

**REVISTA DO TRIBUNAL
REGIONAL DO TRABALHO
DA 13^A REGIÃO**

EXPEDIENTE

COMISSÃO DA REVISTA

Juiz Wolney de Macedo Cordeiro - Presidente
Juíza Nayara Queiroz Mota
Juíz Cláudio Pedrosa Nunes

Secretária – Nara de Maria Jurema Lima
e-mail – revtrt@webmail.trt13.gov.br

CAPA

Pintura em tela e óleo “Relampião”, da artista plástica paraibana Denise Costa
Foto: Henrique Tadeu Marcolino Gomes

Revista do Tribunal v. 12 n.9 - João Pessoa: Tribunal Regional de
Trabalho 13ª Região - 1990 -
v. il; 23 cm

Revista do Tribunal v. 12 n.9 - João Pessoa: Tribunal Regional de
Trabalho 13ª Região - 1990 -
v. il; 23 cm

Anual. Periodicidade irregular até 1994
Descrição baseasa em v. n.2 (1997)

Direito do Trabalho - Periódico 1. Paraíba Tribunal Regional do
Trabalho da 13ª Região

CDD - 34(05)

CDU - 349.2(05)

SUMÁRIO

ASSUNTO

Página

APRESENTAÇÃO:

Mensagem da Presidência..... 5

COMPOSIÇÃO DO T.R.T.:

Membros do Tribunal 9
 Varas da Justiça do Trabalho..... 9
 Juízes Substitutos..... 10

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS:

FÉ, RAZÃO, INSTITUIÇÕES E VIRTUDES SEGUNDO O PENSAMENTO
 TEOLÓGICO-FILOSÓFICO DE SANTO TOMÁS DE AQUINO – Juiz
 Cláudio Pedrosa Nunes..... 11
 NO INÍCIO É O CAOS.INTERPRETAR É POR EM ORDEM –Juiz Francisco
 Meton Marques de Lima..... 24
 UM OLHAR CRÍTICO SOBRE A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA
 – Juiz Paulo Henrique Tavares da Silva..... 29
 O TRABALHO INFANTIL NAS FEIRAS LIVRES BRASILEIRAS – Juiz
 Arnóbio Teixeira de Lima..... 40
 A INCONSTITUCIONALIDADE DO RECOLHIMENTO DO FGTS NAS
 HIPÓTESES DE CONTRATAÇÕES IRREGULARES DE EMPREGADOS
 PÚBLICOS – Juiz Luciano Athayde Chaves..... 49
 ACERCA DA DECADÊNCIA RELATIVA AO CRÉDITO
 PREVIDENCIÁRIO NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO PROCESSADA NA
 JUSTIÇA DO TRABALHO – Vladimir Azevedo de Carvalho..... 62
 EXTINTO O CONTRATO DE TRABALHO, QUAL SERÁ O PRAZO PARA
 RECLAMAR OS DEPÓSITOS DO FGTS – Luciano Araújo..... 70
 O INSTITUTO DA REMESSA OBRIGATÓRIA E A *REFORMATIO IN*
PEJUS – Clemilton da Silva Barros..... 79
 A NORMA JURÍDICA TRABALHISTA E AS TÉCNICAS DAS
 CLÁUSULAS GERAIS – Paulo Antônio Maia e Silva..... 92
 AS TRÊS DIMENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS E O NOVO
 CONCEITO DE CIDADANIA – Carlos Henrique Bezerra Leite..... 104
 O PROBLEMA DA DEFINIÇÃO DO FÓRO COMPETENTE PARA
 CONHECER E JULGAR A AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Carlos Emmanuel
 Leitão Régis..... 109
 DANO MORAL TRABALHISTA NA FASE PÓS CONTRATUAL ;
 RESPONSABILIDADE TRABALHISTA – Rômulo Nei Barbosa de Freitas
 Filho..... 117

<u>ASSUNTO</u>	<u>Página</u>
REFLEXÕES SOBRE A NORMA CONSTITUCIONAL DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL TRABALHISTA – Jáder Ribeiro Silva Filho	129
PENHORA <i>ON LINE</i> COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE NO PROCESSO DE EXECUÇÃO – Renata Siqueira Alcântara.....	138
APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DIANTE DE LIMINARES COM POTENCIALIDADE DE IRREVERSIBILIDADE E A INCIDÊNCIA DO CONTRADITÓRIO – Valdísio Vasconcelos de Lacerda Filho.....	150
 <u>TRABALHOS PREMIADOS – SEMANA DO JUDICIÁRIO:</u>	
A GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS CIVIS – Ana Christina Rocha de Ataíde e Márcia Glebyane Maciel Quirino.....	163
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE STF vs SENADO FEDERAL: A QUEM CABE A ÚLTIMA PALAVRA? (UM ESTUDO CRÍTICO DO ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988) – Ageu Cordeiro de Sousa, Alinaldo Guedes Campos e André Luís Negrão Duarte.....	181
O CONCURSO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO GARANTIDO DA CIDADANIA PERANTE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – Marília Daniela Freitas Oliveira.....	196
SÚMULAS DE JURISPRUDÊNCIA DO TRT DA 13ª REGIÃO.....	221
EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA.....	225
 <u>JURISPRUDÊNCIA. ACÓRDÃOS DO TRT DA 13ª REGIÃO:</u>	
JUIZ AFRÂNIO NEVES DE MELO.....	249
JUIZ VICENTE VANDERLEI NOGUEIRA DE BRITO.....	261
JUIZ RUY ELOY.....	265
JUIZ FRANCISCO DE ASSIS CARVALHO E SILVA.....	269
JUÍZA ANA CLARA DE JESUS MAROJA NÓBREGA.....	283
JUIZ EDVALDO DE ANDRADE.....	289
JUIZ PAULO AMÉRICO MAIA DE VASCONCELOS FILHO.....	293

APRESENTAÇÃO

ANA MARIA FERREIRA MADRUGA

Mais uma vez nossa revista dá continuidade à sua trajetória luminosa, ampliando as perspectivas daqueles que lidam com o Direito Trabalhista, trazendo-lhes um manancial de idéias, de enfoques variados, de inovadoras interpretações da lei .

A vertiginosa dinâmica que move o mundo moderno exige do jurista atualização diuturna, revisão constante de conceitos, busca incansável de novas linhas de argumentação.

O Direito do Trabalho, mais que qualquer outro ramo do Direito, não pode manter-se alheio às mudanças sociais, à efervescência do mundo econômico e às suas imediatas repercussões sobre as relações de trabalho. E se a lei, envolvida nas suas engrenagens, tão necessárias quanto engessadoras, demora a amoldar-se à rotatividade de tantas circunstâncias, cabe a todos nós, que lidamos com o Direito no cotidiano das nossas vidas, viabilizar sua adequação a essa realidade.

O manuseio desta revista, que se aprimora a cada edição, traz-nos uma síntese que espelha o pensamento do nosso tribunal, consubstanciado em jurisprudência cuidadosamente selecionada. Temos também artigos doutrinários, trabalhos diversos, frutos da pesquisa dedicada, da elaboração intelectual de magistrados, professores, advogados, servidores, estudantes. Um amplo arsenal de munção jurídica para as peijas do dia-a-dia.

Além disso é mais um veículo de integração, divulgando nossos questionamentos, perplexidades e opiniões além das fronteiras paraibanas, propiciando a reconstrução doutrinária, instigando de forma saudável a reflexão sobre temas palpitantes,

O Direito é sempre um desafio à capacidade de interpretação e de argumentação dos juristas. É nossa obrigação tecer novas teorias interpretativas, flexibilizar a couraça das convicções empedernidas, ter a sensibilidade e a argúcia necessárias para manter o indispensável equilíbrio entre a rigidez da lei, a sociedade mutante e o ideal de Justiça.

Nossos parabéns à valorosa equipe da Comissão da Revista, integrada pelos Juizes do Trabalho Nayara Queiroz Mota, Cláudio Pedrosa Nunes e Wolney de Macedo Cordeiro, sob a coordenação deste último, que abnegadamente se empenharam na sua elaboração, para gáudio de todos nós, que teremos o privilégio de usufruir de todo o seu potencial doutrinário e jurisprudencial.

COMPOSIÇÃO

DO

T.R.T.

JUÍZES DO TRIBUNAL**ANA MARIA FERREIRA MADRUGA - Presidente****AFRÂNIO NEVES DE MELO - Vice-Presidente**

VICENTE VANDERLEI NOGUEIRA DE BRITO

RUY ELOY

FRANCISCO DE ASSIS CARVALHO E SILVA

ANA CLARA DE JESUS MAROJA NÓBREGA

EDVALDO DE ANDRADE

PAULO AMÉRICO MAIA DE VASCONCELOS FILHO

JUÍZES TITULARES DAS VARAS DO TRABALHO DA PARAÍBA

01 - MARGARIDA ALVES DE ARAÚJO SILVA	1ª VARA DE JOÃO PESSOA
02 - UBIRATAN MOREIRA DELGADO	2ª VARA DE JOÃO PESSOA
03 - HERMINEGILDA LEITE MACHADO	3ª VARA DE JOÃO PESSOA
04 - MIRTES TAKEKO SHIMANOE	4ª VARA DE JOÃO PESSOA
05 - WOLNEY DE MACEDO CORDEIRO	5ª VARA DE JOÃO PESSOA
06 - RITA LEITE BRITO ROLIM	6ª VARA DE JOÃO PESSOA
07 - CARLOS COELHO DE MIRANDA FREIRE	7ª VARA DE JOÃO PESSOA
08 - RÔMULO TINOCO DOS SANTOS	1ª VARA DE CAMPINA GRANDE
09 - NORMANDO SALOMÃO LEITÃO	2ª VARA DE CAMPINA GRANDE
10 - ADRIANA SETTE DA ROCHA RAPOSO	3ª VARA DE CAMPINA GRANDE
11 - ARNALDO JOSÉ DUARTE DO AMARAL	VARA DE AREIA
12 - HUMBERTO HALISON BARBOSA DE C. E SILVA	VARA DE CAJAZEIRAS
13 - MARIA JOSÉ DE ANDRADE MAIA	VARA DE CATOLE DO ROCHA
14 - ANTÔNIO CAVALCANTI DA COSTA NETO	VARA DE GUARABIRA
15 - EDUARDO SÉRGIO DE ALMEIDA	VARA DE ITABAIANA
16 -	VARA DE ITAPORANGA
17 - PAULO HENRIQUE TAVARES DA SILVA	VARA DE MAMANGUAPE
18 - SOLANGE MACHADO CAVALCANTI	VARA DE MONTEIRO
19 - ANA PAULA AZEVEDO SÁ CAMPOS PORTO	VARA DE PATOS
20 - JOSÉ AIRTON PEREIRA	VARA DE PICUÍ
21 - ROBERTA DE PAIVA SALDANHA	VARA DE SOUSA
22 - JOSÉ FÁBIO GALVÃO	VARA DE TAPEROÁ

JUÍZES SUBSTITUTOS

01 - ANTONIO EUDES VIEIRA JÚNIOR
02.- JOÃO AGRA TAVARES DE SALES
03 - JUAREZ DUARTE DE LIMA
04 - MARIA IRIS DIÓGENES BEZERRA
05 - MARIA DAS DORES ALVES
06 - MARIA LILIAN LEAL DE SOUSA
07 - FÁTIMA CHRISTIANE GOMES DE OLIVEIRA
08 - ANDRÉ WILSON AVELLAR DE AQUINO
09 - JANAÍNA VASCO FERNANDES
10 - NAYARA QUEIROZ MOTA DE SOUSA
11 - LUIZA EUGÊNIA PEREIRA ARRAES
12 - CLÁUDIO PEDROSA NUNES
13 - ARNÓBIO TELXEIRA DE LIMA
14 - ANA PAULA CABRAL CAMPOS
15 - DAVID SÉRVIO COQUEIRO DOS SANTOS
16 - CARLOS HINDEMBURG DE FIGUEIREDO
17 - PAULO ROBERTO VIEIRA ROCHA
18 - ANA CLÁUDIA MAGALHÃES JACOB
19 - EDUARDO SOUTO MAIOR BEZERRA CAVALCANTI
20 - ANDRÉ MACHADO CAVALCANTI
21 - JOLIETE MELO RODRIGUES
22 - ROSIVÂNIA GOMES CUNHA

CIRCUNSCRIÇÃO

3ª VT de CG
1ª CIRCUNSCRIÇÃO
MAMANGUAPE
2ª VT de JP
1ª VT de JP
1ª CIRCUNSCRIÇÃO
1ª VT de CG
1ª CIRCUNSCRIÇÃO
6ª VT de JP
1ª CIRCUNSCRIÇÃO
2ª VT de CG
3ª CIRCUNSCRIÇÃO
3ª CIRCUNSCRIÇÃO
3ª CIRCUNSCRIÇÃO
2ª CIRCUNSCRIÇÃO
4ª CIRCUNSCRIÇÃO
4ª CIRCUNSCRIÇÃO
5ª CIRCUNSCRIÇÃO
4ª CIRCUNSCRIÇÃO
5ª CIRCUNSCRIÇÃO
5ª CIRCUNSCRIÇÃO
4ª VT de JP

DOU TR I NA

FÉ, RAZÃO, INSTITUIÇÕES E VIRTUDES SEGUNDO O PENSAMENTO TEOLÓGICO-FILOSÓFICO DE SANTO TOMÁS DE AQUINO

*JUIZ CLÁUDIO PEDROSA NUNES*¹

SUMÁRIO: 1. Prolegômenos da Doutrina Tomista; 1.1. Nascimento, Família e Primeiros Estudos de Tomás de Aquino; 1.2. Atraído pela Ordem dos Mendicantes; 1.3. Alberto Magno, Mestre e Admirador. 2. A Escolástica; 2.1. Marco do Ensino Universitário; 2.2. O Método de Ensino Escolástico. 3. Resgate de Aristóteles. Conciliação entre Fé e Razão; 3.1. Estado, Ciência e Deus; 3.2. Direito Natural: Supremacia sobre as Leis Humanas. 4. Estado, Direito e Monarquia; 4.1. Predomínio do Humanismo; 4.2. A Monarquia. 5. Ética e Moral; 5.1. Observação da Natureza; 5.2. Alicerce da Felicidade. 6. O Tomismo na Atualidade; 6.1. Escola do Pensamento Jusfilosófico; 6.2. Doutrina Oficial da Igreja Católica; 6.3. Ícone da Filosofia do Direito. Referências Bibliográficas.

1 – PROLEGÔMENOS DA DOCTRINA TOMISTA

1.1. Nascimento, Família e Primeiros Estudos de Tomás de Aquino

Santo Tomás de Aquino era italiano. Nasceu na pequena aldeia de Aquino, nas proximidades de Nápoles, Província de Sicília, Itália. Era filho de família nobre e numerosa. Era o filho mais jovem dos homens, compondo uma prole de doze irmãos. Seu pai, Landolfo de Aquino era conde; sua mãe, Teodora de Teate, uma condessa da época. Nasceu no pequeno castelo de Roccaseca, propriedade de sua família, entre fins de 1224 e início de 1225. Não há registro da data precisa de seu nascimento: um pecado para a história da Cristandade. Era corpulento, alto, calvo. Vivia em constante meditação. Pouco falava. Seu comportamento compenetrado aliado à sua vultosa estrutura física contribuíram para que fosse apelidado por seus colegas de “Boi Mudo da Sicília”, logo que retornou aos estudos na Universidade de Paris, por volta de 1247.

¹ Cláudio Pedrosa Nunes é Juiz do Trabalho Substituto da 13ª Região, Especialista em Direito Processual Civil, Mestre em Direito Público pela UFPE e Doutorando em Direito do Trabalho e Ciências Jurídico-Filosóficas pelas Universidades de Salamanca e Coimbra.

Os estudos de Tomás de Aquino iniciaram-se nos oblatos beneditinos de Montecasino quando ele tinha apenas cinco anos de idade. Dedicou-se principalmente às artes: música, lingüística, poesia e teologia, esta última obrigatória em todos os níveis de estudo. Nessa época, esteve sob os auspícios de Pedro da Irlanda, seu primeiro mestre. Há notícia de que já nos primeiros anos de instrução Tomás de Aquino demonstrava ser um jovem recolhido e muito estudioso. Jamais se envolvia nos jogos ou em outras brincadeiras com os colegas de estudo. Era só, compenetrado e distante do que se entendia por uma vida escolar normal. Já demonstrava interesse pela vida religiosa. Perguntava freqüentemente: “Que coisa é Deus?”.

Tomás de Aquino ingressou na Universidade de Nápoles em 1236. Seus pais haviam planejado torná-lo abade da abadia de Montecasino, símbolo da nobreza². Na época (século XIII) era natural que os pais encaminhassem seus filhos à vida religiosa: os religiosos católicos ocupavam os “cargos” mais nobres; a Igreja Católica dominava e o Estado estava muito ligado a Ela. Os Papas coroavam os reis, autorizavam sua investidura e poderiam mesmo permitir sua destituição por meio de levante popular. A primazia espiritual dos Papas constituía dogma concebido sobretudo por meio da “*Dictatus Papae*” de Gregório VII, já no século IX (1073-1085). O absolutismo dos reis não tinha a mesma fisionomia do absolutismo que dominou a Idade Moderna³.

1.2. Atraído pela Ordem dos Mendicantes

Pouco depois de ingressar na Universidade de Nápoles, Tomás de Aquino começou a observar o modo de vida e os rituais religiosos dos monges predadores (também chamados mendicantes). Dominicanos e franciscanos formavam a ordem

² O abade era uma espécie de autoridade religiosa com poderes similares ao de um governante. No século XIII, a posição proeminente do abade refletia bem a vinculação política entre a Igreja e o Estado. Segundo Maria Helena Diniz, abade é o “*superior de uma ordem monástica. 2. O detentor do governo do seu mosteiro ou de uma abadia. 3. Pároco, confessor. 4. Ermitão antigo e venerável. 5. Prelado nomeado pelo Papa, que está à frente de um território próprio, separado pela diocese, tendo os mesmos poderes e direitos dos bispos*” (Cf. **Dicionário Jurídico**, vol. I, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 1).

³ Segundo Pedro Santidrián, “no se há llegado todavía a las monarquías absolutas em que los reyes pudieran decir: ‘el Estado soy yo’. El reino es inalienable, así como los derechos que dimanar de él. El rey debe gobernar según el bien común, el común provecho. Este es le signo distintivo entre el rey y el tirano. El rey justo que actúa para el bien común es el único legítimo. El rey injusto es un tirano contra el que está permitido rebelarse” (Cf. **Tomás de Aquino**, Madrid: Ediciones Castell, 1991, p. 18).

dos predicadores, estes dedicados à pobreza e à resignação. Tomás de Aquino viu-se atraído pelo estilo de vida desses monges mendicantes e manifestou à sua família interesse de ingressar naquela ordem religiosa. Sua família opôs-se radicalmente, pois a vida dos mendicantes era exatamente o contrário do que idealizava para o jovem promissor e futuro abade beneditino de Montecasino.

Não obstante a resistência da família, Tomás de Aquino solicitou seu ingresso na ordem dos predicadores, tendo pronta aceitação. Seus superiores, temendo represálias de sua família, decidiram transferi-lo para Roma e, em seguida, para Bolonha, onde o aquinatense poderia concluir seus estudos universitários e ordenar-se sacerdote. No caminho de Roma para Bolonha, no entanto, Tomás de Aquino foi seqüestrado por seus irmãos a mando de sua mãe, cujo propósito era demovê-lo do ideal mendicante. Levaram-no ao castelo de Montecasino, onde, enclausurado, sofreu tentativa de sedução por parte de uma jovem atraente, contratada pelos irmãos para tal desiderato e, como conseqüência, forçar a desistência de Aquino de enveredar pela vida de pobreza. Tomás de Aquino, todavia, resistiu aos intentos da moça de “resumidas prendas de vestir”, conforme sintetiza *Weisheipl*⁴. Expulsou-a de seu quarto sob ameaça de queimá-la com uma tocha de fogo. *Chesterton* menciona que o episódio foi um dos poucos momentos em que Tomás de Aquino perdeu o equilíbrio⁵. Depois desse inusitado episódio, Teodora de Teate desistiu da tentativa de destituição, à força, de Tomás de Aquino da ordem dos mendicantes. Com o auxílio de frei Juan de San Julian, um monge amigo, Tomás de Aquino fugiu do castelo de Montecasino em direção Nápoles, sob as vistas grossas de sua mãe. Estava resolutos em dedicar-se à vida religiosa e aos estudos de teologia.

1.3. Alberto Magno, Mestre e Admirador

Após estadia na Universidade de Nápoles, Tomás de Aquino concluiu seus estudos universitários em Paris, sob a orientação de Alberto Magno, o “doctor universalis”. Alberto era o homem mais culto do mundo nessa época. Ele testemunhou a genialidade de Tomás de Aquino durante as aulas e o nomeou seu assistente. Como assistente, Tomás de Aquino transferiu-se para Colônia, Alemanha,

⁴ WEISHEIPL, James Athanasius, *Tomás de Aquino*, Navarra: Ediciones Universitárias, 1999, p. 145.

⁵ CHESTERTON, Gilbert Keith. *Santo Tomás de Aquino*, Navarra: Ediciones Universitarias, 1999, p. 203. Registra o autor que “Una sola vez, la primera y la última de toda su vida, Tomás de Aquino estuvo realmente fuera de sí, deshaciendo una tempestad fuera de aquella torre del entendimiento y de la contemplación en que él vivía de ordinario”.

onde Alberto Magno criou os “Estudios Generalis”, isto é, uma espécie de centro universitário. Em Colônia, o aquinatense iniciou suas primeiras experiências no magistério.

Tomás de Aquino retorna a Paris e inicia sua carreira docente. Discípulo de Aristóteles e integrante da escolástica, cria uma nova doutrina teológico-filosófica, representada pela união entre a fé e a razão.

Alberto Magno fora grande incentivador e principal mestre de Tomás de Aquino. Foi o primeiro professor escolástico a estudar e comentar as obras de Aristóteles, cujas imperfeições da tradução literal (palavra por palavra) não lhe tiraram os méritos. Coube a Tomás de Aquino, entretanto, aperfeiçoar o trabalho de seu mestre, o que restou mais cômodo em virtude de já ter estudado o pensamento aristotélico a partir de traduções mais perfeitas realizadas diretamente do grego para o latim. Antes, ao tempo de Alberto Magno, as traduções eram realizadas primeiro do grego para o árabe e, depois, do árabe para o latim. Daí as naturais imperfeições.

2 – A ESCOLÁSTICA

2.1. Marco do Ensino Universitário

A escolástica representou um dos grandes marcos da intelectualidade do século XIII, ao lado do surgimento e apogeu das universidades. Trata-se de um método de ensino (ensino universitário) baseado na autoridade dos professores, chamados “maestros”. As obras escritas pelos maestros constituíam verdadeiros manuais de aula de que não se podiam desprender os estudantes durante o curso universitário. Daí a importância dos escritos de Santo Tomás à época de seu magistério em Nápoles, Paris e Roma. Destacam-se nesse aspecto as fabulosas *Suma Contra Gentes* e a *Suma Teológica*. A escolástica tem em Aristóteles seu doutor por excelência. É nela que o estagirita é dissecado, interpretado e dogmatizado. Ressalta *Del Vecchio* que a escolástica destacou-se ainda como ramo específico da filosofia, chamado por alguns de filosofia clássica⁶. O ensino escolástico notabilizou-

⁶ DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*, 5ª ed., tradução de Antônio José Brandão, Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 64. Assim descreve o professor da Universidade de Roma: “Com a Filosofia Escolástica verifica-se parcial regresso à Filosofia Clássica. Na Segunda Metade da Idade Média, diversas obras, especialmente da Filosofia Grega, que no obscuro período anterior tinham sido perdidas ou ignoradas, foram novamente descobertas e postas em lugar de honra. Todavia, foram estudadas com método dogmático e no intuito particular de as conciliar com os dogmas religiosos. É este o carácter fundamental da Filosofia Escolástica”.

se por seu caráter dogmático, ou seja, desenvolvendo teorias religiosas mediante análises racionais. Assim, a razão é o substrato principal da dogmática escolástica e é sob tal concepção que o homem pode descobrir o verdadeiro caminho da fé.

2.2. O Método de Ensino Escolástico

O método escolástico de ensino universitário compreendia quatro (04) fases distintas e fundamentais: a) a “lectio” ou leitura de um texto indicado pelo maestro; b) a “quaestio” ou elaboração de um problema; c) a “disputatio” ou discussão do tema contido no texto indicado, com formulação de teses distintas; d) a “determinatio” ou decisão intelectual ou solução do problema. O domínio desse método de ensino forma o escolástico, ou seja, um criador de problemas que exercita sua reflexão e adota uma postura apta a resolver o problema criado. Baseia-se para isso na lógica ou nas diversas formas de silogismo.

A conjugação da fé com a razão realizada por Santo Tomás de Aquino não é senão consequência também de sua formação escolástica, isto é, a lógica e o racional como pressupostos da resolução de problemas e dúvidas. Não é difícil perceber o porquê da resistência inicial da Igreja tradicional européia em relação à escolástica e aos seus precursores. É que a razão e a lógica poderiam pôr em discussão ou em dúvida os dogmas então reinantes da infalibilidade papal e da ciência como acessório da teologia.

3 – RESGATE DE ARISTÓTELES. CONCILIAÇÃO ENTRE FÉ E RAZÃO

3.1. Estado, Ciência e Deus

O século XIII foi marcado, como dito, pelo surgimento e apogeu das Universidades. Nesta época, foram criadas as universidades de Paris, Cambridge, Nápoles, Salamanca e Coimbra. A ciência e a teologia tiveram novo incremento. Até então, a ciência era como um ramo dependente dos princípios teológicos, assim como a doutrina do Estado, conforme realça *Del Vecchio*⁷.

⁷ DEL VACCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*, op. cit., p. 60. Segundo o eminente professor da Universidade de Roma, ao tratar da filosofia da Idade Média, “a doutrina cristã produziu efeitos e ganhou influências notáveis sobre a Política e as ciências que se lhe referem. Um primeiro efeito, de natureza metodológica, consistiu na aproximação do Direito da Teologia. Se o mundo é governado por um Deus pessoal, logo se vem a considerar o Direito como emanado de uma ordem divina e o Estado como instituição divina”.

Na Europa só se conhecia e praticava a doutrina de Platão, ou seja, o ideal do sentimento e da vontade como pressupostos únicos para chegar-se à fé. Para se ter fé e acreditar na existência de Deus, era necessário somente o sentimento e a vontade. Acreditar em Deus não era mais que querer que Ele existisse. A vontade era o fator determinante da crença em Deus, do que resultava o Estado, o Direito e a ciência. Em outras palavras, Deus existia a partir do momento em que se acreditasse na sua existência, sendo bastante a vontade de O querer existente. Entre os séculos IX e XII o maior precursor desses ensinamentos foi Santo Agostinho, de quem Tomás de Aquino foi discípulo até certo ponto.

Coube a Alberto Magno e a Tomás de Aquino alterar essa fisionomia, especialmente com o resgate de Aristóteles e o estabelecimento do modo de ensino escolástico.

Para Tomás de Aquino, a explicação da existência de Deus e, por via de consequência, do Estado, do Direito e da ciência, não advém da vontade, do mero sentimento, mas da razão, ou seja, do que se observa do mundo exterior no qual habitam os homens. Era a consagração da razão como pressuposto da fé e da prova da existência de Deus. E a razão não é senão resultado do intelecto, da sabedoria e do conhecimento adquirido pelo homem estudioso. Em suma, a prova da existência de Deus está no próprio mundo e não numa dimensão metafísica.

O primeiro Concílio Vaticano reafirmou os princípios proclamados por Santo Tomás de Aquino sobre a relação entre a fé e a razão, considerando, em primeiro lugar, que a fé pode ser explicada pela razão humana. A razão isolada, entretanto, não basta para guiar os homens, porque necessita da revelação para aperfeiçoar-se. Assim, fé e razão não são virtudes opostas, mas complementares, não obstante possuam conceitos próprios. Em segundo lugar, é a fé que conduz à razão perfeita, ou seja, a fé impede o homem de conduzir-se com base em uma concepção errada da razão. Em suma, a razão deve servir à causa da fé e é a fé que dota o homem da utilização correta da razão.

Tomás de Aquino formulou cinco teorias capazes de comprovar a existência de Deus, teorias estas conhecidas por “cinco vias”. A principal teoria que nos parece cientificamente irrefutável é a da origem das coisas. Para o aquinatense, nenhuma coisa ou pessoa pode surgir do nada. Se o nada é algo inexistente, então nós e as coisas não podemos ter existido a partir desse mesmo nada. Há assim um “primeiro motor”, ou seja, algo de uma nobreza, sabedoria e dimensão tão elevada e perfeita que por si só foi capaz de dar origem a tudo o que hoje se encontra na face da terra. E esse “primeiro motor” não pode ter sido criado por alguém ou algo anterior a Ele, porque tal primeiro motor é Deus em uma concepção grandiosa tal que a mente humana é incapaz de conceber algo maior,

mais perfeito e mais elevado. Isto significa que se a mente humana conseguir idealizar, imaginar algo superior a esse “primeiro motor”, esse tal “primeiro motor” deixará de ser Deus, porque, agora, Deus é exatamente aquela nova dimensão imaginada pela mente humana e que supera em grandeza e perfeição a primeira noção que a mesma mente humana teve do então “primeiro motor”. Assim, repete-se, Deus está num padrão tão elevado que a mente humana não consegue defini-lo precisamente, senão como algo sobre o que nada pode ser mais elevado. O “primeiro motor”, pois, é tudo o que deu origem a todas as coisas a partir do nada. Nesse caso, o nada sucumbe diante de algo mais elevado e magnânimo, este que é exatamente Deus.

3.2. Direito Natural: Supremacia sobre as Leis Humanas

A doutrina de Tomás de Aquino acerca do Direito e do Estado é inovadora e constitui as bases do jusnaturalismo. Segundo ele, Deus está no ápice de todas as coisas, de forma que tudo o que está no mundo resulta direta ou indiretamente d’Ele. Porém, Deus concedeu ao homem livre arbítrio para desenvolver e organizar sua vida, sendo autorizado para isso porque a natureza humana está voltada para a promoção do bem e para a justiça. Assim, é o homem autorizado a definir o que é o Direito, o que é a Justiça e como deve conduzir-se o Estado. Não obstante, consoante dilucida Bobbio⁸, o homem deve pautar-se nos princípios divinos e nas leis da natureza (Direito Natural), sem o que a lei humana é inválida, podendo ser desobedecida. É como se Deus tivesse editado uma regra geral superior, incumbindo ao homem, todavia, “regulamentar” essa regra geral, considerando as premissas

⁸ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito*, tradução de Márcio Pugliesi, São Paulo: Ícone, 1995, p. 20. Chamando Santo Tomás simplesmente de “filósofo”, ensina o saudoso professor italiano: “*A lex naturalis é definida pelo filósofo como participatio legis aeternae in rationali creatura. A lex humana, continua ele, deriva da natural por obra do legislador que a põe e a faz valer, mas tal derivação pode ocorrer segundo dois diferentes modos, ou seja, per conclusionem ou per determinationem; a) tem-se a derivação per conclusionem quando a lei positiva deriva daquela natural segundo um processo lógico necessário (como se fosse a conclusão de um silogismo): por exemplo, a norma positiva impeditiva do falso testemunho deduz-se da lei natural segundo a qual é preciso dizer a verdade; b) tem-se a derivação per determinationem quando a lei natural é muito geral (e genérica), correspondendo ao direito positivo determinar o modo concreto segundo o qual essa lei deva ser aplicada; por exemplo, a lei natural estabelece que os delitos devem ser punidos, mas a determinação da medida e do modo de punição é feita pela lei humana. É essencialmente em relação a esta segunda categoria que Santo Tomás afirma ter a lei humana vigor apenas por força do legislador que a põe (‘vigorem legis ex sola lege humana’)*”.

básicas da norma superior⁹. Desta forma, é o homem apto a dizer em que consiste o Direito, a Justiça e como deve ser o Estado. E isso o homem faz através da razão terrena, do que se extrai da natureza do mundo exterior. Deus deu ao homem a prerrogativa de estudar e definir aquilo que se concebe como Justiça, Direito e Estado em geral. Há, entretanto, uma ordem natural da qual o homem não se pode divorciar. São princípios elementares extraídos das leis da natureza que, por sua perfeição e harmonia, não podem ser ignoradas pelo homem ao editar as leis humanas¹⁰.

A Suma Teológica, obra máxima de Tomás de Aquino, contém uma série de tratados, questões, artigos e argumentos que dão autoridade superior ao Direito Natural, em face do qual o homem não pode desviar-se quando da criação das leis humanas. Os postulados da igualdade estão sempre em destaque nesse aspecto. A igualdade, porém, não é aquela preconizada por Platão, que a definia como algo absoluto, mecânico. A igualdade, para fins de aferição do justo e do bom, é a igualdade proporcional, isto é, aquela formulada por Aristóteles, ou seja, dar a cada um o que lhe é devido na proporção dos méritos e deméritos dos respectivos beneficiários.

Importante também o pensamento de Santo Tomás referente ao trabalho e ao salário. Segundo ele, o trabalho jamais poderá deixar de merecer o devido salário. Se o homem executou seu trabalho, a ele se deve pagar o correspondente e justo salário. Salário devido pelo trabalho é princípio básico da natureza dos homens, de

⁹ Escrevemos que Santo Tomás idealizara tal relação entre lei natural e lei humana a partir da noção de justiça social, isto é, a justiça social é uma premissa de autoridade, cabendo aos homens atuar como agentes de execução dessa premissa (Cf. *Controle Difuso de Constitucionalidade em Matéria Trabalhista. Uma Abordagem sob o Prisma do Princípio da Igualdade*, São Paulo: LTR, 2003, p. 72-73).

¹⁰ Del Vecchio assim sintetiza a relação entre as leis da natureza e as leis humanas: “O fundamento da doutrina jurídica e política tomista é a admissão de três categorias de leis: Lex aeterna, Lex naturalis e Lex humana. A primeira é a própria razão divina, governadora do mundo – ratio divinae sapientiae – de ninguém conhecida inteiramente em si, mas da qual o homem pode obter conhecimento parcial através das suas manifestações (legem aeternam nullus potest cognoscere, secundum quod in se ipsa est, nisi Deus, et beati, qui Deum per assentiam vident – S. T. 1. 2ae. q. 93, art. 2º). A lex naturalis, porém, já é directamente cognoscível pelos homens por meio da razão, pois consiste em uma participação da criatura racional na lei eterna, de harmonia com a própria capacidade: lex naturalis nihil aliud est quam participatio legis aeternae in rationali creatura, secundum proportionem capacitatis humana naturae (ib. q. 91, arts. 2º e 4º). A lex humana é, por último, invenção do homem, mediante o qual, utilizando-se os princípios da lei natural, se efectuam aplicações particulares dela (ib. q. 91, art. 3º: q. 95, art. 2º)”. (Cf. *Lições de Filosofia do Direito*, op. cit., p. 64-65). De registrar-se que os escritos de Santo Tomás na Suma Teológica são feitos por meio de questões (“q.”), estas divididas em artigos (“arts.”). É o método escolástico de ensino e escrita.

forma que as leis humanas jamais poderão negar o salário devido pelo trabalho executado pelo homem. Deve-se entender, no entanto, que a expressão primitiva “salário” possuía uma dimensão genérica, concentrando qualquer forma de pagamento devido pelo desempenho do trabalho¹¹. Incluem-se, pois, segundo entendemos, o que hoje se concebe também por indenizações.

Não é à toa que a doutrina de Santo Tomás de Aquino influenciou e ainda influencia grandemente o pensamento jusfilosófico dos dias que correm¹².

4 – ESTADO, DIREITO E MONARQUIA

4.1. Predomínio do Humanismo

Já dissemos que a doutrina de Santo Tomás sofrera grande influência da filosofia de Aristóteles. Assim, conhecia muito bem a famosa expressão aristotélica segundo a qual “o homem é um animal político”. Entretanto, não se deve concluir que Santo Tomás era mero comentador de Aristóteles. Seu estudo sobre a sociedade, o Direito e o Estado teve o condão de aperfeiçoar os ensinamentos do estagirita. Por esta razão seu estudo sobre o Direito e o Estado também concebe inovações tendo como norte as idéias básicas de Aristóteles, consideradas muito bem elaboradas por Santo Tomás.

