas, na forma da lei.

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região: por unanimidade, acolher a preliminar de não conhecimento das contra-razões apresentadas pelo demandado por intempestivas, argüida de ofício; Mérito: por unanimidade, dar provimento parcial ao recurso obreiro, para declarar a ilegalidade da dispensa e determinar a sua imediata reintegração no emprego com salário vencidos e vincendos, independentemente do trânsito em julgado da presente

decisão, observando-se a compensação dos valores percebidos relativamente às verbas rescisórias, bem como cientificar o Ministério do Trabalho dos termos desta decisão, face ao benefício do seguro-desemprego, com ressalva dos Juízes Vicente Vanderlei Nogueira de Brito, Ubiratan Moreira Delgado e Margarida Araújo, quanto a matéria relativa aos danos morais.

João Pessoa, 01 de outubro de 2002.

FRANCISCO DE ASSIS CARVALHO E SILVA

Juiz Presidente

AFRÂNIO NEVES DE MELO

Juiz Relator

JOSÉ CAETANO DOS SANTOS FILHO

Procurador do Trabalho

RECURSO ORDINÁRIO Nº 2749/2002

RECORRENTES: LAÉRCIO DOS SANTOS SILVA E UNIÃO FEDERAL

RECORRIDOS: LAÉRCIO DOS SANTOS SILVA E NORTE SUL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ESPUMAS E COLCHÕES LTDA.

EMENTA: *HORA EXTRA. PROVA DIVIDIDA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JULGADOR. APLICAÇÃO. INDEFERIMENTO. Quando as testemunhas da empresa trazem informações mais seguras e convincentes do que as do empregado, sem dúvida, aquelas merecem mais credibilidade, e em respeito ao princípio do livre convencimento do julgador, reputam-se as horas extras como não provadas, pelo que correta a sentença de 1º grau. Recurso desprovido.*

UNIÃO FEDERAL. HONORÁRIOS PERICIAIS. OMISSÃO. ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL. RESPONSABILIDADE. Enquadrando-se as situações de insalubridade do ambiente de trabalho, como direito de cidadania do empregado, e não se esquecendo que é dever do Estado, através de seus órgãos, fiscalizar e detectar o ambiente insalubre, e em face da sua omissão

quanto à sua competência, deve o mesmo arcar com sua responsabilidade, pagando os honorários periciais, ainda mais quando o empregado for pobre nos termos da lei, beneficiando-se da assistência jurídica integral e gratuita prevista no artigo 5º, inciso LXXIV da atual Carta Política, não tendo que se falar em desobediência ao devido processo legal. Recursos desprovidos.

Vistos etc.

A 6ª Vara do Trabalho de João Pessoa/PB, pelo sentenciado de fls. 277/280, ante as provas carreadas aos autos, julgou improcedente a ação proposta por LAÉRCIO DOS SANTOS SILVA contra a NORTE SUL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ESPUMAS E COLCHÕES LTDA., e condenou a UNIÃO FEDERAL a pagar honorários periciais, no valor de R\$ 720,00 (setecentos e vinte reais), em favor do perito, na pessoa do Sr. Vitor Manoel Sabino Xavier Bizerra - Engenheiro de Segurança do Trabalho - CREA/PB nº 6995-D.

Custas dispensadas.

Inconformado, recorre o reclamante, às fls. 283/286, buscando a reforma da sentença, sob o fundamento de que são devidos os títulos de horas extras e reflexos, bem como do adicional de insalubridade, em razão dos mesmos restarem provados, ante a revelação das provas documental e testemunhal inseridas aos autos.

Contra-razões, pela reclamada, às fls. 289/291, defendendo a manutenção da sentença.

Irresignada, recorre, também, a União Federal, às fls. 300/304, insurgindo-se contra a condenação em honorários periciais a ela imposta pela sentença de 1º grau, em face do reclamante não ter condição de arcar com o pagamento dos citados honorários.

Alega, em síntese, não ter se integrado à relação processual, razão pela qual não poderia sofrer qualquer gravame. Aduz que foram vulnerados os arts. 472 do CPC e 5º, incisos LIV e LV, da Constituição da República.

Contra-razões, somente pelo reclamante, às fls. 308/309.

A Procuradoria Regional do Trabalho, em seu parecer de fls. 324/329, opina pelo conhecimento e provimento da remessa *ex officio* e do recurso ordinário da União para declarar insubsistente a condenação em relação a ela. E quanto ao recurso do reclamante, ante a inexistência de interesse público na demanda, deixa de opinar.

É o relatório.

V O T O

Conheço dos recursos ordinários (da União e do reclamante) por preenchidos os requisitos legais de suas interposições, bem como da remessa necessária, por força do disposto no artigo 1º, inciso V, do Decreto-Lei nº 779/69 e artigo 475, II, do CPC.

RECURSO DO RECLAMANTE

O reclamante busca a reforma da sentença, sob o fundamento de que são devidos os títulos de horas extras e reflexos, bem como do adicional de insalubridade.

Falece-lhe razão.

Preambularmente, ao mérito da presente *quaestio juris*, há que se tecer algumas considerações acerca do título de horas extras.

Realmente, a prova testemunhal restou dividida. Contudo, o Juiz que prolatou a sentença foi o mesmo que presidiu a audiência de instrução, devendo-se levar em conta a sua convicção, pois foi ele quem mais de perto a sentiu, e teve sérias razões para se inclinar pelas asserções da recorrida.

A jurisprudência é clara a respeito:

"PROVA TESTEMUNHAL DIVIDIDA. CONVICÇÃO DO JUIZ QUE INSTRUIU E JULGOU O FEITO. Dividida a prova testemunhal, é de se valorizar a convicção do Juiz que instruiu e julgou o feito, pois foi ele quem mais de perto a sentiu, mormente havendo razões fundadas para que se inclinasse pela prova produzida por uma das partes." (Ac. TRT, 9ª Reg., 1ª T RO-199/88, Rel. Juiz Pedro Ribeiro Tavares, DJ/PR, 25.01.89)

Por outro lado, perpassando os olhos sobre a prova testemunhal, constata-se, claramente, que as testemunhas da reclamada foram mais completas, emprestando informações críveis à solução da lide, ao passo que as do reclamante, mostraram-se lacônicas, principalmente a primeira, que mostrou-se, também, confusa em certos momentos, ao descrever horário de trabalho diferente do declarado pelo autor, em seu depoimento. Daí, o Juízo *a quo* ter aceito a tese da reclamada. A propósito do assunto, transcrevo decisão, assim, ementada:

"PROVA. VALORAÇÃO. Contraditória a prova testemunhal coligida, compete ao julgador valorá-la, dando mais credibilidade àquela que lhe pareça mais verossímil. Se a testemunha do reclamado traz informações mais completas, de conteúdo mais sólido, deve prevalecer sobre a testemunha da parte contrária, mas lacônica." (Ac. TRT 9ª Reg., 2ª T, RO-464/88, Rel. Juiz Euclides Alcides rocha, DJ/PR - 17.08.88, p. 97)

Assim, ante a vulnerabilidade da prova testemunhal do autor, e em respeito ao princípio do livre convencimento do julgador (*ex vi* do artigo 131 do CPC), não há como reconhecer o

horário de trabalho alegado pelo reclamante, inclusive nos sábados. Prevalecem, portanto, os horários consignados nos cartões-de-ponto.

E, pelas razões já expendidas, não há, também, como acolher o pleito de domingos e feriados trabalhados.

A respeito do princípio do livre convencimento do julgador, no ensinamento de Pontes de Miranda, na obra "Comentários ao Código de Processo Civil", tomo II, p. 377, significa dizer:

"Tão natural é, tão determinado pelo pensamento que se guia pelos fatos e sinais deles, o decidir do Juiz pela sua livre convicção, mas adstrito 'aos fatos e circunstâncias constantes dos autos' que esse foi sempre o proceder dos Juizes, ainda sob o regime das provas escalonadas e estimadas pela lei. Nunca o homem conseguiu a verdade sem pensar com liberdade e sem partir de fatos e se ater a eles, ainda quando, em ciência, usasse hipótese de trabalho. Num dos seus misteres, que é o de investigar quem está com a razão, se, por um lado, tem o juiz de considerar a regra jurídica como a norma que incidiu (isto é, que abstratamente governou a situação e deveria ter sido seguida), por outro, a sua função é a de apreciar provas de fatos. Essas provas ele as teria de colher entre, digo, onde as encontrasse, se fosse possível ao Estado proceder a inquéritos sobre todos os casos individuais. Não sendo possível, tem-se de deixar que as partes venham a Juízo, peçam a aplicação da regra jurídica que incidiu e, para saber qual a regra a aplicar, a aprecie o juiz o que uma e outra parte, ou todos os interessados, em contraditório, digam."

Ademais, só a título de enfoque, o reclamante, em seu depoimento de fls.

270/271, disse:

"...que tem conhecimento de um incêndio ocorrido na sede da reclamada; que depois desse incêndio não houve queda na produção."

A testemunha da reclamada, de nome Marcelo Porto da Silva, ao falar sobre o aludido incêndio, fl. 272, disse:

"...que no início de 98 houve um incêndio na reclamada, que ocasionou uma queda de mais de 50% na produção;..."

Ora, em face do princípio da primazia da realidade, logicamente que, havendo um incêndio na reclamada (fato incontroverso), tal fato, por si só, traz conseqüências graves à atividade empresarial, acarretando, conseqüentemente, queda na produção. Isto mostra que a declaração do

reclamante, acima transcrita, não se encontra dentro da realidade, o que só reforça a tese da inconsistência do pedido de horas extras.

Quanto ao adicional de insalubridade, melhor sorte não detém o reclamante.

O laudo pericial de fls. 244/253 mostrou-se completo e perfeito, inclusive com fotos, e foi conclusivo, no sentido de que o autor não laborava em ambiente insalubre, ao dizer o seguinte:

"A atividade insalubre caracteriza-se pelo desgaste orgânico, contínuo ou intermitente, ou risco de adquirir doença proveniente de agressores presentes no processo laboral ou dele resultantes. Na atividade desenvolvida em como auxiliar de produção nas formas e condições efetivamente verificadas, não constatou-se qualquer risco ao trabalhador conforme item 5.3."