No tocante à noção de Estado, Santo Tomás leciona que o homem é anterior ao Estado. Os direitos fundamentais e as liberdades dos cidadãos não são bens que se devam impor pela vontade da maioria ou como favor do Estado. Tais bens existem por uma questão racional, isto é, está na natureza do homem racional. Não obstante, o exercício desses direitos e liberdades fundamentais somente é possível por meio do Estado, de modo que nele (no Estado) o homem é capaz de encontrar segurança jurídica e felicidade. O Estado, por sua vez, se serve do Direito para estabelecer e

¹¹ A concepção do pagamento do salário ao trabalhador como princípio da lei natural é encontrada no Tratado da Justiça, Questão 57, Artigo 1 (Suma Teológica). A estrutura da Suma Teológica baseia-se numa divisão ordenada. Contempla os tratados, que se dividem em questões. As questões, por sua vez, se dividem em artigos que, finalmente, dividem-se em argumentos. Suas qualidades estruturais são: ordem, clareza, brevidade (“suma”) e, ao mesmo tempo, profundidade.

¹² Comenta Pedro Santidrián que a doutrina de Santo Tomás de Aquino é hoje considerada a base de toda a doutrina da Igreja Católica, razão pela qual é também chamado “Doutor da Igreja”. É, assim, a doutrina oficial da verdadeira Igreja de Deus. Prova bastante da atualidade da doutrina tomista está na chamada escola neotomista, que segue se desenvolvendo como um dos movimentos filosóficos mais importantes da atualidade (Cf. *Tomás de Aquino*, op. cit., p. 127-135). Não é raro encontrar-se também no Brasil universidades que constituem centros destinados ao estudo sistemático da doutrina de Santo Tomás de Aquino.

organizar suas relações com os indivíduos. O Estado, pois, não é um fim em si mesmo, mas uma entidade a serviço do bem comum e do homem, haja vista que o homem é anterior ao Estado. Os cidadãos devem ser educados pelo Estado com o objetivo de alcançarem a felicidade. Certo que o Estado nasce também das necessidades da vida. Porém, seu fim último é tornar a vida dos homens feliz através da promoção do bem comum.

4.2. A Monarquia

No tocante às formas de governo, Santo Tomás elege a monarquia como a mais perfeita e adequada. Não se trata obviamente da monarquia absolutista, mas é ela (a monarquia) considerada sob o prisma teológico. *Pedro Santidrián* considera que o modelo de domínio papal do século XIII (o Papa possui autoridade superior à dos Reis) exercera influência sobre Santo Tomás no particular¹³. Além disso, sustenta o mesmo autor, o modelo feudal que marcou toda a Idade Média tinha na monarquia o ideal de forma de governo.

5 – ÉTICA E MORAL

5.1. Observação da Natureza

Como teólogo e filósofo, Santo Tomás de Aquino não poderia deixar de pronunciar-se sobre a ética e a moral. É que a concepção divina das coisas do mundo e do procedimento dos homens tem alicerce nos postulados do justo e do bem, sendo a ética e a moral virtudes conseqüentes desses postulados.

Para Tomás de Aquino, especialmente diante do que escrevera na segunda parte da *Suma Teológica* (II-II), os princípios éticos e morais são virtudes emergentes da observação da natureza. É dizer que a natureza, com sua dinâmica em permanente harmonia, é a base da ética e da moral. A harmonia natural das coisas da natureza desenha, no plano empírico, o que se pode vislumbrar e entender por ética e moral. Assim, a ética e a moral são expressões da lei natural, ou ainda “la recta razón de la conducta humana”¹⁴. São virtudes tão límpidas que não podem ser desconhecidas

¹³ SANTIDRIÁN, Pedro. **Tomás de Aquino**, op. cit., p. 108. São suas as palavras: “Qué decir de las formas de Estado o de Gobierno de la sociedad? Como Aristóteles, estudia las distintas formas que puede adoptar: monarquía, aristocracia, república, oligarquía, democracia. Hombre, al fin, de su tiempo, se pronuncia por la monarquía. Tiene de ella un sentido teocrático, no absoluto y despótico. Sin duda, es muy inmediato a él el marco de una sociedad feudal – como vimos en el capítulo I – del que no puede prescindir. Decisivo es el ejemplo de la monarquía papal”.

¹⁴ Realça Santidrián que ética e moral “son conocidos por todos los hombres e no se pueden borrar de sus corazones. Obligan a todo ser racional, ya que constituyen la recta razón de la conducta humana. Son el núcleo fundamental de la conciencia” (Cf. **Tomás de Aquino**, op. cit., p. 106).

do homem, designadamente porque a natureza do homem (este feito criatura de Deus) é voltada para o bem.

5.2. Alicerce da Felicidade

A obediência dos princípios éticos e morais é o alicerce da felicidade. E a felicidade é o objetivo primeiro do homem e motivo para o que foi criado. Sendo a ética e a moral virtudes conseqüentes da lei natural e, esta, por sua vez, conseqüência da lei eterna, tem-se que é a fé em Deus que conduz o homem a primar pelos princípios éticos e morais. Como assinala mais uma vez *Pedro Santidrián*, para Tomás de Aquino a ética é conduta cristã, isto é, do viver cristão. Somente com a fé em Deus é que conheceremos melhor as leis da ética e da moral. Todavia, a fé não é algo oriundo do mero sentimento, mas da razão revelada pelo conhecimento científico.

6 – O TOMISMO NA ATUALIDADE

6.1. Escola do Pensamento Jusfilosófico

A doutrina de Santo Tomás de Aquino, voltada, como visto, para conciliar a fé com a razão, ou, mais especificamente, devotada a harmonizar a religião com a ciência, é o fundamento principal da doutrina cristã católica e se mantém atual até os dias de hoje.

Nenhum estudo mais substancial tem conseguido refutar frontalmente a propriedade da obra teológico-filosófica de Santo Tomás. Não é de se olvidar, entretanto, como lembra *Helena Diniz*, alguns estudos realizados por filósofos mais recentes para desenvolver a doutrina tomista do Direito Natural, a exemplo das experiências realizadas por Del Vecchio, Rudolf Stammler, Jacques Leclercq, dentre outros¹⁵. Tais estudos partem sempre do pressuposto das verdades básicas

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 44-45. Ao ressaltar as idéias de Stammler e Del Vecchio a respeito do moderno jusnaturalismo, escreve a autora: “*Rudolf Stammler procurou fazer uma teoria geral do direito natural de conteúdo variável, rejeitando o direito natural material baseado na natureza humana, enaltecendo o método formal, para sistematizar uma dada matéria social, em cada momento histórico, no sentido de um direito justo (...). Giorgio del Vecchio também procurou restaurar o jusnaturalismo, não no sentido de propugnar uma volta pura e simples às concepções clássicas, mas de dar-lhe uma nova base idealista depurada, procurando tornar compatíveis os vários materiais histórico-condicionados com a pureza formal do ideal do justo, permanente e imutável*”.

emergentes dos estudos de Santo Tomás. Veja-se que mesmo alguns positivistas clássicos, como Bobbio e Kelsen, demonstram certa ambigüidade quando pretendem questionar a superioridade do Direito Natural sobre o direito positivo. Consideramos que tal ambigüidade está em que os princípios de justiça e equilíbrio emergentes do Direito Natural são manifestação do próprio sentido da natureza humana, não podendo ser negados pelas regras do direito positivo. Quando se diz que o direito positivo é também justo, independentemente, por isso, do Direito Natural, há sempre uma certa dúvida (senão estranheza) quanto a possibilidade de se admitir que a lei positiva está autorizada a atribuir ou negar certo bem da vida a alguém de maneira divorciada do que em nossa alma consideramos por justo, isto é, alheio ao que naturalmente reputamos como correto. Por isso, a natureza das coisas põe sempre em descrença algum artifício criado pelo homem (a exemplo da lei positiva) que se destina, direta ou indiretamente, a alterar ou desconstituir o equilíbrio natural das coisas.

6.2. Doutrina Oficial da Igreja Católica

Leciona *Antônio Rezende* que a perfeita conciliação entre fé e razão realizada por Santo Tomás de Aquino representa até hoje a doutrina oficial da Igreja Católica, sobretudo em matéria de fé¹⁶. Várias encíclicas o confirmam. Leão XIII, em sua “*Aeterni Patris*” (1879), determinou a conversão dos princípios, métodos e teses de Santo Tomás em filosofia corrente nas escolas e centros eclesiais. Assim é que a filosofia racional passara a ser ministrada “*ad angelici doctoris rationem, doctrinam et principia*”, conforme preleciona *Hirschberger*¹⁷.

O Papa Pio X, em várias epístolas (a exemplo de “*Pascendi Dominici Gregis*”, de 1907), reitera as indicações de Leão XIII sobre os estudos de Santo Tomás no contexto da doutrina cristã católica.

Paulo VI em sua “*Culmen Ecclesiae*” ressalta o reconhecimento de Santo Tomás como Mestre o Doutor universal da Igreja Católica, em razão da conjugação das qualidades de homem cientista e homem cristão em que se converteu a um só tempo.

¹⁶ REZENDE, Antônio. *Curso de Filosofia*, 12 ed., Rio de Janeiro: Zeher, 2004, p. 96. O autor revela que a resistência inicial da Igreja Católica a respeito do pensamento de Santo Tomás foi paulatinamente desaparecendo à medida em que o alto clero percebeu a propriedade e a perfeição da doutrina tomista.

¹⁷ HIRSCHBERGER, Johannes Lawrence. *Historia de La Filosofia*, vol. II, Barcelona: Ed. Herder, p. 130.

Mais recentemente, o Papa João Paulo II escrevera as cartas encíclicas “Veritatis Splendor” e “Sollicitudo Rei Socialis”, nas quais menciona expressamente os ensinamentos de Santo Tomás em questões de fé, verdade da revelação e no tocante a postulações sociais.

6.3. Ícone da Filosofia do Direito

No campo da Filosofia do Direito não se pode olvidar da influência da doutrina de Santo Tomás de Aquino. Sua importância e respeitabilidade como fonte acadêmica em lições de teoria geral do Direito são uma constante nas escolas jurídicas e filosóficas contemporâneas. Nas universidades de todo o mundo, inclusive no Brasil, a fé e a razão segundo o pensamento de Santo Tomás continua a merecer prestígio e lugar de destaque, designadamente quando se trata da demonstração da relação do Direito Natural com o direito positivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito*, tradução de Márcio Pugliesi, São Paulo: Ícone, 1995.
2. CHESTERTON, Gilbert Keith. *Santo Tomás de Aquino*, Navarra: Ediciones Universitarias, 1999.
3. DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*, 5ª ed., tradução de Antônio José Brandão, Coimbra: Armênio Amado, 1979.
4. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
5. DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*, vol. I, São Paulo: Saraiva, 1998.
6. HIRSCHBERGER, Johannes Lawrence. *Historia de La Filosofia*, vol. II, Barcelona: Ed. Herder.
7. NUNES, Cláudio Pedrosa. *Controle Difuso de Constitucionalidade em Matéria Trabalhista. Uma Abordagem sob o Prisma do Princípio da Igualdade*, São Paulo: LTR, 2003.
8. REZENDE, Antônio. *Curso de Filosofia*, 12 ed., Rio de Janeiro: Zeher.
9. SANTIDRIÁN, Pedro. *Tomás de Aquino*, Madrid: Ediciones Castell, 1991.
10. WEISHEIPL, James Athanasius, *Tomás de Aquino*, Navarra: Ediciones Universitarias, 1999.

NO INÍCIO É O CAOS. INTERPRETAR É PÔR EM ORDEM

JUIZ FRANCISCO METON MARQUES DE LIMA ¹

“El jurista-intérprete actúa, pues, como un demiurgo; aquel dios que, según Platón, transformó la materia pre-existente del caos, convirtiéndola en un cosmos ordenado, de conformidad con las ideas”. Vittorio Frosini - Teoría de la interpretación jurídica, p. 12.

Leio nas últimas notícias do TST, do dia 23.7.2004 que o Ministro Ives Gandra fala de falta de disciplina judiciária, ao julgar um caso em que um TRT teria deixado de aplicar o direito sumulado da Corte Trabalhista Superior. Leio em seguida notas da ANAMATRA repudiando a censura da atividade jurisdicional dos juízes.

Isto me fez refletir sobre o sonho multimilenar da busca da plenitude dos textos normativos. Aqui incluo as súmulas, pois se adjudicam a sua observância pelas instâncias inferiores, é porque autoproclamam seu caráter normativo. Pois bem, a súmula da jurisprudência, em tese, representa a síntese interpretativa da norma legal em dada situação fática, assumindo caráter de enunciado normativo.

Como os fatos são volúveis, as súmulas passarão a ser interpretadas... e novas súmulas serão editadas sobre a interpretação das primeiras. E assim, o texto normativo irá ficando distante do juiz de base. Este jurou fidelidade à Constituição e às leis; os juízes novos jurarão fidelidade à Constituição, às leis da República e às súmulas dos Tribunais Superiores; e os antigos terão que fazer novo juramento para agregar a fidelidade às súmulas?

De tanto ver o Congresso Nacional buscar a plenitude da norma escrita, de tanto ver os Tribunais Superiores editarem súmulas e precedentes, tentando fechar o cerco a propósito da interpretação da norma, enfim, de tanto ver a paranóia da busca da segurança jurídica pela via da plenificação da norma, resolvi reemasterizar uma passagem da introdução de minha Tese de Doutorado, editada sob o título *O resgate dos Valores na Interpretação Constitucional* (Fortaleza: ABC Editora, 2001), para atizar a imaginação, tendo em vista novas reflexões acerca da súmula vinculante,

¹ Doutor em Direito Constitucional pela UFMG, Mestre em Direito e Desenvolvimento pela UFC, Prof. da UFPI, Juiz do TRT da 22ª Região.

do dispositivo constitucional em gestação obrigando os juízes a aplicar as súmulas dos tribunais superiores e a censura comentada na epígrafe.

O liberalismo trouxe em sua bagagem o racionalismo, dentro do qual a idéia de que seria possível instituir um sistema normativo pleno, que proporcionasse segurança na proclamação do direito. O Direito seria tão-somente o manifestado nos textos normativos. A primeira Escola de interpretação desse direito pretensamente racional foi a Exegética, pela qual o juiz seria só a boca da lei, sem qualquer poder criativo. Foi um fiasco, repetindo frustrações anteriores, como veremos.

Com a reedição do Liberalismo clássico, agora cognominado de Neoliberalismo, o natural é que suas idéias de base aflorem, dentre as quais a pretensão de encurralar os julgadores na literalidade da norma jurídica.

Ora, o verdadeiro direito tem geração espontânea e está se contorcendo com alta frequência. Consequentemente, o direito formal moureja num estado de tensão que já raia ao conflitual, a exemplo do direito de propriedade imobiliária e das leis de economia, que hoje enfrentam, respectivamente, a invasão dos sem-teto e sem-terra, e a turba da informalidade, legitimados pela sociedade. Decorre, então, a necessidade de uma alternativa de direito que assegure o controle estatal das regulações fáticas praticadas pelos excluídos e marginalizados, o que não se confunde com o Direito Alternativo.

No Brasil, de fato, os Poderes são coniventes e dissonantes, antes de independentes e harmônicos, com atrapalhações simultâneas, onerando o erário: o Executivo dita, o Legislativo chancela e o Judiciário conforma-se. A verve legisferante do primeiro anestesia o segundo e torna inerme o terceiro, estonteando o cidadão na girândola da insegurança jurídica.

A tudo se quer corrigir pela lei. Ora, a crise do Brasil é de base moral, corrigível pela educação informativa e formadora. Aliás, o excesso de leis acusa uma degradação moral e ao mesmo tempo aguilhoa o fim dos valores. Com efeito, o desprezo dos valores conduz à textualização do que deveria decorrer apenas da consciência moral; por sua vez, a hipertrofia legal esvazia o dever moral e extenua a obrigação de consciência.

Cláudio Pacheco, após observar que as nossas Constituições são mais científicas do que históricas, mais racionais que vividas, anota que sempre recorreremos aos *“alívios enganosos, transitórios, mesmo decepcionantes, de constantes reformas e até mutações violentas, ao sabor do nosso ‘golpismo’ descendente e ascendente, que tem composto o nosso lastimável e até destrutivo nomadismo constitucional”*. E arremata: *“Precisamos, mais do que nunca, viver e até mesmo sofrer as nossas instituições e seus inevitáveis quinhões de erros e*

males...”. (*Tratado das Constituições Brasileiras*, pp. x e xi).

A avalanche de leis equivale a vazão normativo, estonteando a pessoa na voragem da incerteza e da insegurança, dado viabilizar toda espécie de saída (e de entrada) – condenatória ou absolutória –, respaldando caprichos do poder e delírios coletivos gestados no caldeirão de um cartazismo momentâneo.

Numa conduta pós-moderna típica, vivemos uma verdadeira hemorragia legislativa. Não há quem acompanhe a legislação. Até a Constituição de 1988, aos 15 anos já está sofrendo mais de 50 Emendas e mais de 500 PECs tramitam. Por isso, Otfried Höffe lembra a tese de Luhmann, segundo a qual, na modernidade, há a necessidade de uma constante positividade do Direito, através de uma “*institucionalização da aleatoriedade de modificação do direito*”. (*Justiça Política: fundamentação de uma Filosofia crítica do Direito e do Estado*, p. 145).

Assim, a enxurrada de preceitos de toda origem e espécie incita o cidadão a desdenhar do direito legal, pautando sua conduta pelas regras de sabedoria popular. Em consequência, o juiz de hoje é chamado a conferir juridicidade a fatos consumados. Por seu turno, as normas mal elaboradas brotam de acordos os mais variados, resultando ambíguas e lacunosas, como condição de aprovação e ao mesmo tempo fonte de poder. Daí a ironia de Bismark, de que não dormiríamos se soubéssemos como são feitas as leis e a lingüiça.

Por sua vez, o despreparo dos membros das Casas legislativas de nosso País, franqueia a que tecnocratas (mal) formados no estrangeiro conduzam a elaboração legislativa no interesse de grupos econômicos e sem preocupação sistêmica, ou mesmo de má fé. Esses técnicos são ironicamente denominados por Luiz Marcos Gomes de Chicago Boys)Sobre o Conceito de Neoliberalismo. Revista Princípios, agosto/outubro/95).

E, com certeza, todas as leis são aprovadas ao calor de circunstâncias momentâneas, ou sob comoção pública. Por sua vez, a concentração da competência legislativa na União, produzindo normas para aplicação linear sobre todo o território nacional, com diferenças regionais abissais, e a convivência dos textos antigos com o direito atual, suplicam o emprego de uma hermenêutica conciliadora dos diversos métodos interpretativos para um resultado racionalmente justificado.

Portanto, a atividade legislativa é empírica, e a interpretativa, científica. Assim, solto o texto na selva jurídica, o intérprete tem a responsabilidade de colocá-lo no seu devido lugar, depurá-lo e declarar-lhe as atribuições no plexo sistêmico, imprimindo, assim, coerência ao sistema jurídico. Pois, afinal, lembra Pasqualini, “*são os intérpretes que fazem o sistema sistematizar e, por conseguinte, o significado significar*”.

Numa alegoria, comparam-se os comandos normativos com formas: cada

fato é primeiro identificado com uma delas, apenas por aproximação, pois nenhum vem na exata dimensão e configuração geométrica (ato de cognição). Diante de tantas formas próximas umas das outras, o fato cai na penumbra de ser enquadrável em várias delas (1º momento de valoração). Feita a escolha do caixilho, por aproximação, segue-se o trabalho de lapidação, para o exato encaixe (2º momento de valoração do fato).

A crença na racionalidade modelar da sociedade pela força dos preceitos germinou as aversões à interpretação. Neste sentido, o *Corpus Juris Civilis* previa severas sanções para quem o interpretasse. § “Assim, quem quer que seja que tenha a ousadia de editar algum comentário a esta nossa coleção de leis... seja cientificado de que não só pelas leis seja considerado réu futuro, como também de que o que o réu tenha escrito se apreenda e de todos os modos se destrua”. (*Apud* Rubens Limongi França, *Hermenêutica Jurídica*, p. 4). Acercou-se de todas as garantias contra a interpretação que não fosse a do próprio Monumento Jurídico. Assim, no Digesto ou Pandectas, compilou fragmentos dos principais juristas romanos de até três séculos anteriores. Qualquer dúvida, eles responderiam. Era o tribunal dos mortos.

Mas a força da realidade produziu as glosas – breves anotações à margem dos textos – depois, as pós-glosas... (LOSANO, Mario G. *Los Grandes Sistemas Jurídicos*, pp. 58- 66).

Um milênio depois, Justiniano revela a Dante em sonho: “*suprimi das leis o excessivo e o inútil*”. (Divina Comédia, Paraíso, VI e XIII).

Napoleão incorreu na mesma utopia ao pretender um Código Civil completo, a ponto de Bugnet dizer: “*No conozco el derecho civil, no enseño más que el Código de Napoleón*”. No mesmo sentido, manifestou-se Demolombe: “*Mi divisa, mi profesión de fe, es también los textos antes que nada! Publico un curso de Código de Napoleón; mi objeto es, por tanto, interpretar, explicar el Código de Napoleón mismo, considerado como ley viva, como ley aplicable y obligatoria; y mis preferencias por el método dogmático no me impedirán el tomar por fundamento siempre los artículos mismos de la ley*”. (*Apud* Francisco Geny, *Método de Interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo*, p. 27).

Frederico, o Grande, fez para a Prússia um Estatuto Civil com dezesseis mil artigos e ainda acercou-se de garantia contra os juízes: em caso de dúvida, o problema devia retornar a uma Comissão de Estatuto criada para esse fim. Se o juiz fosse surpreendido na atividade interpretativa, seria severamente punido. Foi a maior experiência de tentativa de plenitude normativa. Entretanto, “*tanto el Código de Frederico, como su ordenamiento e su prohibición de interpretación judicial se consideran fracasos*” (MERRYMAN, John Henry. *La tradición Jurídica romano-canónica*, p. 74.). Logo, quanto mais regulamentação, mais lacunas.

Os exegetas do Século passado tentaram pôr o juiz na camisa de força da literalidade legal. Não deu certo, porque os fatos se rebelaram contra os códigos, alimentando as correntes sociológicas do direito e a construção de uma hermenêutica mais aberta, chegando aos extremos do Direito Livre de Kantorowicz e às decisões de equidade do Bom Juiz Magnaud. Este inovou o direito do final do Século XIX ao admitir a responsabilidade objetiva, reconhecer direitos sociais aos trabalhadores e condenar empresas por acidente de trabalho, causando estupefação. Agora, como deputado, verbera:

O Tribunal de Château-Thierry não violou lei alguma (...). Ah! o que ele violou, por exemplo, foi a jurisprudência... Eu nunca me substituí à lei, repito; com o que não me conformei foi com as jurisprudências estabelecidas, e estabelecidas de tal forma que são tidas como a própria lei - eis tudo. (Eduardo Espíndola e Espíndola Filho. Tratado de Direito Civil Brasileiro, vol. IV - O Método Positivo na Interpretação e na Integração das Normas Jurídicas. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1940, p. 200).

E a proibição de interpretar não deu certo, porque há muito mais direito por detrás, dentro, ao lado, acima e à frente do texto da lei, muitos pressupostos fáticos efervescem e evoluem na e da montanha russa social – dos grandes guetos aos pequenos burlgos, do sobrado ao mocambo.

Ademais, como há muito se diz, a lei é mais sábia que o seu autor. É comparável ao bicho da seda, nasce lagarta e voa como borboleta nas asas da criatividade do intérprete.

UM OLHAR CRÍTICO SOBRE A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

JUIZ PAULO HENRIQUE TAVARES DA SILVA.¹

1 – INTRODUÇÃO

A ciência move-se pela polêmica. Sem esse exercício dialético não há evolução técnica ou, no nosso caso, o desenvolvimento das ferramentas lógicas para a aplicação do direito positivo. E o direito processual civil sempre foi solo fecundo para as divergências de pensamento, desde o célebre embate, ainda em meados do século XIX, entre Theodor Muther e Bernard Windscheid, acerca do conceito e atualidade da *actio romana*, que lançou as bases para a autonomia científica desse ramo do direito.

Atualmente, trava-se acalorado debate acerca da coisa julgada material. Fala-se em “relativização” do instituto, face os imperativos da justiça, que suplantam mesmo o princípio da segurança jurídica, tantas vezes defendido noutras épocas. Por outro lado, aponta-se que o princípio da soberania do julgado não tem o condão de sobrelevar-se sobre todos os demais cânones constitucionais, razão pela qual, caso alguma decisão tenha se descurado da norma maior, sequer teria existência jurídica, podendo ser atacada a qualquer tempo por simples ação anulatória. Cuida-se da recentemente nomeada “coisa julgada inconstitucional”, que ganhou ênfase especial graças a Medida Provisória n. 2.180-35/2001, que introduziu um parágrafo único no art. 741 do CPC, e o § 5º, no art. 884 da CLT, expressamente consignando a inexibilidade dos títulos executivos judiciais que contrariassem norma declarada inconstitucional.

Pretendemos dar aqui nossa humilde contribuição ao desenvolvimento desse tema, tentando divisar o que realmente pode ser entendido como uma tentativa de flexibilizar a proteção ao julgado, daquilo que aparentemente não procede assim.

2 – A COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

A insurgência quanto ao caráter imperativo da coisa julgada em nosso país nasceu em duas frentes.

¹ Juiz Titular da Vara do Trabalho de Taperoá-PB, Mestre em Ciências Jurídicas pela UFPB, Professor Adjunto do UNIPÊ

De um lado, os tribunais depararam-se com uma série de decisões definitivas e transitadas em julgado estabelecendo valores indenizatórios manifestamente absurdos em ações desapropriatórias, bem como, e aí mais grave, a contestação de decisões relativas à filiação, proferidas em épocas anteriores ao uso do exame de DNA, que se contrapunham à realidade científica, submetendo os prejudicados a situação de manifesta injustiça.

Justamente analisando o conteúdo de inovadoras decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, que simplesmente descon sideraram a coisa julgada ante os imperativos da justiça, o Min. José Augusto Delgado, em célebre palestra proferida no I Simpósio de Direito Público da AGU, 5ª Região, em dezembro de 2000, intitulada “*Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*” (In: NASCIMENTO, 2004, p. 60-61), sumariou a dimensão do problema nos seguintes termos:

[...] a) o princípio-força da coisa julgada é de natureza relativa; b) a coisa julgada não pode sobrepor-se aos princípios da moralidade e da legalidade; c) o Poder Judiciário, ao decidir a lide pelos juízes que o integram, cumpre missão estatal de natureza absoluta, com função destinada a aplicar, de modo imperativo, as estruturas que sustentam o regime democrático; d) a sentença judicial, mesmo coberta com o manto da coisa julgada, não pode ser veículo de injustiças; e) o *decisum* judicial não pode produzir resultados que materializem situações além ou aquém das garantidas pela Constituição Federal; f) a carga imperativa da coisa julgada pode ser revista, em qualquer tempo, quando eivada de vícios graves que produza conseqüências que alterem o estado natural das coisas, que estipule obrigações para o Estado ou para o cidadão ou para pessoas jurídicas que não sejam amparadas pelo direito; g) a regra do respeito à coisa julgada é impositiva da segurança jurídica, porém, esta não se sobrepõe a outros valores que dignificam a cidadania e o Estado Democrático; h) a garantia da coisa julgada não pode ser alterada pela lei para prejudicar, em homenagem ao princípio da não-retroatividade; i) os fatos apurados pela sentença nunca transitam em julgado, por a decisão referir-se a eles com as características de tempo, modo e lugar como foram apurados; j) a coisa julgada não deve ser via para o cometimento de injustiças, de apropriações indébitas de valores contra o particular ou contra o Estado, de provocação de desigualdades nas relações do contribuinte com o fisco, nas dos servidores com o órgão que os acolhe, porque a Constituição Federal não permite que a tanto ela alcance; k) em tema de desapropriação, o princípio da justa indenização reina acima do garantidor da coisa julgada; l) a sentença trântita em julgado pode ser revista, além do prazo para rescisória, quando a injustiça nela contida for de alcance que afronte a estrutura do regime democrático por conter apologia da quebra da

imoralidade, de ilegalidade, do respeito à Constituição Federal e às regras da natureza; e m) a segurança jurídica imposta pela coisa julgada está vinculada aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que devem seguir o ato judicial.

Também é partidário fervoroso da tese da relativização o professor Candido Rangel Dinamarco. Em seu artigo “*Relativizar a coisa julgada material*” (REPRO, 109, 2003, p. 13), afirma: “[...] um óbvio predicado essencial à tutela jurisdicional, que a doutrina moderna alcandora e realça, é o da *justiça das decisões*. Essa preocupação não é apenas minha: a doutrina e os tribunais começam a despertar para a necessidade de repensar a garantia constitucional e o instituto técnico-processual da coisa julgada, na consciência de que *não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas*”.

No plano normativo, os partidários dessa nova vertente interpretativa da coisa julgada identificam como marco a Medida Provisória 1.984-17, de maio de 2000, que após sucessivas reedições passou a ser a de número 2.180-35/2001, introdutora de um parágrafo único no art. 741 do CPC (posteriormente também transposta para o art. 884 da CLT, na forma de um parágrafo 5º), dispondo ser inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.

Nesse particular, Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, em artigo nominado “*A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*” (In: NASCIMENTO, 2004, p. 98-99), chegam a afirmar:

[...] Da desconformidade do ato público, qualquer que seja ele, com a ordem constitucional decorre uma invalidade. O ato apresenta-se absolutamente nulo, de sorte que, a qualquer tempo e em qualquer juízo, essa nulidade poderá ser perquirida e declarada. A coisa julgada não tem, nessa ordem de idéias, força para afastar a nulidade decorrente da contradição estabelecida entre o comando sentencial e mandamento diverso constante da Constituição. No sistema de controle difuso vigente no Brasil, todo o juiz ao decidir qualquer processo se vê investido no poder de controlar a constitucionalidade da norma ou ato cujo cumprimento se postula em juízo.

No bojo dos embargos à execução, portanto, o juiz, mesmo sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, está credenciado a recusar execução à sentença que contraria preceito constitucional, ainda que o trânsito em julgado já se tenha verificado.

O que se deduz do texto do parágrafo único do art. 741 do CPC é que se torna inquestionável o dever de recusar a execução da sentença quando a norma legal que lhe serviu de fundamento já tenha sido declarada inconstitucional pelo

Supremo Tribunal Federal. Não caberá, portanto, ao juiz dos embargos recusar a interpretação a que chegou a Suprema Corte. A inexibibilidade do crédito exequendo será automática decorrência do pronunciamento de inconstitucionalidade do STF.

Não havendo, porém, esse dado vinculante, continuará o juiz dos embargos com o poder natural de reconhecer a inconstitucionalidade da sentença, se esta evidentemente tiver sido dada em contradição com a ordem constitucional. Aliás, o próprio texto do parágrafo único do art. 741 do CPC aponta para duas situações legitimadoras do reconhecimento da inconstitucionalidade, na espécie, ou seja: a) sentença fundada em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal; ou b) sentença que tenha aplicado ou interpretado lei ou ato normativo, de forma incompatível com a Constituição Federal.

Na segunda parte do dispositivo em exame, destarte, a inexequibilidade não se reporta ao prévio pronunciamento do STF, mas decorre de constatação feita diretamente pelo juiz dos embargos sobre o teor do título executivo judicial.

Em linhas gerais, eis aqui as bases dessa nova abordagem. Vê-se que se funda na soberania da Constituição Federal. A decisão judicial, como qualquer outro ato estatal, deve pautar-se pelo respeito incondicional aos valores e princípios consagrados na norma maior, além de ser uma inequívoca manifestação da justiça. Se assim não procede o julgador, não será a coisa julgada material porventura advinda no caso que irá coroar sua decisão com o manto da respeitabilidade incondicional. Sendo nula (embora alguns advoguem mesmo a idéia da inexistência), poderá ser atacada a qualquer tempo, mesmo superado o prazo para o ajuizamento da rescisória, através de uma ação declaratória, pela via dos embargos do devedor, por uma objeção de pré-executividade, mandado de segurança, podendo ser reconhecida, *ex officio*, por qualquer magistrado que tenha de dar efetividade ao comando sentencial.

Vale notar, segundo os partidários da novel vertente interpretativa, que o tratamento dado à coisa julgada pelo Constituição Federal é extremamente tímido, limitado à sua proteção por lei posterior que vise fazer *tabula rasa* do caso julgado. Toda a regulação do instituto é feita através de lei ordinária, portanto, no processo, sua aplicabilidade deve ser sempre feita com o uso dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

3 – ALGUMAS PREOCUPAÇÕES

Embora não queira receber a pecha de retrógrado, não posso deixar de externar algumas preocupações quanto ao tema. Nota-se um aumento gradual do nível de abstração quando se fala no relativismo da coisa julgada. Segundo vimos acima, em nome da supremacia dos comandos constitucionais, deixa-se de lado a

segurança jurídica, idéia consagrada nos ordenamentos jurídicos há muito tempo. Se levarmos ao limite as idéias acima elencadas, veremos que uma demanda pode se eternizar, posto que a superação de todas as possibilidades recursais e o manejo da ação rescisória já não são suficientes para pacificar as partes. Qualquer cidadão, em nome do princípio do acesso à jurisdição, estaria legitimado propor ainda outras medidas visando atacar o julgado primitivo, dentro ou fora da execução, sem qualquer limitação temporal. Isto é, ninguém poderia asseverar ter tido êxito em sua pretensão, a não ser que tivesse realizado uma composição com a parte adversa, vinculando herdeiros e sucessores!

Não há dúvidas que a jurisdição, a exemplo dos demais poderes estatais, deve quedar-se aos comandos constitucionais, ao materializar seus atos decisórios. Acontece que o traço decisivo que lhe distingue das outras atividades públicas diz respeito justamente a **definitividade** de suas decisões, imunizadas que ficam, ante o fenômeno da coisa julgada. Retirar essa característica é simplesmente modificar a essência da função judicante. E aí, pergunto: será que a garantia constitucional do acesso à jurisdição, também não implica em obter decisões que realmente levem a um patamar mínimo de segurança nas relações sociais?

É fato que o legislador constituinte não foi prolixo quanto ao tema da proteção da coisa julgada. Mas também no texto constitucional federal iremos encontrar expressa referência à ação rescisória nos tribunais (arts. 101, “j”, 104, “e”, 108, “b”).

Também não deixa de ser preocupante o tratamento que vem sendo dado ao denominado princípio da proporcionalidade, que nem mesmo se pode aceitar sem reservas a alegação de que ele detém o status de princípio constitucional. Como bem afirma Eros Roberto Grau (2002, p. 221), “nada há de novo na proporcionalidade e na razoabilidade, postulados que desde há muito, e independentemente da formulação dessas duas noções, vem o Poder Judiciário exercitando na interpretação/aplicação do direito, como se ambas estivessem contidas nas suas dobras (Ávila 1999/170)”. E arremata adiante: “Proporcionalidade e razoabilidade são, destarte, postulados normativos da interpretação/aplicação do direito, e não princípios”.

Assim sendo, embora compartilhe integralmente com os anseios de aprimorar a qualidade da prestação jurisdicional, repelindo decisões inconstitucionais e injustas, entendo ser necessário separar aquilo que é realmente inovador nessa vertente de pensamento. Se é que isso existe...

4 – O ALCANCE DA RELATIVIZAÇÃO

Diz o CPC que “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna

imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário” (art. 467).

Segundo a doutrina dominante, tal dispositivo espelha a adoção da teoria de Liebman acerca da coisa julgada. Segundo ela, é preciso distinguir, de logo, os conceitos de eficácia natural, conteúdo e efeitos da sentença (ou acórdão), além do que seria autoridade da coisa julgada.

Uma sentença, a exemplo de qualquer ato administrativo, deve ser apta a produzir alguma modificação no plano fático. Essa aptidão traduz o que seria sua *eficácia natural*. Do ponto de vista concreto, tal capacidade pode facilmente ser observada nos verbos contidos no comando sentencial (condeno, homologo, constituo etc.), revelando, assim, seu *conteúdo*. Transitada em julgado a sentença de mérito, será acrescido um *plus*, uma qualidade, ao conteúdo da sentença, qual seja sua *imutabilidade e indiscutibilidade*. Tão logo isso ocorre, forma-se o fenômeno que deriva a *autoridade* da coisa julgada, que somente se projeta, via de regra, *inter partes*.

Já os *efeitos*, que podem muito bem vir a prejudicar terceiros, não se sujeitam à imutabilidade (e indiscutibilidade) do comando sentencial, segundo bem adverte José Maria Tesheiner (2001, p. 74):

[...] Os efeitos da sentença, mesmo passada em julgado, não se destinam a perdurar indefinidamente. O efeito executivo da sentença condenatória exaure-se com a execução. A situação jurídica decorrente de sentença constitutiva é suscetível de modificação, por fato posterior.

Imutável, porém, é o conteúdo da sentença passada em julgado, mesmo em se tratando de relação continuativa. O condenado à prestação alimentar não pode pleitear a declaração judicial de que, já ao tempo da primeira sentença, nada devia a esse título.

Ocorre que o modelo acima traçado pode ser tido como um *perfil básico da coisa julgada*. Posto que, conforme já se disse acima, o tratamento da coisa julgada, em nosso sistema legal, nunca foi pormenorizado no texto constitucional, deixando-se para legislação ordinária sua regulação.

Atendendo-se às necessidades de cada bem a ser tutelado, nunca foi vedada a construção de outras alternativas. Isso porque, a coisa julgada é muito mais um instituto destinado à atenção das conveniências políticas do legislador, como observa Marcelo Abelha Rodrigues (2003, p. 337), que entende que aquilo que denominamos por relativização da coisa julgada, deveria ser chamado corretamente de *relativização da autoridade da coisa julgada*.

Tome-se por exemplo, o que ocorre nas ações para a defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Segundo o art. 103 do Código de

Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), os efeitos da coisa julgada podem ser *erga omnes* (tratando-se de direitos difusos ou individuais homogêneos) ou *ultra partes* (direitos coletivos). Ademais, nas situações descritas nos itens I e II daquela norma, não há que se falar em coisa julgada na hipótese de julgamento de improcedência por insuficiência de provas. Portanto, aqui o tratamento que se dá ao instituto é *secundum eventum litis*, numa tentativa clara de proteger o lado mais fraco da relação processual (*in utilibus*). E vale destacar que isso nada tem de novo, posto que a Lei n. 4.717/65, que regula a ação popular, já prescrevia em seu art. 18 que “a sentença terá eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

Vê-se, pois, que o próprio legislador ao construir procedimentos voltados à tutela de interesses específicos pode e deve alterar o *standart* da coisa julgada, consagrado nos arts. 467, 472 e 474 do CPC.

E isso ocorre até mesmo no próprio Código de Processo, quando se permite ao revel invocar nos embargos à execução fundada em título judicial a falta ou nulidade de citação no processo de conhecimento (art. 741, I, CPC). Decerto que seria um despropósito manter uma decisão causadora de prejuízo ao devedor e que violou os mais básicos cânones processuais. Mesmo assim, diga-se, não se trata de *sentença inexistente*, mas de um ato jurídico que surtirá seus efeitos até que haja a decretação do vício que o acomete, seja no curso da execução (via embargos do devedor), por ação declaratória ou mesmo mandado de segurança.

E quanto às modificações produzidas pela MP 2.180-35? Adianto que entendo serem perfeitamente ajustadas ao texto constitucional, justamente por representarem um mecanismo de respeito à coisa julgada.

Como já dissemos, a Constituição Federal veda que lei posterior prejudique a coisa julgada (art. 5º, XXXVI). Mas aquilo que, p. ex., o parágrafo único introduzido no art. 741 do CPC faz, é impedir que uma decisão isolada continue a dar vida a uma norma que foi considerada inconstitucional pela Corte Suprema pátria. Fato que não é novidade no direito alemão, como bem salienta Araken de Assis (In: Nascimento, 2004, p. 220): “[...] o § 79-2 da Lei do *Bundesverfassungsgericht* estabelece que, apesar de remanescerem íntegros os provimentos judiciais proferidos com base em lei pronunciada inconstitucional, torna-se inadmissível (*unzulässig*) sua execução, aplicando-se o § 767 da ZPO. Este parágrafo autoriza a oposição do executado (*Vollstreckungsgegenklage*) com base em exceções supervenientes ao trânsito em julgado”.

Evidentemente, colhe-se na inovação legislativa, até considerando-se a via pela qual veio mundo (medida provisória), manifesta intenção em proteger o erário público, fato que não pode tolher a força de disposição legal anterior, geradora de uma coisa julgada mais abrangente que a tradicional, encartada no parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/99, estatuinto que a “declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal” (grifamos). E mais, de regra, a decisão final na ADIn e na ADC tem eficácia *ex tunc*, admitindo-se proceder diferente somente por expressa decisão do STF, consoante dispõe o art. 27 da citada norma. Portanto, a vedação à execução do julgado calcado em norma inconstitucional, tendo em vista o disposto nestes artigos, já ocorreria a partir do momento em que fosse publicado o pronunciamento derradeiro da Corte Suprema. Tanto é assim que poderia o prejudicado, no nosso modesto entender, fazer uso, além das medidas já descritas anteriormente, da *reclamação* ao STF, consignada no art. 102, I, da CF.

Mas aquilo que fica evidente, mais uma vez, é a *vinculação da atividade judicial* à lei. Não é dado ao juiz o poder de reapreciar decisão protegida pela coisa julgada, a pretexto de teria ela violado texto fundamental, sem que o STF, seja em ADC ou ADIn, profira decisão em tal sentido, esclarecendo, inclusive, quais os limites temporais a serem observados quanto aos efeitos da decretação de inconstitucionalidade. Uma vez munido de tal decisão, aí sim, não só pode o magistrado, como tem o dever de observar a orientação superior.

Porém, ainda ficaria em aberto a questão alusiva ao acolhimento de exame de DNA que contenha resultado contrário à decisão quanto à filiação. Mais uma vez, percebe-se que já existe previsão legal regulando a matéria, aliás, de forma muito sábia. Não esqueçamos que o próprio sistema processual, ao tratar das relações ditas continuativas, a exemplo das ações de estado, traça um perfil da coisa julgada adequado ao caso, dotando-a de característica *rebus sic stantibus*, conforme preceitua o art. 471, I, do CPC. Decerto que quando da redação deste dispositivo o legislador não cogitou da situação decorrente da certificação pelo DNA, contudo, nada impede que num esforço exegético se possa enquadrar essa hipótese como geradora, através de uma ação revisional, de modificações quanto ao julgado primitivo que, na época em que foi proferido, calcou-se nos parâmetros de certeza disponíveis. Ademais, “como a todo intérprete, incumbe ao juiz postar-se como canal de comunicação entre a carga axiológica atual da sociedade em que vive e os textos, de modo que estes fiquem iluminados pelos valores reconhecidos e assim possa transparecer a realidade de norma que contém no momento presente” (DINAMARCO, 1994, p. 294).

Aqui, também, não encontramos grandes inovações, eis que o sistema legal, há muito permite que os efeitos da coisa julgada se ajustem a essas situações.

Outro campo que é muito lembrado quando se fala em flexibilização do julgado diz respeito às sentenças proferidas em lesão aos princípios constitucionais da moralidade ou legalidade, particularmente quando causadoras de vultosas indenizações contra o Poder Público.

Inexistem dúvidas que qualquer reparação a ser paga pelo erário é por todos compartilhada, posto que nós, cidadãos, é que arcamos com a conta. Porém, não se pode olvidar que a Fazenda Pública detém em todas as fases procedimentais inúmeros privilégios, que vão desde prazos mais alongados até, na maioria das vezes, remessas obrigatórias às instâncias superiores e execução diferenciada (via precatório). Mesmo superadas tais etapas, ainda pode o Poder Público invocar a presença de erros de cálculo que, sabidamente, não transitam em julgado (CPC, art. 463, I).

Não me convence a tese de que se possa suplantar a coisa julgada nessas circunstâncias, mesmo na fase de execução. Se houve um processo regular, com a participação do Ministério Público e superação de todas as etapas recursais, inexistem óbices à imunização do julgado. Note-se que ainda existe a possibilidade da promoção da ação rescisória com base na existência de dolo do vencedor ou conluio entre as partes com o intuito de fraudar a lei (CPC, art. 485, III).

Se mesmo assim persistir uma decisão violadora daqueles princípios constitucionais, que se promova uma ação autônoma com a finalidade de ressarcimento do erário, sem prejuízo das medidas tendentes à punição dos agentes públicos porventura envolvidos, em face da prática de improbidade administrativa, posto que a “*verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença*”, não faz coisa julgada (CPC, art. 469, II). E se a execução do julgado ainda estiver em andamento, poder-se-á até obter o sobrestamento da liberação dos créditos, com base na decisão que advirá da ação de responsabilidade posteriormente proposta, sem que isso signifique vulneração à coisa julgada, mas sim sustação dos *efeitos* decorrentes da decisão, procedimento hoje bastante comum nos pretórios brasileiros. E como dissemos acima, os efeitos não se submetem ao tratamento da coisa julgada.

Infere-se, assim, que em nenhum momento dentre aqueles apontados pelos arautos da “relativização”, a atividade judicial é unicamente presidida pelos princípios constitucionais. Aliás, os mecanismos que levam supostamente à desconsideração da coisa julgada já existem há bastante tempo no nosso ordenamento jurídico, vinculados justamente ao tipo de relação que originaram o título judicial. O que parece novidade não resiste a uma análise sistêmica do processo civil brasileiro, o que no nosso modesto entender é muito bom, posto que a persistência

no uso inveterado dos princípios constitucionais como vias de ataque à coisa julgada certamente acarretaria numa insegurança sem precedentes na nossa história forense.

5 – CONCLUSÕES

5.1. Embora a proteção da coisa julgada limite-se apenas à legislação ordinária, não podendo subsistir uma decisão que se contraponha às normas constitucionais, há também no sistema processual mecanismos destinados a depurar essas falhas antes do trânsito em julgado (recursos) e mesmo após, pela via rescisória, igualmente prevista na Constituição Federal.

5.2. Um dos grandes equívocos que se pratica no enfrentamento do tema é de se tomar como único modelo existente da coisa julgada aquele inserto no Código de Processo Civil, quando na verdade se trata de instituto deveras vinculado à política forense, podendo ser moldado dependendo do bem jurídico a ser protegido, ou até mesmo inoportunos em determinados casos, por opção do legislador. Portanto, quem primeiro “flexibiliza” a coisa julgada, isso se considerarmos o tipo-padrão, é a lei.

5.3. São constitucionais as inovações introduzidas pela Medida Provisória 2.180-35, tanto no CPC quanto na CLT, justamente porque preservam a competência do Supremo Tribunal Federal ao julgar as ações declaratórias de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, bem assim face os efeitos *erga omnes* e *ex tunc* das decisões daí provenientes.

5.4. Tratando-se de relações continuativas, a coisa julgada já nasce submetida a cláusula *rebus sic stantibus*, razão pela qual, num esforço meramente interpretativo do texto legal, pode-se modificá-la em casos de superveniência de fatos científicos irrefutáveis, a exemplo do exame de DNA, que se contraponham à uma sentença transitada em julgado e de que não caiba mais rescisória.

5.5. Se alguma decisão, maculada pelo desrespeito à moralidade ou legalidade, gerar ou puder causar danos ao erário, seus efeitos é que serão combatidos através de ações próprias (inclusive relativas à improbidade administrativa), componente que não diz respeito à coisa julgada.

5.6. Portanto, em *nenhum* momento a atividade judicial é plenamente livre para desconsiderar uma decisão protegida pelo instituto da coisa julgada.

Por tais razões, ainda não me sensibilizou o fenômeno da relativização,

como algo verdadeiramente novo em nosso direito processual, eis que, ultrapassado o prazo para o ajuizamento da ação rescisória, a modificação do julgado somente poderá ocorrer através das vias e hipóteses legais já disponíveis, e em situações de extrema gravidade, o que preserva a harmonia entre os princípios da segurança jurídica e do acesso à justiça.

6 – REFERÊNCIAS

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

Relativizar a coisa julgada material. **Revista de Processo (Repro 109)**, São Paulo, ano 28, p. 9-38, jan/mar. 2003.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

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

NASCIMENTO, Carlos Valder do (org.). **Coisa julgada inconstitucional**. 4. ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

RODRIGUES, Marcela Abelha. **Elementos de direito processual civil**. 3. ed., v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TESHEINER, José Maria. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

O TRABALHO INFANTIL NAS FEIRAS LIVRES BRASILEIRASJUIZ ARNÓBIO TEIXEIRA DE LIMA ¹

1 – INTRODUÇÃO

O trabalho infantil na atualidade, vem sendo objeto de várias discussões no campo do academicismo e de publicações por parte do Governo Federal, com vista a uma adequação da necessidade de sua utilização, em confronto com as necessidades dos menores.

O trabalho infantil do qual nos ocupamos, é aquele realizado por menores nas faixas de idade de 0 a 14 anos, pois, de acordo com a Constituição Federal, após completar catorze anos, a criança brasileira, por disposição legal, pode exercer qualquer atividade, exceto noturno, perigosa ou insalubre, desde que na condição de aprendiz.

Do ponto de vista do Dr. Fernando Eizo Ono, então presidente do e. TRT do Paraná, em entrevista publicada na Revista Trabalho – março – 2004:

“a exploração dos trabalhos infantil e escravo deveria estar totalmente erradicada do mundo dito civilizado. São práticas que merecem o inteiro repúdio de todos, porque significam a negação de um direito da criança ser reconhecida e tratada como tal e do direito fundamental do trabalhador ao tratamento digno como pessoa e não como coisa”.

A utilização do trabalho de menores, decorre das necessidades humanas e não é privilégio somente do Brasil, pois se analisarmos a questão do ponto de vista mundial, por mais desenvolvido que seja a sociedade, a mão-de-obra infantil é utilizada. Sentimo-nos a vontade para assim afirmar, porque sabemos que no ambiente circense, no campo das artes e, nos veículos de propaganda, normalmente se utiliza mão-de-obra infantil. Este fenômeno decorre das necessidades sociais, pois no caso dos circos, as atividades teatrais, mágicas, e de acrobacias, são transmitidas de pais para filhos; no campo teatral e televisivo, seria difícil, senão impossível aos adultos, interpretar atividades que por sua natureza, somente são afetas às crianças.

¹ O Autor é Juiz do Trabalho do TRT da 13ª Região

No trato da questão, a Dra. Erotilde Ribeiro dos Santos Minharrio, em sua obra: *A criança e o adolescente no Direito do Trabalho – LTr – São Paulo – 2003*, salienta:

“Sobre este assunto, o editorial do jornal “O Estado de São Paulo” de 26 de junho de 2000, noticiou que a legislação americana protege apenas o jovem trabalhador da zona urbana: na zona rural dos Estados Unidos, menores de 14 anos chegam a trabalhar mais de dez horas por dia, sem as mínimas condições de higiene, sem acesso a sanitários e sem proteção contra os pesticidas utilizados nas plantações”. E arremata:

“Conclui-se destas observações que a exploração do trabalho infantil não se limita aos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, mas atinge países do chamado Primeiro Mundo”.

Feitas estas considerações, a nosso modesto sentir, é preciso desmistificar o mito do trabalho infantil, com estabelecimento de razões objetivas e lógicas, visando coibir o trabalho infantil prejudicial e permitir aquele realizado em prol do aprendizado da criança e do adolescente, bem como, para satisfazer necessidades próprias das crianças ou, quando executado em benefício financeiro da família.

Não seria razoável a proibição do trabalho infantil daquele que o faz para sua própria subsistência, pois se estaria a priorizar um bem de menor relevância, em desfavor da própria sobrevivência do menor, como no caso em que os pais pouco ou nada ganham, para a subsistência familiar.

2 – DO PROBLEMA DA FORMAÇÃO DO MENOR

A formação física, mental, intelectual e moral do indivíduo compete ao estado, o qual atua direta ou indiretamente no gerenciamento dos vários sistemas a este fim destinado. Ora agindo diretamente através de agentes públicos, ora atribuindo essa atividade a entidades privadas, que atuam por delegação, mas sempre sob a orientação e controle estatal.

Esse controle pressupõe o estabelecimento de normas de conduta, sua aplicação e fiscalização pelo estado. O conteúdo normativo brasileiro, pode ser conceituado como um dos mais abrangentes do mundo. Esse mesmo conceito, contudo, não se verifica no tocante à aplicação das leis ou na fiscalização de seu cumprimento.

Para verificarmos a inobservância do cumprimento das leis, basta comparecer a qualquer banca de revista do país, onde cenas de nudez e de sexo explícitas, são expostas a qualquer criança de 0 a qualquer idade, por meio de revistas nacionais e estrangeiras. O mesmo fato pode ser visto através da televisão, mediante

filmes exibidos em plena luz do dia, sem contar o conteúdo dos noticiários, que na ânsia de elevar cada vez mais o volume de audiência, expõe as crianças ao som e imagem de cenas de tortura, enforcamentos, assassinatos, dilapidação de membros, execuções pública, roubos, seqüestros, compra, venda, consumo e tráfico de drogas e demais atividades criminosas inimagináveis, pormenorizando o “iter criminis”, em verdadeiro exercício pedagógico.

Essas mesmas práticas, são naturalmente transmitidas via internet, até então, sem controle ou fiscalização do estado.

Na outra ponta do sistema, ao comemorarmos o 40º aniversário da Declaração dos Direitos da Criança, em 1999, em trabalho de autoria de Simone Caldas, a Revista da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - Anamatra - publicou:

“Nesse final de século os 10% mais ricos do país abocanham 47,1% da riqueza nacional, enquanto os 20% mais pobres ficam com apenas 3,1%.

O resultado dessa disparidade é um mercado de mão-de-obra barata formado por cerca de 3,8 milhões de crianças com manos de 14 anos, segundo dados do IBGE/PNAD. Esses meninos e meninas formam um exército de carvoeiros, no Mato Grosso do Sul, de cortadores de cana-de-açúcar no Rio de Janeiro e em Pernambuco, sisaleiros, na Bahia, ou de catadores de papel e lixo, flanelinhas, guardas-mirins, vendedores de balas, office-boys, nas cidades. As atividades são inúmeras e, invariavelmente, não contribuem para a formação integral dos menores.”

A citada revista também divulgou que em 1996, existiam 2.500 crianças e adolescentes trabalhando nas carvoarias do Mato Grosso do Sul; 1.500 nas indústrias calçadistas de Franca(SP) e; 10.000 crianças de 7 a 14 anos no trato da cana-de-açúcar no Rio de Janeiro.

Na oportunidade, não se fez referência ao trabalho infantil nas feiras livres brasileiras, prática que se desenvolve tradicionalmente do Oiapoque(AP) ao Chuí(RS).

Esses dados nos oferecem uma amostra, dos resultados práticos das ações governamentais, no gerenciamento dos sistemas de formação dos jovens brasileiros.

A omissão do estado no controle do processo de formação da criança e do adolescente, inclusive quanto ao trabalho infantil, aliada a banalização da criminalidade promovida pelos meios de comunicação, têm produzido resultados catastróficos nos jovens atuais e, por ausência de solução de continuidade, resultará ainda pior, num futuro muito próximo, especialmente quando sabemos que hoje, estamos a colher os frutos de práticas passadas.

3 – DO CONTEÚDO NORMATIVO NO TRATO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

Do ponto de vista do processo legislativo, a legislação brasileira destaca-se como uma das mais avançadas do mundo. Assim, sob o aspecto formal, o estado brasileiro detém auto-regulamentação, do processo da formação do seu povo. De modo que, a deficiência do processo de formação da sociedade, não decorre de ausência de lei, mas de sua inobservância pelo próprio estado. A propósito, possuímos uma Constituição da República composta de 250 artigos, cada um deles subdivididos em parágrafos e inciso, acrescidos de 83 artigos, de atos de disposições constitucionais e transitórias, que totalizam 333, normas tronco, que disciplinam desde a aptidão para a nacionalidade até os critérios da aposentadoria do servidor público.

Em situação semelhante, possuímos um Código Nacional de Trânsito, criado pela Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, de difícil aplicação até mesmo em Genebra, que no Brasil, é utilizado somente para fomentar a indústria das multas, sem que o estado cumpra sua obrigação de dotar as cidades de vias públicas ou de rodovias trafegáveis, com sinalização capaz de orientar o usuário do sistema. A Lei de Execuções Penais Nº 7.210, de 11.07.1984, é matéria legislativa exemplar para o mundo, mas na prática o sistema prisional brasileiro, não propicia as mínimas condições de vida humana, sendo alvo constante de recomendações de organismos internacionais.

No trato da situação comportamental da criança e do adolescente, temos um Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído pela Lei Nº 8.069/90, capaz de causar inveja a qualquer criança Suíça. Alias, o processo legislativo a esse respeito advém se séculos passados. Com efeito, escreve Evaristo de Moraes filho:

“Essa realidade social existia em plena vigência do Decreto n. 1.313, de 1891, que regulamentou o trabalho das crianças e dos adolescentes nas fábricas. Entre outras medidas, o primeiro diploma legal regulamentador da matéria dispunha que os menores do sexo feminino de 12 a 15 anos e os do sexo masculino de 12 a 14 anos só poderiam trabalhar, no máximo, sete horas por dia, não consecutivas, de modo que nunca exceda de quatro horas o trabalho contínuo; e os do sexo masculino de 14 a 15 anos, até nove horas por dia, mas mesmas condições. Os menores aprendizes – que nas fábricas de tecidos poderiam ser admitidos desde 8 anos – só trabalhavam três horas”.

Atualmente, a normatização do trabalho infantil tem base na Constituição Federal, que em seu art. 7º, inciso XXXIII, proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

Diante dessa regra, sabendo-se que o trabalho como aprendiz, não é outra coisa senão trabalho, concluímos que o direito positivo brasileiro, admite o trabalho humano a partir dos 14 anos e proíbe o trabalho noturno, perigoso e insalubre a partir dos 14 aos 18 anos.

O traçado regulamentar do trabalho do menor no Brasil, encontra proteção legal, dentre várias normas esparsas, nas diretrizes estabelecidas no Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído pela Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990 e na Consolidação das Leis do Trabalho, nos termos do Decreto-lei Nº 5.452, de 1º de maio de 1943, com as alterações introduzidas ao longo do tempo até nossos dias. O Estatuto do Menor, de ordem mais abrangente, além de disciplinar os direitos à profissionalização e a proteção no trabalho do menor, também dispõe sobre as várias atividades do menor no convívio social, inclusive quanto aos direitos e deveres do estado e da sociedade para com aqueles.

A Consolidação das Leis do Trabalho, de regramento mais restrito, de regra, disciplina apenas a proteção do menor, em atividades laborativas, dedicando à matéria, vários dispositivos legais, que compõem o Capítulo IV, do Título III, que trata Das Normas Especiais de Tutela do Trabalho, compreendendo os artigos 402 a 441 da CLT.

4 – DO TRABALHO DO MENOR NAS FEIRAS LIVRES BRASILEIRAS.

A presença de menores em atividades laborativas nas feiras livres brasileiras, é uma constante verificada em todo o território nacional. Salvo nas cidades em que não se queira admitir esta prática. Essa atividade decorre das necessidades econômicas dos pais dos menores, que frente à concentração de riquezas promovida pelos governantes, vêem-se obrigados a orientar os filhos a trabalhar desde cedo, visando a complementação da renda familiar, ou mesmo, para suprir suas próprias necessidades.

O trabalho do menor e do adolescente em feiras livres, pode ser visto de quatro modalidades, a saber:

a) – no transporte de mercadorias até os automóveis ou até as residências dos consumidores, geralmente utilizando balaios ou em carros-de-mão;

b) – Como vendedores autônomos de produtos fornecidos por feirantes, durante a realização da feira, para prestação de contas ao término da tarefa ou ao final do evento;

c) – auxiliando os pais feirantes, no suprimento das necessidades decorrentes da atividade, como suprimento de mercadorias; substituição dos pais, nas suas ausências; ou ainda no relacionamento entre comerciantes e;

d) – no pastoreio de automóveis.

Esse tipo de atividade, apesar de caracterizar trabalho do menor, exceto a de guarda de automóveis, que pode acarretar inconvenientes para os menores, no trato com os proprietários dos bens, a meu modesto entender, não é prejudicial à formação do menor, desde que este, mereça da parte dos utilitários do serviço, respeito pela pessoa humana e pela atividade exercida, bem assim, que esteja freqüentando regularmente instituição de ensino regular.

As atividades dos menores em feiras livres no Brasil, ressalvadas raras exceções, geralmente acontece em horários diurnos; não ocorre diuturnamente, exceto na cidade de Caruaru, no Estado de Pernambuco; não são nocivas à sua saúde e; não são perigosas nem insalubres, porquanto, enquadram-se nas disposições elencadas no art. 67, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Esses menores geralmente são acompanhados pelos pais, pois de regra, tratam-se de filhos dos próprios feirantes, ou daqueles que concorrem com os próprios pais, quer na venda de produtos por consignação, ou no transporte das feiras, ou ainda, na guarda de automóveis. Porquanto, desde que presente a freqüência regular à escola, não vislumbramos qualquer prejuízo para a formação destes, nestas atividades. Ao contrário, inseridos no campo da atividade comercial, terão oportunidade de aprender a arte ou ofício de comerciar.

Discorrendo sobre o trabalho do menor, Evaristo de Moraes Filho, cita recomendações da OIT publicadas em 1992, nos seguintes termos:

“nem todo tipo de atividade deve ser vetado às crianças pela legislação nacional, nem pelos padrões da OIT. Não se deve considerar indesejável, normalmente, o trabalho no próprio círculo familiar. O que os instrumentos da OIT proíbem é a imposição às crianças de uma ocupação que supere seus recursos físicos e mentais, ou que interfira no seu desenvolvimento educacional. Tais recomendações buscam regulamentar as condições sob as quais se pode consentir que esses jovens trabalhem”.

A propósito, cotidianamente, não são raras as citações de pessoas, especialmente as nascidas em cidades interioranas – antes trabalhadores menores em feira livres – que hoje ocupam funções como engenheiros, enfermeiros, funcionários do Banco do Brasil, da Caixa Econômica Federal e em tantas outras atividades, do setor público ou privado, que lhes garantem uma vida digna, igual, ou melhor que a daqueles que não trabalharam quando criança.

Neste contexto, entendemos como irregular o trabalho dos menores nas feiras livres brasileiras. No entanto, como o estado brasileiro não oferece futuro melhor, a nosso humilde entender, melhor permitir – por omissão -, o trabalho infantil na espécie, pois a intervenção estatal, como só acontece, num primeiro momento,

poderia implicar na proibição das atividades, privando as famílias mais pobres, da própria subsistência; ao depois, o estado também poderia tributar a atividade, com imposição de taxas pelo uso do local público, de impostos sobre serviços etc.

Por derradeiro, plagiando citações populares de que “alma ocupada não é tentada”, o nosso ponto de vista é de que, na adoção de prioridades, melhor será permitir o trabalho do menor nas feiras livres brasileiras, nas modalidades já apontadas, na companhia dos pais e com frequência à escola, que privar a criança e o adolescente da orientação dos pais, obrigando-os a permanecer em casa, que as vezes nem possuem, para assistir programas televisivos, que de regra, apresentam exemplos de degradação social, sem qualquer controle do estado.

5 – A ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL.

O tema da erradicação do trabalho infantil no mundo, tem servido de pano de fundo, para fomentar discussões filosóficas, ideológicas e pedagógicas, sem que na prática, ninguém pretenda realmente esse desiderato. Mesmo porque, se assim fosse, restariam inviabilizadas as iniciações precoce dos menores no campo das artes, a exemplo do cinema, do teatro, da televisão, das artes plásticas etc.

Na verdade, as propagandas governamentais sobre o assunto, têm como objetivo, atender recomendações internacionais, bem como, demonstrar que os governantes da época, estão a se preocupar com o problema e nada mais.

Para esta finalidade, o Governo Federal fez publicar no ano de 2004: “A política do Governo Brasileiro para o combate ao trabalho infantil assenta-se num conjunto de programas previstos no Plano Plurianual – PPA 2002/2003, dentre os quais se destacam programas de renda mínima, geração de emprego e renda, qualificação profissional e, em especial, o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil – PETI.

O Programa de Erradicação do Trabalho Infantil conta com seis ações do Ministério do Trabalho e Emprego, que consistem na fiscalização; no mapeamento dos focos de trabalho infantil; nos estudos e pesquisas sobre o trabalho infantil e seus impactos; na edição e distribuição de publicações; na promoção de eventos para sensibilização da sociedade; e na realização de campanha nacional que enfoque a importância do combate ao trabalho infantil. Já o Ministério da Previdência e Assistência Social desenvolve duas ações: a concessão da Bolsa Criança Cidadã para as famílias que retiram suas crianças do trabalho e as mantiverem na escola; e o programa de jornada escolar ampliada.

Estes programas governamentais apesar de bem elaborados na sua formulação, na prática, pouco funcionam, exceto para alimentar números estatísticos,

e divulgar as ações do governo, ou concentrar riquezas nas mãos de pessoas próximas do Poder, como aconteceu com o Programa do Primeiro Emprego, criado pelo Governo Federal, que segundo a Revista Veja, Edição de 02 de junho de 2004, repassou 7,5 milhões de reais à Organização Não Governamental - “Ágora”, que para comprovar a aplicação dos recursos, o fez com 54 notas frias, emitidas por 33 empresas-fantasmas.

Se nosso País adota a ideologia capitalista, não é com programas de cunho socialistas que iremos resolver os problemas enfrentados pela sociedade. Mesmo porque, se a ordem jurídica admite o trabalho infantil, conforme previsto na Constituição Federal, a partir dos catorze anos como aprendiz, nenhum programa governamental deve pretender enfrentar a ordem constitucional estabelecida.

Na verdade, o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil, do modo como divulgado pelo Governo Federal, sem destacar qual o trabalho infantil que realmente pretende erradicar, tende a desinformar os atores sociais, pois confundem os pais, levando-os a não entender, se agem certo ou errado, quando levam seus filhos para auxiliar nas tarefas dos escritórios, das oficinas, do comércio, ou nas mais diversas atividades análogas, que por disposição legal, tanto podem como devem fazê-lo.

6 – CONCLUSÃO

A nosso ponto de vista, o trabalho infantil que deve ser erradicado, cuja orientação compete aos atores governamentais, é aquele prejudicial à formação do menor, como dito e a exemplo, os desenvolvido nas pedreiras, nas minas de carvão, na cana-de-açúcar, nas grandes colheitas manuais de café, sisal, etc. Também deve ser objeto de erradicação, o trabalho do menor em qualquer atividade, desde que penoso, perigoso, insalubre ou noturno.

Por derradeiro, a erradicação do trabalho infantil não se concretizará mediante a adoção de programas de cunho ideológico socialistas, mas com políticas públicas macro econômicas, destinadas à distribuição das riquezas produzidas no País e ao desenvolvimento da indústria, do comércio e da agricultura, que por suas vez, alavancarão o desenvolvimento das atividades dos serviços, propiciando a geração de renda e de emprego para a sociedade.

Em última análise, reportamo-nos à lição de Otávio Paz, citado por Evaristo de Moraes Filho, segundo a qual: “na América Latina há contradição entre duas ordens: o ideal e o real. As leis são novas, mas velhas as sociedades”. E complementa nosso jus laboralista: “Graças a essa contradição, nenhuma regra constitucional foi suficiente para alterar a distribuição de renda no País, situada dentre as três ou

quatro mais injustas do planeta, constituindo-se essa a verdadeira causa da exploração do trabalho da criança e do adolescente”.

7 – FONTES DE CONSULTA

1 – MINHARRO, Erotildes Ribeiro dos Santos – A criança e o Adolescente no Direito do Trabalho – Editora LTr – São Paulo – Junho de 2003;

2 – CALDAS, Simone – Trabalho infantil perpetua miséria - Revista Anamatra – nº 36 – maio – 1999;

3 – ONO, Elzo Fernando – Flexibilização – entrevista publicada na Revista Trabalho - Editora DT – Curitiba(PR) – março – 2004;

4 – Ministério do Trabalho e Emprego – Publicação do Plano Plurianual – 2002/2003;

5 – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IGBE – Síntese de Indicadores Sociais – 2002;

6 – FILHO, Evaristo de Moraes – Introdução do Direito do Trabalho – Editora LTr – 8ª Edição – São Paulo – 2000.

7 – Legislação

a) – Constituição Federal de 1988;

b) – Consolidação das Leis do Trabalho – Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943;

c) – Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990;

d) – Lei de Execução Penal – Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984 e;

e) Código de Transito Brasileiro – Lei Nº 9.503, de 23 de setembro de 1997.

A INCONSTITUCIONALIDADE DO RECOLHIMENTO DO FGTS NAS HIPÓTESES DE CONTRATAÇÕES IRREGULARES DE EMPREGADOS PÚBLICOS

JUIZ LUCIANO ATHAYDE CHAVES¹

1 – A EVOLUÇÃO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL QUANTO AOS EFEITOS DAS CONTRATAÇÕES IRREGULARES REALIZADAS PELO PODER PÚBLICO

Em que pese ostentar a Constituição Federal, desde 05.10.88, o firme propósito do Estado brasileiro de implementar, efetivamente, novos princípios para a gestão da administração pública, dentre os quais o da acessibilidade a cargos e empregos públicos pela via exclusiva do concurso (art. 37, II), há que se reconhecer que o caminho a ser percorrido para essa implementação tem se mostrado árduo.

Não se trata de afirmar que a legislação constitucional em vigor é avançada demais para um povo em certos aspectos ainda preso culturalmente a um passado colonial, de sociedade estruturada por estamentos sociais monárquicos e onde a coisa pública sempre foi vista como instrumento de cooptação, distribuindo-se as funções públicas segundo o prestígio dinástico ou de acordo com as conveniências dos baronatos.

O Direito Constitucional moderno já não vê a carta política de uma nação apenas como o conseqüente de seus costumes e de suas tradições políticas e jurídicas. A constituição de um povo não é simplesmente uma ‘tradução’ para o vernáculo dos seus princípios, crenças e práticas. A moderna constituição é, sobretudo, uma estrutura de regras e princípios a reger o futuro de uma sociedade: é uma *constituição dirigente*, para usarmos a consagrada expressão de Canotilho.²

¹ Juiz do Trabalho da 21ª Região, Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte e Professor de Direito Processual do Trabalho da Universidade Federal da Paraíba.

² “Em obra clássica sobre o assunto, Canotilho aponta a grande problemática em se definirem os limites de uma constituição-dirigente, sendo núcleo principal de estudo ‘o que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais’, implantando os planos traçados pelo legislador constituinte originário, em inter-relação com a realidade social” (MORAES, 2000:38).

Por isso, consigna o constitucionalista português que mesmo as ditas normas constitucionais programáticas não são simples promessas políticas ou meros apelos ao legislador, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade (CANOTILHO, 2002:1162). O que dizer então da impositividade da regra do concurso como único meio constitucionalmente permitido para o preenchimento de cargos e empregos públicos efetivos?

Pois bem. Nada obstante a literalidade do disposto no mencionado art. 37, II, da Constituição Federal³, a recente história da administração pública brasileira, especialmente a que pôde ser captada pela Justiça do Trabalho, revela que a sua observância tem sido freqüentemente relevada, quando não simplesmente ignorado o princípio do concurso público.

Proliferaram-se pelo país as contratações perpetradas ao arrepio da Carta Republicana, estampando a arraigada prática da pessoalidade e da conveniência política, que tanto tem marcado a formação do Estado brasileiro. Pelas mais diversas regiões do país, viram-se entes da Federação continuando a contratar novos servidores sem a prévia realização de certame público.