E finalizou:

"Com base na Lei 6.514 de 22 de dezembro de 1977, arts. 189 a 192, art. 195, caput e § 2º; Portaria 3.214 de 08 de junho de 1978, NR-15, temos que: a atividade laboral de auxiliar de produção desenvolvida nas formas e condições efetivamente constatadas, não é caracterizada como insalubre, não fazendo jus o empregado a qualquer adicional."

Em face do exposto, nego provimento ao recurso.

RECURSO ORDINÁRIO DA UNIÃO FEDERAL E REMESSA NECESSÁRIA

Ante a identidade da matéria, ambos os recursos serão analisados conjuntamente.

Insurge-se a União Federal contra a condenação em honorários periciais a ela imposta pela sentença de 1º grau, em face do reclamante não ter condição de arcar com o pagamento dos citados honorários.

Alega, em síntese, não ter se integrado à relação processual, razão pela qual não poderia sofrer qualquer gravame. Aduz que foram vulnerados os arts. 472 do CPC e 5º, incisos LIV e LV, da Constituição da República.

Razão não lhe assiste.

No tocante ao assunto - honorários periciais, o C.TST editou o Enunciado nº 236, que diz:

"A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão relativa ao objeto da perícia."

Em que pese o posicionamento da Suprema Corte do Trabalho, a respeito da matéria em lide, sempre tive algumas reservas.

A prevalecer tal entendimento, poderá haver para o trabalhador uma limitação quanto ao seu direito de ação, ainda mais quando este é pobre nos termos da lei (veja que o reclamante percebia como remuneração o valor de R\$ 171,60 - TRCT, fl. 15). Como poderá ele arcar com os honorários periciais, no importe de R\$ 720,00? Impossível.

A garantia de assistência jurídica integral e gratuita aos carentes está prevista no artigo 5º, inciso LXXIV do texto constitucional. A Constituição Federal de 1988 inovou nessa questão, ao estabelecer, nesse dispositivo: "O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos". Entenda-se, no texto legal, a expressão Estado como significando poder público, abrangendo a União, os estados-membros e os municípios.

Em primeiro lugar, ele se refere à assistência jurídica e não à assistência judiciária, termo que vinha historicamente sendo utilizado pela legislação pátria. Depreende-se da modificação que o constituinte teve o objetivo de ampliar a assistência aos carentes, dando-lhes, além daquela necessária para o ingresso em juízo, também as assessorias preventiva e extrajudicial. Nesse sentido, manifesta-se José Carlos Barbosa Moreira (1993; 215):

"A grande novidade trazida pela Carta de 1988 consiste em que, para ambas as ordens de providências, isenção de custas e defensoria técnica, o campo de atuação já não se delimita em função do atributo judiciário, mas passa a compreender tudo que seja jurídico. A mudança do adjetivo qualificador da assistência, reforçada pelo acréscimo do integral, importa notável ampliação do universo que se quer cobrir."

Ao utilizar o adjetivo integral, o legislador constituinte reforça a posição colocada anteriormente, pois a assistência jurídica integral só pode ser entendida como aquela que propicie ao carente todos os instrumentos jurídicos necessários, antes, durante e após o processo judicial, e mesmo preventivos e extrajudiciais (consultorias, assessorias e representação junto à Administração Pública), quando aquele não for necessário.

O segundo adjetivo, gratuita, somado ao anterior (integral), possibilita, àquele que não possuir recursos suficientes, a isenção de todas as despesas que se fizerem necessárias para o efetivo acesso à justiça. Incluem-se aí todas as taxas judiciárias, emolumentos, custas, honorários advocatícios e despesas com publicações e perícias. A responsabilidade pela prestação da assistência jurídica gratuita e integral é do Estado, conforme preceitua o texto constitucional.

A Constituição Federal também garante a todos, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos poderes públicos, tanto para defesa de direitos como contra ilegalidade ou abuso de poder, bem como a obtenção de certidões em repartições públicas, visando a defesa de direito ou de esclarecimento de situações de interesse pessoal (art. 5º, XXXIV). Também estabelece a gratuidade do acesso nas ações de *habeas-corpus* e *habeas-data*, bem como, na forma que a lei estabelecer, a de todos os demais atos necessários ao exercício da cidadania (art. 5º, LXXVII).

É importante salientar aqui o trabalho que vem sendo efetuado no Brasil por algumas instituições, no sentido de dar assessoria jurídica às populações carentes, principalmente em defesa da cidadania e dos direitos humanos. Destacam-se entre outras, o Instituto Apoio Jurídico Popular (IAJUP), no Rio de Janeiro; o Gabinete de Apoio às Organizações Populares (GAJOP), em Recife; o Núcleo de Estudos para a Paz (NEP), em Brasília; o Centro de Assessoria Popular e Alternativa (CECA), em Florianópolis; e o Escritório de Defesa dos Direitos Humanos (EDDH), em Fortaleza. Também as iniciativas oficiais, como os PROCONs, têm sido fundamentais nesse trabalho.

Daí porque, a sentença de 1º grau, da lavra do Juiz Arnóbio Teixeira de Lima, corretamente justificou o seu posicionamento, nos seguintes termos:

"...sabendo-se que o conhecimento das situações de insalubridade ou não, do ambiente de trabalho, constitui direito de cidadania do empregado; sabendo-se ainda que, por conta disso, é dever do Estado, por seus órgãos, fiscalizar e detectar a insalubridade ou não, nos ambientes de trabalho do País, considerando-se, assim, a omissão do Estado neste particular; considerando-se ainda, repita-se, que o Sr. perito deverá ser recompensado pelos serviços prestados, os honorários periciais ora arbitrados, deverão ser pagos pela União Federal, que é omissa, quanto à fiscalização dos ambientes de trabalho do País e é obrigada, quanto ao direito de cidadania dos administrados."

Ora, em apoio ao sentenciado de 1º grau, há que se fazer algumas considerações, aliado ao que já ficou acima exposto. O julgador não pode deixar de ter em mente a verdade real que nos cerca NA VIDA COTIDIANA.

SOMOS SABEDORES DE QUE OS QUADROS DE FISCAIS DO Trabalho, no Brasil, é insuficiente, sem contar que o Governo Federal sequer faz alguma coisa para amenizar tal problema, pois não abre concursos para aumentar a quantidade de fiscais do trabalho, a fim de reduzir os riscos nos ambientes de trabalho. Veja que é competência da União, "organizar, manter e executar a inspeção do trabalho", conforme prescreve o art. 21, inciso XXIV, da atual Carta Política.

E nem se argumente que houve ferimento do devido processo legal, pois a União não está logicamente sendo parte na presente ação, pois não responde pelo seu objeto.

Simplemente, ela (União) está respondendo por um ato necessário ao exercício da cidadania, arcando com o pagamento dos honorários periciais de um empregado pobre, nos termos da lei, em respeito aos incisos XXXIV e LXXVII, do artigo 5º da atual Constituição Federal.

Ainda nessa linha de raciocínio, cabe acrescentar que a jurisprudência iterativa dos Tribunais de Justiça e do STJ têm entendido que cabe ao Estado suportar os encargos com a Assistência Judiciária Gratuita e, em não o fazendo, deverá arcar com as custas processuais, nas quais está incluído, evidentemente, o valor referente à realização de perícias. Tal fundamento se torna mais forte quando do acréscimo do inciso VI ao artigo 3º da Lei nº 1.060/50, pela Lei nº 10.317/2001, que dispõe:

"VI - das despesas com a realização do exame de código genético - DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade."

A menção ao referido inciso se torna necessário para mostrar que se a prova pericial é requerida pelo beneficiário da Assistência Judiciária e, não possuindo o Poder Público condições de realizar, através de seus órgãos, o exame pleiteado, está ele obrigado a arcar com as despesas decorrentes, antecipando-lhes, se for o caso, o pagamento, sendo aplicável a regra do artigo 19 do CPC. Não incide, no caso, o artigo 27 do CPC, porque cabível somente no término da demanda e quando a Fazenda Pública exerce atividade meramente interventora no feito ou quando, como parte, nos processos de execução fiscal.

Tanto é assim, que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao abordar o tema Assistência Judiciária x Investigação de Paternidade, tem proclamado:

"Tendo que o Estado não está cumprindo o seu dever de prestar assistência jurídica gratuita, porque esta, a meu ver, compreende não apenas o advogado e as custas, mas também meios de realização da prova. Lamentavelmente, isso, no Estado do Rio Grande do Sul, não está sendo feito e temos a esperança de que, em breve, haverá uma solução por parte das autoridades incumbidas de prestar essa assistência."

Nesses mesmos termos, diz o Desembargador Luiz Melídio Uiraçaba Machado, do referido Tribunal:

"Esse é exatamente um tema de difícil solução, porque o Tribunal entende que os encargos da assistência judiciária são do Executivo, que deve manter o serviço de defensoria e de advogados para a área civil, de defensoria pública para a área penal e, além disso, também ter verba previsível para manter os

serviços de perícia. O Tribunal entende que não pode suportar, com a sua escassa rubrica orçamentária essa despesa que não lhe compete. E lembro que não é uma despesa pequena, porque há pedidos de todo o Estado de realizações desses exames, que sobem a mais de cem. Então, até o fim do ano, há uma despesa presumível, nessa rubrica, de cem mil dólares, para os quais não temos previsão, e cem mil dólares não se consegue assim, no mais, na área do Judiciário, que não pode criar impostos para serem cobrados, inclusive, no mesmo exercício."

Em outro julgamento, também, no TJRS, é ratificado esse entendimento, na medida em que "custas do exame pericial são responsabilidade de quem solicita. Sendo a parte beneficiária da assistência judiciária gratuita, as expensas são transferidas ao Estado".