O cenário, passados mais de 15 anos da promulgação da Constituição, é verdade, tem melhorado bastante, especialmente pela ação dos organismos de controle externo dos atos da administração pública, dentre os quais o Ministério Público, os tribunais de contas e o próprio Poder Judiciário, aspecto que tem contribuído para a rescisão dos contratos irregulares e a realização de concursos públicos.

E quanto àqueles que procuraram a Justiça do Trabalho em busca de indenização trabalhista relativamente a tais contratos declarados nulos? Eis o aspecto pragmaticamente central do problema.

O Texto Constitucional apenas declara que a não observância do princípio do concurso público implica em nulidade do ato e a punição da autoridade responsável (art. 37, § 2º, CF), nenhuma alusão fazendo quanto à natureza

³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, e, também ao seguinte:

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

*dos efeitos da declaração de tal nulidade.*⁴

Encontrou-se, então, o Judiciário Trabalhista diante de um problema definido por Canotilho como ‘problema político-constitucional’, cuja solução demanda a chamada ‘aplicação judicial’ da constituição (CANOTILHO, 2002:22), que nada mais é que a fenomenologia da *justicialização da constituição*, momento em que os juízes e tribunais são chamados a interpretar a constituição, dando a determinado dispositivo constitucional o sentido pragmático que se harmonize aos valores de seu tempo.

A interpretação da nulidade prescrita no art. 37, § 2º da Constituição Federal se constitui, seguramente, uma das mais relevantes notas da jurisprudência trabalhista nos últimos anos.

Mas a formação dessa jurisprudência, a par dos desdobramentos de sua fixação, foi significativamente marcada pelas múltiplas interpretações dadas aos casos concretos pelos diversos Juízos e tribunais do trabalho, inclusive o Tribunal Superior do Trabalho.

Duas correntes se mostraram dissonantes logo nos primeiros anos da nossa atual experiência constitucional. Uma primeira agasalhava a teoria clássica das nulidades do contrato de trabalho, segundo a qual a declaração da nulidade de um contrato de trabalho não poderia ostentar efeitos retroativos, porquanto não é possível restituir a energia já despendida pelo trabalhador.⁵ Para essa corrente, embora nulo o pacto laboral – já que firmado sem a prévia aprovação em concurso público –, fazia jus o trabalhador a todas as verbas decorrentes de uma rescisão sem justa causa, inclusive as indenizações legais.

Uma outra, no entanto, defendia desfecho diferente, considerando a força do contexto constitucional que prescrevia a nulidade. Para ela, a norma cogente do art. 37, § 2º, da Constituição, não poderia admitir a usual aplicação da teoria clássica, porquanto o interesse público se sobrepunha na espécie, a proteger o princípio da acessibilidade, embora que em detrimento das reparações legais próprias de uma rescisão trabalhista. Nesta hipótese, a solução do caso concreto apenas observaria o respeito ao pagamento da contraprestação pecuniária pelos serviços, que efetivamente não podem ser revertidos ao trabalhador, vedando a percepção de qualquer outra verba. Reconhecia-se, portanto, os efeitos ‘ex tunc’ da declaração da nulidade do pacto.

⁴ Neste sentido, assentou a 2ª Turma do STF (AGRAG 233.108-9, Rel. Min. Marco Aurélio, 01.06.99).

⁵ A esse respeito, consultar: GOMES, Orlando et alli, 1990:136-7.

Essa última interpretação, mais consentânea com os propósitos moralizadores desenhados pela Assembléia Constituinte para a administração pública, prevaleceu no âmbito no Tribunal Superior do Trabalho, como revela o seguinte precedente:

CONTRATO DE TRABALHO. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. NULIDADE. EFEITOS. VÍNCULO EMPREGATÍCIO NÃO CARACTERIZADO. VERBAS RESCISÓRIAS INDEVIDAS. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 37, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. A nulidade decorrente do não atendimento dos pressupostos previstos no art. 37, inciso II, da Constituição Federal produz efeitos 'ex tunc'. Assim, o efeito primeiro da declaração de nulidade do contrato de trabalho, formalizado com pessoa jurídica de direito público fora dos parâmetros constitucionais é a inexistência do ato, por vício de forma, já que praticado sem o implemento dos requisitos que dispõem sobre a investidura em emprego ou cargo público.

2. A hipótese de contratação irregular para o exercício de emprego público tem estreita identificação com a figura do funcionário de fato, vinculada ao Direito Administrativo, ao qual é devido apenas o pagamento dos salários, pois, formalizada esta modalidade de prestação de serviços, não se tem por caracterizada a relação de emprego.

3. Sem a configuração do vínculo empregatício, em face do efeito 'ex tunc' da declaração de nulidade da contratação, só se reconhece o direito ao pagamento de salários pelos serviços prestados, nada sendo devido a título de verbas rescisórias. Assim sendo, transgride literalmente o texto do art. 37, inciso II, da Constituição Federal de 1988, decisão que declara a nulidade do contrato de trabalho pelo não cumprimento do requisito do concurso público e, mesmo assim, determina o pagamento de verbas rescisórias.

4. Embargos conhecidos e providos. (TST, ERR 92722/93, SBD1, Redator para o acórdão Min. Francisco Fausto).

A consolidação desse entendimento, no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, resultou na edição, em 19.09.2000, do enunciado n. 363 de sua Súmula de Jurisprudência, com a seguinte redação:

CONTRATO NULO. EFEITOS. A contratação de servidor público, após a Constituição Federal de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no seu art. 37, II e § 2º, somente conferindo-lhe o direito ao pagamento dos dias efetivamente trabalhados segundo a contraprestação pactuada (Resolução Administrativa n. 97/TST).

Através da Resolução nº 111, de 04.04.2002, resolveu o mesmo Tribunal Superior do Trabalho alterar a redação do referido verbete, apenas para destacar que o pagamento da contraprestação pactuada, admitido na espécie de contratação irregular, deve observar o número de horas trabalhadas e respeitar o valor do salário-mínimo/hora.

2 – DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL SUPERVENIENTE QUE GARANTIU A PERCEPÇÃO DE FGTS NOS CASOS DE CONTRATAÇÃO NULA

Esse quadro não tardou a sofrer alteração. Com efeito, a Medida Provisória n. 2.164-41, de 24.08.2001, ainda em vigor em razão do disposto na Emenda Constitucional n. 32/2001, perpetrou, em seu art. 9º, alteração na Lei de Regência do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS (Lei 8.036/90), acrescentando-lhe o art. 19-A, com a seguinte redação:

Art. 19-A. É devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, § 2º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário. Parágrafo único. O saldo existente em conta vinculada, oriundo de contrato declarado nulo até 28 de julho de 2001, nas condições do caput, que não tenha sido levantado até essa data, será liberado ao trabalhador a partir do mês de agosto de 2002 (NR).

Inovou-se, dessa forma, o ordenamento jurídico para se fixar regra positiva e ampliativa de direitos devidos em caso de nulidade contratual, em confronto, assim, com a jurisprudência até então consolidada sobre a matéria.

Não se desconhece que a jurisprudência vinha até então admitindo, ainda que de maneira não uniformizada ou sumulada, a liberação ao trabalhador de depósitos do FGTS eventualmente recolhidos durante a vigência de contratos de trabalho irregulares mantidos pelo Poder Público⁶, hipótese de liberação que também

⁶ Neste sentido, o seguinte aresto: “ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO. LEVANTAMENTO DO SALDO DA CONTA VINCULADA. CONTRATO DE TRABALHO NULO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Nos casos em que o contrato de trabalho foi declarado nulo judicialmente, o trabalhador tem direito ao levantamento do saldo do FGTS, ainda que tal hipótese não esteja expressa na Lei nº 8.036/90. 2. In casu, a admissão do trabalhador em cargo público sem a realização de concurso se configura de culpa recíproca, previsto no art. 20, I, da aludida lei, uma vez que a empregadora contratou o agravado de forma irregular e este anuiu a tal situação. 3. Precedentes. 4. Agravo regimental improvido” (STJ, AGRESP 267858-GO, Rel. Min. Francisco Falcão, DJU 25.11.2002).

restou consignada na Lei 8.036/90 após a edição da mesma Medida Provisória 2.164-41.⁷

O advento da Medida Provisória, no entanto, fez eclodir, ato contínuo, uma nova orientação no âmbito da Justiça do Trabalho, mais especialmente no Tribunal Superior do Trabalho, que passou a admitir, pois, um segundo efeito quando da declaração de nulidade contratual. Além da contraprestação pactuada, passou a Alta Corte Trabalhista a considerar devidos, igualmente, os depósitos do FGTS, em observância ao que agora dispõe a Lei 8.036/90, pelo introduzido art. 19-A, a ponto de implementar nova alteração redacional ao texto do verbete n. 363 de sua Súmula, que, desde a publicação da Resolução n. 121 (DJU 19.11.2003), passou a ostentar a seguinte redação:

CONTRATO NULO. EFEITOS. NOVA REDAÇÃO. A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS. (grifamos)

É plausível considerar que a mudança na jurisprudência consolidada do TST levou em conta a literalidade do disposto no art. 19-A da Lei 8.036/90, bem como as decisões proferidas durante todo o ano de 2003 pela Corte, onde se reconheceu a validade de tal dispositivo. Vejamos o que nos revela um dos precedentes:

ACÇÃO RESCISÓRIA. NULIDADE DO CONTRATO FIRMADO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEM A REALIZAÇÃO DE CONCURSO. EFEITOS. SALDO DE SALÁRIOS, HORAS EXTRAS E FGTS.

A contratação de servidor público após a Constituição federal de 1988, ressentindo-se do requisito da prévia aprovação em concurso público para a investidura em emprego ou cargo público, encontra óbice no art. 37, II e § 2º, do atual Texto Constitucional, sendo nula de pleno direito, de sorte a não surtir nenhum efeito trabalhista.

Assim, a decisão rescindenda, ao determinado o pagamento de aviso prévio, férias proporcionais acrescidas do terço constitucional, 13º salário proporcional, FGTS com multa e multa do § 8º do art. 477 da CLT,

⁷ A nova redação do art. 20, inciso II, da Lei 8.036/90 passou então a prever a movimentação da contado FGTS também em caso de “declaração de nulidade do contrato de trabalho nas condições do art. 19-A”.

contrariou frontalmente a norma do art. 37, § 2º da Constituição, com exceção do pagamento do equivalente aos salários – na forma pactuada e respeitando-se o mínimo legal – dos dias efetivamente trabalhados, como forma de ressarcimento de sua força de trabalho dispensada, além das horas extras e FGTS, pelo que se impõe a exclusão dos demais títulos. Em relação às horas extras, impõe-se a manutenção do decidido porque elas têm natureza contraprestativa do trabalho, cuja valorização jurídico-social acha-se consagrada no art. 1º, inciso IV, da Constituição, pelo que equivalem aos dias efetivamente trabalhados, devendo, no entanto, ser remuneradas de forma simples, em razão de o adicional se constituir um ‘plus’ salarial abrangido pela amplitude da nulidade.

A propósito do FGTS, não obstante a nulidade do contrato, os princípios constitucionais em que se funda a própria República Federal do Brasil, de respeito à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho, impuseram ao TST, ao editar o Enunciado 363, a conclusão de se garantir ao trabalhador públicos direitos mínimos que o colocassem a salvo da condição similar de escravo. Esses princípios, que levaram esta Corte a abrandar as implicações provenientes da nulidade do contrato de trabalho no âmbito da Administração Pública, certamente inspiraram a alteração imprimida à Lei 8.039/90 pelo art. 9º da MP 2.164-41/2001, infirmando assim eventual pecha de inconstitucionalidade. É bom salientar ainda que a proibição do efeito retrooperante remete ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, hipóteses indiscerníveis em relação à aplicação da medida provisória aos contratos findos. Além disso, não estando presentes nenhum dos obstáculos à incidência imediata da medida provisória, verifica-se do novo art. 19-A da Lei 8.036/90 ressalva de ser devido o depósito do FGTS quando mantido o direito ao salário. Dela se pode concluir pela aplicação ‘incontinenti’ da inovação aos processos em curso e, extensivamente, aos contratos de trabalho então findados, mesmo porque o são sabidamente de trato sucessivo, e o FGTS foi universalizado como regime jurídico único, conforme se infere do art. 7º, incisos I e III da Constituição. Mas se o FGTS incide sobre a contraprestação paga ou devida ao trabalhador público, carece ele do direito à multa de 40% sobre a conta vinculada. Isso não tanto por sujeitar aos efeitos da nulidade do contrato de trabalho, ou pela constatação de o ‘caput’ do art. 19-A da Lei 8.036/90 não o ter assegurado, mas também por conta do disposto no parágrafo único da norma em pauta.

Recurso ordinário e remessa necessária parcialmente providos. (TST, SBDI II, RXOFROAR 47-2002-000-17-00, Rel. Min. Antonio José de Barros Levenhagen, DJU 10.10.2003). (grifamos)

Com a necessária vênia, não estamos em total acordo com as conclusões da jurisprudência destacada, relativamente à constitucionalidade do disposto no art. 19-A, embora comungamos com a construção interpretativa delineada para justificar a posição do Judiciário em mitigar os absolutos efeitos da nulidade prevista na Constituição para o caso de contratação sem concurso público, garantindo-se apenas o pagamento da contraprestação pelo trabalho realizado.

3 – DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 19-A DA LEI 8.036/90. TÉCNICA DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO DA PROPORCIONALIDADE

Para apresentar melhor nossa discordância, devemos ressaltar que a interpretação que se faz em torno dos efeitos da contratação irregular pelo Poder Público tem em mira a tensão entre o princípio do concurso público (art. 37, II, CF) e aqueles fundamentos descritos no art. 1º da Constituição Federal, especialmente a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (incisos III e IV).

Logo, o que temos é a necessidade de encontrar a solução para o problema da constitucionalidade do art. 19-A contemplando pontual desequilíbrio ou, mais tecnicamente, o conflito de interesses constitucionais para o caso concreto, cuja solução pode ser encontrada através do uso da técnica da ponderação de princípios constitucionais.

Segundo Canotilho, a ponderação ou balanceamento para uma solução dos conflitos de bens constitucionais pressupõe a existência de duas normas jurídicas que não podem, devido às circunstâncias do caso concreto, realizar-se em toda sua potencialidade. De outro lado, *pressupõe a inexistência de regras abstractas de prevalência, pois neste caso o conflito deve ser resolvido segundo o balanceamento abstracto feito pela norma constitucional* (CANOTILHO, 2000:1226).

Há, portanto, que se encontrar o meio de ponderar os princípios constitucionais que se revelam em desequilíbrio na hipótese de nulidade contratual prevista no art. 37, § 2º da Constituição. Nesse caso, ponderar os princípios em conflito *significa sopesar a fim de se decidir qual dos princípios, num caso concreto, tem maior peso ou valor* (CANOTILHO, 2000:1227).

A ponderação de interesses, assinala Daniel Sarmento, só se torna necessária quando, de fato, estiver caracterizada a colisão entre pelo menos dois

princípios constitucionais incidentes num caso concreto. Assim, a primeira tarefa do intérprete, diante de uma possível ponderação, é a de proceder à interpretação dos cânones envolvidos, para verificar se eles efetivamente se confrontam na resolução do caso, ou se, ao contrário, é possível harmonizá-los.

Nesta tarefa, estará o exegeta dando cumprimento ao princípio da unidade da Constituição, que lhe demanda o esforço de buscar a conciliação entre normas constitucionais aparentemente conflitantes, evitando as antinomias e colisões. Isto porque a Constituição não representa um aglomerado de normas isoladas, mas um sistema orgânico, no qual cada parte tem de ser compreendida à luz das demais (SARMENTO, 2003: 99-100).

Na hipótese de contratação nula, na forma do art. 37, § 2º da Carta Republicana, parece-nos indene de dúvidas que a consideração de seus efeitos, a par da evolução da jurisprudência, tem sofrido variação de acordo com a ponderação perpetrada entre os diversos princípios e regras constitucionais envolvidos. Mas, mesmo as regras constitucionais, abstratamente consideradas, e que eventualmente se revelam em conflito, numa dada situação, podem ser objeto da técnica da ponderação de interesses:

Em princípio, as regras jurídicas não são objeto de ponderação de interesses, pois as colisões entre elas são resolvidas através de critérios abstratos – hierárquico, cronológico e de especialidade –, de tal forma que a aplicação de uma exclui completamente a possibilidade de incidência da outra sobre o caso.

Cumpra observar, porém, que inúmeras regras constitucionais representam a concretização normativa de princípios, dos quais são materialmente dependentes. É possível que o princípio inspirador de determinada regra constitucional entre em tensão, num caso concreto, com outro princípio constitucional. Neste caso, a eventual não-aplicação do primeiro princípio, em decorrência da ponderação de interesses, levará também a não-incidência da regra que dele for um desdobramento (SARMENTO, 2003:106).

Pois bem. Para o exame da constitucionalidade do art. 19-A da Lei 8.036/90, através do filtro da ponderação de interesses de princípios constitucionais que agasalhariam ou não a legitimidade de sua integração como efeito complementar à decretação da nulidade contratual, há que se observar a incidência de um elemento principiológico implícito em nosso tronco constitucional, qual seja, a regra ou princípio da proporcionalidade, também conhecido como princípio da proibição do excesso, hoje assumido como um princípio de controle exercido pelos tribunais no balanceamento concreto de direitos ou interesses em conflito (CANOTILHO, 2000:268).

Não se trata aqui de destacar todos os aspectos que cercam o princípio da proporcionalidade no panorama da ponderação de interesses. É suficiente sublinhar que a jurisdição constitucional moderna tem se utilizado largamente de tal princípio para, por exemplo, examinar a legitimidade de uma norma em face do arcabouço constitucional, contemplando se seus objetivos e alcance estão em justa medida com os propósitos da Constituição, expurgando-se aquilo que está em excesso.

Por tais razões é que consideramos que a obrigação de recolhimento de FGTS em contrato nulo extrapola o limite razoável de mitigação da nulidade constitucional estampada no art. 37, § 2º, da Constituição, eivando, assim, de ilegitimidade a regra acrescentada pela já citada Medida Provisória.

Senão, vejamos.

Em primeiro lugar, urge sublinhar que a construção jurisprudencial reconhece, como efeito de um contrato nulo de pleno direito, o direito não tecnicamente a salário, mas sim à contraprestação pecuniária (correspondente, como critério objetivo, ao salário mínimo hora), a fim de resguardar os fundamentos constitucionais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, cuja observação, na vigência de uma matriz constitucional dirigente, se espraia sobre um rosário indefinido de possibilidades.⁸

Nesse diapasão, consideramos razoável a construção jurisprudencial estampada na redação anterior do Enunciado n. 363 do Tribunal Superior do Trabalho, já que resguarda a contraprestação por um esforço do trabalhador que foi aproveitado pela administração pública e sem a possibilidade de devolução, que é fisicamente impossível.

Aliás, neste sentido tem sido a orientação da interpretação do Supremo Tribunal Federal para a nulidade de que trata o art. 37, § 2º da Carta Política. Considera a Corte Suprema o pagamento da contraprestação pelos serviços prestados pelo trabalho irregularmente admitido como o único efeito possível relativamente à nulidade prevista pelo texto constitucional. Eis um dos precedentes:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA TRABALHISTA. DECRETAÇÃO DE NULIDADE DA CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO EFETUADA APÓS A PROMULGAÇÃO DA VIGENTE CONSTITUIÇÃO. RECEBIMENTO DO SALÁRIO COMO ÚNICO

⁸ A respeito do caráter multifacetado do princípio da dignidade da pessoa humana, registra Daniel Sarmiento: “A essência do princípio em questão (da dignidade da pessoa humana) é difícil de ser capturada em palavras. Essa fluidez, porém, não diminui a importância do princípio, mas, antes, enriquece-o, possibilitando a sua incidência sobre uma infinidade de situações que dificilmente poderiam ser previstas de antemão pelo Constituinte” (SARMENTO, 2003:58).

EFEITO JURÍDICO VÁLIDO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL. RECURSO IMPROVIDO. O empregado – embora admitido no serviço público, com fundamento em contrato individual de trabalho celebrado sem a observância do postulado constitucional do concurso público – tem direito público subjetivo à percepção da remuneração concernente ao período efetivamente trabalhado, sob pena de inaceitável enriquecimento sem causa do Poder Público. Precedentes (STF AGRG 322.524-3-BA, Relator Ministro Celso de Mello, DJU 19.12.2002).

Essa decisão estampa o julgamento de agravo regimental dirigido contra decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, donde extraímos o seguinte trecho:

(...) A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – mesmo tratando-se de contratação para efeito de investidura em emprego público, celebrada após a vigência da Constituição de 1988 (Ag. 273.806-BA, v.g.) – não tem transigido em torno da necessidade da observância do princípio constitucional do concurso público (RTJ 132/61, Rel. Min. Celso de Mello – RTJ 149/419, Rel. Min. Moreira Alves – RTJ 156/37, Rel. Min. Sydney Sanches – RTJ 161/831, Rel. Min. Celso de Mello – ADI 1.230-DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, v.g.). Impõe-se destacar, desde logo, que o postulado inscrito no art. 37, inciso II, do texto constitucional, enquanto cláusula concretizadora dos princípios da isonomia e da impessoalidade, traduz-se da exigência inafastável de prévia provação em concurso público de provas, ou de provas e títulos, para investidura em cargo ou emprego públicos (...) De outro lado, e não obstante a parte recorrente houvesse sido contratada por entidade estatal, sem a necessária observância do princípio do concurso público, cabe reconhecer que a decisão emanada do Tribunal Superior do Trabalho – ao assegurar-lhe, como único efeito jurídico válido resultante do pacto celebrado, o direito à percepção do salário referente ao período efetivamente trabalhado – ajusta-se, por inteiro, ao entendimento jurisprudencial prevalecente no âmbito desta Suprema Corte (RE 262.904-PR, Rel. Min. Néri da Silveira). (grifamos)

Não se trata de reconhecimento ao pagamento do que, como vimos, denominado de salário, mas sim a uma reparação, de caráter indiscutivelmente indenizatório, pela impossibilidade de restituição da partes ao *statu quo ante* e também para que não se promova o enriquecimento sem causa do tomador desse serviço. Não é, assim, sinalagma contratual, porquanto nulo é o pacto. É comutatividade social, de fonte principiológica constitucional.

Não nos parece, assim, a par da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, guardar proporcionalidade a edição do dispositivo estampado no art. 19-A da Lei 8.036/90, a pretexto de corroborar com a dignidade do trabalho nos casos de nulidade do contrato de trabalho firmado com ente público de direito interno.

A Constituição Federal, ao estabelecer as regras e princípios da administração pública, enumera o postulado do concurso público como um verdadeiro vetor condicionante da atividade estatal (MORAES, 2000:315). Por isso, a rigidez do comando exposto no art. 37, II e seu § 2º.

Ora, como se pode observar, o comando constitucional dirige-se de forma direta e inequívoca no sentido de não emprestar validade e efeitos a uma investidura realizada sem a observância dos princípios e regras previstas na Carta da República para o ingresso no serviço público, sem prejuízo da responsabilização do agente público.⁹

Se, no caso, reconhecemos a tese da contraprestação *stricto sensu* (que tem, como sublinhamos, caráter indenizatório) como solução adequada, proporcional e razoável para equilibrar a dissolução de um contrato eivado de nulidade, temos que igualmente considerar que qualquer acréscimo legislativo que abone ou acrescente maior grau de contraprestação tende a tornar inócua a imposição constitucional, o que o torna, por consequência lógica, inconstitucional.

É dizer, não é possível admitir-se que a legislação infraconstitucional possa enumerar direitos devidos em face de um contrato que a Constituição Federal já prescreva como nulo. Isso é, com o devido respeito aos entendimentos contrários, ofensa direta ao texto constitucional.

A admitirmos a compatibilidade do art. 19-A da Lei 8.036/90 com o tronco constitucional, qual seria o impedimento para que, amanhã, o Congresso Nacional ou o Presidente da República (através de medidas provisórias) passem a aprovar, nos limites de suas competências, proposições que estabeleçam, para os contratos nulos, o pagamento de verbas rescisórias, contagem de tempo de serviço, enfim de

⁹ A responsabilização de agentes municipais que, por exemplo, perpetraram contratação de pessoal sem a observância dos critérios legais, já encontra tipo penal estatuído no Decreto-Lei nº 201/67, precisamente em seu art. 1º, inciso XIII. Embora ainda rarefeitas as ações penais nesses casos, relativamente ao volume de contratos de trabalho judicialmente declarados nulos, já temos precedentes paradigmáticos, como revela o seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça: “CRIME DE RESPONSABILIDADE. PREFEITO. ART. 1º, XIII, DO DECRETO-LEI 201/67. ART. 37, INCISOS II E IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A nomeação ou contratação de servidor público, pelo Prefeito Municipal, para cargo público isolado ou em carreira, com inobservância do disposto no art. 37, inciso II, da Lei Maior, pode constituir, em tese, o crime de que trata o inciso XIII, do art. 1º, do Decreto-Lei 201/67. Recurso conhecido e provido” (STJ, RE 113.316-PR, Rel. Min. José Arnaldo, DJU 09.06.1997).

todos os demais direitos que somente devem ser garantidos àqueles que, atentos aos princípios da moralidade e impessoalidade (art. 37, caput, CF), submeteram-se a certame público, após longos períodos de preparação? Isso é razoável? Estou convencido que não.

Conferir constitucionalidade ao inquinado dispositivo é o mesmo que rasgar a Carta Política, desprezando todo o esforço que vem fazendo a Nação na construção de uma administração pública mais proba e eficiente, quadro ainda distante nos mais diversos rincões desse país.

4 - CONCLUSÕES

A ponderação de interesses - que guarda a relação entre os princípios da dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 1º, incisos III e IV), em confronto com o princípio da acessibilidade aos cargos e empregos públicos (art. 37, II) -, justifica a construção jurisprudencial em relação ao alcance da nulidade estampada pelo art. 37, § 2º, da Constituição Federal, até o limite do reconhecimento do direito subjetivo do trabalhador, contratado ao arrepio das regras constitucionais, ao pagamento da contraprestação pelos serviços efetivamente prestados, porquanto se cuida de solução que atende, de forma razoável, a preservação do instituto do concurso público e a vedação ao trabalho sem remuneração.

De outra sorte, por não guardar razoabilidade com o tronco constitucional, na medida em que viola a excepcionalidade já sedimentada relativamente aos efeitos da nulidade contratual, consideramos inconstitucional a obrigação de recolhimento de FGTS nas hipóteses de contratação pelo Poder Público sem a observância da prévia aprovação em certame público de provas ou de provas e títulos, podendo a ilegitimidade do art. 19-A da Lei 8.036/90, introduzido pela Medida Provisória nº 2.164-41, ser inclusive declarada de forma incidental, no exercício do controle difuso da constitucionalidade dos atos normativos.

5 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.

GOMES, Orlando & GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

MORAIS, Alexandre. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2000.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

**ACERCA DA DECADÊNCIA RELATIVA AO CRÉDITO
PREVIDENCIÁRIO NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO PROCESSADA NA
JUSTIÇA DO TRABALHO**

VLADIMIR AZEVEDO DE MELLO ¹

O que nos propomos a tratar neste tímido ensaio é problema relativo a arguições procedidas em alguns julgamentos levados a efeito em sede de execução previdenciária operacionalizada na Justiça do Trabalho. Suscita-se, nessas ocasiões, a ocorrência do fenômeno decadencial em relação ao crédito previdenciário.

A identificação da natureza jurídica da contribuição previdenciária é passo primeiro em direção ao que entendemos ser o melhor equacionamento para a questão, convindo registrar, de ingresso, a existência de cizânia doutrinária em relação ao tema.

O pêndulo, que representa o pensamento dos que se ocupam da matéria, oscila entre os extremos representados pela aceitação de que o instituto encerra têmpera tributária e, em oposto, pelos que lhe conferem jaez de exação não-tributária.

O tema, para a doutrina, apresenta-se tormentoso, chegando Wladimir Novaez Martinez², ponderando sobre a sua própria opinião, a registrar a crença de “não serem suficientes as soluções. No referente à matéria, quem aceitar ser a contribuição previdenciária espécie exacional não tributária não resolveu todos os problemas, pois precisará esvicerá-la e classificá-la”.

Sérgio Pinto Martins³, acusando a existência de inúmeras proposições doutrinárias voltadas à tarefa de fixar a natureza da contribuição em comento — Teoria do prêmio de seguro; Teoria do salário diferido; Teoria do salário social; Teoria do salário atual; Teoria fiscal; Teoria parafiscal; e Teoria da exação *sui generis* —, firma posicionamento no sentido de que a “contribuição à seguridade social é tributo”.

A experiência jurisprudencial firmou-se no sentido de reconhecer o jaez tributário da contribuição previdenciária. Sobressai, para nós, esse posicionamento,

¹ Bacharel em Ciências Sociais e Jurídicas pela UFPB, Assessor Jurídico da Juíza Ana Clara Nóbrega, Servidor efetivo do TRT da 13ª Região

² *in* CURSO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO – TOMO I – NOÇÕES DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO. Editora LTr. São Paulo, 2001. Pág. 270.

³ *in* DIREITO DA SEGURIDADE SOCIAL. Editora Atlas S.A.. São Paulo, 2002. Pág. 90

mesmo porque o intento deste trabalho não é esquadrihar as hipóteses academicamente consideradas acerca do problema da natureza jurídica do instituto supracitado.

Nosso esforço de imiscuição tem como motivação apontar eventual solução para problema que se apresenta na diária forense, em razão do entendimento fixado pelo Poder Judiciário, em sua maioria, e que se traduz, reitero, na assimilação da contribuição previdenciária como inserta no universo dos tributos.

Estabelecida essa conclusão, torna-se indispensável investigar o processo de surgimento do crédito tributário, eis que é no seu curso que tem hipótese de incidência o instituto da decadência.

A gênese do crédito tributário — e via de conseqüência do previdenciário — tem como primeiro evento o fato gerador, do qual deriva a obrigação tributária.

Porém, como anota Luciano Amaro⁴, situações há em que, embora ocorrido o fato gerador, a lei não requer do sujeito passivo nenhum pagamento *se e enquanto* não houver, por parte do sujeito ativo a prática de um específico ato jurídico, que se reflete num escrito formal (...) do qual se deve dar ciência ao sujeito passivo, a fim de que este fique adstrito a, no prazo assinalado (no próprio documento ou na lei), satisfazer o direito do credor, sob pena de serem desencadeados os procedimentos tendentes à cobrança via constrição judicial.

Esse expediente de índole meramente administrativa corresponde ao lançamento previsto no artigo 142 do Código Tributário Nacional.

Referido instituto jurídico, portanto, seria, desde que aperfeiçoado, a senha para o acionamento do aparelho judicial como via para a satisfação do crédito em comento.

Sucedo que o lançamento, como os atos jurídicos em geral, não está imune às repercussões que a ordem jurídica confere ao passar do tempo e, inserto nessa ordem de coisas, é que o artigo 173 do Código Tributário Nacional, com a finalidade de “que não perca eternamente o direito do fisco de constituir o crédito tributário”⁵, estabeleceu que esse direito se extingue em cinco anos, apontando os marcos iniciais da contagem.

Trata-se, portanto, de estipulação de prazo de decadência, assim entendida como “extinção não da força do direito subjetivo (*actio*), mas do próprio direito

⁴ in DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO. Editora Saraiva. São Paulo, 1999. Pág. 313.

⁵ MACHADO, Hugo de Brito. CURSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO. Malheiros Editores. São Paulo, 1998. Pág. 148.

que, pela lei ou pela convenção, nasceu com um prazo certo de eficácia”⁶.

A dicção do dispositivo legal em comento é esta, *verbis*:

*Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:
(omissis)*

Infere-se, sem uso de maiores recursos exegéticos, que o alvo do prazo decadencial é o direito de “constituir o crédito tributário”, ou seja, atinge o próprio lançamento, pois este, na lição de Hugo de Brito Machado⁷, “é precisamente o procedimento administrativo de determinação do crédito tributário.”, sendo, referido instituto, segundo o mesmo autor, “*constitutivo do crédito tributário*, e apenas *declaratório da obrigação correspondente*”⁸.

Aqui é possível associar-se a disciplina do Código tributário Nacional à do Plano de Custeio da Seguridade Social (Lei n.º 8.212/1991), já que este, em seu artigo 45, reproduz o dispositivo supracitado, nada obstante os afeiçãoados ao Direito Tributário entenderem que, mesmo em matéria previdenciária, aplica-se aquele, já que a este diploma não se confere têmpera de lei complementar. Mas aí a divergência seria apenas em relação ao prazo (cinco ou dez anos), já que os institutos delineados são exatamente os mesmos.

No particular deve ser registrada a opinião de Wladimir Novaes Martinez⁹, para quem, em matéria de decadência em sede de Direito Previdenciário, interessa também o destino das contribuições.

Feitas essas anotações, necessário se projetar os efeitos delas sobre órbita dos procedimentos adotados no âmbito da Justiça do Trabalho para a execução do crédito previdenciário.

Esse propósito, no entanto, não se pode operar sem que, dantes, sejam registradas algumas considerações sobre o tema, inclusive doutrinárias e alusivas aos termos da Emenda Constitucional n.º 20/98, que conferiu a esta Justiça Especializada competência para a execução das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II da Constituição da República.

⁶ JÚNIOR, Humberto Theodoro. CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL – VOL I. TEORIA GERAL DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E PROCESSO DE CONHECIMENTO. Editora Forense. Rio de Janeiro, 1999. Pág. 323.

⁷ *Op. cit.* Pág. 123.

⁸ *Op. cit.* Pág. 123

⁹ *in* CURSO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO – TOMO III – DIREITO PREVIDENCIÁRIO PROCEDIMENTAL. Editora LTr. São Paulo, 1998. Pág. 210.

A primeira delas é no sentido de que, se eclode o debate sobre a decadência no âmbito da execução trabalhista, aceito está o fato de que cabe à Justiça do Trabalho emitir pronunciamento sobre a extinção do direito, ainda que tenha sobrevivido a sentença exequenda em momento bastante anterior ao episódio da emenda mencionada. Do contrário, impor-se-ia a circunstância de apenas à Justiça Federal Comum caber a resolução dos problemas sobre os quais nos debruçamos.

Pois bem.

Para Uadi Lammêgo Bulos¹⁰,

Embora a Emenda Constitucional n. 20/98 tenha ampliado a competência ex ratione materiae da Justiça do Trabalho, a instauração da execução fiscal subordina-se à iniciativa da parte. A novidade introduzida pelos depositários do poder de reforma constitucional, no exame de Salvador Franco de Lima Laurino, 'não consagrou uma hipótese de execução fiscal sem título executivo ou mediante condenação ex officio. De maneira a aprimorar o sistema de fiscalização e recolhimento da contribuição social, atribuiu ao juiz do trabalho, à semelhança da regra contida no art. 40 do Código de Processo Penal, a incumbência de comunicar à autarquia a existência de condenação de verbas sobre as quais incide o tributo. A partir daí, compete à própria autarquia delimitar a pretensão, extrair o título extrajudicial e postular a execução fiscal, que será distribuída de acordo com as regras de competência fixadas pela conjugação de dispositivos da Lei n. 6.830/80 e do Código de Processo Civil. Em comparação com a disposição do art. 262 do CPC – 'o processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial' -, incumbe ao juiz do trabalho impulsionar ex officio a execução fiscal, obedecidos, sempre, os limites fixados pelo direito fundamental do 'due process of law' (A Emenda n. 20/98 e os limites à aplicação do § 3º do art. 114 da Constituição da República: a conformidade com o devido processo legal, Trabalho e Doutrina, 24:173-4).

Considerada a proposição do doutrinador, é imprescindível que a autoridade administrativa proceda o lançamento e que, a partir dele constitua-se o crédito, tornando-se ele dotado do requisito da atendibilidade e da exigibilidade, este após vencido o prazo para pagamento.

¹⁰ in CONSTITUIÇÃO FEDERAL ANOTADA – 5ª EDIÇÃO. Editora Saraiva. São Paulo, 2003. Pág. 1065

Nesse cenário, pertinente que se desdobrem, diretamente, os efeitos derivados da inércia administrativa diante da ciência do fato gerador.

Sucedo, todavia, que a inclinação jurisprudencial é no sentido de tornar escusado o expediente autárquico para a constituição do crédito previdenciário, transferindo-se a incumbência para o Juízo Trabalhista.

Ou seja, a Justiça do Trabalho, em ocorrência de índole administrativa, inicia e impulsiona, ex officio, a execução das contribuições sociais. Pode-se inferir, sem embargo, que a sentença trabalhista sobrepõe-se ao lançamento, substituindo-o.

Nesse sentido é o fundamento utilizado por Sua Excelência o Ministro Humberto Gomes de Barros, nos autos do Conflito de Atribuições nº 118/2001 – RS, verbis:

PROCESSUAL – CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES – CONDENAÇÃO – CONTRIBUIÇÕES. PREVIDENCIÁRIAS – JUSTIÇA DO TRABALHO – PROCURADORIA DO INSS – QUESTÃO PRÉ PROCESSUAL – CONHECIMENTO – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. I - Quando se discute a quem cabe a iniciativa para a execução de sentença, vale dizer: para iniciar o processo, a questão é de natureza administrativa. Por isso, a discussão, neste campo, entre Procuradoria de Estado e Juízo trabalhista constitui conflito de atribuições. II – Nos termos da EC n.º 20/98 compete à Justiça do Trabalho a iniciativa para execução das condenações ao pagamento de contribuições previdenciárias, resultantes de sentenças por ela proferidas. (Acórdão CA 118 / RS ; CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES 2001/0094969-8 Fonte DJ DATA:29/04/2002 PG:00152 Relator Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS (1096) Data da Decisão 13/03/2002 Orgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO)

De mesma têmpera é o entendimento de Sua Excelência a Ministra Laurita vaz, verbis:

PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. EXECUÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS ORIUNDAS DE SENTENÇAS TRABALHISTAS. PROVIMENTO DO TRT. INCOERÊNCIA. ATRIBUIÇÃO EXPRESSA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. ART. 114, § 3.º, DA CF/88. I - Compete à Justiça do Trabalho executar, de ofício, as contribuições previdenciárias decorrentes da sentença que proferir, consoante o disposto no art. 114, § 3.º, da Constituição Federal. II - É

desnecessária, nestes casos, a inscrição da certidão da dívida ativa, uma vez que o pronunciamento judicial encontra-se, a partir do advento da EC n.º 20/98, legitimado como título executivo apto a instruir e a realizar o processo de execução. III - Não cabe ao INSS a iniciativa de promover a cobrança dos créditos oriundos de sentenças trabalhistas. IV - Incoerência do provimento administrativo do Tribunal Regional do Trabalho. V - Conflito conhecido e para declarar competente a Justiça do Trabalho, isto é, o Juízo da Vara do Trabalho de Camaquã-RS. (CA 119 / RS ; CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES. 2001/0094966-2 Fonte DJ DATA:16/09/2002 PG:00128 Relator Min. LAURITA VAZ (1120) Data da Decisão 12/12/2001 Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO)

Filiando-nos aos influxos jurisprudenciais, consideramos, pois, que a sentença prolatada em juízo trabalhista traduz-se no lançamento administrativo tornado despicando pela alteração constitucional de 1998, já referida.

O próprio Ministério da Previdência e Assistência Social, por meio de sua Portaria n.º 516, de 07/05/2003, em seu artigo 6º, estabelece que “A sentença homologatória de cálculo da contribuição previdenciária devida supre a inexistência de lançamento administrativo (art. 142 CTN)”.

No particular — desconsiderando o caráter exorbitante da norma —, parece-nos apropriado compreender que o lançamento se dá não com a “sentença homologatória de cálculo da contribuição previdenciária devida”, mas com a própria sentença de mérito, já que, desde o trânsito em julgado desta, o crédito previdenciário torna-se certo e exigível.

Se assim é, e a sentença trabalhista equipara-se ao expediente administrativista, não mais se pode cogitar mais de decadência quando da prolação desta, pois, como leciona Hugo de Brito Machado¹¹, consumando o lançamento

(...) não se pode mais cogitar de decadência, quando a determinação do crédito tributário não possa mais ser discutida na esfera administrativa.

(...)

Saliente-se, todavia, que o Tribunal Federal de Recursos, seguindo orientação proposta pelo eminente Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, e o Supremo Tribunal Federal, acolhendo proposta do eminente Ministro José Carlos Moreira Alves, fixaram o entendimento pelo qual o auto de infração consuma o lançamento tributário, não se havendo mais, depois de sua lavratura, de cogitar de decadência.

¹¹ *Op. cit.* Pág. 150.

Assim, e especialmente em face da posição do Supremo Tribunal Federal, a quem cabe, em nosso sistema jurídico, dizer a última palavra na interpretação e aplicação das leis, as disputas doutrinárias restaram superadas. Considera-se, portanto, consumado o lançamento na oportunidade em que fisco lavra um auto de infração ou, por outra forma, determina o valor do crédito tributário e intima o sujeito passivo para fazer o respectivo pagamento.

Mas não se deve desconsiderar ao fato de se poder argumentar no sentido de que, entre o fato gerador e a prolação de *decisum* por parte do Justiça do Trabalho, ou seja, o lançamento, decorreu o prazo decadencial previsto no CTN ou mesmo na Lei n.º 8.212/91.

Necessário socorro à dicção encerrada no artigo 114 do Código Tributário Nacional. *Verba legis*:

Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Logo, para se cogitar de fato gerador, não se pode escapar ao trabalho de identificar a “situação definida em lei necessária e suficiente” para a sua caracterização, ou seja, é imperioso atenção à materialização do núcleo legal caracterizador do instituto.

Para isso, e consideradas as peculiaridades da matéria, entendo que maior atenção se deve dar às expressões “definida em lei” e “suficiente”.

O uso da primeira locução, na concepção de Hugo de Brito Machado¹², quer significar que

*a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, a descrição da situação cuja ocorrência faz nascer essa obrigação, é matéria compreendida na reserva legal. **Só a lei é o instrumento próprio para descrever, para definir, a situação cuja ocorrência gera obrigação tributária principal.** Veja-se, a propósito, o que expressa o art. 97, inciso III, do CTN, tendo presente que a palavra lei é por este utilizada em sentido restrito. (sem grifo no original).*

¹² *Op. cit.* Pág. 93

Sobre a expressão “suficiente”, preconiza também Hugo Machado¹³ “que a situação prevista em lei é *bastante*. Para o surgimento da obrigação tributária basta, é suficiente, a ocorrência da situação descrita em lei para esse fim”.

Pois bem.

A Constituição da República, por meio do § 3º acrescido ao seu artigo 114 pela Emenda Constitucional n.º 20, de 15/12/1998, estabelece que incumbe à Justiça do Trabalho executar, de ofício, “as contribuições sociais... e seus acréscimos legais, **decorrentes das sentenças que proferir**”

Nesse sentido é também a disposição contida no artigo 876, parágrafo único, da CLT, acrescido pela Lei n.º 10.035/2000.

Infere-se, portanto, que a obrigação tributária deriva, origina-se e tem gênese na prolação de decisão por parte da Justiça do Trabalho. Em torno desse episódio é que deve gravitar a noção de lançamento para fins de execução das contribuições sociais no âmbito da Justiça do Trabalho.

Logo, diante dessas asserções, entendemos não se poder cogitar de prazo decadencial quando deriva o crédito previdenciário de condenação imposta pela Justiça do Trabalho.

¹³ *Op. cit.* Pág. 94

DOU TRI NA**EXTINTO O CONTRATO DE TRABALHO, QUAL SERÁ O PRAZO PARA RECLAMAR OS DEPÓSITOS DO FGTS?***LUCIANO ARAÚJO*¹**INTRODUÇÃO**

Engrossa cada vez mais a fileira daqueles que defendem ser trintenária e não, bienal, a prescrição para o empregado reclamar os depósitos fundiários não efetuados pelo empregador em sua conta vinculada, quando da ruptura do pacto laboral.

Esta é a tese que vem se disseminando gradativamente no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, bem como dos Tribunais Regionais do Trabalho pátrios e que tem encontrado o aval de renomados operadores do direito, juristas e doutrinadores da seara trabalhista.

Ante a relevância do tema, eis que se trata de um direito assegurado à grande maioria dos trabalhadores, cabe-nos trazer à tona tal discussão, de modo que, à luz da legislação vigente, dos princípios norteadores do direito do trabalho e da jurisprudência, os aplicadores do direito se sensibilizem e reflitam melhor sobre a questão, de maneira a evitar a proliferação de decisões que fulminem um direito de fundamental importância na vida dos trabalhadores: o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS.

PRESCRIÇÃO DO FGTS - UM BREVE ESCORÇO HISTÓRICO.

A celeuma relativa à prescrição a ser aplicada ao instituto do FGTS, após incessantes debates, finalmente, foi se decantando gradativamente no sentido de ser trintenária, em face do inarredável caráter social que a verba ostenta.

Tal entendimento foi firmado, preambularmente, pelo TST, em 8 de maio de 1980, com a edição da Súmula nº 95, verbis:

¹ O autor é graduado em Processamento de Dados e em Direito pela UFPB – Universidade Federal da Paraíba. ,servidor do TRT da 13ª Região, onde ocupa o cargo de Técnico Judiciário, e atualmente exerce a função de Assistente de Secretário no Gabinete da Juíza Ana Clara de Jesus Maroja Nóbrega.

“É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço”.

Posteriormente, a lei 8.036/90 consagrou tal entendimento, quando, em seu artigo 23, §5º, in fine, assegurou o privilégio ao FGTS:

“O processo de fiscalização, de autuação e de imposição de multas rege-se-á pelo disposto no Título VII da CLT, respeitado o privilégio do FGTS à prescrição trintenária.”

Na mesma esteira de raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça, em 02 de junho de 1998, reconhecendo o caráter social do FGTS, firmou seu entendimento, através da Súmula n. 210, verbis:

“A ação de cobrança para o FGTS prescreve em trinta anos (Súmula n. 210)”.

Todavia, em 1999, de forma surpreendente, o Tribunal Superior do Trabalho aprovou o Enunciado n. 362, que assim dispunha:

“Extinto o contrato de trabalho, é de dois anos o prazo prescricional para reclamar em juízo o não recolhimento da contribuição do Fundo de Garantia de Tempo de Serviço”. (DJU de 03.09.99).

O POLÊMICO ENUNCIADO Nº 362 DO C. TST

A limitação de 2 (dois) anos inserta no presente Enunciado nº 362 do TST, todavia, insuflou, de imediato, o surgimento de posicionamentos divergentes, tais como o exposto pelo Juiz Relator Fausto Lustosa Neto, do TRT da 22ª Região, que, em decisão proferida nos autos do Processo nº TRT-RORXOF-2514/99 Ac. 1761/99 - julgado em 14/10/99 e publicado no D.J: 18/11/99 –, expôs, com brilhantismo, posição diametralmente oposta, a qual foi aplaudida, por unanimidade, por aquela Corte Trabalhista.

Referindo-se ao entendimento firmado pelo C. TST e cristalizado no Enunciado nº 362, quanto à prescrição aplicada ao FGTS, assim arrematou o Magistrado:

“(…)Este posicionamento do C. TST, a meu ver, data maxima venia, passou a guardar incoerência, pois recepciona apenas parte do dispositivo constitucional (art. 7º, XXIX, “a”, da CF), qual seja a parte final referente à prescrição bienal, quando da extinção do contrato de trabalho, e faz tábula rasa da parte inicial deste mesmo dispositivo, não aplicando o prazo quinquenal na vigência do contrato para recepcionar o prazo estipulado no art. 23, § 5º, da Lei n.º 8.036/90. Diante de

posicionamentos díspares da jurisprudência, surge a necessidade da definição do prazo prescricional quanto ao FGTS.

Após suscitar a incoerência jurisprudencial, o Julgador concluiu:

Neste diapasão, entendo que para o estudo da prescrição em relação a este tema, mister se faz sempre antever se a cobrança do FGTS se dá sobre parcelas salariais quitadas oportunamente ou não. A reclamação pelo não recolhimento das parcelas do FGTS pode se apresentar, na Justiça do Trabalho, como acessório de parcelas salariais que não foram pagas ou como objetivo único, nos casos em que os salários foram quitados na época própria. Assim, na primeira hipótese, como se trata de reflexos de parcelas salariais, deve ser aplicada a prescrição dos créditos trabalhistas, insculpida no art. 7º, XXIX, “a”, da Magna Carta – cinco anos, até o limite de dois anos após a extinção do contrato – posto que não se concebe o acessório sem o principal. Na segunda hipótese, que é o caso dos autos, a reclamação versa apenas sobre o não recolhimento do FGTS de parcelas que foram pagas regularmente na constância do contrato, deixando de ser recolhido apenas o FGTS. Desta forma, não há que se aplicar a prescrição dos créditos trabalhistas prevista na Constituição Federal, de vez que estas verbas foram devidamente pagas. Entendo, neste caso, deva ser aplicada a prescrição trintenária, disposta no art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/90, mesmo que a ação tenha sido intentada após dois anos da extinção do contrato de trabalho. Reforça este posicionamento a natureza dos depósitos devidos ao FGTS, já pacificada pelo STF como “contribuição social” (RE 117.986-4, DJU de 19/03/1993). (g.n.).

Com efeito, há uma cizânia no tocante ao prazo prescricional aplicável ao FGTS, quando da ruptura do pacto laboral. Autores de renome, juristas e aplicadores do direito trabalhista têm se digladiado acerca do tema, que tem gerado repercussões antagônicas, inclusive, no âmbito das mais altas Cortes de Justiça.

De fato, é tormentoso definir se o prazo prescricional do FGTS é bienal ou trintenário, quando do término da relação empregatícia.

A jurisprudência tem se mostrado vacilante em relação ao tempo prescricional para reclamação dos depósitos do FGTS. Uma vertente defende a tese - com espeque no art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/90 – de que, independentemente da extinção do contrato de trabalho, a prescrição aplicável é a trintenária. De outra banda, há os que conjugam o dispositivo acima com a regra do art. 7º, inciso XXIX, “a”, da Constituição Federal e, assim, hasteiam a bandeira de que a prescrição é trintenária na vigência do contrato de trabalho, com o limite de dois anos após sua

extinção (En. 362 do C. TST); outros, com fundamento no Código Tributário Nacional, defendem o prazo prescricional de cinco anos e, por fim, há entendimentos isolados no sentido de que o prazo seria de quinze anos.

Como se pode constatar, há prazos para todos os gostos.

A meu ver, porém, a celeuma, que chegou a se reinstalar em torno da prescrição aplicável ao FGTS na vigência do contrato de trabalho com a anterior redação do Enunciado nº 362 do TST, restou definitivamente superada a partir da recente modificação introduzida através da resolução nº 121, de 19.11.03.

“Enunciado 362. É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho.” (Red. Modificada pela Res. N. 121 – DJ 19.11.2003. (grifos acrescidos))”

Todavia, não se pode afirmar o mesmo no que tange à polêmica que remanesceu acerca do prazo limite de 2 (dois) anos estabelecido para postular o FGTS, quando da cessação do contrato de trabalho – imposição fixada na redação anterior e mantida na nova redação do enunciado -.

O Juiz baiano Raymundo Antonio Carneiro Pinto, em sua obra intitulada “Enunciados do TST Comentados” (7ª ed. após a res. N. 121/03 do TST – LTr), ao comentar a nova redação do Enunciado nº 362, originário daquela Suprema Corte Trabalhista, reconhece a controvérsia que paira sobre o tema e destaca, na ocasião, a posição adotada pelo colega Francisco Antonio de Oliveira, que prega ser trintenária a prescrição, mesmo após o rompimento da relação empregatícia, consoante passo a transcrever, *in verbis*:

“(…) Desde que emitiu o En. 95 (já cancelado), em 1980, o TST entendeu que é trintenária a prescrição do direito de reclamar a falta de recolhimento do FGTS. Cinco anos depois – com o En. n. 206 – esclareceu que, se determinada parcela já se encontra prescrita, também cessa a obrigatoriedade do recolhimento do FGTS respectivo. Nesta mais recente interpretação – que não invalida as anteriores, ressalte-se -, deixou claro (principalmente após a nova redação) que a prescrição trintenária deve ser observada enquanto estiver em curso o contrato de trabalho. Sendo este extinto, passa a prevalecer o disposto no art. 7º, XXIX, letra b, da CF/88, ou seja, o prazo é de apenas dois anos. Esse novo entendimento do TST não é pacífico. O jurista Francisco Antonio de Oliveira, no livro Comentários aos Enunciados do TST (Revista dos Tribunais – 2001 – 5ª ed.), invocando os arts. 54 e 55 do Decreto n. 99.684/90, jurisprudência do STF e a Súmula n. 210 do STJ, alinha nada menos do que oito razões para sustentar que o prazo de trinta anos deve ser considerado, no caso, mesmo depois de cessado o contrato de trabalho. (grifos acrescidos).

Decidi transcrever apenas um, dentre os 8 (oito) motivos elencados pelo autor, por entender que este, por si só, é bastante para tornar vitoriosa a tese. Ei-lo:

“(...) Terceiro: Os depósitos fundiários, como dissemos no início destes comentários, constituem verba atípica componente dos direitos do trabalhador, uma vez que o seu alcance, muito mais do que simples indenização atípica, tem valor social incalculável, já que o sistema financeiro que dá suporte ao financiamento de moradias populares está apoiado, quase que totalmente, nos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.”(gn.).

Destaco, ainda, um dos exemplos lançados pelo ilustre jurista:

“Suponha-se um empregado que, por força das circunstâncias, tenha passado por vários empregos, dispensado nuns e com pedido de demissão noutros, não tenha recebido os depósitos fundiários em nenhum deles, ou porque havia solicitado demissão ou porque houvesse trabalhado pouco tempo, propiciando depósito irrisório. Suponha-se, ainda, que, por ocasião da sua jubilação, pretendesse sacar os depósitos amealhados durante os longos anos de trabalho. Pelo enunciado ora comentado, o trabalhador estaria impedido de acionar as empresas que não houvessem efetuado os depósitos. E a prática demonstra que o índice de empresas que assim procedem é elevado. A lei há de ser interpretada em função da realidade que a cerca (teoria da tridimensionalidade: fato, valor e norma)”.

Não é preciso muito esforço exegético para inferir que a maioria das teses que tenta explicar a prescrição a ser aplicada ao FGTS toma, quase sempre, como ponto de partida, a necessidade de definição da natureza jurídica desta verba.

É que, uma vez definida a sua natureza jurídica, obter-se-ia resposta, quase que de imediato, à seguinte pergunta: a que tipo de prescrição estão sujeitas as ações judiciais visando os recolhimentos fundiários não realizados, ou realizados a menor na conta vinculada do trabalhador?

Ainda na 5ª edição (2001) de sua obra – Comentários aos Enunciados do TST –, o jurista Francisco Antônio de Oliveira, comentando a redação anterior do Enunciado 362 - fez apologia ao caráter social do FGTS, trazendo, na ocasião, reflexão bastante pertinente, a qual, passo a reproduzir, *ipsis litteris*:

“(...) Ainda que se possa argumentar que, em sendo matéria trabalhista o Tribunal Superior do Trabalho é quem dirá a última palavra sobre a lei federal, não tendo aplicação o inciso III do artigo 105 da CF, não se pode ignorar que o direcionamento adotado pelo novo Enunciado se movimenta na contramão, pois não se cuida de simples interesse pecuniário do trabalhador, mas de uma receita que dá suporte ao Sistema

Habitacional com reflexos sociais que não podem ser ignorados (...)
(g.n.).

A tese aqui discutida, e que tem atraído adeptos de todos os recantos, visa demonstrar que, além da necessidade de se perquirir qual a efetiva natureza ou caráter do FGTS, há um outro elemento de suma importância, que se apresenta como traço marcante e diferenciador, segundo o qual, será possível ao aplicador do direito definir, com exatidão, a prescrição a ser aplicada ao FGTS em cada caso concreto submetido à sua análise. Este elemento definidor consiste precisamente em se antever a forma como a verba fundiária está sendo postulada em cada caso submetido ao crivo do Judiciário: se em caráter acessório, ou seja, como simples consectário de verbas salariais não adimplidas no decorrer do pacto laboral ou se em caráter principal quando o empregador, embora tendo regularmente pago os títulos de natureza salarial, mostrou-se absolutamente negligente quanto ao recolhimento dos depósitos fundiários na conta vinculada do obreiro.

Entendo que se o empregado, em face da ruptura do contrato de trabalho, postula, após o decurso do prazo de 2 (dois) anos, o pagamento de verbas salariais não adimplidas e, em segundo plano, o FGTS sobre elas incidente, não haverá como afastar, *in casu*, a aplicação da prescrição bienal do direito do reclamante, tanto com relação ao pedido principal – verbas salariais – quanto sobre o acessório – FGTS respectivo -, a teor do que propõe o Enunciado nº 362 do C.TST.

É que o *accessorium sequitur suum principale*, ou seja, prevalece, em tais casos, a velha máxima de que o acessório deve seguir sempre a mesma sorte do principal.

Como já dito alhures, não seria difícil inferir que, em tal hipótese, as verbas salariais representariam o *petitum* principal, ao passo que o FGTS, por ser um percentual incidente sobre as mesmas, seria, neste caso específico, um mero consectário daquelas. Deste modo, estando, porventura, as verbas de natureza salarial açambarcadas pelo cutelo prescricional bienal, fatalmente estariam, também, fulminadas as verbas acessórias, *in casu*, o FGTS incidente sobre as mesmas.

Todavia, se o empregado, embora admitindo o adimplemento das verbas salariais, pelo empregador, postula, única e exclusivamente, os depósitos fundiários não efetuados, ou realizados a menor, em sua conta vinculada, razão não há para que se aplique, neste caso específico, a prescrição insculpida no artigo 7º, XXIX, “a”, da CF/88, vez que o objeto do pedido – FGTS -, *in casu*, não estaria atrelado a qualquer tipo de verba salarial inadimplida durante o contrato.

Em casos como este, o FGTS assume inegável jaez de contribuição social, transcendendo, assim, a conotação meramente salarial, o que justifica o privilégio assegurado no artigo 23, §5º, da lei 8.036/90 e na Súmula n. 210 do STJ,

independentemente da vigência, ou não, do contrato de trabalho.

Valentim Carrion, inclusive, *in* sua magnífica obra - comentários à consolidação das leis do trabalho – 29ª ed. – 2004, pg. 77 –, vai mais além, chegando ao ponto de negar o caráter acessório do FGTS. Segundo o renomado mestre, este poderia ser exigido, mesmo estando prescritas as verbas salariais. Eis o teor do seu pronunciamento:

“(...) Também é inaceitável a afirmação vitoriosa de que os salários prescritos não permitem a cobrança de FGTS correspondente; este não pode ser considerado acessório daqueles; a finalidade do instituto é diversa e o fato de a lei ter tomado como referência um percentual sobre o ganho não lhe retira aquela diferenciação conceitual e teleológica; a simples expressão literal da lei, “remuneração paga”, não impede essa conclusão, porque não se tenha dito “remuneração devida (...)”.

Por fim, o C. TST, em decisão recentíssima da lavra do ministro Lélío Bentes Corrêa, da Subseção de Dissídios Individuais 1 (SDI-1), ao esclarecer sobre os prazos prescricionais em relação ao FGTS, coroou a tese ora exposta, consoante notícia extraída do *site* oficial daquela Corte Superior Trabalhista, datada de 16/06/2004, que passo a transcrever, *verbis*:

“É de trinta anos o prazo de prescrição para se reivindicar diferenças do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS incidentes sobre parcelas salariais efetivamente pagas pelo empregador ao longo do contrato de trabalho. Sob essa afirmação do ministro Lélío Bentes Corrêa, a Subseção de Dissídios Individuais – 1 (SDI-1) do Tribunal Superior do Trabalho concedeu embargos em recurso de revista a um grupo de aposentados da Companhia Estadual de Energia Elétrica (CEEE) gaúcha. A decisão tomada pela SDI-1 modifica posicionamento anterior adotado pela Terceira Turma do mesmo TST que havia deferido recurso de revista à CEEE declarando prescrito o direito dos aposentados reivindicarem as diferenças do FGTS. Como a ação trabalhista foi proposta à primeira instância gaúcha mais de dois anos após o término do contrato, a Terceira Turma reformou acórdão do Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul (TRT-RS) e determinou a extinção do processo por ocorrência da chamada prescrição total. O entendimento adotado pela Terceira Turma do TST teve como base o Enunciado nº 362, segundo o qual “extinto o contrato de trabalho, é de dois anos o prazo prescricional para reclamar em juízo o não recolhimento da contribuição do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço”. Em seu exame sobre a matéria, o ministro Lélío Bentes estabeleceu as duas hipóteses de prescrição em torno da inexistência de

recolhimento do FGTS, que possuem tratamento judicial diverso. “O tema em debate diz respeito ao não recolhimento do FGTS sobre verbas salariais pagas no curso do contrato de trabalho”, afirmou. “Não se trata, pois, de pedido de determinadas parcelas salariais e conseqüente recolhimento do FGTS”, esclareceu o relator do recurso na SDI-1 do TST ao mencionar a hipótese em que o prazo da prescrição é bienal. Lélío Bentes ressaltou, também, que “à época do ajuizamento da ação (junto à primeira instância), a jurisprudência do TST já havia pacificado seu entendimento mediante a Súmula nº 95, no sentido de que a prescrição aplicável contra o não recolhimento do FGTS era trintenária, na esteira do posicionamento consagrado no âmbito do Supremo Tribunal Federal”. O STF, conforme o voto do relator, “negou a natureza tributária do FGTS e, em decorrência, afastou a incidência da prescrição quinquenal (cinco anos) prevista no Código Tributário Nacional, reconhecendo a natureza de contribuição social, submetida à prescrição trintenária. Concluiu por assegurar aos empregados o prazo de trinta anos para reclamar os depósitos do FGTS sobre valores remuneratórios efetivamente pagos, ressaltando ser esse o privilégio que tem igualmente a Previdência Social”. Ao concluir seu voto, Lélío Bentes citou precedente sobre o tema de autoria do ministro Brito Pereira. “Quando a discussão em debate diz respeito ao não recolhimento do FGTS relativo ao salário pago no curso do contrato de trabalho e o conseqüente recolhimento do FGTS, a prescrição incidente é de trinta anos, a teor da Súmula 95 do TST, pois está diretamente relacionada com o recolhimento do FGTS”. Na mesma decisão (tomada no processo ERR 378565/97), Brito Pereira acrescentou que “se o debate é sobre a percepção de determinada parcela trabalhista e o conseqüente recolhimento do FGTS, tem-se que o recolhimento é mera parcela acessória do principal e, por isso, o prazo prescricional (dois anos) segue a sorte da parcela principal, nos termos da Súmula 206 do TST”. (ERR 206053/95)”. (grifos nossos).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como arremate final, impende não olvidar que o papel primordial desta Justiça Especializada é o de perseguir sempre o ideal de justiça, o qual tem início a partir do equilíbrio processual proporcionado às partes litigantes.

Sendo assim, caberá ao aplicador do direito zelar sempre pela escolha do melhor método de interpretação das leis, de forma a aplicar a norma mais favorável ao trabalhador e, por conseguinte, propiciar-lhe a efetiva garantia dos seus direitos.

Nesse diapasão de raciocínio, torna-se imperioso ao Juiz, diante da *res deducta in iudicium*, despende esforços no sentido de abstrair as peculiaridades e filigranas inerentes a cada pedido e, assim, imprimir um tratamento adequado a cada tipo de situação que se lhe apresenta.

A aplicação incondicional e temerária da parte final da nova redação do Enunciado nº 362 do C. TST, além de atropelar disposição expressa na Lei nº 8.036/90, reguladora do FGTS, e posicionamentos consagrados pelo STF e STJ – que mantém o entendimento trintenário -, fulmina, pelo cutelo prescricional, um direito dotado de inarredável jaez social e assegurado aos trabalhadores ao longo de décadas, a saber: o FGTS.

BIBLIOGRAFIA

Oliveira, Francisco Antonio de. Comentários aos enunciados do TST. 5ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2001.

Pinto, Raymundo Antonio Carneiro. Enunciados do TST comentados / Raymundo Antonio Carneiro Pinto. – 7.ed. ver. e atual. – São Paulo: LTr, 2004.

Carrion, Valentim, 1931 – Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho / por Eduardo Carrion. – 29. ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2004.

O INSTITUTO DA REMESSA OBRIGATÓRIA E A REFORMATIO IN PEJUS*CLEMILTON DA SILVA BARROS¹***1 – INTRODUÇÃO**

De regra, esgotados os recursos possíveis ou decorrido o prazo de sua interposição, as decisões judiciais fazem coisa julgada. A exceção vem do art. 475 do CPC, dispondo que as decisões judiciais proferidas em primeiro grau de jurisdição (apenas as sentenças, na forma do art. 162, § 1º, do CPC), contra a fazenda pública, somente produzem seus efeitos após examinadas pelo Tribunal. Trata-se do chamado “reexame obrigatório”, outrora denominado “apelação de ofício” pelo Código de Processo Civil de 1939, consistindo tal procedimento em condição de eficácia da sentença, que não fará coisa julgada antes de reexaminada pelo Tribunal.

Não se trata a “remessa obrigatória” de uma espécie recursal, conforme analisaremos mais adiante. Daí indagar-se quanto ao seu aproveitamento, se somente à fazenda pública ou a qualquer das partes. Na hipótese de o Tribunal vir a agravar a situação da fazenda pública, para muitos doutrinadores estaria caracterizada a reformatio in pejus, o que seria profligado pelo sistema processual vigente.

A reformatio in pejus consiste num resultado contrário àquele pretendido pelo recorrente. A modificação da sentença judicial, por força de um recurso, capaz de resultar para o recorrente uma situação de piora, em relação àquela que lhe fora imposta pela decisão recorrida. A proibição da reformatio in pejus tem como objetivo impedir que venha a ocorrer essa situação de agravamento, limitando objetivamente a decisão do Tribunal aos termos do pedido formulado nas razões recursais, como ocorre com a sentença em relação à petição inicial.

Quanto a abrangência da proibição de reforma in pejus em sede de “reexame obrigatório”, não há consenso, embora já não se discuta sobre a atuação do judiciário nas questões de ordem pública, ainda que não levantadas pelas partes. Nelson Nery Júnior (2003, p. 814) é enfático ao defender a plena possibilidade de agravamento da Fazenda Pública pelo Tribunal em sede remessa necessária, para

¹ Assessor de Juiz do TRT da 22ª Região (Analista Judiciário), Pós-graduado em Direito Processual Civil; em Direito do Trabalho e em Direito Processual do Trabalho, Prof. Substituto da Universidade Estadual do Piauí. Autor de diversos artigos e monografias jurídicas.

quem, tal agravamento não caracterizaria a *reformatio in pejus*, tratando-se apenas da “incidência do interesse público do reexame integral da sentença”, por força do efeito translativo a que estão sujeitas as questões de ordem pública.

Segundo orientação firmada pelo STJ (Súmula 45) e pelo STF (RTJ 114/913 e 108/1266; RT 598/260, 584/272 e 478/229), o “reexame obrigatório” é instituído em benefício exclusivo do ente público, não podendo o Tribunal agravar a situação daquele como resultado da remessa oficial, em face do princípio da proibição da *reformatio in pejus*.

Todavia, há muita controvérsia ainda. Enfim, o tema é de extrema importância em matéria processual, principalmente diante da nova corrente que se forma para fazer frente aos chamados “privilégios do Poder Público”, dentre os quais, segundo muitos pensadores se inclui a “remessa necessária”, principalmente do modo que tem sido admitida, em exclusivo benefício da fazenda pública.

O próprio legislador já vem se mostrando cauteloso quanto ao referido instituto, como se pode notar pela Lei nº 10.352/2001, que reformou o art. 475 do CPC, excluindo hipóteses de incidência do “reexame obrigatório”, enfatizando a interpretação restritiva ao instituto. Maior relevância alcança o tema quando se discute os reais efeitos da remessa necessária, especialmente no tocante à possibilidade de se agravar a condenação, para muitos impossível, por afronta ao princípio da proibição da *reformatio in pejus*. É sobre este particular que nos debruçaremos com maior ênfase.

2 – DA REMESSA OBRIGATÓRIA – NOÇÕES GERAIS

2.1. Referências históricas

O instituto da “remessa obrigatória” adotado pelo nosso sistema processual tem suas origens encravadas no Direito Lusitano, datada, a lei que o criou, de 12 de março de 1355.

Num primeiro momento, a sua aplicação se restringiu ao âmbito das questões processuais penais, com a finalidade de conter eventuais excessos da parte dos magistrados quando do julgamento de matéria criminal. Logo mais, com esses mesmos fins, integraria as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, então denominado “apelação *ex officio*”.

No Brasil, conforme anota Jorge Tosta (2001, p. 12), a primeira norma jurídica a consagrar o referido instituto, é datada de 04/10/1831 (Lei nº 04/1831, art. 90), impondo ao juiz a obrigação de apelar nas causas em que restasse vencida a Fazenda Pública. Três décadas depois, em 17.04.1863, pelo Decreto nº 3.069,

viria a se estender também às causas matrimoniais.

Mais de um século depois de introduzido no nosso sistema jurídico, o mencionado instituto integraria o nosso primeiro grande diploma de normas procedimentais, o Código de Processo Civil de 1939. Trinta anos depois, o Decreto-Lei nº 779/1969 disciplinaria sua aplicação no âmbito do Processo do Trabalho.

Sob a égide do vigente Código de Processo Civil de 1973, a “remessa obrigatória” ou “remessa oficial”, também denominada “remessa necessária”, “recurso de ofício” (ou ex officio), “apelação de ofício”, e ainda “duplo grau de jurisdição obrigatório”, voltaria a ter feições similares às originárias.

2.2 . Denominações

Consoante anotamos, muitas denominações vêm sendo atribuídas ao instituto da “remessa obrigatória”. Ora é chamado de remessa obrigatória, ora de remessa oficial. Também é tratado por remessa necessária, recurso de ofício (ou ex officio), apelação de ofício, e ainda “duplo grau de jurisdição obrigatório”.

Todas essas expressões buscam apenas traduzir o modo como o instituto se lança concretamente no mundo jurídico, alcançando a hipótese a que se destina, por força de norma com caráter de imperatividade absoluta, em face do interesse público, obrigando o juiz a submeter seu entendimento singular à avaliação de um entendimento colegiado, buscando amparar não exatamente o indivíduo, mas o interesse de toda a sociedade, concretizado na prestação jurisdicional que venha a conter o maior grau de correção possível.

Assim, todas as expressões seriam adequadas, mesmo porque somos do entendimento de que o nome de qualquer coisa é apenas um mero acessório da coisa. No entanto, como estamos a tratar de uma ciência, impõe que sejamos o mais didático e objetivo possível, de modo que, por essa ótica, a denominação de um dado instituto deva estar situada o mais próximo possível do seu objeto. Nesse diapasão, desde logo afastaríamos as expressões “recurso de ofício (ou ex officio)” e “apelação de ofício”, como assim já procedeu o Legislador de 1972, haja vista não se tratar de recurso, e assim evitar-se-ia possíveis confusões daqueles menos desavisados.

Com efeito, o novo Código de Processo Civil não lhe atribuiu denominação específica, apenas descreveu a hipótese de incidência. Porém, também não acolheu a denominação expressada pelo Código revogado (apelação ex officio), conforme se nota na disposição do art. 475, cuja nova redação foi dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001. Em face do novo disciplinamento, a doutrina vem caminhando no sentido de adotá-lo por “remessa obrigatória” ou “reexame obrigatório”, expressões

estas que nos parecem muito bem adequadas ao objeto e conteúdo do instituto em estudo.

2.3. Natureza jurídica

Ao estudarmos um dado instituto jurídico impõe, de antemão, que analisemos acerca da sua natureza jurídica, para uma melhor compreensão do instituto.