O TJMS apadrinha esse entendimento, ao edificar a ementa:

"A CF impõe ao Estado a prestação de Assistência Judiciária integral e gratuita aos necessitados (artigo 5º, LXXIV) e nessa assistência incluem-se os honorários do perito (artigo 3º, V, da Lei nº 1.060/50)."

(Todas as citações acima foram retiradas do Jornal Síntese nº 07, de setembro/97, p. 03, artigo INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - OBRIGATORIEDADE DO EXAME GENÉTICO DNA, e, nº 24, de julho/agosto/ 2000, artigo INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA, sde Belmiro Pedro Welter. Promotor de Justiça e escritor- RS)

E, em abono ao aqui exposto, transcrevo decisões, assim ementadas:

"16011374 - Recurso Especial - INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - JUSTIÇA GRATUITA - RESPONSABILIDADE DO ESTADO - DESPESAS - PRECEDENTES DA CORTE - 1. As normas infraconstitucionais mencionadas no recurso especial não impõem, indubitavelmente, ao Estado o dever legal de custear todo o exame DNA, questão essa de índole constitucional, que foge dos limites para o recurso especial. 2. Tampouco o recorrente indicou dispositivos que obrigam o perito a adiantar despesas ou a aguardar que o beneficiário da justiça gratuita ganhe a ação para que possa receber os honorários. 3. Recurso Especial não conhecido." (STJ, Resp. 112585-MS-3ª T, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito - DJU 1.03.99, p. 305)

"50013847 JCPC. 526. JCPC. 730 JCF 100 JCF 5 JCF 5 LXXIV - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C ALIMENTOS - PERÍCIA - EXAME DNA - PRELIMINARES DE AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL - INSUBSISTENTES - PARTE BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA - HIPÓTESE EM QUE O ESTADO DEVE ARCAR COM AS DESPESAS - PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS PERICIAIS NA FORMA DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO

FEDERAL - PROCEDÊNCIA - RECURSO IMPROVIDO. O pedido específico da reforma da decisão agravada está implícito na interposição do agravo, uma vez que outra não pode ser a finalidade do recurso. O descumprimento da norma do artigo 526, CPC, é mera irregularidade. Não confere à Instância Superior razões para não-conhecimento do recurso, segundo entendimento vigente do STJ. É dever do Estado custear o exame de DNA em sede de ação de investigação de paternidade, direcionando o pagamento dos honorários periciais na forma do artigo 100, da Carta Magna e 730 do CPC, por ser ato de natureza administrativa e que origina título extrajudicial." (TJMT -AI 11721-Classe II - 15 - Tangará da Serra - 2ª C.Civil, Rel. Des. Mariano Alonso Ribeiro Travassos - J 13.06.2000)

"16007790 - JCF.5 LXXIV INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - BENEFICIÁRIO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - ACÓRDÃO COM FUNDAMENTO EXCLUSIVAMENTE DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL (ART. 5º, LXXIV DA CF/88) - MATÉRIA QUE NÃO PODE SER APRECIADA EM SEDE ESPECIAL. I - Se o acórdão recorrido, para determinar a obrigatoriedade do Estado em arcar com as despesas para a realização do exame DNA, pautou-se em princípio de natureza constitucional, questão que só poderá ser apreciada em sede de recurso extraordinário. II - Recurso não conhecido." (STJ - Resp. 136533, MS, 3ª T, Rel. Min. Waldemar Zveiter - DJU 19.04.99, p. 134)

Como se pode vê, Egrégio Tribunal, os honorários periciais foram impostos ao Estado, neste acórdão, em razão do reclamante se enquadrar na Assistência Judiciária, e os fundamentos desta obrigatoriedade pautaram-se em princípios de natureza constitucional, pelo que jamais há que se falar em ferimento do devido processo legal.

Por sua vez, o contraditório, também, foi respeitado, já que a União foi notificada para apresentar seu recurso. Nada, portanto, a modificar.

Quem sabe, com esta decisão, poderemos mudar a nossa conhecida realidade, tanto no campo jurídico como no campo social.

Isto posto, nego provimento a ambos os recursos, mantendo incólume a sentença de 1º grau.

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, Recurso do Reclamante: por unanimidade, negar provimento ao recurso; Recursos da União Federal - por maioria, negar provimento a ambos os recursos, contra o voto da Juíza Ana Clara de Jesus Maroja Nóbrega, que lhes dava provimento para excluir da condenação a sua responsabilidade sobre o pagamento dos honorários periciais.

João Pessoa/PB, 16 de julho de 2002.

ANA MARIA FERREIRA MADRUGA

Juíza Vice-Presidente no exercício da Presidência
ALUISIO RODRIGUES
Juiz Relator
MÁRCIO ROBERTO DE FREITAS EVANGELISTA
Procurador-Chefe do MPT

RECORRENTES: EDMUNDO GOMES DA NÓBREGA E SAELPA - SOCIEDADE ANÔNIMA DE
ELETRIFICAÇÃO DA PARAÍBA
RECORRIDOS: OS MESMOS

EMENTA: AÇÃO DE CUMPRIMENTO E RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. IDENTIDADE SOB O PONTO DE VISTA MATERIAL DAS PARTES. MANUTENÇÃO DA PREFACIAL DE COISA JULGADA. Não obstante as partes da ação de cumprimento e da reclamação não sejam as mesmas, visto que a personalidade do órgão de classe não se confunde com a de seus membros, é inegável que o sindicato, atuando como substituto processual, defende, em nome próprio, direito alheio. Dessa forma, ainda que formalmente trate-se de partes diversas, existe a identidade no ponto de vista material, eis que o titular da pretensão de direito substancial deduzida em juízo não é o ente sindical, mas o trabalhador por ele representado. Nesse diapasão, tendo em vista a identidade em relação às partes (do ponto de vista material), ao pedido e à causa de pedir entre a ação de cumprimento e a reclamatória em relação às diferenças salariais, inegável a ocorrência da coisa julgada, não merecendo qualquer reparo o decisum neste aspecto. Recurso do autor desprovido.

VALE-REFEIÇÃO. FORNECIMENTO POR FORÇA DO CONTRATO. CARÁTER SALARIAL. O auxílio-alimentação, habitualmente fornecido por força do contrato de trabalho, tem natureza salarial, nos moldes do art. 458 da CLT e conforme o Enunciado 241 da Súmula do TST. Recurso do reclamado desprovido.

Vistos etc.

Trata-se de recursos ordinários provenientes da Vara do Trabalho de Patos/PB, interpostos nos autos da Reclamação Trabalhista nº 260/2002, em que são partes EDMUNDO GOMES DA NÓBREGA (reclamante) e SAELPA - SOCIEDADE ANÔNIMA DE ELETRIFICAÇÃO DA PARAÍBA (reclamada).

Em decisão proferida às fls. 639/646, o Juízo de primeiro grau condenou a empresa ao pagamento dos seguintes títulos: diferenças de saldo de salário pago a menor no TRCT; diferenças de horas extras, de anuênios, de adicional de periculosidade e de 13ºs salários, que foram devidos ao reclamante no período de 01/11/90 a 13/05/2002, decorrentes do reajuste salarial previsto no DC 086/90 (cláusulas primeira e terceira), observada a modificação introduzida pela Ação Rescisória nº 031/96; feriados trabalhados e o pagamento do repouso trabalhado, bem como seus reflexos sobre férias + 1/3, 13ºs salários, abono pecuniário, FGTS + 40% e aviso prévio, observado o período imprescrito; diferença de 13ºs salários e horas extras, no período de 01/11/98 a 13/05/2002, em razão da integração do vale-refeição; diferenças de adicional de periculosidade decorrentes da incidência do percentual de 30% também sobre a verba de anuênio, bem como os reflexos sobre férias + 1/3, 13ºs salários, abonos pecuniários, horas extras, aviso prévio e FGTS + 40%; horas extras relativas ao período de julho/99 a maio/2002, permitindo-se a compensação dos valores pagos a esse título, bem como os reflexos sobre férias + 1/3, abono pecuniário, 13ºs salários, aviso prévio e FGTS + 40%, observando-se a prescrição acolhida; diferença de férias + 1/3, de aviso prévio, de FGTS + 40%, devidos ao reclamante no período de 01/11/90 a 13/05/2002, decorrentes do reajuste salarial previsto no DC 086/90 (cláusulas primeira e terceira), observada a alteração introduzida pela Ação Rescisória nº 031/96; diferença de aviso prévio, de férias + 1/3, de FGTS + 40%, em razão da integração do vale-refeição no período de 01/11/98 a 13/05/2002; e FGTS referente aos meses de janeiro e fevereiro de 1983 e fevereiro de 1996, bem como no que diz respeito aos 13ºs salários de 1982 a 1989 e 1992, acrescidos da multa de 40% sobre os mesmos.

Inconformado, o reclamante recorre às fls. 651/662, pugnano pelo afastamento da preliminar de coisa julgada, acolhida em relação ao pleito de diferenças salariais devidas em razão das cláusulas primeira e terceira do DC nº 86/90, sob a alegação que o exame de tal postulação nos autos da Ação de Cumprimento nº 2092/93 apenas fez operar os efeitos da coisa julgada formal, o que possibilita sua renovação em ação própria. Assevera que a Carta vigente apenas autoriza a aplicação da prescrição bienal após completados dois anos da ruptura contratual, o que incorreu na hipótese *sub examine*, uma vez que o contrato de trabalho só foi rescindido em 13/05/2002. Salieta que as conquistas salariais devidas por força do DC nº 086/90 perpetuam-se

naturalmente após a vigência do dissídio coletivo tornando-se, portanto, imperiosa a incorporação das modificações salariais por ele impostas, devendo ser observada por ocasião de um novo reajuste, sob pena de infringir o princípio da irredutibilidade salarial. Aduz que remanesce assegurado à sua categoria o direito ao reajuste salarial, na base de 75% da variação do IPC até 15 de março de 1990, aplicando-se, em seguida, a política salarial superveniente, de forma que, inexistindo comprovação por parte da reclamada do cumprimento da indigitada sentença normativa, há que ser acolhido o pleito de diferenças no período de 01/11/90 a 13/05/2002. Assevera, ainda, serem devidas horas extras, excedentes à 6ª (sexta) hora diária, tendo em vista que a ampliação da jornada de trabalho de seis para oito horas diárias, de segunda a sexta, em novembro de 1997, constituiu alteração contratual ilícita, impondo-se, outrossim, a adoção do divisor 180 (cento e oitenta), para fins de apuração do salário-hora. Ao final, pugna pelo provimento do apelo.