A definição da natureza jurídica consiste na inserção do instituto considerado num universo de institutos similares, comparando-o aos demais e individualizando-o. Detecta, assim, suas particularidades e características mais ímpares, para então se saber em que ramo ou sub-ramo da ciência ele se integra, e a que regras se submete. Consiste, portanto, em se definir a sua real posição dentro do sistema jurídico, identificando seu endereçamento no universo em que se encontra, sobretudo, analisando o seu conteúdo para conhecer-lhe a essência.

O universo dos institutos que poderíamos dizer similares à remessa obrigatória é aquele no qual se encontram os recursos processuais. Aliás, a primeira idéia que se tem acerca da remessa obrigatória é a de que se trata de uma espécie recursal, e isto é inevitável, em face da sua própria tradição no nosso sistema jurídico.

Com efeito, no Código de Processo Civil de 1939, a remessa necessária ou obrigatória foi disciplinada com feições de recurso, inclusive, sendo inserida dentre as espécies recursais (art. 822) e com nome de recurso (apelação ex officio) o que lhe rendeu muita crítica por parte da doutrina.

Atento a esse equívoco teórico, o legislador de 1973 procedeu à devida retificação, não somente quanto à denominação do instituto, mas também alterando a sua localização topográfica, como anota Nelson Nery Júnior (1996, p. 53), inscrevendo-o no Título VIII, distinto, portanto, daquele destinado a tratar dos recursos (Título X). Aponta o referido autor (2003, p. 813) que a natureza jurídica da remessa obrigatória é de “condição de eficácia da sentença, que, embora existente e válida, somente produzirá efeitos depois de confirmada pelo Tribunal”.

2.3.1. Distinção entre a remessa obrigatória e as espécies recursais

Conforme vimos, o novo CPC caminhou no sentido de exterminar a controvérsia que girava em torno da natureza jurídica da remessa oficial, porquanto, dentre os muitos reclames da doutrina, os mais comovedores acentuavam faltarem-lhe os requisitos próprios dos recursos, que são os meios próprios de impugnação adotados pelo nosso sistema jurídico. Não afastou de todo, mas amenizou os debates.

A bem da verdade, a nova disposição legal sobre o instituto já seria mais do que suficiente para afastar da remessa obrigatória a idéia de espécie recursal. Bastaria a simples observância da sistemática adotada pelo legislador de 1973 para concluir-se que foi clara a sua intenção de distanciar a remessa oficial dos recursos em geral, inscrevendo-os em Títulos distintos. Todavia, há ainda quem defenda tratar-se a remessa obrigatória de uma espécie de recurso, impondo que tenhamos maiores considerações acerca dessa distinção.

Pela simples definição de “recursos” não é fácil delimitar-se a exata distinção entre estes e a remessa obrigatória. Ambos têm basicamente o mesmo alcance prático, encampando também o mesmo conteúdo teórico.

São diversas as definições de recursos trazidas pela doutrina. Uns os chamam de remédios processuais postos pela lei à disposição das partes, do Ministério Público ou de terceiros, submetendo a decisão judicial a novo julgamento por órgão judicial hierarquicamente superior àquele que a proferiu.

Frederico Marques (2003, p. 381) pontifica que “recurso é um procedimento que se forma para que seja revisto pronunciamento jurisdicional contido em sentença, decisão interlocutória ou acórdão”. O mencionado mestre prossegue (ob. cit. p. 387) expressando que se trata de um “quase-recurso”, inclusive, com efeito devolutivo e efeito suspensivo e, “em relação ao julgamento nele proferido, aplicam-se as regras concernentes à apelação, pois se trata de remédio destinado a rever sentenças de primeira instância. Por isso mesmo, o vencido, ainda que não tenha interposto apelação voluntária, pode entrar com embargos infringentes, se for o caso”.

Humberto Theodoro Júnior (1992, p. 542) define o recurso, na sua acepção técnica e restrita, como o “meio ou poder de provocar o reexame de uma decisão, pela mesma autoridade judiciária, ou por outra hierarquicamente superior, visando obter a sua reforma ou modificação, ou apenas a sua invalidação”.

Também há de se acrescentar a imperativa necessidade de observância dos chamados pressupostos recursais para que se dê o provimento jurisdicional. Tais pressupostos são divididos em intrínsecos e extrínsecos.

Os primeiros operam como verdadeiras condições da ação, pois o recurso se traduz em expressa manifestação do direito de ação, relativos, portanto, ao cabimento do recurso, à legitimação das partes e ao interesse de agir (interesse de recorrer). Já os pressupostos extrínsecos do recurso são aqueles fatores externos à decisão que se busca impugnar: a tempestividade; o preparo, a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer; a regularidade formal etc. Estes pressupostos recursais seriam equiparados aos pressupostos processuais.

De outra parte, sobre os recursos incidem diversos princípios específicos, como o do duplo grau de jurisdição, que garante a possibilidade de revisão da decisão por outro órgão jurisdicional; o princípio da unicidade ou da singularidade, ou seja, para cada pronunciamento jurisdicional a previsão é uma única espécie recursal; o princípio da taxatividade, garantindo que toda espécie recursal deve estar prevista em lei; o princípio da fungibilidade, que permite, no caso de dúvida objetiva, o conhecimento de um recurso por outro; o princípio da proibição da reformatio in pejus, pelo qual não é permitido agravar a situação do recorrente; o princípio da voluntariedade, que exige a iniciativa da parte. Enfim, são diversos os princípios aplicáveis aos recursos.

A remessa obrigatória, por sua vez é tida como condição da validade e eficácia da sentença nas causas em que seja expressamente consignada a exigência (CPC, art. 475). Observando-se apenas no tocante à eficácia, haja vista a exceção na hipótese da ação de mandado de segurança (Lei 1.533/51, art. 12, parágrafo único), em que a sentença produz efeitos de imediato com a sua publicação, antes mesmo da remessa dos autos ao Tribunal para o reexame obrigatório.

Bom, por algumas das características verificadas na remessa obrigatória, ou reexame necessário, até poderia esta se enquadrar nas definições de recursos, se tomássemos como referencial a revisão da sentença, pois ambos buscam rever o julgado. Contudo, conforme restou demonstrado, existem particularidades, tanto nos recursos quanto na remessa obrigatória que os tornam por demais distantes, impedindo que se lhes dêem tratamentos similares, ou se empreste a definição de um ao outro.

A análise de um único requisito atinente aos recursos já seria bastante para evidenciar a distinção entre estes e a remessa obrigatória. Vejamos, por exemplo, as partes legítimas para a interposição do recurso. Estas são aquelas especificadas no art. 499 do CPC, quais sejam, a parte vencida, o terceiro prejudicado e o MP. No caso do reexame necessário, é o próprio julgador a quem cabe providência. E mais, é por força de lei, e não por prerrogativa ou ônus.

Como enfatiza Nelson Nery Júnior (2003, p. 813), à remessa obrigatória faltam a voluntariedade, a tipicidade, a dialeticidade, o interesse em recorrer, a legitimidade, a tempestividade e o preparo, características e pressupostos de admissibilidade dos recursos. De outro modo, também não são aplicados à remessa obrigatória nenhum dos princípios recursais.

Em suma, a natureza jurídica da remessa obrigatória não se confunde com a dos recursos, o que justifica o deslocamento daquela pelo legislador de 1973

dos capítulos pertinentes aos recursos, para o capítulo concernente à sentença e à coisa julgada, passando-se a entender majoritariamente que se trata a remessa obrigatória de uma condição de eficácia da sentença, um instituto *sui generis*, e não de uma espécie de recurso, principalmente porque lhe falta o elemento volitivo.

2.4 . Hipóteses de cabimento e objeto da remessa obrigatória

Afastado o caráter de espécie recursal da remessa obrigatória, e reconhecida suas singularidades, é de se dizer que se trata de um instituto *sui generis*, como, aliás, é definido por corrente majoritária, cuja natureza jurídica é de elemento condicional da eficácia da sentença, tendo como objeto primordial o resguardo do interesse público traduzido no máximo de certeza e justiça nas sentenças em que haja sucumbência para o patrimônio público.

Conforme já anotamos item 2, o vigente Código de Processo Civil prevê a remessa obrigatória no seu art. 475 e parágrafos, cujo objeto, como se extrai do texto da lei, consiste na proteção do interesse público, seja em se tratando de sentença proferida contra os entes federativos e suas respectivas autarquias e fundações (inciso I), ou seja na hipótese de sentença que julgar total ou parcialmente procedentes os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (inciso II).

Em qualquer das hipóteses previstas pelo art. 475, estará em litígio o patrimônio público, que por sua vez é patrimônio da coletividade, cabendo ressaltar-se as hipóteses excludentes previstas pelos parágrafos 2º e 3º do referido art. 475 do CPC, quando, embora penda o litígio sobre a coisa pública, não haverá reexame obrigatório 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 na execução de dívida ativa do mesmo valor, e também quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

Mesmo antes das inovações trazida pela Lei nº 10.352/2001, não se cogitava de outro objeto que não fosse o interesse público. Na antiga redação do art. 475 do CPC, a remessa necessária era obrigatória também em sentença anulatória de casamento, matéria reputada de interesse público, agora entendendo o legislador reformador que tal hipótese já não merece tanta proteção.

Além das hipóteses do art. 475 do atual CPC e da hipótese do art. 12, parágrafo único, da Lei 1.533/51 (Lei da Ação de Mandado de Segurança), constituem também exemplos de duplo grau obrigatório os casos previstos na Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular), cujo art. 19 prevê a remessa obrigatória quando a sentença concluir “pela carência ou pela improcedência da ação”. E aqui vemos

como a única hipótese em que a remessa necessária não tem propriamente como objetivo a proteção do poder público, e sim, da sociedade, os autores da ação popular, levando a uma revisão obrigatória a sentença que extinguiu o feito por carência ou improcedência da ação.

Convém ressaltar que em todas as hipóteses somente estão sujeitas à remessa necessária as sentenças de mérito, exceção apenas para o caso de carência da ação popular. Com efeito, a lei menciona o termo “sentença” querendo se fazer entender que se trata de decisão prolatada pelo juiz singular (CPC, art. 162, § 1º), pois os acórdãos, decisões próprias dos colegiados, mesmo em se tratado de competência originária, não estão sujeitos a reexame obrigatório.

São excluídas, portanto, com a exceção já mencionada, as decisões que extinguem o processo sem julgamento do mérito, bem assim todas as demais decisões não definitivas, como é o caso dos provimentos liminares concedidos em ação de mandado de segurança, ação cautelar, ação popular, ação civil pública etc. Todas essas decisões de caráter provisório, sendo prolatada contra o Poder Público poderão também, em regra, observadas as exceções legais, ser executadas de imediato, pois independem de reexame obrigatório.

3 – HIPÓTESES DE REFORMA DAS DECISÕES JUDICIAIS

Chegamos ao ponto máximo do nosso estudo, haja vista a especificidade do tema a que nos propomos: “o instituto da remessa obrigatória e a *reformatio in pejus*”.

Uma decisão jurisdicional impugnada pode ser mantida, reformada, anulada, ou integrada. Dá-se a manutenção, nas hipóteses de expressa confirmação da decisão anterior. A reforma, quando a decisão merece da instância revisora outra solução de mérito. Já a no tocante à anulação, esta ocorre quando a instância detecta alguma causa de nulidade, determinando ao juízo originário que profira nova sentença. Por último, a integração ou esclarecimento supõe uma situação em que nem é reforma, nem nulidade, efetivando o juízo revisor uma espécie de interpretação do ato decisório.

A propósito, quanto ao conteúdo da decisão judicial, duas são as hipóteses de modificação pela instância superior: a) em sendo constatado o *error in iudicando*, hipótese em que a instância revisora, em tese, reforma a decisão, substituindo-a (art. 512 do CPC), podendo tal reforma ser total ou parcial. Diz-se “em tese” porque no Processo Penal há entendimento diverso; b) em sendo constatado o *error in procedendo*, hipótese em que a instância revisora não reforma, mas anula a decisão revisanda.

Interessa-nos, sobretudo, a hipótese de error in iudicando. Sob este aspecto, parte da doutrina pátria sustenta que é impossível a correção ex officio, ou seja, a alteração do julgado somente poderá ser procedida mediante iniciativa da parte interessada, sob pena de violação do princípio da proibição da reformatio in pejus.

Outros tantos teóricos formam corrente contrária, defendendo a possibilidade de se reformar tal decisão sem a intervenção das partes, indicando as hipóteses em que incide o reexame obrigatório, conforme já estudamos no item anterior, e também em se configurando o caso de reconhecimento das situações previstas no art. 267, § 3º do CPC, cujo dispositivo prevê que o juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos incisos IV, V e VI do referido artigo (ausência de pressupostos processuais; perempção, litispendência ou coisa julgada e também quando não concorrer qualquer das condições da ação).

Uns poucos doutrinadores, bem como uns e outros magistrados, em julgamentos isolados, defendem a possibilidade de piorar a situação da Fazenda Pública em reexame necessário, ao fundamento de que esta é manifestação do princípio inquisitório, de modo que a piora não caracterizaria propriamente de reformatio in pejus. Outros já admitem tratar-se da própria reformatio in pejus, sendo esta plenamente possível. Entretanto, é indiscutivelmente majoritária a corrente contrária, aliás, corroborada pelo SJT e pelo STF:

Súmula n.º 45 (do STJ) - No reexame necessário, é defeso, ao tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública.

Súmula n.º 14 (do TFR da 2ª Região) - A remessa necessária não pode ser provida para agravar a condenação imposta à Fazenda Pública, haja ou não recurso voluntário das partes.” (publicada no DJU de 15.12.94, pág. 73.353).

3.1. O princípio da proibição da reformatio in pejus

A proibição da “reformatio in pejus”, conforme já mencionamos alhures, consiste na impossibilidade de poder a instância revisora reformar a decisão judicial revisanda, por força de um recurso interposto, de modo a resultar para o recorrente uma situação de piora, de agravamento em relação àquela que lhe fora imposta pela decisão recorrida. Objetiva, pois, o instituto, que se permita um resultado contrário àquele que buscou aliviar sua situação, garantindo a este, no mínimo, o que já lhe fora deferido pela decisão recorrida.

3.2. A reformatio in pejus em sede de remessa obrigatória

Não se inclui na proibição estabelecida pelo princípio acima descrito, a reforma in pejus provinda do conhecimento ex officio de uma questão de ordem pública, como é o caso da decretação de nulidade, ainda que não levantada pela parte contrária, mas sobre a qual deva o tribunal se manifestar de ofício. Exemplo

disso é o caso de falta de condição da ação ou de pressuposto processual.

Segundo o princípio dispositivo, é inadmissível tanto a reformatio in pejus, como também a reformatio in melius, pois não pode o tribunal piorar e tampouco melhorar a situação do recorrente além dos limites por ele mesmo fixados em seu recurso.

A orientação firmada pelo STJ² e pelo STF é no sentido de que a proibição da reformatio in pejus estende-se às hipóteses de remessa oficial, não podendo a entidade pública ter sua situação agravada como resultado da remessa oficial, entendendo que esta é instituída em exclusivo benefício do poder público. Neste sentido leciona Humberto Theodoro Júnior (1992, p. 538).

Contrariamente, suscita Nelson Nery Júnior (2003, p. 813-814) que não se pode falar em reformatio in pejus na remessa oficial, porque o princípio proibitivo da reforma para pior é consequência direta do princípio dispositivo aplicável aos recursos, e a remessa oficial tanto não é espécie recursal quanto não é informada pelo princípio dispositivo, e sim, pelo inquisitório, onde ressalta a incidência do interesse público do reexame integral da sentença

Vê-se logo que a corrente defensora da proibição da reforma para pior na remessa obrigatória sustenta a clara existência do pleno efeito devolutivo nesta, e que o princípio inquisitivo predomina no sistema recursal brasileiro da mesma maneira que predomina na instrução processual em primeira instância. Significa dizer que, conquanto prevaleça o princípio dispositivo, não podem ser ignoradas eventuais manifestações do princípio inquisitivo, decorrentes do caráter público do processo e do interesse do Estado na melhor prestação jurisdicional, estando o princípio inquisitivo manifestamente presente tanto no procedimento de primeira instância, como no procedimento recursal. E o efeito devolutivo, inerente aos recursos, embora se manifeste predominantemente dispositivo, não deixa de apresentar certas configurações típicas do princípio inquisitivo, como se infere dos §§ 1º e 2º do art. 515 do CPC, pelos quais o legislador autoriza o conhecimento de

² STJ (Súmula 45) e STF (RTJ 114/913 e 108/1266; RT 598/260, 584/272 e 478/229).

matérias não impugnadas no recurso. Portanto, para esta corrente, nada obsta que se fale em efeito devolutivo da remessa oficial, eis que o aludido efeito comporta nuances tanto do princípio dispositivo quanto do inquisitivo.

Enveredamos por essa trilha. A remessa obrigatória é regida pelo princípio inquisitivo, ao passo que a regra proibitiva da reforma para pior estaria relacionada ao princípio dispositivo. Neste sentido, também leciona Barbosa Moreira (1998, p. 426), asseverando que a proibição da *reformatio in pejus* é um instituto inerente aos recursos, e não sendo a remessa obrigatória uma espécie de recurso, na sua seara não há que falar em proibição de reforma para pior.

A corrente oposta ainda argumenta sobre os motivos (fins) que teriam dado origem ao instituto da remessa obrigatória, concluindo que, se o duplo grau obrigatório na maioria das hipóteses é instituído no interesse da Fazenda Pública, seria incoerente admitir-se a *reformatio in pejus* contra esta. Seria mais uma razão para se afirmar a proibição da *reformatio in pejus* na remessa obrigatória.

Da nossa parte arrematamos que seria impertinente falar-se em proibição de *reformatio in pejus* em sede de reexame necessário, porque este não se presta a proteger descomedidamente o poder estatal, mas, sobretudo, o interesse público, e este está inserido tanto na defesa dos entes públicos como também, e com maior ênfase, no dever estatal de constituir uma sociedade livre, justa e solidária, como proclama o texto constitucional (art. 3º, inciso I). E este princípio não estaria observado em se aclamando apenas o ente público em detrimento do particular. É o que ocorre, por exemplo, na ação popular, em que a remessa necessária não visa resguardar o ente público, mas o interesse da coletividade.

4 – CONCLUSÃO

A remessa necessária, prevista no art. 475 do CPC; na Lei 1.533/51 (Lei da Ação de Mandado de Segurança); na Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular), e no Decreto-Lei nº 779/1969, é hoje vista por muitos doutrinadores, da forma como é tratada pela jurisprudência, como mais um dos injustificáveis privilégios do Poder Público. Disso flui a discussão acerca da possibilidade de agravamento da condenação, o que para outros tantos consistiria em afronta ao prestigiado princípio da *reformatio in pejus*.

A doutrina se divide. Ainda não dá para se visualizar com quem está a razão. Já a jurisprudência é mais firme, prevalecendo o entendimento no sentido de não permitir a reforma para piorar a situação do ente público. No entanto, já se vêem muitos julgados adotando entendimento contrário que, embora isolados, crescem paulatinamente.

Aqueles que defendem a possibilidade de reforma para piorar fundam-se no fato de que a remessa obrigatória não está inserida no campo do princípio dispositivo, pois o procedimento se dá por força de norma imperativa absoluta, inserindo-se, portanto, tal instituto, na seara do princípio inquisitório e por isto também não se pode falar em simples efeito devolutivo, mas em efeito translativo, devolvendo-se toda a matéria ao tribunal e não apenas a parte que afeta o ente público.

São muitos os argumentos contrários. Da nossa parte, acompanhamos a corrente que admite a reforma para pior. E isto, por não se tratar a remessa obrigatória de um recurso, propriamente, e sim, de um instrumento que busca alcançar o interesse público, cujo fim último é a máxima justeza dos provimentos jurisdicionais.

Ora, dizer-se que a remessa oficial aproveita ao estrito interesse do ente público é excluir o verdadeiro intento do legislador, que estaria assentado no verdadeiro interesse público, o qual vai além do mero interesse do ente estatal. Explico: o interesse público abrange tanto o interesse do ente estatal, porque este é patrimônio de toda a sociedade que o constitui, com também o interesse e objetivo do Estado Brasileiro, consubstanciado nas disposições Constitucionais e no sistema jurídico como um todo, em especial no art. 3º, inciso I, da Constituição Federal, que expressa como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária.

A remessa necessária está muito acima do mero interesse da pessoa jurídica de Direito Público. Trata-se da tentativa de se entregar à sociedade uma prestação jurisdicional o mais próximo possível dos sentimentos de justiça, independentemente, assim, de se agravar ou não a situação do ente público. Enfim, a proibição da reforma contra o poder público em sede de remessa necessária agride o próprio sistema jurídico, pois que se afigura irrazoável.

5 – REFERÊNCIAS

MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA. Comentários ao Código de Processo Civil. 10 ed. vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARROS, Alice Monteiro de. (Coord.). Compêndio de Direito Processual do Trabalho. 3 ed. São Paulo: LTr, 2002.

CÂMARA, ALEXANDRE FREITAS. Lições de Direito Processual Civil. 6. ed., vol. II, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARNEIRO, ATHOS GUSMÃO. Da Antecipação de Tutela. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CARRION, VALENTIM. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FUX, Luís. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRECO FILHO, VICENTE. Direito Processual Civil Brasileiro. 15 ed. Vol. 2, São Paulo: Saraiva, 2002.

LIMA, Francisco Meton Marques de. Elementos de Direito do Trabalho e Processo Trabalhista. 9. ed. São Paulo: LTr, 2000.

MALTA, Christóvão Piragibe Tostes. Prática do Processo Trabalhista. 30. ed. São Paulo: LTr, 2000.

MARINONI, LUIZ GUILHERME e ARENHART, SÉRGIO CRUZ. Manual do Processo de Conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MIRANDA, PONTES DE. Comentários ao Código de Processo Civil. 3 ed. Tomo VI, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NERY JÚNIOR, NELSON. Código de Processo Civil Comentado. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PASSOS, J. J. CALMON DE. Inovações no Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. Curso de Direito Processual Civil. 10 ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

TOSTA, Jorge. Do reexame necessário no Direito Processual Civil. Dissertação de mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: 2001.

A NORMA JURÍDICA TRABALHISTA E A TÉCNICA DAS CLÁUSULAS GERAIS

PAULO ANTONIO MAIA E SILVA¹

1 – INTRODUÇÃO

Atualmente, um dos pontos nevrálgicos do direito é, sem sombra de dúvida, a busca da harmonização entre o conteúdo material da norma jurídica, ou da própria norma em si, e a realidade existente nas relações jurídicas e sociais que ela — a norma jurídica— visa regulamentar. Pode-se até falar muito mais em contemporizar a norma com os fatos sociais do que propriamente harmonizar.

Neste sentido, independente dos meios de elaboração da norma ou de sua interpretação, atualmente a ciência do direito, mais do que nunca, se debruça sobre a constante indagação da validade e da finalidade última da norma jurídica positivada estatal enquanto instrumento eficaz de resolução e pacificação dos conflitos sociais.

Este debruçar-se, contudo, não se deu aleatoriamente. As grandes transformações econômicas implementadas inicialmente pela revolução industrial no século XIX pontificaram também o início do abandono da legislação liberal/individualista, da qual o código civil francês de 1804 era seu principal expoente, e a substituição gradual por uma legislação marcada pela busca da diminuição das desigualdades sociais, principalmente nas constituições.

O direito do trabalho teve seu feliz nascedouro nesta época de mudança de paradigmas dentro dos ordenamentos jurídicos, e ele próprio foi artífice destas mudanças, trazendo uma norma jurídica cuja essência era, e ainda é, a de tutelar a parte mais fraca em uma relação jurídica.

Esta mudança de paradigmas normativos, apesar de salutar, ainda não teve a capacidade de transformar a norma jurídica positiva em um instrumento eficaz de solução dos conflitos sociais. Isso se explica, em parte, na técnica de

¹ O autor é Mestre em Direito Civil pela PUC/SP, Professor de Direito do Trabalho do UNIPÊ e Advogado

elaboração legislativa vigente à época. Imperava exclusivamente a casuística², ou sistema jurídico fechado. É o caso clássico do silogismo jurídico onde o juiz faria tão somente um exercício de lógica, subsumindo o fato concreto à sua previsão naquilo que a lei já estatua, aplicando, então, a prestação jurisdicional.

Neste sistema normativo a atividade de construção do direito pelo juiz é extremamente limitada. Ele está adstrito a aplicar como jurisdição aquilo que a norma já estabelece em seu texto. São hipóteses definidas e seus consectários ou também a regulamentação de situações concretas. Esquece-se o legislador, ao optar por tal sistema, que as novas relações sociais são cada vez voláteis e mutantes, interferindo obviamente no âmago das relações jurídicas, que se interpenetram, por sua vez, em um feixe multifacetado de outras novas situações.

Um ordenamento jurídico que possua normas jurídicas elaboradas exclusivamente com base nesta técnica torna-se rapidamente obsoleto e de nenhuma validade e uso no campo prático das relações jurídicas.

Para a resolução desta desconspensão entre a norma e a realidade a doutrina elaborou o sistema jurídico aberto³ ou o sistema das cláusulas gerais, possibilitando ao legislador e ao juiz um modelo normativo que possibilita a inclusão e a solução de novos problemas, sem que sejam necessárias constantes revisões e modificações no texto da lei.

Os sistemas normativos fechados são facilmente encontrados no ordenamento jurídico brasileiro. O código civil de 1916 era um exemplo e no direito do trabalho a CLT também se amolda a este conceito. Neste estudo se procurará oferecer o emprego das cláusulas gerais como instrumento auxiliar do ordenamento

² A casuística, segundo Karl Engisch apud MARTINS-COSTA, Judith. "O direito privado como "um sistema em construção"- as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro". Revista dos Tribunais, São Paulo, n.753, 1998, p.28, consiste na técnica legislativa na qual a "configuração da hipótese legal(enquanto somatório dos pressupostos que condicionam a estatuição) que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria" ou "a determinação por meio de uma concreção especificativa, isto é regulação de uma matéria mediante a delimitação e determinação jurídica em seu caráter específico de um número amplo de casos bem descritos, evitando generalizações amplas como as que significam as cláusulas gerais."

³. Sistema jurídico aberto, segundo MARTINS-COSTA, Judith. "As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico". Revista de Informação Legislativa, Brasília, n.112, 1991.p.15, é aquele no qual : " o Direito pode ser pensado, aplicado e interpretado como ordem de referência apenas relativa, sensível à interpenetração de fatos e valores externos, consubstanciando "permanente discussão de problemas concretos". Por outro lado, para melhor compreensão, sistema fechado , segundo a mesma autora, ibid, p.15, seria "uma totalidade expressa em um conjunto de conceitos e proposições entre si logicamente concatenadas, "unidade imanente, perfeita e acabada", que se auto-referencia de modo absoluto e cujo modo de expressão privilegiado é o Código."

jurídico trabalhista brasileiro estatal⁴ notadamente a CLT, tão atacada na conjuntura do momento no que tange à atualidade de seus dispositivos para a regulação das relações de trabalho.

Um dos pontos de partida para a fundamentação do estudo que se propõe é o de que, no momento presente, se tenta compensar a alegada caducidade da norma trabalhista brasileira deslocando-se sobremaneira a atualização da solução dos litígios para uma nova ordem onde a autocomposição pelos instrumentos da negociação coletiva seria a forma preponderante ou até mesmo exclusiva.

Este estudo não comporta a formulação de considerações sobre qual sistema jurídico, sob o ângulo do tipo de norma predominante, seria mais adequado a realidade das relações laborais no Brasil⁵, mas parte do que está vigente e formula uma proposição de melhoria deste sistema jurídico. Todavia, para se justificar a proposta a ser feita, se faz necessária uma breve e superficial incursão nos dois modelos mais difundidos.

Este trabalho procurará, assim, demonstrar que é possível manter um sistema legislado atual e compatível com as exigências de relações de trabalho sempre mais cambiantes. Não apontará, devido à amplitude da tarefa, a construção de situações particulares e concretas ou de lege ferenda, mas procurará indicar a viabilidade da aplicação deste instituto no âmbito do direito do trabalho brasileiro, assim entendido, neste sentido, à CLT.

1 – BREVE ANÁLISE DOS SISTEMAS JURÍDICOS TRABALHISTAS LEGISLADO E NEGOCIADO

Na evolução do direito do trabalho, nos países em que ela se desenvolveu, se pode verificar a existência de formas comuns e padrões de estruturação normativa quanto ao tipo de norma prevalente.

⁴ Este trabalho, por questão de método e também do objeto, optou por restringir a abordagem da aplicação das cláusulas gerais à norma jurídica trabalhista estatal ou heterônoma, e mais precisamente à CLT, deixando, por óbvio, de se aplicar às demais normas jurídicas estatais e também às autônomas.

⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 18ª ed, rev e at. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p.152, diz se tratar de questão tão somente de se classificar qual a norma que predomina e que tipifica o sistema, pois todos são ao mesmo tempo, legislados e negociados. DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 3ª ed. São Paulo: Ltr, 2004, p.100-101, demonstra que há uma coexistência harmônica entre estes sistemas e não a exclusão de um por outro.

Maurício Godinho Delgado os denomina de modelos justralhistas⁶, dividindo em modelo democrático e autoritário, e Amauri Mascaro Nascimento os chama de sistemas jurídicos, que se dividem em sistema legislado, negociado e comunitário⁷.

Adotando a terminologia empregada por Amauri Mascaro, o ordenamento jurídico trabalhista brasileiro é majoritariamente um sistema legislado, onde as relações de trabalho são disciplinadas pela lei—constitucional e infraconstitucional—, pontuado pela presença de uma forte intervenção estatal e de uma minoração da importância da autonomia da vontade e da negociação coletiva.

É diferente do sistema negociado, como nos Estados Unidos, onde a legislação do trabalho além de ser escassa, não faz parte de um ordenamento jurídico especificamente laboral, e a solução dos conflitos individuais é feita no seio das empresas por meio de um procedimento denominado de *grievance*, que é gradativo, iniciando-se ainda dentro da empresa e que vai subindo conforme a fixação das instâncias de negociação estabelecidas na convenção. O pronunciamento do judiciário, feito pela Suprema Corte, se restringe a interpretações acerca de questões de constitucionalidade e algumas decisões de juízes.⁸

Sobre qual dos dois sistemas se aplicar ao Brasil se constitui hoje em uma das mais calorosas discussões da doutrina. Cumpre anotar, todavia, que ao se comparar qual sistema seria melhor para a solução das relações trabalhistas no Brasil, a existência dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, previstos no art. 7º, estabelece um importante diferencial quando se parte para uma análise desta natureza.

Seus conteúdos materiais expressam um patamar mínimo que não pode ser sob qualquer hipótese rebaixado, e a fundamentação desta garantia não parte de nenhum princípio do direito do trabalho, mas sim de que eles — os direitos fundamentais dos trabalhadores, que estão localizados na topografia da Constituição no título dos direitos e garantias fundamentais — são indispensáveis à consecução da dignidade humana, que por sua vez se constitui em fundamento do Estado democrático de Direito brasileiro (art. 1º, III).

Por isso, os instrumentos de negociação coletiva devem respeitar estes quantum mínimos necessários, o que, por sua vez, os faz possuir sempre um aspecto

⁶ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 3ª ed. São Paulo: Ltr, 2004, p.99.

⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 18ª ed, rev e at. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p.152.

⁸ Cf Amauri Mascaro Nascimento, op.cit. 152-154.

de complementaridade em relação à norma estatal heterônoma⁹ e nunca de substituição total.¹⁰ É no sentido de se respeitar os “mínimos necessários” que se deve entender a valorização que a própria Constituição dá à negociação coletiva e aos sindicatos, e não de que esta valorização se explique e se fundamente por si só, desconcatenada, desta forma, dos preceitos sociais e humanos firmados na Constituição.

Não se olvida, em absoluto, que a norma produzida pelos meios de autocomposição se revela e se constitui em um meio extremamente importante e salutar no âmbito das relações trabalhistas, podendo inclusive ser usado como meio de aferição do exercício da democracia e do desenvolvimento de uma consciência participativa de cada cidadão como construtor de sua história. Entretanto, sua produção não pode prescindir da proteção à dignidade da pessoa humana e dos valores inerentes ao homem e dele inseparáveis pelo fato de sua condição humana. No Estado brasileiro este papel, sob o prisma deste trabalho, indelegável, cumpre precipuamente e por excelência ao próprio Estado¹¹.

Por essa questão nevrálgica sob o ângulo da própria razão de ser do Estado democrático de direito brasileiro, guardadas as devidas limitações, não se pode transferir totalmente a composição dos conflitos em uma área historicamente sempre tão suscetível às violações da dignidade da pessoa humana às próprias partes interessadas, de maneira a implicar uma abstração e omissão do Estado neste particular.

Por estas breves e escassas considerações se pode construir uma argumentação de que o sistema legislado trabalhista no Brasil pode até vir a ter sua participação mitigada nos conflitos trabalhistas, nunca, porém, suprimida.

O ideal, apesar da celeuma criada em torno da questão quanto a opção por um dos sistemas, é a de “conjuguar e sincronizar a intensidade da intervenção estatal com os avanços sociais indicadores da suficiência da ação sindical, visando tentar, de alguma forma, corrigir o desnível existente entre trabalhadores e empregadores.”¹²

⁹ Segadas Viana entende, cf. SUSSEKIND, Arnaldo et alli. Instituições de direito do trabalho. 15ª ed. São Paulo: Ltr, 1995, v.2, p.1078, de maneira diferente. Para ele o intervencionismo estatal é que deve ser suplementar às normas autônomas.

¹⁰ Cf Daniela Murada Reis em PIMENTA, José Roberto Freire et alli. (Coord). *Crise do Estado Social e Negociação Coletiva* Direito do Trabalho. Evolução, Crise, Perspectivas. (s.ed). São Paulo: Ltr, 2004, p.200.

¹¹ Papel previsto na Constituição (art.1º, III; 3º, I, II, III e IV; 170, caput), como se verá mais adiante.

¹² SUSSEKIND, Arnaldo et alli. Instituições de direito do trabalho. 15ª ed. São Paulo: Ltr, 1995, v.2, p.1079.

2 – O QUE SÃO AS CLÁUSULAS GERAIS?

Segundo a doutrina, as denominadas “cláusulas gerais” são uma:

*“técnica legislativa que conforma o meio hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos ainda não expressos legislativamente, de standards, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo.”*¹³

A construção da hipótese legal, nas cláusulas gerais, é realizada pelo uso de “conceitos jurídicos indeterminados”, assim denominados os conceitos propositadamente fluidos, vagos e abertos sob o ponto de vista semântico.

Na cláusula geral propriamente dita não se cuida de fornecer hipóteses definidas e seus consectários, e nem tampouco de regulamentar situações concretas, mas sim de oferecer um esboço impreciso quanto aos termos que as compõem, e que, por essa imprecisão, se torna dúctil à incorporação de outros princípios até então estranhos ao ordenamento.

A inserção destes novos princípios possibilita ao operador da norma, na atividade de concreção de tais princípios, a construção de novas formas, preenchendo, desta maneira, as lacunas criadas pelo avanço das relações sociais e solvendo o caso concreto que se põe diante da norma.¹⁴

A aplicação da concreção das cláusulas gerais remete ao juiz e à jurisprudência um papel piloto indispensável, mormente no tocante à exigência de fundamentação das decisões prevista no art.93, IX, da Constituição.

¹³ MARTINS COSTA, Judith e BRANCO.Gerson Luiz Carlos. Diretrizes Teóricas do novo Código Civil Brasileiro. (s.ed).São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p.118.

¹⁴ cf. MARTINS-COSTA, Judith. e BRANCO.Gerson Luiz Carlos. Diretrizes Teóricas do novo Código Civil Brasileiro. (s.ed).Editora Saraiva: São Paulo, 2002, p.118-119.A autora explica que as cláusulas gerais não objetivam dar respostas a todos os problemas da realidade social, posto que a atividade de construção de tais soluções seria de incumbência da jurisprudência.Sua função seria a de, por não terem a finalidade de regulamentar nenhuma situação concreta, atuarem como uma metanorma, possibilitando ao juiz acessar a “critérios aplicativos determináveis” a “outros espaços do sistema” ou a “variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes objetivamente vigorantes em determinada ambiência social” para a solução dos casos.

É que caberá ao juiz a criação, mediante as variantes esboçadas nas cláusulas gerais, de uma prestação jurisdicional não prevista na norma positiva, pelo que deve:

*“...o juiz deixar claro não só a concreta razão de fato ensejadora da invocação do princípio, máxima de conduta ou diretriz contidos na cláusula geral, como da conexão entre ambas, a razão de fato e a razão jurídico-valorativa. Por isso é imenso, nessa operação intelectual, o peso dos precedentes judiciais, que expressam uma espécie de “ de razão comum ” de decidir para os casos análogos ou similares.”*¹⁵

Com estas características tão permeadas de vagueza, imprecisão terminológica e semântica, a desvantagem marcante das cláusulas gerais é a de provocar a incerteza sobre o real dimensionamento de sua forma e da extensão dos seus limites.

A extrema amplitude das cláusulas gerais, bem como de um sistema jurídico totalmente aberto, atenta contra a necessidade de um quantum mínimo de segurança e estabilidade nas relações sociais e jurídicas no estado democrático, e, conseqüentemente, nos efeitos advindos destas relações, principalmente os jurídicos: é a chamada necessidade da certeza jurídica.

Por esta razão, nenhum código pode ser formulado exclusivamente com base em cláusulas gerais, devido ao baixo nível de certeza jurídica que tal ordenamento proporcionaria, motivo pelo qual se conjuminaria as técnicas legislativas da casuística e das cláusulas gerais.¹⁶

Gustavo Tepedino, entretanto, critica a maneira como as cláusulas gerais se estruturam no novo código civil brasileiro, eis que “desassociadas de um conteúdo axiológico preciso, acabam por carrear insegurança às relações que procuram disciplinar.”¹⁷

Ele não descarta da necessidade de adotar a técnica legislativa das cláusulas gerais como instrumento de superação das lacunas abertas entre a legislação positivada e a evolução das relações sociais. Entretanto, a técnica das cláusulas gerais imposta pela contemporaneidade, que não seria, segundo o seu entendimento, o caso da empreendida no novo código civil brasileiro, exige uma definição normativa dos critérios interpretativos que sejam coerentes com a razão do sistema

¹⁵ Op.cit, p.120, nota de rodapé.

¹⁶ Remete-se o leitor ao conceito do sistema casuístico fornecido na nota de rodapé n.1

¹⁷ TEPEDINO, Gustavo. “O código civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa”. Problemas de Direito Civil - Constitucional [Coord.]. 1ª ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.09.

constitucional brasileiro, que é a valorização de situações não-patrimoniais e a primazia da pessoa humana.¹⁸

Quer ele demonstrar que as cláusulas gerais devem possuir uma carga axiológica nos seus conceitos vagos e abertos permeada dos valores inseridos no texto constitucional do Estado brasileiro, para que o exercício da sua concreção pelo juiz não exsurja contra estes valores constitucionais, garantindo, assim, uma homogeneidade na interpretação das regras que compõem o sistema e obviamente uma maior segurança quanto aos critérios de sua concreção.

Segundo ele:

“Supera-se, dessa forma, a desconfiança gerada pelas cláusulas gerais e pelos conceitos indeterminados no passado, cuja definição era subjetivamente atribuída ao magistrado ou à doutrina, sem um critério seguro que respondesse à lógica do sistema”.

Pietro Perlingieri, analisando as cláusulas gerais do código civil italiano de 1942, diz que estas “eram inspiradas por uma ideologia produtivista e economicamente auto-suficiente (autarcia)”, mas “assumem um significado diverso se forem lidas e aplicadas na lógica da solidariedade constitucional.”¹⁹ Mais adiante, se reportando à análise das cláusulas dos arts. 2.087 e 2.014 daquele código, ele diz que se interpretam sobretudo à luz dos princípios constitucionais, “nos quais a idéia forte é o respeito à pessoa e à sua dignidade²⁰ (arts. 2 e 41, § 2, Const.)”.

No novo código civil brasileiro se encontra a cláusula geral da função social da propriedade no § 1º do art. 1.228 quando este diz que:

“o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.”

Pode-se constatar, entre outras, a sua presença no art. 1.277, que cuida dos direitos de vizinhança e no art. 421 que cria a função social do *contrato*.

3 – A APLICAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS NA CLT .

A CLT, por se tratar da compilação e ordenação sistêmica das leis trabalhistas existentes à época de sua promulgação, é um símbolo expoente da

¹⁸ *ibid*, p.10.

¹⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil - Introdução ao direito civil constitucional*. Trad. de Maria Cristina De Cicco, São Paulo/Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.27.

²⁰ *ibid*, p.28.

legislação trabalhista brasileira.

Seu texto, porém, vem sofrendo inúmeras críticas. A principal é a de que estaria defasada e ultrapassada para regulamentar as relações de trabalho atuais.

Sua promulgação, em primeiro de maio de 1943, reporta a uma conjuntura e estrutura social, econômica e política extremamente diversa da contemporânea, no Brasil e no mundo.

O ideário norteador de sua elaboração parte ainda das premissas extraídas da 1ª Revolução industrial que deu origem ao direito do trabalho como ciência jurídica autônoma, onde o trabalhador, como a parte mais fraca, precisava ser protegido a todo custo das garras exploradoras do empresário/empregador. Assim é o conteúdo material da norma trabalhista contida na CLT, orientado ainda pelos princípios da proteção, da continuidade, da primazia da realidade e da irrenunciabilidade, ente outros, considerados como princípios intangíveis e absolutos.

A norma da CLT, principalmente a que tutela diretamente o empregado, é uma norma fechada quanto ao seu conteúdo material. A sua redação prevê uma situação concreta, que por força do princípio da norma mais favorável, como se sabe, não tem possibilidade de redução, inclusive por instrumento de negociação coletiva.²¹

É certo que até mesmo as normas constitucionais fundamentais trabalhistas podem sofrer redução em seus conteúdos. É certo também que as mudanças in pejus da norma trabalhista, mesmo constitucional, só serão admitidas quando a própria Constituição excetuar estes casos, o que é feito no art. 7º, VI, XIII e XIV.²²

Entre várias situações casuísticas previstas na CLT, se pode exemplificar o número máximo de horas extras por dia (art. 59), número de horas dos intervalos intrajornadas (arts. 70 e 71), remuneração do trabalho noturno (art. 73), dias de férias a serem gozadas (art. 130), altura dos locais de trabalho (art. 171), peso máximo que um trabalhador pode remover individualmente (art. 198), todo o título III (normas especiais de tutela do trabalho - arts. 224 a 441) — obviamente naquilo que não foi revogado por ter sido objeto de regulamentação em lei específica —,

²¹ SOUSA, Otávio Augusto Reis de. *Nova teoria geral do direito do trabalho*. (s.ed). São Paulo: Ltr, 2002, p.62, assim expressa neste particular: “A rigidez da legislação laboral conspira muitas vezes contra os que pretende proteger. O caráter imutável das cláusulas contratuais no que toca a salário, função, jornada, conduziu a uma situação paradoxal.”

²² PIMENTA, José Roberto Freire et alli. (Coord). *Crise do Estado Social e Negociação Coletiva* Direito do Trabalho. Evolução, Crise, Perspectivas. (s.ed). São Paulo: Ltr, 2004, p.201 e NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 18ª ed, rev e at. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p.272.

proporcionalidade de empregados brasileiros(arts.352 e 354), constituição de tripulação em embarcação nacional(art.369), emprego máximo de força muscular que uma mulher em serviço pode ser submetida(art.390), condições de validade do contrato de trabalho por tempo determinado(art.443, § 2º) e prazo máximo de sua duração(art.445), entre muitos outros casos.

Estes quantitativos contidos na CLT, e outros mais que por conveniência deixa-se de citar, são considerados como elementos impeditivos da resolução dos conflitos nas relações de trabalho em face da nova estrutura — e não apenas conjuntura — social vigente em nossos dias.

A aplicação das cláusulas gerais na CLT, evidentemente que sem poder diminuir ou atingir o quantum mínimo dos direitos fundamentais dos trabalhadores preconizados no art.7º da Constituição e orientada pelos valores e princípios fundamentais nela estatuídos, se mostra uma alternativa viável para se minimizar o desgaste temporal da norma trabalhista.

Remeter ao juiz do trabalho o papel de artífice e construtor da solução dos conflitos do trabalho com o auxílio das cláusulas gerais não constitui um mero recurso corporativo em defesa da justiça do trabalho.É antes de tudo a tutela de um direito individual fundamental e uma garantia constitucional.O Estado Democrático de Direito Brasileiro, que visa à proteção última do cidadão, lhe garante que nem a lei poderá excluir a apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito (art.5º, XXXV).

Não se pode olvidar ainda que a mesma Constituição atribui ao Estado brasileiro — do qual o juiz é seu agente — a incumbência de construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos(art.3º, I, II, III e IV), tendo a sua ordem econômica como finalidade assegurar a todo cidadão brasileiro uma existência digna e fundamentada na valorização do trabalho(art.170, caput).A utilização das cláusulas gerais pelo juiz ao aplicar a jurisdição torna esta empresa algo muito mais concreto e dá sentido ao previsto no texto constitucional.

Não é demais relembrar o que foi articulado anteriormente neste trabalho sobre o papel crucial atribuído pela Constituição ao Estado brasileiro na defesa e promoção da justiça social e da dignidade da pessoa humana.

Por um outro argumento, esta atribuição do juiz do trabalho não lhe seria totalmente nova e estranha.Amauri Mascaro Nascimento aponta que o juiz do trabalho já é um legislador secundário e às vezes até mesmo principal, pois “ a jurisdição trabalhista é entendida não somente como sancionadora, mas também como constitutiva, não só por meio de sentenças normativas mas também nas

decisões proferidas em dissídios individuais.”²³

Cumpra, porém, ressaltar que a atividade criadora do juiz do trabalho a que se refere o autor em comento está adstrita às limitações conhecidas e até aqui expostas. Com o implemento das cláusulas gerais, entretanto, ela lhe seria devolvida com uma amplitude limitada tão somente pela norma constitucional, que, como já articulado, também lhe orientaria na concreção e na construção das hipóteses de resolução dos conflitos.

A redação das normas da CLT com a inserção das cláusulas gerais possibilita a criação de um direito do trabalho mais dúctil às mudanças nas relações de trabalho, e também atual, principalmente no campo do direito individual do trabalho, quando se consideram as milhares de nuances e variações possíveis de se ocorrer, as quais mesmo se revisando periodicamente o texto das normas nunca haveria a necessária e exigida compatibilização.

4 – BIBLIOGRAFIA

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 3ª ed. São Paulo: Ltr, 2004.

JUNIOR, Alberto Gosson Jorge. Cláusulas gerais no novo código civil. (s.ed). São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”- as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro, Revista dos Tribunais, São Paulo, n.753, p. 24-48, 1998.

_____. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do Sistema Jurídico. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n.112, p. 13-32, 1991.

_____. e BRANCO. Gerson Luiz Carlos. Diretrizes Teóricas do novo Código Civil Brasileiro. (s.ed). São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 18ª ed, rev e at. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil - Introdução ao direito civil constitucional. Trad. de Maria Cristina De Cicco, São Paulo/Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

²³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 18ª ed, rev e at. Editora Saraiva: São Paulo, 2003, p.297.

PIMENTA, José Roberto Freire et alli.(Coord). Crise do Estado Social e Negociação Coletiva. Direito do Trabalho.Evolução, Crise, Perspectivas.(s.ed).São Paulo: Ltr, 2004.

SOUSA, Otávio Augusto Reis de.Nova teoria geral do direito do trabalho.(s.ed).São Paulo:Ltr, 2002.

SUSSEKIND, Arnaldo, et alli. Instituições de direito do trabalho.15ª ed.São Paulo:Ltr, 1995, v.2.

TEPEDINO, Gustavo.Problemas de Direito Civil - Constitucional (Coord.).1ª ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

AS TRÊS DIMENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS E O NOVO CONCEITO DE CIDADANIA

CARLOS HENRIQUE BEZERRA LEITE¹

Não é unívoco o conceito de direitos fundamentais, a começar pela variedade de expressões que geralmente são empregadas para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos da pessoa humana, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais.

As expressões “direitos humanos” e “direitos do homem” são largamente utilizadas entre autores anglo-americanos e latinos. O termo “direitos fundamentais” é empregado preferentemente pelos publicistas alemães.

Adotando-se, para fins meramente didáticos, a expressão germânica “direitos fundamentais”, empregada expressamente no Título II da Constituição brasileira de 1988, é possível dizer que a construção e a manutenção dos pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana constituem os seus principais objetivos. E é essa vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, que nos conduzirá ao moderno significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana.

Há, no entanto, uma tradicional classificação doutrinária que identifica, com base em momentos sucessivos da História, três categorias distintas de direitos fundamentais, a saber: os direitos fundamentais de primeira, de segunda e de terceira geração.

A primeira geração dos direitos fundamentais surgiu com as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII. Esses direitos assentam-se no liberalismo clássico, encontrando, pois, inspiração no iluminismo racionalista, base do pensamento ocidental entre os séculos XVI e XIX. São também chamados de direitos individuais ou direitos de liberdade e têm por destinatários os indivíduos isoladamente considerados e são oponíveis ao Estado. Os direitos civis e políticos constituem, portanto, os direitos fundamentais de primeira geração.

¹ O autor é Professor do Curso de Direito (UFES), Mestre e Doutor em Direito (PUCSP) e Procurador Regional do Trabalho.

Segue-se a segunda geração dos direitos fundamentais: os direitos sociais, econômicos e culturais, não havendo exagero na afirmação de que os direitos sociais dominaram o século XX (e, provavelmente, dominarão o século em curso) do mesmo modo que os direitos da primeira geração dominaram o século XIX.

É voz corrente na doutrina que os direitos fundamentais de primeira geração são uma espécie de comando negativo (*status negativus*) imposto ao poder estatal, limitando a atuação deste em função das liberdades públicas asseguradas ao indivíduo; enquanto os direitos fundamentais de segunda geração impõem ao Estado uma prestação positiva (*status positivus*), no sentido de fazer algo de natureza social em favor do indivíduo. Dito de outro modo, o conteúdo dos direitos individuais repousa em um dever de não-fazer por parte do Estado em prol de certos interesses ou direitos, como o direito à vida, à liberdade nos seus multifários aspectos (locomoção, expressão, religião, organização de grupos); ao passo que os direitos sociais constituem um dever de fazer, de contribuir, de ajudar por parte dos órgãos que compõem o Poder Público.

A positivação desses direitos deu origem ao que se convencionou chamar de “Constitucionalismo Social”, a demonstrar que os direitos fundamentais de primeira geração, quando do seu exercício, têm que cumprir uma função social.

Os direitos de segunda geração traduzem-se, portanto, em direitos de participação. Requerem, por isso, uma política pública que tenha por objeto, sobretudo, a garantia do efetivo exercício das condições materiais de existência de contingentes populacionais. São direitos de igualdade substancial entre as espécies humanas. Inserem-se no rol dos direitos fundamentais de segunda geração os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades.

Os direitos fundamentais de terceira geração, também chamados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, aparecem com a conscientização de que o mundo é dividido em nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de desenvolvimento. Decorrem, pois, da reflexão acerca de temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

Dotados de altíssima dose de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração não se destinam especificamente à proteção de um indivíduo, de um grupo de pessoas ou de um determinado Estado, pois os seus titulares são, via de regra, indeterminados. A rigor, seu destinatário, por excelência, é o próprio gênero humano, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos existenciais.

Além das três gerações dos direitos fundamentais já mencionadas, há, ainda, uma corrente doutrinária que defende uma quarta geração de direitos, que

emerge da globalização política, tão necessária para amenizar os efeitos devastadores do neoliberalismo extraído da globalização econômica deste final de milênio. “Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional.” São direitos de quarta geração o direito à democracia, à informação e ao pluralismo.

Essa classificação tradicional dos direitos fundamentais tem sido alvo de fundadas críticas, devido à não-correspondência entre as gerações dos direitos e o seu processo histórico de nascimento e desenvolvimento.

Com efeito, se a expressão “geração” induz a idéia de sucessão cronológica dos direitos, avulta o descompasso entre o direito interno de alguns países, nos quais a constitucionalização dos direitos sociais foi posterior à dos direitos civis e políticos, e o direito internacional, que teve na criação da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, a institucionalização de diversas convenções que regulamentaram direitos sociais dos trabalhadores, bem antes da internacionalização dos direitos civis e políticos.

Além disso, não se pode olvidar que essa classificação ortodoxa, ao aduzir o *non facere* do Estado como característica dos direitos individuais e o *facere* como características dos direitos sociais, aflora-se insuficiente para explicar e tipificar alguns direitos sociais. O direito de greve, por exemplo, que nas modernas democracias, é considerado um direito social dos trabalhadores, constitui, na verdade, um não-fazer por parte do Estado, já que este simplesmente se limita a não impedir (*non facere*) o exercício do direito de um grupo de trabalhadores de suspender, temporariamente, a prestação de serviços a empregador.

Por outro lado, tem-se admitido que o termo “dimensão” poderia substituir, com vantagem lógica e qualitativa, o vocábulo “geração”. E essa substituição não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas, na medida em que o mais importante é que os direitos nascidos em uma geração, quando surgem em um dado ordenamento jurídico, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recentes tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada, o que propicia a sua melhor realização.

Oportuno é o exemplo de Willis Santiago Guerra Filho, para quem
*“o direito individual de propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social, e com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental.”*²

² GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 13.

A questão terminológica, ora focalizada, é extremamente importante, uma vez que os direitos de primeira, segunda e terceira dimensões se fundem, abrindo caminho para uma nova concepção de universalidade dos direitos humanos fundamentais, cujas características básicas são a indivisibilidade e interdependência.

A concepção contemporânea dos direitos fundamentais da pessoa humana imbrica, portanto, a liberdade (direitos civis e políticos), a igualdade (direitos sociais, econômicos e culturais) e a fraternidade ou solidariedade (direitos ou interesses metaindividuais) como valores indissociáveis, o que implica, por consequência, as características da universalidade, indivisibilidade, interdependência e complementaridade que esses direitos assumem no âmbito do nosso ordenamento jurídico e do direito internacional.

A insistência na idéia das gerações de direitos como se fossem compartimentos estanques, além de consolidar a inexatidão da expressão em face da moderna concepção dos direitos humanos, pode se prestar a justificar políticas públicas que não reconhecem a indivisibilidade da pessoa humana, geralmente em detrimento dos direitos sociais, econômicos e culturais ou dos direitos civis e políticos previstos nos tratados internacionais sobre direitos humanos.

Tudo o que foi dito até agora está a revelar que a temática dos direitos fundamentais está intimamente vinculada à teoria geral da cidadania.³ E esta, por sua vez, encontra-se indissolúvelmente ligada ao ideal de preservação e respeito à dignidade da pessoa humana.

A cidadania, portanto, deixa de ser considerada simples emanção do direito subjetivo do indivíduo de participar dos negócios do Estado para se transformar na idéia que, por sua extensão, pela abertura interdisciplinar, pela conotação política que exhibe e pela multiplicidade de suas dimensões, pode servir de sustentáculo para a superação das contradições e perplexidades que gravitam em torno de temas como liberdade e justiça social, igualdade e solidariedade, universalismo e nacionalismo, direitos fundamentais e direitos sociais e econômicos, nesta fase de transição para o século XXI.⁴

Pode-se dizer, assim, que cidadania passa ser definida como “o pertencer à comunidade, que assegura ao homem a sua constelação de direitos e o seu quadro de deveres, só a análise ética e jurídica abre a possibilidade de compreensão desse complexo *status*. A cidadania já não está ligada à cidade nem ao Estado nacional,

³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 1-8.

⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *A cidadania multidimensional na era dos direitos*. In: Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 242-243.

pois se afirma também no espaço internacional e supranacional. Apenas as idéias de direitos humanos e de justiça podem constituí-la no sentido ontológico”⁵ (op. cit., p. 247).

Referindo a passagem do Estado absoluto ao Estado de direito, Norberto Bobbio obtempera, com percuciência, que é

*“com o nascimento do Estado de direito que ocorre a passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos. No Estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos.”*⁶

A bem ver, pois, o conceito pós-moderno de cidadania passa a compreender os direitos humanos em sua tríplice dimensão, é dizer, os direitos civis e políticos (primeira dimensão), os direitos sociais, econômicos e culturais (segunda dimensão) e os direitos coletivos *lato sensu* (terceira dimensão),⁷ em constante tensão com as idéias de liberdade, de justiça política, social e econômica, de igualdade, de chances e de resultados, e de solidariedade, a que se vinculam.⁸

⁵ Ibid, p. 247.

⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 61.

⁷ Sobre os direitos coletivos *lato sensu*, que abrangem os difusos, os coletivos *stricto sensu* e os individuais homogêneos, voltaremos a falar mais adiante.

⁸ Ricardo Lobo Torres, op. cit., p. 254.

O PROBLEMA DA DEFINIÇÃO DO FORO COMPETENTE PARA CONHECER E JULGAR A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

CARLOS EMMANUEL LEITÃO RÉGIS¹

Um dos temas de maior relevo no estudo da ação civil pública e, também, de grande divergência doutrinária é o problema da definição do foro competente para conhecer e julgar a ação civil pública. As dificuldades desta definição originam-se da confusa e lacunosa redação do artigo 2º da Lei nº 7.347/85. Este dispositivo legal traz uma aparente contradição entre os institutos da competência territorial e absoluta, bem como não resolve satisfatoriamente a questão do foro competente nos casos de danos que ultrapassam os limites territoriais de comarcas e seções judiciárias.

Da simples leitura deste dispositivo legal verificamos que o legislador inseriu no texto legal dois institutos que à primeira vista podem parecer conflitantes. De um lado fixou-se como critério para a definição da competência da ação civil pública a territorialidade, a qual é um critério de competência relativa, isto é, que permite a prorrogação. De outro lado, atribuiu a este critério valor de competência funcional, a qual é absoluta. Dessa forma, como entender o texto legal?

Esta aparente contradição é desfeita quando observamos a lição de Moacyr Amaral dos Santos² que afirma ser a competência em razão do território relativa, mas que esta regra comporta certos temperamentos quando da existência de foros territoriais especiais, que é o que ocorre com as regras de definição da competência da ação civil pública. Melhor explicando, a regra geral da definição da competência pelo critério territorial é o da atribuição da competência ao foro do domicílio do réu, como ocorre nas ações pessoais e reais mobiliárias. Contudo, esta regra apresenta algumas exceções como a definição da competência pelo foro da situação da coisa, nas ações reais imobiliárias; pelo foro da residência da mulher, na ação de separação dos cônjuges; e o foro do lugar do ato ou do fato, na ação de reparação de danos,

¹ O autor é Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba desde 27 de março de 2003, Aluno da ESMAT no ano de 2004 e Advogado.

² Apud MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação civil pública – em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: (lei 7.347/85 e legislação complementar). 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002. p. 58.

podendo ser enquadrada nesta espécie a ação civil pública.

De outra forma é a explicação de Liebman³ acerca desta situação:

“A competência por território distribui as causas entre os muitos juízos de igual tipo, com dois objetivos principais: facilitar e tornar mais cômoda a defesa das partes, especialmente a do réu, e fazer com que, em determinadas categorias de controvérsias, o processo corra perante o juiz que, em razão do lugar em que tem sede, possa exercer as suas funções de maneira mais eficiente. Há, por isso, duas espécies de competência territorial: quando a norma se inspira no primeiro dos motivos acima, a competência pode ser prorrogada ou derogada pelas partes; mas quando se inspira no segundo, este é improrrogável e inderrogável (competência territorial funcional)”.

Dessa forma, a fixação da competência da ação civil pública pelo critério territorial atende a um fim de racionalização do processo, buscando conferir-lhe uma maior efetividade e a promoção da justiça. Portanto, nesse caso a competência territorial terá um caráter de competência absoluta e, sendo assim, será inderrogável e improrrogável pela vontade das partes, a incompetência poderá ser declarada de ofício e a qualquer tempo ou grau de jurisdição, sem necessitar do oferecimento de exceção de incompetência para ser conhecida e será causa para a decretação de nulidade absoluta do processo.

O doutrinador Álvaro Luiz Valery Mirra⁴, em estudo sobre a ação civil pública na defesa dos interesses coletivos referentes ao meio ambiente, aponta os seguintes motivos que servem como fundamento para a definição da competência da ação civil pública no foro do local da ocorrência do dano:

“Sem dúvida, a opção da lei, de privilegiar o local da ocorrência do dano para a determinação do foro competente, justifica-se plenamente em razão da maior facilidade de obtenção de provas – por intermédio de testemunhas e perícias, sobretudo – necessárias à comprovação do dano ambiental efetivo ou potencial, do maior envolvimento da população diretamente atingida pela degradação combatida e daqueles que a representam, a propiciar pronta e eficaz reação, e da maior facilidade de verificação da adequação das medidas preventivas e reparatórias a serem adotadas; tudo a evidenciar que o juízo do foro do local do dano é, efetivamente, o mais habilitado a julgar a demanda”.

³ Apud Idem. Ibidem. P. 61.

⁴ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Meio ambiente: a questão da competência jurisdicional. In: MILARÉ, Edis (Coordenador). *Ação civil pública: lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p.61 e 62.

Embora o artigo 2º da Lei n. 7.347/85 tenha fixado a competência de foro da ação civil pública no local da ocorrência do dano, não esgotou o assunto, pois não resolveu a questão da definição da competência nos casos em que o dano ultrapassar os limites territoriais de comarcas e seções judiciárias.

Tendo o artigo se limitado a atribuir a competência ao foro do local do dano, a solução a que se chega para a questão é a de considerar todas as comarcas ou seções judiciárias foros competentes, pois todos seriam foros do local do dano ou, pelo menos, de parte do dano. Assim, formar-se-ia uma competência concorrente entre estes foros de forma que sendo propostas várias ações civis públicas cujo objeto seja a responsabilização do dano ocasionado na área de todas as comarcas atingidas, ou sendo proposta várias ações civis públicas conexas, que se façam necessárias suas reuniões, pois cada uma delas objetivam a responsabilização por parte do dano manifestado em cada uma das comarcas atingidas, o problema da competência seria resolvido pelas regras do Código de Processo Civil, o qual diz que será prevento o juiz que primeiro conhecer da causa, na forma dos artigos 106 e 219 do CPC, adotando-se, assim, um critério cronológico.

Este entendimento, contudo, não mais prevalece após o advento do Código de Defesa do Consumidor, vez que em sua parte de disciplinamento processual traz o artigo 93 que dispõe sobre a competência de foro das ações coletivas para a defesa dos direitos individuais homogêneos do consumidor, mas que tem sua aplicação estendida ao disciplinamento da tutela jurisdicional coletiva por força do artigo 21 da Lei n. 7.347/85, que estabelece uma integração entre os sistemas do disciplinamento processual da defesa do consumidor em juízo, contido no CDC, e a da ação civil pública, disciplinada na mencionada lei.

O artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor mantém a regra do foro do local da ocorrência do dano, quando este tiver dimensões de dano local, mas acrescenta a esta regra a disposição sobre a competência na ocorrência de danos de âmbito regional e nacional, atribuindo competência aos foros das capitais dos Estados federados e do Distrito Federal.

Todavia, a redação do mencionado dispositivo não é suficientemente clara a fim de que resolva todas as questões sobre o foro competente para as ações civis públicas referentes aos danos de grande abrangência, pois mesmo após a vigência deste dispositivo passaram a surgir dúvidas acerca do significado das expressões, dano de âmbito regional e nacional, bem como sobre a solução oferecida pela lei para estes danos.

No que tange ao dano de âmbito local não há dúvidas quanto ao seu significado e solução, até porque a solução imposta pelo artigo 93, I, do CDC é a mesma apresentada pelo artigo 2º da Lei n. 7.347/85, qual seja, se o dano é de

âmbito local, isto é, aquele cuja abrangência do dano encontra-se limitada à área de circunscrição de uma comarca, o foro competente é o local da ocorrência do dano.

Como nos referimos alhures, as dúvidas existem quando se pretende definir a competência de foro das ações cujos danos têm abrangência regional ou nacional, pois o artigo 93, II, do CDC, não possui uma redação precisa, fazendo surgir interpretações conflitantes.

Quando o dano é de âmbito regional as divergências de entendimento fundam-se no significado conferido ao termo *dano de âmbito regional*, já que a solução é sempre a mesma: o foro competente é o da capital do Estado federado ou do Distrito Federal, de acordo com o local da ocorrência do dano.

Alguns doutrinadores só atribuem o caráter de dano regional àqueles que além de ultrapassarem o território de uma comarca ou seção judiciária, também repercutirem em todo o território estadual. Para estes doutrinadores quando o dano limitar-se a produzir efeitos nas áreas territoriais de duas comarcas, sem produzir repercussão em todo o território estadual a ação civil pública poderá ser proposta em qualquer uma das duas comarcas. É a chamada competência concorrente, que se resolve pela prevenção.

Outra parte da doutrina entende que basta o dano transcender a área de uma comarca ou seção judiciária para ser entendida como dano de âmbito regional e então o foro competente será o da capital do Estado federado ou do Distrito Federal, conforme o local de ocorrência do dano.

Agora, quando o dano possui âmbito nacional, mais complicada é a solução do foro competente, vez que as divergências doutrinárias existem não apenas no significado do termo *dano de âmbito nacional*, mas também na solução apresentada à questão.

Quanto ao significado do termo a dúvida é a mesma existente quanto ao dano de âmbito regional, isto é, não há um entendimento unânime sobre a necessidade da repercussão do dano sobre todo o território do país ou se basta a ocorrência de dano cujos efeitos ultrapassem a área de um Estado federado ou do Distrito Federal.

No que respeita à divergência sobre a solução apresentada para o caso, parte da doutrina entende que há exclusividade de competência de foro do Distrito Federal, enquanto outros entendem que se forma uma competência concorrente entre as capitais dos Estados federados e do Distrito Federal.

Dentre os doutrinadores que se posicionam pela desnecessidade da repercussão em todo o Estado federado ou do Distrito Federal ou de todo o território nacional, conforme o dano seja de âmbito regional ou nacional, respectivamente, encontramos Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Alvim e James J. Marins de

Souza⁵ que assim se manifestam:

“Quando transcender à área de uma dada comarca, tratar-se-á de dano regional, pois circunscrito ao âmbito de um Estado federado, e a competência para a causa é o foro da capital do Estado. A competência será da comarca do Distrito Federal quando o dano que haja ocorrido, ou possa vir a ocorrer, transcender, ou puder vir a transcender, a área geográfica de mais de um Estado, ganhando por isso, âmbito nacional (o dano, por exemplo, deve vir a ocorrer em âmbito nacional, ainda que já existente em âmbito local ou regional)”.

Apresentando posicionamento no sentido da necessidade de que o dano regional ou nacional apresente repercussão em todo o território estadual ou nacional, conforme seja, temos o doutrinador Álvaro Luiz Mirra⁶, com quem concordamos e que assim expõe:

“(…) o melhor entendimento, na espécie, quer nos parecer, é aquele que vê nos danos ambientais de âmbito regional e nacional, respectivamente, os danos que, ultrapassando os limites de uma comarca ou de um Estado federado, têm repercussão direta sobre todo o território estadual ou nacional, hipótese em que o foro competente para o processamento e o julgamento da ação civil pública tendente à prevenção ou reparação dos aludidos danos deverá ser o da capital do Estado ou do País, aplicando-se, então a norma do artigo 93, II, do CDC. Nas hipóteses de degradações ambientais que, apesar de ultrapassarem os limites territoriais de uma comarca ou de um Estado federado, não tenham abrangência estadual ou nacional, a regra a ser aplicada é a do art. 2º da Lei 7.347/85, considerando-se como competentes os juízes de cada um dos foros cujos territórios se encontram sujeitos ao dano, com a fixação, em concreto e em definitivo, da competência de um deles para conhecer e julgar a demanda pela prevenção (art. 219, caput, do CPC c/c o art. 19 da Lei 7.347/85)”.

No que diz com as doutrinas sobre a definição do foro competente para conhecer e julgar a ação civil pública quando o dano for de âmbito nacional, Ada

⁵ *Apud* MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Meio ambiente: a questão da competência jurisdicional. In: MILARÉ, Edis (Coordenador). *Ação civil pública: lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p 71.

⁶ *Idem*. *Ibidem*. P. 73.

Pellegrini Grinover⁷ posiciona-se no sentido de que há exclusividade de competência de foro do Distrito Federal e assim fundamenta seu entendimento:

“Sendo o dano de âmbito nacional, entendemos que a competência deveria ser sempre do Distrito Federal: isso para facilitar o acesso à justiça e o próprio exercício do direito de defesa do réu, não tendo sentido que seja ele obrigado a litigar na capital de um Estado, longínquo talvez de sua sede, pela mera opção do autor coletivo. As regras de competência devem ser interpretadas de modo a não vulnerar a plenitude da defesa e o devido processo legal(...)”.

Também se posiciona neste sentido Kazuo Watanabe⁸:

“Sendo a ação intentada, por exemplo, contra a União, em favor de pessoas do mesmo grupo, categoria ou classe espalhadas por todo o território nacional, o foro competente deve ser o que resguarde, em benefício de ambas as partes, as garantias fundamentais do processo acima mencionadas, e semelhante foro seria, atendida a regra do art. 109, § 2º, da Constituição Federal, o do Distrito Federal, que é, em tese, o que apresenta acesso mais fácil a todos os interessados e onde a publicidade seguramente será mais ampla, pois ali se localiza o centro político e administrativo do País, e o acompanhamento do processo por ambas as partes e pelo público em geral será bem fácil e efetivo”.

Ousamos discordar de tão abalizada doutrina, pois entendemos que o fato de atribuir-se a competência para o conhecimento da ação civil pública que vise a reparação de dano de âmbito nacional ao foro do Distrito Federal, por si só, não facilitará o acesso à justiça tão pouco facilitará o exercício do direito de defesa por parte do réu, isto ocorrerá sim, quando os causadores dos danos localizarem-se nas regiões Sul, Sudeste e Centro-Oeste do país, mas não vejo nenhuma facilidade para o defensor que se situe em regiões mais distantes como o Norte ou Nordeste do país. Este entendimento fere o princípio da isonomia, pois atribui benefício a uns em prejuízo de outros.

Também quanto ao fundamento de ser o Distrito Federal o centro administrativo e político do país e, portanto, um local onde a publicidade seria mais ampla não merece assentimento, pois, seja qual for o local do processamento da

⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2001. p. 808.

⁸ WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2001. p. 749.

demanda, nada impedirá uma divulgação ampla e eficiente da decisão, ainda mais em tempos de tecnologia tão avançada no setor da comunicação.

Portanto, posicionamo-nos ao lado da doutrina que entende que em casos de danos de âmbito nacional serão competentes concorrentemente os foros das capitais dos Estados federados e o do Distrito Federal, definindo a competência de acordo com o critério da prevenção.

Neste sentido posiciona-se Maria de Fátima Vaquero Ramalho Leyser⁹, que assim entende:

“Se o dano transcender a uma determinada circunscrição judiciária, mas dentro de um mesmo Estado federado ou no Distrito Federal, tratar-se-á de dano regional. Quando o dano transcender a área territorial de um Estado federado ou do Distrito Federal, tratar-se-á de dano nacional. Nas duas hipóteses, a competência para a causa é do foro da capital do Estado ou do Distrito Federal.”

A mesma autora em seguida completa o raciocínio:

“Isto significa que o inc. II, para duas situações distintas (danos regionais e danos nacionais), deu solução idêntica, qual seja foro da Capital do Estado, tendo apenas se referido ao Distrito federal em face de sua natureza sui generis de cidade-estado. Obviamente, em se tratando de dano nacional, todas as capitais do país, e o Distrito Federal, seriam em tese competentes para o aforamento da presente ação, sendo de se aplicar o critério da prevenção em caso de eventual conflito, ficando prevento aquele que primeiro despachar”.