Da mesma forma, recorre a vindicada (fls. 679/692), asseverando, inicialmente, o pagamento, pela empresa, do reajuste salarial a todos os seus empregados, no período de vigência do DC nº 086/90, a teor da Medida Provisória nº 256/90, não havendo que se falar em reajustes aos mesmos. Aduz que, tendo em vista a Ação Rescisória nº 31/94, que expurgou da diferença salarial o IPC de março/90, observa-se que nenhuma diferença é devida, inclusive a título de produtividade. Saliencia que sendo indevido o pedido de diferença salarial, que constitui o principal, não há que se falar em reflexos deste sobre férias, 13º salário, horas extras, adicional de periculosidade, anuênios, aviso prévio, FGTS e multa de 40%. Pugna, ainda, pela aplicação da prescrição quinquenal prevista no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal. Sustenta que não há que se falar em natureza salarial do vale-refeição, eis que tal benefício decorreu de negociação coletiva, possuindo nítido caráter indenizatório. Aduz que o postulante não conseguiu comprovar o labor em sobrejornada, ônus que lhe cabia, eis que a prova testemunhal por si produzida mostrou-se contraditória e destituída de idoneidade. Aduz que pedido condicional relativo às parcelas do FGTS não comprovadas fere o preceituado no artigo 286 do CPC. Afirma que era ônus do recorrido a comprovação dos depósitos não efetuados, por se tratar de fato constitutivo de seu direito. Alega, ainda, constar dos autos prova documental suficiente para se chegar à conclusão de que o recolhimento das parcelas do FGTS foi realizado integralmente. Pugna pela aplicação da prescrição quinquenal ao título de FGTS. Por fim, postula pelo provimento do apelo.

Depósito recursal e custas às fls. 693/694.

Contra-razões pela reclamada e pelo reclamante, às fls. 699/710 e 712/720, respectivamente.

Em cota à fl. 724, o representante do Ministério Público do Trabalho sustenta a inexigibilidade de intervenção obrigatória do *Parquet*, ressalvando a faculdade de pronunciar-se verbalmente ou pedir vista dos autos na sessão de julgamento, caso entenda necessário.

É o relatório.

V O T O

RECURSO DO RECLAMANTE

ADMISSIBILIDADE

Conheço das razões recursais do autor, porque preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

MÉRITO

Do afastamento da coisa julgada em relação ao pleito de diferenças salariais fulcradas nas cláusulas primeira e terceira do DC nº 086/90

Insurge-se o reclamante contra a decisão que acolheu a coisa julgada em relação às diferenças salariais fulcradas no Dissídio Coletivo nº 086/90.

Sem razão.

Primordialmente, urge lembrar que, não obstante as partes da ação de cumprimento e da reclamação não sejam as mesmas, visto que a personalidade do órgão de classe não se confunde com a de seus membros, é inegável que o sindicato, atuando como substituto processual, defende, em nome próprio, direito alheio. Dessa forma, ainda que formalmente trate-se de partes diversas, existe a identidade no ponto de vista material, eis que o titular da pretensão de direito substancial deduzida em juízo não é o ente sindical, mas o trabalhador por ele representado.

Na presente demanda, o vindicante postulou o cumprimento das cláusulas 1ª e 3ª do Dissídio Coletivo nº 86/90, as quais outorgaram à categoria reajuste e reposição salarial, tendo o autor formulado pedidos distintos, a saber: a) o pagamento das diferenças salariais decorrentes do reajuste e da reposição; e b) o pagamento dos reflexos de tais diferenças nas demais verbas contratuais. Por sua vez, examinando-se a inicial da Ação de Cumprimento nº 2092/93 (fls. 95/98), interposta pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Empresas de Distribuição de Energia Elétrica do Estado da Paraíba, verifica-se a formulação de idênticos pedidos aos constantes na presente reclamação, tendo o Juízo julgado procedente a demanda em relação pagamento das diferenças salariais decorrentes do reajuste e da reposição (cláusulas 1ª e 3ª), facultando aos interessados o manuseio de ação própria (reclamação trabalhista), para obtenção do pleito de pagamento dos reflexos das diferenças nas demais verbas contratuais.

Dessa forma, tendo em vista a identidade em relação às partes (do ponto de vista material), ao pedido e à causa de pedir entre a ação de cumprimento e a presente reclamatória em relação às diferenças salariais, inegável a ocorrência da coisa julgada, não merecendo qualquer reparo o *decisum* neste aspecto. Saliente-se, ainda, que a manutenção do julgado quanto a esta matéria importa na prejudicialidade da análise dos demais pontos atinentes ao pleito alcançado pelos efeitos da *res judicata*, ventilados nas razões do recurso.

Ressalte-se, outrossim, que a irrisignação da parte no que concerne ao pagamento de reflexos pertinentes à incidência da aplicação das cláusulas do dissídio coletivo não merece acolhida, tendo em vista que o sentenciado de origem apenas reconheceu os efeitos da coisa julgada em relação ao pleito de diferenças salariais fundadas nas ditas cláusulas, deferindo o pleito autoral, no que concerne aos reflexos das diferenças salariais dali decorrentes, de forma que inexistente interesse recursal da parte, eis que a sentença lhe foi favorável neste aspecto. O mesmo se diga em relação à observância das modificações introduzidas pela Ação Rescisória nº 031/96, inclusive no que concerne aos indexadores a serem aplicados (sentença - item 1 - fl. 641).

Da prescrição bienal em relação à alteração da jornada de trabalho e do divisor para apuração das horas extras

O reclamante alega que a jornada de 06 (seis) horas diárias foi implementada por liberalidade do empregador, de forma que o retorno à jornada de 08 (oito) horas diárias em 01/11/97 constitui uma alteração contratual ilícita, devendo, portanto, ser tido como extraordinário todo labor excedente à sexta hora diária. Por tais razões, pleiteou o pagamento das horas além da sexta e seus reflexos.

Não prospera a irrisignação da parte

Na verdade, a sentença normativa na qual se fundamenta o pedido do autor foi objeto de recurso ordinário junto ao colendo Tribunal Superior do Trabalho (TST - RO - DC - 394.013/97-5), e os Ministros da Seção Especializada em Dissídios Coletivos daquela instância, por unanimidade, julgaram-na extinta, sem apreciação do mérito, nos termos do artigo 267, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Vale ressaltar que, simultaneamente à interposição de dito recurso ordinário, a reclamada intentou uma Medida Cautelar Inominada (TST - AC - 376.120/97-2) com pedido de concessão de liminar, para emprestar efeito suspensivo ao apelo, no que foi atendida, em 13.10.1997.

Impossível, portanto, a concessão das horas extras pretendidas, com fulcro no extinto Dissídio Coletivo nº 034/96.

Ademais, deixou o vindicante transcorrer prazo superior a dois anos da indigitada alteração contratual, que se deu em novembro/97, estando, pois, sua postulação alcançada pelo instituto da prescrição bienal, não havendo, ainda, que se falar que tal direito estaria assegurado por força de dispositivo legal.

De igual forma, não prospera a alegação do obreiro de adoção do divisor 180 para fins de apuração do salário-hora. Tendo em vista que o deferimento de horas extras pela instância de origem alcançou o período a partir de julho/99 a maio/2002, não há que se falar em utilizar-se o divisor 180, mas sim o 220, eis que no aludido período já não mais se encontrava o reclamante submetido à jornada de 06 (seis) horas diárias.

Assim, deve ser mantida a decisão da instância *a quo* no que tange a tal aspecto.

Conclusão

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

RECURSO DA RECLAMADA

ADMISSIBILIDADE

Conheço do recurso, eis que preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

MÉRITO

Das diferenças salariais instituídas por força do DC nº 086/90 e de seus reflexos

Aduz a empresa que o *decisum* recorrido a condenou ao pagamento de diferença salarial, a razão de 6% dos salários do reclamante, no período compreendido entre 01/11/90 a 13/05/2002, bem como ao pagamento de seus consectários lógicos.

Razão não assiste à empresa apelante.

Com efeito, perlustrando-se os autos, verifica-se que o *decisum* de origem na verdade acolheu a prefacial de coisa julgada em relação ao pleito de diferença salarial decorrente da aplicação das cláusulas 1ª e 3ª do Dissídio Coletivo 086/90. É o que se infere através da simples leitura do item 1 do julgado (fls. 640/641), sendo oportuna a transcrição de um trecho, *litteris*:

"Sendo assim, rejeita-se a preliminar de coisa julgada quanto ao pleito de reflexos das diferenças salariais decorrentes do DC 086/90, acolhendo-o quanto ao pleito de diferenças salariais decorrentes do referido instrumento normativo, extinguindo, neste particular, o processo sem apreciação do mérito." (fl. 641) (grifos acrescentados)

Dessa forma, não há razão para irresignação da ré no que toca às diferenças salariais advindas da sentença normativa, uma vez que a decisão do Juízo *a quo* lhe foi favorável.

Quanto aos reflexos das diferenças sobre os demais títulos trabalhistas, tirocínio diverso há que ser adotado.

Na presente demanda, o vindicante postulou o cumprimento das cláusulas 1ª e 3ª do Dissídio Coletivo nº 86/90, as quais outorgaram à categoria reajuste e reposição salarial, tendo o autor formulado pedidos distintos, a saber: a) o pagamento das diferenças salariais decorrentes do reajuste e da reposição; e b) o pagamento dos reflexos de tais diferenças nas demais verbas contratuais. Por sua vez, examinando-se a inicial da Ação de Cumprimento nº 2092/93 (fls. 95/98), interposta pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Empresas de Distribuição de Energia Elétrica do Estado da Paraíba, verifica-se a formulação de idênticos pedidos aos constantes na presente reclamação.

O Juízo de primeiro grau, ao apreciar a ação de cumprimento, julgou-a procedente em relação ao pagamento das diferenças salariais decorrentes do reajuste e da reposição (cláusulas 1ª e 3ª), o que gerou o acolhimento da *res judicada* na presente demanda, em relação àquele pleito. Entretanto, com relação ao pedido de pagamento dos reflexos das diferenças sobre as demais verbas trabalhistas, o Juízo extinguiu o processo sem julgamento de mérito, por entender que tal postulação não poderia ser formulada em sede de ação de cumprimento, facultando aos interessados o manuseio de ação própria (reclamação trabalhista), para obtenção da aludida postulação, gerando os efeitos da coisa julgada formal, que apenas impede o reexame da matéria dentro do mesmo processo.

Nesse tirocínio, tendo o autor manuseando a presente reclamação trabalhista para postular os reflexos das diferenças decorrentes dos reajustes salariais previstos no DC 086/90, inexistente qualquer óbice processual ao conhecimento desta postulação, não havendo que se falar em coisa julgada a incidir sobre este pedido.

Logo, tendo em vista que não mais se discute o direito do empregado aos reajustes previstos nas cláusulas 1ª e 3ª do indigitado dissídio, em face do teor da decisão proferida nos autos da Ação Coletiva 2092/93, que julgou procedentes tais pleitos, segue a mesma sorte a postulação dos reflexos das diferenças sobre as demais verbas trabalhista, por ser esta acessória daquela, consoante os exatos termos da sentença, inclusive com a observância das modificações produzidas pela Ação Rescisória nº 31/94.

Ressalte-se, ainda, que a empresa não comprovou o efetivo cumprimento das cláusulas do dissídio, nem tampouco dos reflexos de tais diferenças, o que impõe a manutenção da condenação ao pagamento dos reflexos sobre as demais verbas trabalhistas.

Nenhum reparo merece o *decisum* neste particular.

Da aplicação da prescrição quinquenal pugnada nas razões recursais

Não há qualquer razão para deferir-se tal requerimento da ré.

Com efeito, o sentenciado já apreciou tal postulação e manifestou-se no sentido de acolher a prescrição com relação aos títulos anteriores a 26/07/97, com exceção do FGTS, por entender que tal título está sujeito à prescrição trintenária, conforme se infere do item inicial da fundamentação do julgado (fls. 639/640).

Rejeita-se.

Do Vale-refeição

Insurge-se a reclamada contra o deferimento do pleito do vale-refeição ao salário do vindicante para fins de títulos rescisórios.

Sem razão.

Dos documentos acostados, verifica-se, às fls. 242/245, que, através do aditivo ao acordo coletivo de trabalho vigente no biênio 1997/1999, foi instituído o vale-alimentação para todos os empregados da empresa, o qual não fazia nenhuma menção à natureza do benefício.

Observa-se, no entanto, que somente houve referência expressa à natureza do *ticket*-alimentação em comento, retirando-lhe o carácter salarial, por intermédio da cláusula quarta do acordo coletivo de trabalho do biênio 2000/2001, consoante se infere da cópia do instrumento normativo juntada pela própria reclamada às fls. 265/273.

Com efeito, é nítido o carácter salarial do vale-refeição no caso vertente, não havendo que se questionar a respeito de sua integração ao salário. Dispõe o artigo 458 da Consolidação das Leis do Trabalho que "além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, vestuário ou outras prestações *in natura* que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado".

Ensina o Mestre Arnaldo Süssekind (*in* "Instituições de Direito do Trabalho", 19ª edição, vol. 01, LTr. São Paulo, 2000, p. 365):

"Para que determinado fornecimento seja considerado salário-utilidade, faz-se mister que não tenha por fim a sua utilização no local de trabalho para a prestação de serviços contratados. É que, neste caso, a utilidade constitui um meio necessário ou conveniente para a execução dos serviços e não um rendimento do empregado proveniente do trabalho realizado. Ela teria sido concedida para o trabalho e não pelo trabalho; equipara-se aos maquinismos e instrumentos de trabalho, indispensáveis ao funcionamento da empresa, não

podendo, conseqüentemente, substituir, como utilidade vital para o trabalhador, o salário a que faz jus pela prestação dos serviços contratados."

Não basta, portanto, a onerosidade e a habitualidade para que a verba percebida pelo empregado tenha caráter salarial. É imprescindível que ela não se destine, especificamente, a permitir a realização do serviço contratado.

Nesse diapasão, é patente a natureza salarial do benefício em tela, eis que sua existência tinha razão de ser na prestação de serviço do reclamante, não constituindo elemento indispensável à execução de seus serviços.

Ademais, não se tem notícia nos autos da existência, quer seja em norma coletiva ou mesmo no contrato de trabalho firmado com o empregador, de nenhuma cláusula expressa atribuindo natureza exclusivamente indenizatória ao benefício na época de sua instituição.

Por outro lado, ainda em face do que denunciam os autos, tem-se que o auxílio-alimentação é direito que, irreversivelmente, aderiu ao contrato de trabalho, não mais podendo sofrer modificações ou restrições, ainda que a empresa tenha se integrado ao PAT ou o acordo coletivo disponha em sentido diverso, pois, do contrário, configurar-se-ia violação a direito adquirido do autor, o que constitui total afronta ao artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

Mesmo que a concessão do benefício tenha sido liberalidade da empregadora, a sua percepção pelos empregados durante certo lapso de tempo conferiu à verba caráter contratual, de modo que não poderia, posteriormente, ser suprimido unilateralmente pela recorrente. Qualquer alteração nesse sentido somente poderia atingir situações futuras, não se prestando para desconstituir direitos já consolidados no tempo.

Nada a reformar neste aspecto.

Dos pleitos relativos ao FGTS

Argumenta a recorrente que o pedido de pagamento dos valores relativos ao FGTS não depositado não foi certo nem determinado, uma vez que o recorrido não declinou os períodos em que supostamente não foram efetuados os recolhimentos, em total desatendimento ao que preceitua o artigo 286 do CPC. Sustenta, ainda, que o ônus de comprovar o não-recolhimento dos depósitos do FGTS era do autor, já que se trata de fato constitutivo de seu direito. Por fim, aduz que a quitação dos depósitos do FGTS encontra-se comprovada nos autos em sua integralidade e que se sujeita à prescrição quinquenal.

Sem razão, entretanto.

A petição inicial encontra-se apta para a apreciação meritória, pois contém todos os requisitos elencados no artigo 840, § 1º, da CLT.

Realmente, a referida peça processual não se ressentir de uma breve exposição dos fatos de que resulta o dissídio, posto que afirmado expressamente pelo autor que a ré não realizou todos os recolhimentos concernentes ao FGTS.

A simples circunstância de o autor não haver declinado, de logo, os meses em relação aos quais não se deram os depósitos, mas propugnar pela apresentação dos documentos comprobatórios da quitação do título trabalhista, não deve causar estranheza. Com efeito, o art. 286 do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente ao processo trabalhista, permite a formulação de pedido genérico quando o autor não puder precisar, no momento do ingresso da petição inicial, o montante da indenização que considera devida, ou quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu. Esta é justamente a hipótese dos autos. De fato, o ônus da prova relativo ao pagamento do FGTS recai sobre o réu, o que justifica o pedido genérico formulado pelo demandante.

Diante de tudo isso, não vislumbro irregularidade na petição inicial.

Quanto à alegação de que há prova nos autos da quitação integral do FGTS, também não merece guarida.

Conforme indica o Juízo *a quo*, não consta nos autos prova da quitação dos valores relativos aos meses de janeiro e fevereiro/83 e fevereiro/96, bem como em relação aos 13ºs salários de 1982 a 1989 e 1992.

Ressalte-se que, caso houvesse comprovação integral do pagamento, nenhum prejuízo teria a empregadora, porquanto a condenação se deu de forma a só considerar os meses não comprovados (lacunosos), quando da liquidação da sentença, tendo sido autorizada a dedução de valores comprovadamente pagos nos autos, concernentes aos títulos deferidos.

No que concerne à prescrição aplicável ao FGTS, o tema tem sido objeto de acirradas controvérsias, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

A maioria entende que a prescrição aplicável é a trintenária, seguindo o raciocínio da vetusta Súmula 95 do Tribunal Superior do Trabalho. Alguns acolhem a prescrição quinquenal, até o limite de dois anos da extinção do contrato, aplicando, sem maior questionamento, o art. 7º, XXIX, da Constituição Federal.

Pessoalmente, filio-me ao entendimento de que o FGTS sujeita-se à prescrição trintenária, eis que, em razão do princípio da aplicação da norma mais favorável, a hierarquia das fontes formais do direito do trabalho não se estabelece de forma rígida. Em sendo assim, a regra prescricional contida na Lei nº 8.036/90 ampara o trabalhador ao elastecer para trinta

anos o prazo para cobrança do FGTS não depositado, no compasso da jurisprudência pacífica do colendo Tribunal Superior do Trabalho, através dos Enunciados nºs 95 e 362, não entrando em conflito com a Constituição de 1988 e permanecendo em pleno vigor.

Nenhum reparo no julgado quanto a tais aspectos.

Das horas extras e reflexos

Sustenta a recorrente que as testemunhas ouvidas apresentaram depoimentos completamente contraditórios com o prestado pelo recorrido, buscando desvirtuar a verdade e comprovar o labor em sobrejornada do demandante e que era ônus do empregado comprovar a jornada descrita na exordial.

Não merece acolhida a tese da reclamada.

Ao contrário do entendimento do Juízo de primeiro grau, a teor do art. 818 da CLT e do art. 333 do CPC, realmente cabia ao autor comprovar o fato constitutivo de seu direito. Entrementes, de tal ônus processual desvencilhou-se com êxito o vindicante.

Com efeito, a prova testemunhal produzida nos autos mostrou-se robusta e convincente, tendo as testemunhas do autor demonstrado conhecimento e segurança acerca dos fatos controvertidos da demanda, não havendo que se falar em imprestabilidade como elemento de convicção do julgador. Oportuna a transcrição de alguns trechos dos depoimentos:

"(...) que o reclamante trabalhava no horário das 07 até aproximadamente 20h; que o mesmo se dava com o depoente; (...) que o reclamante trabalhava ainda em 03 sábados e 03 domingos, por mês, no horário das 07 às 13/16h; que o depoente anotava as horas extras feitas pelo reclamante e as repassava para Santa Luzia; que o reclamante reclamava do depoente que as horas extras pagas eram sempre a menor do que aquelas trabalhadas; (...)" (Depoimento do Sr. Antônio Anchieta da Nóbrega - fls. 637/638)

"(...) que quando o reclamante não contava com um eletricista da SAELPA o depoente era quem dava apoio ao reclamante; que quando isto acontecia saía com o reclamante por volta das 07 horas e retornava por volta das 19/20 horas; que o depoente chegou a dar apoio ao reclamante também aos sábados e domingos; (...)" (Depoimento do Sr. Luiz Tibúrcio de Lucena - fl. 638)

Ressalte-se, ademais, que a tese autoral de labor em sobrejornada foi reconhecida pelo próprio preposto da empresa, a teor do que se infere de seu depoimento, senão vejamos:

"(...) que no período que em o reclamante trabalhou com o depoente em Santa Luzia, sempre havia a necessidade de extrapolação de horário, o reclamante anotava as horas extras na frequência e o depoente se encarregava de repassar o número de horas extras para o escritório regional em Patos; que ficava a critério do chefe do escritório regional em Patos a aprovação das horas extras; (...)" (Depoimento do Sr. José Dantas de Medeiros - fl. 637) (grifos acrescidos)

Dessa forma, correto o julgado de origem que reconheceu o labor em sobrejornada, condenando a empresa ao pagamento dos seus consectários lógicos.

Nada, portanto, a ser reformado neste ponto.

Conclusão

Isto posto, nego provimento ao apelo.

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região:

RECURSO DO RECLAMANTE - por unanimidade, negar provimento ao recurso; RECURSO DA RECLAMADA - por unanimidade, negar provimento ao recurso.

João Pessoa, 01 de abril de 2003.

AFRÂNIO NEVES DE MELO

Juiz Vice-Presidente no exercício da Presidência

FRANCISCO DE ASSIS CARVALHO E SILVA

Juiz Relator

MARIA EDLENE COSTA LINS

Procuradora do Trabalho

RECURSO ORDINÁRIO Nº 7009/2002

RECORRENTE: GLÁUCIO AMÉRICO DEOCLECIANO

RECORRIDA: SAELPA - SOCIEDADE ANÔNIMA DE ELETRIFICAÇÃO DA PARAÍBA

EMENTA: CONTRATAÇÃO DE PESSOAL. EMPRESA DE ECONOMIA MISTA. NÃO SUJEIÇÃO A CERTAME PÚBLICO. PROCESSO DE

PRIVATIZAÇÃO. AFASTAMENTO DOS EFEITOS DA NULIDADE. IMPOSSIBILIDADE.

Se, ao tempo do contrato, havia estorvos de ordem constitucional para a contratação de empregados não precedida de aprovação em concurso público, sendo inclusive nula a avença celebrada entre as partes quando não observada tal exigência, do mesmo cenário não se pode cogitar quando da saída do Poder Público do controle das atividades empresariais. O processo de privatização faz surgir, entre empregado e empregador, novo vínculo jurídico, válido a partir de então e que se mantém por livre volição dos interessados e sem a incidência de qualquer comando legal que lhe suprima a validade. A privatização, todavia, não faz desaparecer a circunstância de, em momento anterior, ter havido violação às normas constitucionais de admissão de empregados por parte da Administração Pública, seja ela direta, indireta ou fundacional, devendo-se, em relação a tal período, ser adotado o entendimento já predominante na jurisprudência, inclusive por meio de edição de verbete sumular por parte do Tribunal Superior do Trabalho.

"Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Recurso Ordinário, provenientes da 3ª Vara do Trabalho de Campina Grande/PB, em que é recorrente GLÁUCIO AMÉRICO DEOCLECIANO e recorrida SAELPA - SOCIEDADE ANÔNIMA DE ELETRIFICAÇÃO DA PARAÍBA.

O Juízo de 1º grau, às fls. 126/129, aplicou a prescrição parcial quanto aos títulos anteriores a 20.08.1997 e julgou improcedente a Reclamação Trabalhista, em face da decretação de nulidade contratual, condenando o autor nas custas processuais, porém, dispensando-as, na forma legal.

Embargos de declaração às fls. 131/132, os quais foram rejeitados, conforme sentença de fls. 134/135.

Irresignado, recorre o demandante, às fls. 138/140, alegando, em suas razões recursais, ter direito às verbas pleiteadas na peça exordial, embora tenha sua admissão ocorrido sem as cautelas previstas na Constituição Federal, quanto ao concurso público, porquanto, a recorrida foi privatizada e, desta feita, como pessoa jurídica de direito privado, perdeu o direito de invocar qualquer nulidade contratual com fulcro nas disposições contratuais referentes às pessoas jurídicas de direito público.

A reclamada ofereceu contra-razões, às fls. 144/148, pugnando pela manutenção da sentença em todos os seus termos.

O Ministério Público do Trabalho, às fls. 152, absteve-se de opinar em virtude da inexistência de interesse público na demanda."

É o relatório aprovado em sessão.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

Conheço do recurso, uma vez satisfeitos os pressupostos legais de admissibilidade.

MÉRITO

Roga o demandante pela reforma do julgado para que seja afastada a nulidade contratual e determinado a baixa dos autos à instância de origem para apreciação dos demais aspectos da demanda. Sustenta o demandante que não tinha conhecimento da exigência de concurso público para ingresso nos quadros da demandada. Afirma que a privatização da empresa, em 30/11/2002, convalidou os contratos nulos, pois, a partir de então, a reclamada não está mais sujeita a cumprir o disposto no art. 37, *caput* e inciso II, da Constituição Federal.

Apenas em parte assiste-lhe razão.

A questão posta ao crivo da Corte reclama, para sua melhor compreensão, breve retrospecto acerca de eventos ocorridos na vida da empresa reclamada e a correlação deles com a vida funcional do recorrente.

A SAELPA - SOCIEDADE ANÔNIMA DE ELETRIFICAÇÃO DA PARAÍBA, como é cediço, integrava a Administração Pública Indireta e, nessa época, mais precisamente em 07/07/1989, deu-se o ingresso do recorrente em seus quadros.

Estava, portanto, sujeita aos ditames constitucionais próprios da Administração Pública, inclusive, obrigada a admitir pessoal apenas pela aprovação em certame público, nos termos do artigo 37, II, da Constituição da República.

Em 30 de novembro de 2000 a empresa passou ao controle exclusivo da iniciativa privada, liberando-se, a partir de então, para gerir livremente sua política de pessoal.

O vínculo de emprego com o recorrente perdurou até 23/03/2001.

O processo de privatização representa, do ponto de vista da política empresarial de admissão de pessoal, um divisor que incide inclusive sobre os contratos em curso.

Se, ao tempo do contrato, havia estorvos de ordem constitucional para a contratação de empregados não precedida de aprovação em concurso público, sendo inclusive nula a

avença celebrada entre as partes quando não observada tal exigência, do mesmo cenário não se pode cogitar quando da saída do Poder Público do controle das atividades empresariais.

A partir da data de privatização passou a ter vigência a regra da plena liberdade negocial, inclusive em relação à admissão de pessoal, e o contrato de trabalho firmado entre as partes, embora nulo até então, não pode ficar alheio a essa circunstância.

O processo de privatização fez surgir, entre empregado e empregador, novo vínculo jurídico entre as partes, válido a partir de então e que se manteve por livre volição e sem a incidência de qualquer comando legal que lhe suprimisse a validade.

No tocante ao período que precedeu o processo de passagem da empresa para o terreno restrito à iniciativa privada, não se pode deixar de reconhecer a ilegalidade do negócio jurídico.

A privatização não fez desaparecer a circunstância de, em momento anterior, ter havido violação às normas constitucionais de admissão de empregados por parte da Administração Pública, seja ela direta, indireta ou fundacional.

Em relação a tal período, deve ser adotado o entendimento já predominante na jurisprudência, inclusive por meio de edição de verbete sumular por parte do Tribunal Superior do Trabalho.

No caso em tela, como não houve pedido de salário retido, nada há a ser deferido em relação a dito período.

Devem, pois, ser afastados os efeitos da nulidade do contrato de trabalho, em relação ao período que medeia entre a privatização da empresa e o fim do contrato de trabalho, ou seja, de 30/11/2000 a 23/03/2001, retornando os autos à instância originária para que aprecie os demais aspectos da lide em relação a esse período.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso ordinário para afastar os efeitos da nulidade, declarada pelo Juízo *a quo* e, ato contínuo, determinar o retorno dos autos à Vara do Trabalho de origem para apreciação dos demais aspectos da lide em relação ao período de 30/11/2000 a 23/03/2001.

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, por maioria, com o voto de desempate do Exmo. Sr. Juiz Presidente dos trabalhos, dar parcial provimento ao recurso para afastar os efeitos da nulidade, declarada pelo Juízo *a quo* e, ato contínuo, determinar o retorno dos autos à Vara do Trabalho de origem, para apreciação dos demais aspectos da lide em relação ao período de 30/11/2000 a 23.03.2001, vencido parcialmente o Juiz Relator e com a divergência parcial dos Juízes Herminegilda Leite Machado e Paulo Maia que lhe davam provimento

parcial para afastar a nulidade declarada e determinar o retorno dos autos à Vara de origem para apreciação dos demais aspectos da lide.

João Pessoa, 27 de janeiro de 2003.

VICENTE VANDERLEI NOGUEIRA DE BRITO

Juiz no exercício da Presidência

ANA CLARA DE JESUS MAROJA NÓBREGA

Juíza Revisora designada para redigir o Acórdão

CLÁUDIO CORDEIRO QUEIROGA GADELHA

Procurador do Trabalho

—

RECURSO ORDINÁRIO Nº 3234/2003

RECORRENTES: THIAGO FÁBIO DA SILVA LIMA E TAMBAÍ MOTOR E PEÇAS LTDA

RECORRIDOS: OS MESMOS

EMENTA: ESTABILIDADE. ACIDENTE DO TRABALHO. DOENÇA PROFISSIONAL. TECNOPATIA. NEXO ETIOLÓGICO. ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA DO GOZO DE AUXÍLIO-DOENÇA ACIDENTÁRIO. EFEITOS. *Por expressa disposição legal, constituem acidente do trabalho as chamadas doenças profissionais, encontrando-se estas descritas nas listas anexas ao Dec. nº 3.048/99. Nas mazelas típicas, ou tecnopatias, o nexu etiológico com a atividade do trabalhador é presumido pela lei, porque a doença decorre naturalmente do desempenho do contrato de trabalho, cabendo, assim, diante da presunção juris tantum, ao empregador o ônus de comprovar circunstância diversa, ou seja, que o mal contraído pelo empregado não o foi em razão da lida. Desse modo, evidenciado nos autos que em sua faina diária o laborista estava submetido a fatores de risco de natureza ocupacional relacionados, nos termos da norma legal acima citada, à doença adquirida, e não tendo sido produzida pelo ex adverso prova em sentido contrário, confirma-se o acidente*

do trabalho gerador da estabilidade prevista no art. 118 da Lei nº 8.213/91, assegurando-se ao autor uma indenização pelo lapso contratual ilicitamente suprimido. A ausência de gozo de auxílio-doença acidentário, por sua vez, não se constitui em óbice ao reconhecimento do acidente, considerando-se que as conclusões do órgão previdenciário não vinculam a cognição do julgador ou impedem a correção do enquadramento legal, máxime quando se constata a omissão do empregador de expedir a CAT, devendo este, portanto, arcar com as conseqüências de sua incúria. MULTA DO ART. 477, § 8º, DA CLT. HIPÓTESE NEGATIVA. Cumprido o prazo previsto no art. 477, § 6º, "b", da CLT, não há que se falar em aplicação da multa cominada no subsequente parágrafo 8º. Recursos parcialmente providos.

"Vistos etc.

Trata-se de recursos ordinários provenientes da 3ª Vara do Trabalho de João Pessoa/PB, interpostos nos autos da Reclamação Trabalhista nº 1427/2002, em que são partes THIAGO FÁBIO DA SILVA LIMA e TAMBAÍ MOTOR E PEÇAS LTDA, recorrentes e recorridos, simultaneamente.

Em decisão proferida às fls. 146/150, o Juízo de primeiro grau acolheu parcialmente os pedidos, para, nos termos da fundamentação, condenar a demandada a pagar ao reclamante a quantia equivalente às férias vencidas 1999/2000, acrescidas de 1/3; multa de 50% sobre o referido montante e multa do art. 477 da CLT, constando os valores nos cálculos em anexo, parte integrante do dispositivo.

Sucumbente no objeto da perícia, o demandante foi condenado ao pagamento dos honorários periciais, em favor da Dra. Márcia Paula de Maia Macedo Porto, no importe arbitrado em R\$ 400,00.

Inconformado, ele recorre às fls. 154/159, renovando o pedido de concessão do benefício da justiça gratuita, isentando-o do pagamento de custas e demais despesas do processo, inclusive honorários periciais, por ser pobre na forma da lei. Renova, ainda, os pleitos de indenização por perdas e danos, em razão da falta de informação correta em RAIS para o PIS e pela informação salarial incorreta no requerimento do seguro-desemprego, onde só consta a remuneração básica, sem o cômputo da sobrejornada. Acrescenta que faz jus à estabilidade provisória a que alude a Lei nº 8.213/91, tendo em vista a contração de moléstia em decorrência das atividades exercidas no âmbito da empresa reclamada, vindo a ser demitido logo que cessada a concessão do benefício auxílio-

doença junto ao INSS, quando ainda incapacitado para o trabalho. Por fim, requer seja acrescentado à condenação o título de indenização por danos morais.

Igualmente irresignada, recorre a ré às fls. 162/167, insurgindo-se contra a condenação no pagamento da multa do art. 477 da CLT, uma vez quitadas as verbas rescisórias no prazo previsto no § 6º do dispositivo acima mencionado, bem assim da multa prevista no art. 467 da CLT (50% sobre as férias vencidas 1999/2000, acrescidas de 1/3), a uma, porque o pleito relativo às férias foi expressamente contestado e, a duas, porque esta verba não representa salário *stricto sensu*. Requer o provimento do apelo com o escopo de excluir da condenação as multas previstas nos arts. 477 e 467 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Depósito recursal efetuado e custas pagas (fls. 168/169).

Contra-razões da reclamada, às fls. 172/176.

Contra-razões do reclamante, às fls. 178/180.

Em promoção à fl. 184, a representante do Ministério Público do Trabalho sustenta a inexigibilidade de intervenção obrigatória do *Parquet*, ressaltando a faculdade de pronunciar-se verbalmente ou de pedir vista dos autos na sessão de julgamento, caso entenda necessário."

É o relatório, lido e aprovado em sessão, que adoto para os devidos fins.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

Conheço dos recursos, eis que regularmente interpostos.

RECURSO DO RECLAMANTE

O recorrente renova o pedido de concessão do benefício da justiça gratuita, a fim de isentar-se do pagamento de custas e de outras despesas processuais, inclusive honorários periciais. Renova, ainda, o pleito de indenização pela informação salarial incorreta no requerimento do seguro-desemprego. Pleiteia, também, o reconhecimento do direito à estabilidade provisória (Lei nº 8.213/91) decorrente de doença do trabalho contraída na reclamada e uma indenização por danos morais.

De início, registre-se, indeferido o título de horas extras (principal), que sequer foi objeto de irrisignação nas razões recursais, indevido o pedido de indenização pela informação salarial incorreta no requerimento do seguro-desemprego, onde só constou, segundo alega o recorrente (não juntou a prova), a remuneração básica, sem o cômputo da sobrejornada.

Quanto à estabilidade provisória decorrente de acidente de trabalho e seus consectários lógicos, bem como em relação à justiça gratuita, no que toca aos honorários periciais, merece reparos a sentença revisanda.

O Juízo primário, no que lhe segue o eminente Relator, entendeu não haver restado caracterizado onexo causal entre a doença e o trabalho, ou seja, de que a mazela adquirida efetivamente decorrerda atividade desenvolvida na empresa, requisito para a configuração do acidente de trabalho acobertado pelas normas previdenciárias pertinentes. Afirmou, ainda, que o laudo pericial conduz à ilação de que o suposto acidente não ocorreu. E diz mais que o autor não logrou comprovar que estivera em gozo de auxílio-doença acidentário.

Em primeiro lugar, com toda vênia, penso que o laudo pericial não dá qualquer indicativo no sentido de não ter ocorrido o acidente de trabalho. A senhora perita simplesmente reconhece a impossibilidade, pelo menos em relação a sua pessoa, de classificar onexo causal entre a doença e o trabalho, objeto da perícia determinada, quando opina que seja solicitada ao INSS a tarefa que lhe fora incumbida. A conclusão da peça técnica encontra-se assim vazada:

“Opino que seja reaberto o auxílio doença e que o reclamante solicite ao INSS – órgão federal máximo capaz de classificar onexo causal e modificar o benefício de auxílio-doença para auxílio acidente, pois, no presente momento, o reclamante se encontra prejudicado para desempenhar suas funções. Não posso afirmar se houve acidente de trabalho ou se o reclamante já predisposto aos problemas de coluna vertebral realizou algum ato inseguro – já enfermo – ato inseguro – concausa de enfermidade Cabe ao INSS classificar e opinar sobre o problema atual.” (fls. 132/133).”

Ora, dessa conclusão, somente se pode chegar a uma outra: não soube a *expert* esclarecer a questão técnica que lhe fora solicitada.

Dessarte, tenho que o caso deve ser analisado à luz dos demais elementos existentes nos autos. Vejamos.

Conforme conceitos extraídos da Ordem de Serviço DSS nº 621/99 -- DOU de 28.05.99 --, doença profissional é aquela produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade. São as ergopatias. Doença do trabalho, por sua vez, é a que é adquirida ou desencadeada em função das condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente. Ambas constituem acidente do trabalho, desde que o mal conste das listas anexadas ao Decreto nº 3.048/99 (anteriormente Dec. 2.172/97).

Doutrinariamente, as moléstias resultantes do trabalho são divididas em dois grupos: doenças profissionais típicas ou tecnopatias, que são aquelas naturalmente decorrentes de certas profissões, cujo exemplo típico é o caso do digitador, normalmente acometido das chamadas tendinites. Essas patologias, via de regra, são relacionadas na própria legislação.

Já as doenças profissionais atípicas, também denominadas de mesopatias, são aquelas que o operário vem a contrair por fato eventualmente ocorrido no desempenho da atividade laboral, mas que não são peculiares ao tipo de trabalho desenvolvido.

Vicente José Malheiros da Fonseca, eminente juriconsulto e Juiz Togado do TRT da 8ª Região, ressalta a importância dessa classificação, "*porque nas doenças profissionais típicas o nexó etiológico com a atividade do trabalhador é presumido pela lei*, enquanto nas doenças atípicas inexistente qualquer presunção, cabendo, por isso, à vítima, o ônus de provar que a enfermidade teve causa em evento provocado pelo desempenho do contrato de trabalho." (*in* "O Trabalho", Encarte 74, Abril/2003, Ed. DT, p. 1783).

Volvendo ao caso em apreço, percebe-se, primeiramente, que a empresa-ré não nega a ocorrência do sinistro relatado pelo obreiro na inicial, "...ao tentar levantar uma bateria de caminhão, o que lhe causou problema em sua coluna...". Limita-se a reclamada a asseverar a inexistência de acidente do trabalho nos termos da lei, mas em momento algum resiste especificamente ao fato narrado na peça de ingresso, o que o torna incontroverso.

Do mesmo modo, não há dúvida quanto ao mal que acomete o obreiro, identificado nos atestados colacionados às fls. 29/30 como sendo lombalgia associada a ciatalgia, entidade mórbida que tem como uma das possíveis causas a hérnia de disco descrita no laudo pericial produzido nestes autos.

Na lista de doenças do sistema osteomuscular e do tecido conjuntivo, relacionadas com o trabalho (Lista B - Grupo XIII da CID 10), anexa ao Decreto nº 3.048/99, encontra-se pontuada "Lumbago com Ciática", CID M54.4, tendo como agentes etiológicos ou fatores de risco de natureza ocupacional os seguintes itens:

- * posições forçadas e gestos repetitivos (Z57.8)
- * ritmo de trabalho penoso (Z56.3)
- * condições difíceis de trabalho (Z56.5)

Por sua vez, o reclamante exercia na reclamada a função de "eletricista de auto", submetido, portanto, de notória sabença, a condições difíceis de trabalho, tendo que adotar posições forçadas e gestos repetitivos, tanto que efetivamente anotados no laudo pericial, precisamente à fl. 131, os riscos ergonômicos a que estava exposto: "deitar em baixo dos veículos, ficar em posição (corcundo) sobre os motores, baixar e levantar constantemente".

Nesse contexto, independentemente de sua comprovação ou não, a enfermidade que acometeu o obreiro, por sua própria natureza, guarda relação estrita com o tipo de atividade exercida.

Afora tudo isso, sob o ponto de vista técnico (fls. 134/139), a hérnia identifica o deslocamento do centro do disco cartilaginoso existente entre as diversas vértebras da coluna, motivado por acidente ou por razões de ordem física resultantes da prática repetitiva de determinadas condutas. Não surge de modo isolado, com causa hereditária, também não sendo adquirida por contágio. Ao contrário, decorre das condições físicas ou mecânicas a que submetido o trabalhador. E a manipulação de peso restou incontestada nos autos.

Em sendo assim, a presunção da existência de nexo causal inverte o ônus da prova, revelando-se evidente que competia à recorrida, no caso em concreto, demonstrar que o desvio surgiu sem qualquer vinculação com a atividade profissional desempenhada pelo vindicante. Apenas com esta prova resultaria afastada a presunção que conecta o problema de coluna à atividade que expunha o trabalhador aos agentes de risco ergonômico específicos.

Em tais condições, do confronto entre a natureza da doença que aflige o postulante, as condições de trabalho a que submetido e as normas previdenciárias aplicáveis, sobressai configurada a hipótese preconizada pelo art. 118 da Lei no. 8.213/91. Por outro lado, muito embora não tenham sido observadas as formalidades estabelecidas acerca da comunicação do acidente (CAT), nenhum prejuízo poderá ser imposto ao trabalhador. E o recebimento de auxílio-doença, só por si, não vincula a cognição do julgador ou impede a correção do enquadramento previdenciário, ao contrário do que sustenta, implicitamente, a defesa. Como anotado, competia à reclamada demonstrar, de modo claro e objetivo, que a hérnia de disco não surgiu em decorrência do trabalho desempenhado. Apenas neste caso estaria afastada a presunção que une o carregamento de peso ao problema de coluna, na forma descrita nas Listas de Doenças do Decreto nº 3.048/99, acima citadas.

Senão por demasia, é cediço que a ausência de comunicação, ou seja, de expedição da CAT, não exime o empregador de arcar com as conseqüências de sua incúria, como bem têm decidido nossos tribunais, a exemplo do aresto abaixo transcrito, *in verbis* :

“ESTABILIDADE ACIDENTÁRIA – LEI nº 8.213, ART. 118 – Comprovada nos autos a ocorrência de acidente de trabalho e afastamento superior a 15 dias, embora a empresa não tenha emitido a CAT, o empregado faz jus à estabilidade acidentária prevista no artigo 118 da Lei Nº 8.213-91. A omissão do empregador não pode beneficiá-lo” (TRT 9ª R – ro 14611-2001 – (18076-2002)- Rel Juiz Roberto Dala Barba – DJPR 09.08.2002).

Não é outra a posição do Colendo TST, como visto em notícia publicada recentemente no seu *site* (www.tst.gov.br), em 30.07.03, quando apreciou-se hipótese similar, restando assentado pelo eminente Relator (Juiz convocado Horácio Pires) que o trabalhador "não recebeu

auxílio-doença diante da falta de cuidado necessário da empresa" para justificar o reconhecimento da estabilidade acidentária ainda que não concedido anteriormente o auxílio-doença acidentário.

Registre-se, ademais, que eventual predisposição do empregado à doença em tela não afasta a caracterização do acidente de trabalho, pois "as concausas geram efeitos, uma vez que não há necessidade de causa única para a configuração do acidente de trabalho. Isso significa que as concausas são igualadas às causas propriamente ditas. É justa essa paridade, porque no acidente poderemos ter reflexos no que toca ao estado anterior da vítima, ou às suas eventuais superveniências mórbidas" (Vicente José Malheiros da Fonseca, ob. cit., p. 1783).

Em remate, não se pode deixar passar em branco a conduta censurável, quiçá desumana, da empresa reclamada, que demitiu o empregado imediata e abruptamente após o seu retorno de um afastamento por doença ao longo de 02 (dois) anos, inclusive com recomendação para reabilitação, como visto nos atestados médicos acostados aos autos. Certamente, se não fosse a caracterização da estabilidade acidentária, poder-se-ia discutir dispensa obstativa para o seu reconhecimento.

Quanto aos honorários periciais, tendo em vista a inversão do ônus da sucumbência relativamente ao objeto da perícia, devem ser suportados pela empresa. Ainda que assim não fosse, penso que o artigo 790-B não dá margem a interpretação restritiva, além do que não se pode dizer ter plenas condições o recorrente de arcar com esta despesa, no importe de R\$ 400,00 (quatrocentos reais), quando o crédito desta ação, se muito, sem o acréscimo da indenização em tela, atingirá R\$ 1.000,00 (um mil reais).

Por fim, inova o reclamante quando requer, em suas razões de recurso, indenização por danos morais, o que é defeso até mesmo em respeito ao princípio do contraditório, sendo despicando tecer maiores comentários sobre a matéria.

Assim exposto, dou parcial provimento ao recurso, para acrescer à condenação uma indenização correspondente aos salários do período estabilitário, de 02.08.02 a 02.08.03, com os devidos reflexos sobre férias mais 1/3, 13^{os} salários e FGTS mais 40%.

RECURSO DA RECLAMADA

Pugna a recorrente pela reforma da sentença, para que seja excluída da condenação a multa do art. 477 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Com razão.

Consta no termo rescisório, às fls. 58/59, que o autor foi dispensado sem justo motivo, no dia 01.08.2002, com aviso prévio indenizado. Homologada a rescisão em 12.08.2002, cumpriu a ré o prazo estabelecido no artigo 477, § 6º, alínea "b", da Consolidação das Leis do

Trabalho, não estando sujeita à multa do § 8º do mesmo dispositivo legal, que deve ser excluída da condenação.

Por sua vez, deferiu o Juízo de origem a multa do artigo 467 da CLT, em face da inexistência de séria controvérsia acerca da verba concedida de férias vencidas mais 1/3.

Prende-se a irresignação da demandada ao fato de ter sido contestado expressamente o pleito relativo às férias e por não se tratar de verba salarial *stricto sensu*.

Improcede o inconformismo, neste aspecto.

Com a nova redação dada ao art. 467 da Consolidação das Leis do Trabalho, pela Lei nº 10.272, de 05/09/2001, é devido o acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre as verbas rescisórias incontroversas.

Se, como no caso dos autos, a empresa afirma ter pago o título e que nada deve ao empregado, terá que comprovar documentalmente a quitação, e não ficar no campo das alegações, sob pena de tornarem-se inócuas as disposições da citada norma.

Note-se que o aviso de férias, à fl. 63, corresponde ao período aquisitivo 1998/1999. O de 1999/2000, apesar de completado em 17.05.2000, não foi gozado, tendo em vista que, logo em seguida, o recorrido entrou em gozo do benefício auxílio-doença, junto ao INSS - Instituto Nacional do Seguro Social (fl. 15), até a data do despedimento. Também não foi pago no ato rescisório (fls. 58/59), estando correta a decisão recorrida no particular.

Isto posto, conheço do recurso e lhe dou parcial provimento, para excluir da condenação a multa prevista no art. 477, §§ 6º e 8º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Em razão do provimento parcial do recurso obreiro: custas acrescidas para R\$ 100,00 (cem reais), calculadas sobre R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), valor arbitrado. Honorários periciais a cargo da reclamada e recolhimentos previdenciários inexistentes.

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, RECURSO DO RECLAMANTE - por maioria, dar provimento parcial ao recurso, para acrescer à condenação uma indenização correspondente aos salários do período estável, de 02.08.2002 a 02.08.2003, com os devidos reflexos sobre férias mais 1/3, 13ºs salários e FGTS mais 40%, vencido o Juiz Relator e contra o voto da Juíza Ana Nóbrega, que lhe negavam provimento; RECURSO DA RECLAMADA - por maioria, dar provimento parcial ao recurso, para excluir da condenação a multa prevista no art. 477, §§ 6º e 8º, da CLT, com a divergência parcial da Juíza Ana Nóbrega, que, além disto, excluía também a multa do art. 467 da CLT. Honorários periciais a cargo da reclamada. Recolhimentos previdenciários inexistentes. Custas acrescidas para R\$ 100,00, calculadas sobre R\$ 5.000,00, valor arbitrado para esse fim.

João Pessoa, 29 de julho de 2003.

VICENTE VANDERLEI NOGUEIRA DE BRITO

Juiz no exercício da Presidência

EDVALDO DE ANDRADE

Juiz Revisor designado para redigir o Acórdão

RAMON BEZERRA DOS SANTOS

Procurador do Trabalho