Este também é o posicionamento majoritário do Superior Tribunal de Justiça¹⁰:

“COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DO CONSUMIDOR. INTERPRETAÇÃO DO ART. 93, II, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DANO DE ÂMBITO NACIONAL.

Em se tratando de ação civil coletiva para o combate de dano de âmbito nacional, a competência não é exclusiva do foro do Distrito Federal. Competência do Juízo de Direito da Vara Especializada na Defesa do Consumidor de Vitória/ES. (STJ. Segunda Seção. Conflito de Competência n.º 26842. Rel. Waldemar Zveiter. Data da decisão: 10/10/2001)”.

⁹ Apud MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação civil pública – em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: (lei 7.347/85 e legislação complementar). 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002. p. 69.

¹⁰ Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/Juris/Jurisp.asp>. Acesso em 08 jan. 2003.

Dessa forma, pensamos ser a solução mais adequada para o problema da definição do foro competente para conhecer e julgar a ação civil pública entender que o critério territorial do local da ocorrência do dano é critério fixador de competência absoluta, bem como entender que nos casos de danos que ultrapassem os limites territoriais de comarcas e seções judiciárias teremos três possibilidades com resultados diferentes. Se o dano ultrapassar os limites territoriais de comarcas e seções judiciárias, mas sem implicar numa repercussão estadual ou nacional, o foro competente será definido pela prevenção. Agora, tendo repercussão em todo o território estadual o foro competente será o da capital do Estado federado. Por fim, sendo a repercussão do dano em todo o território nacional a questão do foro competente resolver-se-á pela prevenção, vez que os foros das capitais dos Estados federados e do Distrito Federal têm competência concorrente para conhecer e julgar a ação civil pública. Esta é a melhor interpretação do artigo 93, II, do CDC.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GRINOVER, Ada Pellegrini, BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, FINK, Daniel Roberto, FILOMENO, José Geraldo Brito, WATANABE, Kazuo, NERY JUNIOR, Nelson, DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública – em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: (lei 7.347/85 e legislação complementar)*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Meio ambiente: a questão da competência jurisdicional. In: MILARÉ, Edis (Coordenador). *Ação civil pública: lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

DANO MORAL TRABALHISTA NA FASE PÓS-CONTRATUAL: RESPONSABILIDADE TRABALHISTA

ROMULO NEI BARBOSA DE FREITAS FILHO¹.

1 – INTRODUÇÃO

Hoje em dia, se o caro leitor for agredido injustamente em sua incolumidade moral certamente não ficará inerte admitindo placidamente o sentimento de impunidade mas sentirá facilidade em irressignar-se em virtude do advento dos juizados especiais e de sua forma prática e simples de reivindicar do Estado suas pretensões.

Contudo, quando transportamos este conflito para a relação de emprego, tudo muda de figura. O empregado desmoralizado vê-se diante de duas escolhas: o emprego ou a busca da reparação de seu bom nome.

Sendo assim, apesar da Justiça do Trabalho não dever ser considerada como a justiça dos desempregados, o trabalhador invariavelmente aguarda a extinção de seu contrato de trabalho para pugnar por reparações de cunho moral havidas na constância do contrato de trabalho embora compreenda que o poderia fazer mesmo no seu vigor.

O fato acima é emblemático na demonstração da hipossuficiência do empregado que por diversas vezes no cumprimento de seu contrato reflete se os danos a ele causados são toleráveis ou não, vindo a segunda constatação a representar a ruptura do contrato de trabalho, se não por seu ato, por ato de seu empregador.

Este desnivelamento de forças deve ser bem compreendido pelo julgador o que torna o Juiz do Trabalho o agente judicante mais adequado e capacitado para promover a devida reparação porquanto dispõe de instrumentos de direito material e processual para tanto.

Pois bem, o presente estudo vem discutir se há possibilidade de sujeitos de uma relação pretérita de emprego provocarem danos recíprocos que, embora não produzidos exatamente na constância do contrato de trabalho, deveriam ser submetidos ao exame do julgador especializado justtrabalhista pois estarão presentes, do ponto de vista teleológico, os motivos justificadores da própria existência destes órgãos.

¹ O autor é advogado com escritório na capital pernambucana e atuação no âmbito nacional nas áreas de Direito do Trabalho, Sindical e Direito da Empresa.

Na perquirição deste dano moral de natureza trabalhista serão desenvolvidas discussões sobre a possibilidade da ocorrência de dano moral por ocasião do contrato de trabalho, contudo, após seu término, na fase pós-contratual. Para tanto, o dano moral trabalhista será observado desde de seus elementos até a sua formulação e caracterização. O objeto de pesquisa será enfrentado, logo após estas considerações preliminares através da análise do dano moral trabalhista ocorrido na fase pós-contratual do contrato individual de trabalho utilizando para isso, sobretudo, duas hipóteses emblemáticas, da ocorrência deste dano após extinto o contrato de trabalho.

É preciso ressaltar que será focalizado o dano causado pelo empregador, em virtude da pouca força lesiva além do fato de que o ex-empregador afligido certamente preferirá a Justiça Comum à Trabalhista cujo intuito nivelador de forças o prejudicará.

Para esta batalha se forja esta espada, entregue envolvida na prefacial advertência às limitações do esforçado forjador.

2 – DANO MORAL TRABALHISTA:

No ano de 1988 faleceram as discussões sobre a possibilidade de reparação de danos causados à honra sendo de uma vez por todas consagrado, no ordenamento jurisdicional brasileiro, o direito subjetivo à incolumidade moral que uma vez injustamente vergastada poderá ser reparada.

Contudo, o dano moral de natureza trabalhista havido por ocasião da relação de emprego cuja competência judicial para sua apreciação pertence à Justiça do Trabalho somente foi admitido após reiterada produção jurisprudencial passando pela sempre citada decisão do Exmo. Ministro Sepúlveda Pertence no Conflito de Jurisdição n. 6.959-6² até finalmente encontrar águas pacíficas na Orientação Jurisprudencial n° 327 recentemente acolhida pelo Tribunal Superior do Trabalho em 09.12.2003³.

O dano moral é o dano que agride a incolumidade psíquica do lesionado, lhe promovendo constrangimento e dor moral e sentimental.

² Ac. STF – Pleno – MV – Conflito de Jurisdição n. 6.959-6 – Suscte. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de Brasília; Suscto. Tribunal Superior do Trabalho – DJU 22.2.91, ,pág. 1259.

³ OJ 327 - Dano moral. Competência da Justiça do Trabalho. Nos termos do art. 114 da CF/1988, a Justiça do Trabalho é competente para dirimir controvérsias referentes à indenização por dano moral, quando decorrente da relação de trabalho. (DJ 09.12.2003 – Parágrafo único do art. 168 do RITST).

O dano moral trabalhista, em ilação analógica, é a infração da obrigação de não praticar ato lesivo da honra e da boa fama por ato das partes opostas da relação de trabalho subordinado em sua vigência ou, embora após seu término, quando o ato lesivo fizer correspondência a fatos ocorridos no tempo de seu vigor.

O dano moral terá natureza trabalhista quando o empregador possuir o dever solidário de reparar o dano provocado por seus empregados, prepostos ou serviçais, quando houver agressão a outro empregado subordinado às suas ordens.

O objetivo portanto da aferição do dano moral trabalhista é fornecer condições de verificar a diferença entre o dano de natureza trabalhista (executado pelo empregador através de seus funcionários e prepostos e gerador da obrigação de indenizar por ato de terceiro) e dano de natureza civil praticado pelos mesmos em nome próprio, pelo qual não se responsabilizará o empregador.

A obrigação de indenizar ato de empregado é gerada pelo inc. III do art. 932 do Código Civil.

Rui Stoco⁴ em abrangente obra destaca três requisitos para que o dano provocado pelo empregado ou serviçal seja reparado pelo empregador, quais sejam:

a) que o autor do dano seja comprovadamente subordinado do empregador ou comitente (empregado, serviçal ou preposto);

b) que o ato tenha sido praticado pelo subordinado no exercício da atribuição que lhe foi conferida pelo empregador ou em razão dela.

c) que esta pessoa subordinada tenha agido culposamente (dolo ou culpa).

Neste diapasão, estando presentes os três requisitos acima elencados e tendo sido o dano moral afligido contra empregado, estará configurado o dano moral trabalhista, possuindo portanto natureza trabalhista e devendo ser processado perante a Justiça especializada do Trabalho.

3 – FASES DO CONTRATO DE TRABALHO.

A fim de chegar ao núcleo do estudo, isto é, responsabilidade e competência do dano moral gerado na fase pós-contratual da reclamação empregatícia, faz-se necessário distinguir as fases do contrato de trabalho.

A doutrina nacional divide a relação de trabalho em período pré-contratual, contratual e pós-contratual.

O período pré-contratual diz respeito ao período anterior à efetiva contratação do empregado, fase na qual este é submetido à seleção através de exames

⁴ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. ver. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 925.

de perfil e capacidade laborativa.

O período contratual é aquele havido entre a contratação verbal ou escrita do empregado até a sua demissão, correspondendo ao período em que lhe são devidas parcelas de natureza empregatícia como férias, 13º salário, FGTS, repouso semanal remunerado e o próprio salário *strictu sensu*.

A Fase Pericontratual⁵ portanto, é uma fase de transição, na qual a doutrina e a jurisprudência admitem a existência do dano moral trabalhista embora, legalmente, não exista contrato individual de trabalho. Costuma fixar duas fases, próximas temporalmente do período contratual que são a “fase de pontuação”, anterior à formação do contrato e o exato momento da rescisão contratual.

Por fim, a fase pós-contratual, objeto deste artigo, inicia-se logo após a fase pericontratual, ou seja, após o ato rescisório, momento a partir do qual, a possibilidade de uma das partes do contrato de trabalho infligir danos imateriais na outra ainda é possível.

4 – O DANO MORAL NA FASE PÓS-CONTRATUAL DO CONTRATO DE EMPREGO

Como visto, um dos maiores conflitos sociais existentes na história é o embate entre Capital e o Trabalho.

A parcela de indivíduos que representa o Capital detém os meios de produção e representa uma fração insignificante da massa populacional mundial; os indivíduos que correspondem ao Trabalho necessitam dos meios de produção para “transformar” sua força de trabalho em algo pecuniariamente perceptível, sendo esta segunda categoria preenchida pela absoluta maioria da população.

Assim, do ponto de vista sócio-econômico é manifesto o conflito entre duas forças que, na verdade, deveriam caminhar juntas com vistas de proporcionar o maior e mais efetivo desenvolvimento da empresa e o bem estar patrimonial do empregado.

Neste combate, há a visível e evidente desvantagem do empregado, porque é hipossuficiente econômico, social, intelectual, guardando evidentemente, as escassas exceções de empregados que detêm maiores poderes de negociação e combate jurídico que o próprio empregador.

⁵ O vocábulo é construído através da adição do prefixo grego *peri* que significa “posição em torno” ao substantivo contrato, devendo corresponder aos períodos posicionados em torno do contrato de trabalho, contudo a ele estranhos, mas reiteradamente considerados pela jurisprudência e doutrina como objeto de submissão à competência da Justiça do Trabalho.

Utilizando-se desse ardid, uma parcela não pequena de empregadores utilizam artifícios para *punir* o empregado que se comportou inconvenientemente durante a vigência ou após a extinção do contrato de emprego.

Assim, o Direito interfere, a fim de promover a igualdade jurídica das partes aplicando uma série de mecanismos de ajustes refletidos por exemplo no princípio específico da proteção.

Esta introdução tem o objetivo de manter sempre a vista (i) o conflito Capital X Trabalho que explica várias infrações às normas laborais e previdenciárias, bem como (ii) a característica peculiar do direito do Trabalho de apresentar um conteúdo repleto de mecanismos vocacionados a igualar no plano jurídico as partes desiguais no plano fático.

5 – HIPÓTESES EXEMPLIFICADORAS:

5.1. Divulgação de “listas negras”.

Cada lado do conflito “Capital X Trabalho” possui suas estratégias e armas, muitas vezes ilícitas e merecedoras da intervenção repressora do Estado. Um desses artifícios manejados pelos empregadores é a criação de cadastros, chamados de “listas negras”, nos quais figuram empregados supostamente desidiosos aos quais a admissão será vedada.

Denuncia o prof. Rodolfo Pamplona Filho que:

*Embora muitas vezes possa soar como uma ‘paranóia conspiratória’, o fato é que é comum se falar, em determinados setores da atividade econômica, na existência de ‘listas negras’, em que supostamente constariam nomes de empregados “indesejáveis”, de tal modo a obstar suas contratações ou a simplesmente criar empecilhos para que isto ocorra.*⁶:

Assim, o empregado que adquire estabilidade sindical demonstrando forte espírito de luta pela bem estar da categoria, o obreiro que foi demitido por justa causa, ou o que ajuizou Reclamação Trabalhista contra o empregador, entre outras hipóteses, podem ser incluídos em listas, normalmente arquivadas em associações ou sindicatos patronais além de empresas do ramo, sendo submetidos a uma condição mais difícil, ainda, que a do desempregado, a do inempregável.

⁶ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O dano moral na relação de emprego. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo : LTr, 1999, p. 100..

Não se fala Inempregável no sentido da falta de qualificação mínima para o trabalho digno, como caracterizada pelos doutos, mas faz-se referência à dificuldade de emprego e até ao banimento do mercado de trabalho de profissionais especializados em áreas, como administração hospitalar, telecomunicações, laboratórios farmacêuticos, publicidade e propaganda, jornalismo, e muitas outras.

A atitude de dificultar o acesso do empregado à recolocação profissional é ilícita porquanto agride o direito social ao trabalho assegurado pela Constituição Federal no *caput* de seu art. 6º gerando um injustificado dano material, ocasionado pela intencional provocação de impedimento, óbice ou demora de acesso ao emprego cuja remuneração sustentará sua família e dano moral no que diz respeito ao sentimento de improdutividade e incapacidade apesar do tempo e dinheiro gastos na sua qualificação profissional.

Constatada a resistência de grupo de empregadores em empregar o candidato face à existência do rol de empregados “indesejáveis” cabe a perquirição da compensação do dano moral sofrido, conforme leciona Rodolfo Pamplona, ao asseverar que “conseguindo-se a prova efetiva da ocorrência de tal fato, inquestionavelmente estará caracterizada a lesão ao trabalhador, tanto na sua esfera patrimonial, quanto moral, vez que foi “expurgado” do mercado de trabalho, sem ter direito sequer à defesa do que lhe foi imputado.”⁷

Aspecto interessante a se observar é se o sujeito ativo deste tipo de dano moral será (1) o ex-empregador que forneceu o nome do obreiro, (2) o órgão representativo da categoria econômica que armazenar a dita lista, ou (3) a empresa contratante que se valeu das informações ali contidas para discriminar o postulante.

Nesta análise, ressalta-se que devem estar presentes a (i) ação ou omissão, (ii) a culpa ou dolo do empregado, serviçal ou preposto, (iii) o nexo causal, e o (iv) dano trabalhista a fim de que seja configurada a Responsabilidade Trabalhista.

O ex-empregador pratica o ato de oferecer o nome de seu ex-empregado com o firme e expresso objetivo de que outros empregadores não lhe concedam a oportunidade da admissão.

Após essa ação, o dano moral sofrido pelo empregado será imediato, mesmo que não venha a tomar conhecimento deste expediente.

Isso decorre da agressão que sofrerá seu prestígio profissional, quando os outros empregadores avistarem seu nome numa eventual solicitação de emprego, vindo injustificadamente, o mercado de trabalho a considera-lo uma pessoa inapropriada ao labor e indesejada na empresa.

⁷ Ibid. p. 100.

Assim o dano é instantâneo similar à inclusão indevida de nome de clientes no cadastro de maus pagadores, a respeito da qual Antônio Jeová Santos⁸ esclarece que “no que tange à prova do abalo de crédito, é comum a verificação de que o autor procura demonstrar em Juízo que, em decorrência de ter seu nome no rol destinado aos maus pagadores, foi impedido de conseguir financiamento ou que passou por humilhação em uma determinada loja, quando teve seu cheque recusado depois da constatação de que o nome estará inserido no *index*. Nada disso é necessário, porque o dano exsurge vistosamente pelo fato de o nome constar erroneamente do cadastro. Nada mais é necessário provar. Houve o lançamento irregular, ilícito e injusto, o dano ocorre *in re ipsa*.”

O jurista Caio Mário Pereira⁹ comentando o mecanismo da analogia *juris* explica que “vale-se o operador de um processo mais complexo, e extrai o pensamento dominante em um conjunto de normas, ou em um instituto, ou em um acervo de diplomas legislativos, transpondo-o ao caso controvertido, sob a inspiração do mesmo pressuposto”.

Em vista disso, bebe-se na fonte do Direito do Consumidor para lhe transplantar a responsabilidade pela mera inclusão do nome do devedor no “cadastro de maus pagadores”, para analisar o fato concreto *sub examine* pois o pressuposto de ter promover o descrédito de um conjunto de pessoas por terem praticado “condutas danosas” é idêntico, nas duas situações fáticas.

Desse modo, não há porque advogar a impossibilidade de analogia entre os fatos lesivos, vez que o consumidor também é tido como hipossuficiente nas relações de consumo, do mesmo modo que o empregado.

Com efeito, muito mais lesivo é a este não é proibida a existência de cadastro de maus pagadores, mas a inclusão indevida do nome do cliente uma prática ilícita, de modo que a mera formação da “lista negra” de empregados já é considerada prática ilegal. E por último, valendo-se do princípio constitucional de que não haverá pena perpétua, a manutenção no nome do devedor no “cadastro de maus pagadores” só poderá permanecer até 3 (três) anos, ao passo que a “lista negra” poderá perseguir o trabalhador pelo resto de sua vida.

Conclusivamente, o dano moral nasce no momento da inclusão do nome do obreiro na “lista negra” pois será documento confeccionado para o desprestígio e exclusão da vida profissional

⁸ SANTOS, Antônio Jeová da Silva. Do Dano Moral. 3. ed. São Paulo : Editora Método, 2001. pg. 116.

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. I, 5ª ed./2ª tir., Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 77.

O nexo causal se explica pois o dano moral somente foi gerado face ao *animus* do empregador de manter desempregado seu ex-funcionário.

Somente a título de esclarecimento, para não fugir ao tema, a empresa contratante que se nega a admitir o empregado, baseada exclusivamente na “lista negra” também deve ser responsabilizada pelo ato discriminatório por transgredir a boa-fé necessária à formação das relações sociais e a confiança frustrada pois excede os limites do fim social do direito de não contratar incorrendo em conduta ilícita caracterizada pelo art. 187 do Código Civil.

O sindicato ou empresa que somente armazena a “lista negra” não pode ser responsabilizado por este ato em si. Não há previsão legal e multas, para que a Procuradoria Regional do Trabalho e os auditores da Delegacia Regional do Trabalho e Emprego, inibam este ato de expresso atentado à organização do trabalho. Por falar nisso também não há tipo legal condenando tal conduta no capítulo referente aos Crimes Contra a Organização do Trabalho, constantes no Título IV do Código Penal Brasileiro.

Contudo, apesar de não se constituir crime nem possibilidade de ser lavrado auto de infração, o uso da lista para os fins que possui constitui conduta ilícita.

Isto é dito pois o dano que o responsável pela divulgação inflige no obreiro que está inscrito na lista é inegável. A empresa ou sindicato deliberadamente apresenta, atualiza, distribui cópias e fornece informações dos ex-empregados como se interessado fosse na não contratação dos listados.

Assim, deverá ser responsabilizada a empresa ou sindicato que mantiver “cadastro de não-recomendação” de empregados a reparar os prejuízos morais enfrentados pelo empregado, no penoso caminho, previamente frustrado, da recolocação no mercado de trabalho, através da reparação civil sustentada pelo art. 186 e 927 do Código Civil.

5.2. Oferecimento de informações desabonadoras ou inverídicas:

É uma prática comum e natural do ser humano a busca de informações sobre uma pessoa com a qual terá de se relacionar. Mais comum ainda o é no relacionamento profissional.

Alguns especialistas em carreira profissional recomendam que o *curriculum vitae* do candidato a uma vaga na iniciativa privada deverá conter duas a três referências profissionais. As pessoas relacionadas podem revelar dinamismo, experiência e boa habilidade de manter contatos. Ademais, são fontes de informação a respeito da vida profissional progressa do concorrente expondo suas qualidades e características.

Contudo, essa pesquisa normalmente não é suficiente à empresa selecionadora. O bom senso e o zelo empresarial a faz pesquisar o comportamento do candidato através de seus ex-empregadores, principalmente, os não mencionados nas entrevistas ou não oferecidos como referência.

É então nesta situação que a oportunidade da lesão moral surge.

Alguns ex-empregadores, nutridos pela deliberada intenção de prejudicar determinado ex-empregado, quando recebem a solicitação de informações prestar somente informações inverídicas ou desabonadoras fornecidas para indiretamente desaconselhar o colega empresário da nova contratação.

Em sempre citado pronunciamento, Valdir Florindo¹⁰ revela que “alguns maus empregadores prestam informações desabonadoras de seus ex-empregados para empresas onde estes buscam emprego, deixando nitidamente claro não só o objetivo em prejudicá-los, impedindo futuras contratações, mas sobretudo denegrir a imagem dos mesmos, e, ofender-lhes a honra, impedindo-os ainda de exercer seus próprios ofícios, direitos esses que trazem proteção certa na Constituição Federal. Outros chegam ao absurdo de informar, de forma tendenciosa, que o ex-empregado recebeu todas as verbas trabalhistas devidas e mesmo assim reclamou na justiça direitos que não possui. Com isso, tenta-se passar a imagem de um trabalhador litigante de má-fé, insinuando que a Justiça do Trabalho dá guarida a pretensões absurdas, e, finalmente, restringindo o direito público e indisponível de ação que possui o cidadão”.

Causando um dano similar ao provocado pela formação de “listas negras”, as informações inverídicas e desmoralizantes do ex-empregado prejudicam o seu novo acesso ao mercado de trabalho no ramo para o qual se especializou e se qualificou, às custas de investimentos em dinheiro, tempo e esforço, vedando-lhe acesso a direito fundamental como complementa este autor: “Essas atitudes têm causado graves prejuízos aos trabalhadores e respectivas famílias, uma vez que aqueles que se deparam com o mercado de trabalho fechado, contrariando, inclusive, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, quando assegura que “Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha do emprego, às condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego...”(art. 23). Com isso, menospreza os direitos do homem, num verdadeiro desacato ao Direito Internacional”.¹¹

O empregador ao contratar o empregado assume obrigações decorrentes do contrato individual de trabalho, sendo algumas, inclusive, obrigações de não-fazer, como as elencadas no art. 483 da CLT cuja inobservância gera a possibilidade

¹⁰ FLORINDO, Valdir. Dano Moral e o direito do trabalho. 3ª ed. ver e ampl. – São Paulo: LTr, 1999, p. 64.

¹¹ Ibid. p. 65.

do empregado perquirir a rescisão indireta do contrato.

É difícil a defesa de que as condutas omissivas do art. 483, que na realidade são medidas limitativas do poder empregatício, não precisam mais ser observadas pelo empregador após a extinção do contrato de trabalho de modo que infringirá obrigação decorrente da relação de emprego o que assim procede.

Deste modo, em atenção à obrigação disposta na letra e), do art. 483 da CLT, deve o empregador inibir-se de praticar atos lesivos da honra e boa fama, transmitindo de modo ético e profissional, as informações solicitadas por outro empregador, como concorda Rodolfo Pamplona Filho defendendo que:

Em casos como esses, entendemos que as informações prestadas pelo ex-empregador devem buscar refletir somente aspectos profissionais do trabalhador, sem elucubrações acerca de aspectos pessoais ou íntimos do ex-empregado, notadamente no que concerne a aspectos supostamente desabonadores, que não podem ser objeto de contra-prova numa conversa telefônica entre dois empregadores.¹²

Conclui este excelente autor que se o ex-empregador ignorar as advertências da lei, se pondo a denegrir a reputação profissional do ex-empregado deverá reparar o dano: “Logo, é preciso muita cautela no fornecimento de informações pelo ex-empregador, pois se restar comprovada a inverdade desses dados, violada estará a esfera extrapatrimonial de interesses do trabalhador, o que lhe assegura, por conseguinte, o deferimento de uma indenização compensatória por dano moral”.¹³

Por oportuno, vale salientar que a empresa contratante não desenvolve conduta ilícita por não admitir candidato com relação ao qual recebeu más referências uma vez que no ordenamento just trabalhista brasileiro não há ilegalidade na prática de buscar informações deste entre ex-empregadores.

O Ministro Vantuil Abdala foi relator em Recurso de Revista que gerou acórdão emblemático na discussão sobre o dano moral ocorrido na fase pós-contratual por prestação de informações desabonadoras, de colação indispensável, senão vejamos:

DANOS MORAIS - *No plano trabalhista, há possibilidade de se obter a indenização tarifária trabalhista e a indenização civil por dano moral. A primeira indenização está relacionada com a perda do emprego; já a segunda deriva de um ato ilícito que acarreta dano diverso da perda do emprego, pois o que se busca é uma indenização em face da violação a*

¹² PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. Cit. p. 99.

¹³ Id. Ibid. p. p. 99.

direitos personalíssimos tutelados pela ordem jurídica, podendo tal fato estar ou não relacionado de forma conexa, ou mesmo simultânea, com o ato demissional do empregado. No caso, o empregador não se comportou de maneira correta, ao contrário, teve uma conduta ilícita, ao divulgar em órgão de comunicação de massa considerações sobre os motivos das rescisões contratuais, atribuindo aos empregados demitidos, inclusive ao reclamante, conduta desabonadora da imagem deles, além do mais sem que comprovasse tal. Acrescente-se que não se discute se o empregador tinha ou não razão quanto aos motivos da despedida, pois não despediu o reclamante por justa causa, e assim, qualquer consideração a respeito da atuação do empregado não deveria ultrapassar o âmbito empresarial, para atingir o trabalhador nas suas relações sociais, e potencialmente dificultar a obtenção de novo emprego. (TST RR 583.555/99.5 – Ac. 2ª T., Publicado em 28.06.2000. Relator Min. Vantuil Abdala).¹⁴

Neste diapasão, a empresa que fornece informações desabonadoras da conduta de seus ex-empregados aptas a gerar-lhes dificuldades de obter novo emprego ou ascensão profissional produz dano moral trabalhista cuja reparação deverá ser apreciada pela Justiça do Trabalho.

6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 2. ed. São Paulo : LTr, 2003.

FLORINDO, Valdir. Dano Moral e o direito do trabalho. 3ª ed. ver e ampl. – São Paulo : LTr, 1999.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo V. O dano pessoal no direito do trabalho – São Paulo : LTr, 2002.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O dano moral na relação de emprego. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo : LTr, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. I, 5ª ed./2ª tir., Rio de Janeiro : Forense, 1978.

SANCHES, Gislene A. Dano moral e suas implicações no direito do trabalho – São Paulo : LTr, 1997.

SANSEVERINO, Luisa Riva. Curso de direito do trabalho. 11ª ed. São Paulo : LTr, 1976.

¹⁴ In Revista LTr, São Paulo, vol. 65, n. 05, p. 590, maio/01.

SANTOS, Antônio Jeová da Silva. Do dano moral. 3. ed. São Paulo : Método, 2001.

SILVA, Wilson de Melo. Dano Moral e sua Reparação. 3ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 1983.

STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. 6ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TEIXEIRA, Sérgio Torres. Proteção à relação de emprego. São Paulo : LTr, 1998.

DALAZEN, João Orestes. Aspectos do dano moral trabalhista. Juris Síntese. n° 24, Jul/ago de 2000.

PEDREIRA, Luiz de Pinho. A Reparação do Dano Moral no Direito do Trabalho. Revista LTr, São Paulo, vol. 55, p. 553, maio/91.

BARROSO, Fábio Túlio. Semiologia do sindicalismo. Reflexão sobre o papel dos sindicatos em face da reestruturação da sociedade global e brasileira. Acesso em 25 de agosto de 2003. (Online) Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>.

REFLEXÕES SOBRE A NORMA CONSTITUCIONAL DA PRESCRIÇÃO QÜINQÜENAL TRABALHISTA

JÁDER RIBEIRO SILVA FILHO¹

1 – ORIGEM E DEFINIÇÕES DO INSTITUTO

O vocábulo prescrição origina-se do latim “*praescriptio*”, cuja etimologia deriva do verbo “*praescribere*”, que expressa a idéia de escrever antes ou no começo.² O surgimento do instituto prescrição fez acabar a idéia de perpetuidade, de falta de prazo para impetrar ações processuais no Direito Romano.³

Foi na seara do Direito de Família romano que se deu sua consolidação como instituto jurídico. Havia, naquela época, como há ainda hoje no ordenamento brasileiro, a necessidade de obedecer a algumas formalidades para a celebração do casamento; caso contrário, seria declarada a nulidade do matrimônio como ato jurídico.⁴

Entretanto, sabe-se que enquanto não declarada a nulidade de um ato, este permanece válido. Decorre, portanto, que o “*status*” de validade indeterminada de um ato, mesmo estando eivado de mácula, faz surgir insegurança nas relações sociais e jurídicas.

A definição do fenômeno prescrição surge quando, alicerçados na idéia de conferir segurança e estabilidade jurídica à sociedade, criaram os romanos o instituto da prescrição aquisitiva de direito, cujo preceito estabelece que um lapso temporal sana a ilicitude ou a irregularidade de um ato jurídico - o casamento “*in casu*” - conferindo-lhe a legalidade que outrora não possuía.⁵

¹ O autor graduou-se em Direito no UNIPÊ (2003); é Conciliador do 2º Juizado do Consumidor e da Micro Empresa da Comarca de João Pessoa/PB (2003/2004); Pós-graduado na Escola Superior da Magistratura do Trabalho (ESMAT) e em Direito Comercial na Escola Superior de Advocacia (ESA), ambas de João Pessoa/PB.

² VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Parte Geral, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 614

³ PLANIOL apud Sílvio RODRIGUES. Direito Civil: Parte Geral – Volume I, 29ª ed., revist., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 320

⁴ Ob. cit., nota 1, p. 613

⁵ Ob. cit., nota 2, p. 317-318

Existe outra importante definição para o instituto romano: a prescrição extintiva de direito. Denomina-se de extintiva de direito porque determina que certo lapso temporal prejudica, extingue o múnus jurisdicional do Estado de julgar a pretensão de tutela do direito material de outrem pelo motivo de sua inércia⁶, ou seja, da demora, do exaurimento do prazo determinado na lei para que se impetre ação processual no Poder Judiciário.

Analisando-se esses conceitos, percebe-se haver grande influência do instituto no Direito Processual. No entanto, apesar dessa inerente característica ou aproximação com as normas processuais, a prescrição é tratada pelo ordenamento jurídico como um instituto de Direito Material.

2 – REFLEXÕES

Baseando-se, principalmente, na última definição, a extintiva de direito, e se limitando a observações nos campos do Direito Constitucional e do Trabalho, apresentam-se algumas reflexões acerca da prescrição quinquenal, quais sejam: a) sua inserção na Constituição brasileira, junto com outros direitos trabalhistas; b) a importância sócio-jurídica dos valores (direitos) fundamentais tutelados na Constituição; c) o instituto prescrição como norma constitucional de Direito do Trabalho, que deveria proteger os direitos fundamentais da parte hipossuficiente; d) sua aplicação, interpretação e resultado na Justiça do Trabalho.

a) Sabe-se que a Constituição de 1988 tem no seu corpo normativo esse instituto. Ele alcançou patamar supremo graças ao Legislador Constituinte Inicial - que o inseriu no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, cujo capítulo, artigo e inciso são, respectivamente: Dos Direitos Sociais, Artigo 7º, Inciso XXIX.

Importante ressaltar que colocar normas trabalhistas na Lei contraria doutrina constitucional que cegamente tutela a ideologia de só haver nas Constituições normas constitucionalmente materiais. Ou seja, aquelas que disciplinam o Estado quanto à forma e ao regime de governo; que descentralizam o poder estatal, estruturando seus órgãos; que definem a forma de acesso aos poderes; etc.⁷

⁶ Idem.

⁷ Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO apud Alexandre de MORAES. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 84.

No entanto, contrapondo-se ao entendimento positivista, o Poder Constituinte Originário brasileiro inseriu direitos trabalhistas fundamentais⁸ no Texto Supremo, reconhecendo a necessidade de garantir direitos mínimos aos empregados.

b) A conduta do legislador pátrio converge com a da sociologia jurídica que explica a Constituição como um sistema legal supremo, uma norma apical do Estado, quando esta defende valores⁹ como: a liberdade, a igualdade, a educação, a saúde, o trabalho, a propriedade, o lazer, a segurança, a vida, o meio ambiente, a seguridade social, entre outros, a dignidade da pessoa humana.

Esses direitos fundamentais denotam caracteres sociais, políticos e econômicos para o Estado; sendo, também, conhecidos como “fatores reais do poder”¹⁰ da Constituição, como alicerces concretos, preceitos essenciais da Norma Máxima. São valores de um sistema lógico-jurídico que se compreende da seguinte forma: o Direito exterioriza-se pela Constituição e esta, por sua vez, através da tutela dos direitos fundamentais, legitima sua força normativa ao buscar regular as relações sociais de maneira eficaz, justa, ou seja, a produzir eficácia social.

Eis a razão intrínseca de legitimidade e força do Direito para os indivíduos.¹¹ E se assim não for, ou seja, quando o Contrato Social não se fundar em garantir direitos fundamentais à sociedade, será apenas mais um “pedaço de papel”.¹² Evidenciando-se um raciocínio jurídico voltado para o escopo social, o qual é mais razoável à idéia de Direito (Justiça), haja vista sua meta altruísta de tentar harmonizar as diferenças sociais no Estado.

Entretanto, sem dar importância a essa valoração, surgem os legisladores revestidos com o manto fictício da representatividade popular. Eles “esquecem” que não é tarefa das mais difíceis, aferir quando uma norma é justa ou não; “insistem” em acreditar que o povo, composto em sua maioria de empregados, não reconhece na norma o objetivo justo, demonstrador de importância social, de legitimidade, de

⁸ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 2ª. ed., rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 111-115

⁹ Cf. ob. cit., nota 07, p. 96-106. O autor, baseando-se na Teoria Tríade de Miguel Reale, afirma ser impossível afastar as normas de Direito dos valores que são consagrados na estrutura jurídica, pois os valores integram o cerne do Direito, cujo endereço natural é a Constituição. Conclui, por fim, com base em Mauro Cappelletti, que o Direito Constitucional não é mero discurso, mas a realização de valores essenciais da coletividade.

¹⁰ LASSALLE, Ferdinand. A Essência da Constituição. 5ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 10.

¹¹ ROSS, Alf. Direito e Justiça. Tradução: Edson Bini. 1ª ed., São Paulo: Edipro, 2000, p. 25

¹² Cf. Ob. cit. nota 09, p. 09. Folha de papel é a norma jurídica (Constituição) sem compromisso com a sociedade, inócua para o povo.

eficácia social e, conseqüentemente, de obediência voluntária, sem, normalmente, o uso da força estatal. Fadada conduta! O povo não deve ser visto como patuléia!

Do exposto, assevera-se ser incorreto afirmar, ou concordar, que normas pejorativamente denominadas de formalmente constitucionais são exclusivamente inseridas em uma Constituição para adquirir força. Pois, na verdade, as normas “formais”, garantidoras dos direitos fundamentais, emprestam energia, credibilidade e axiologia social às Constituições! Daí a idéia de respeito, de legitimidade e de supremacia legal. É o Direito alicerçado pela obediência volitiva e auxiliado, quando necessário, pela coercitiva!¹³

Então, não prevalece de maneira absoluta, ou estanque, a idéia da supremacia constitucional de Hans Kelsen, a qual é amparada pela Teoria da Norma Hipotética Fundamental: ¹⁴ o respeito à Constituição decorrendo de um axioma (ou dogma) impositivo - a obediência social conseguida pela imposição legal, pela obrigatoriedade oriunda de uma norma fictícia.

c) Ultrapassado esse ortodoxo obstáculo doutrinário constitucional positivo, surge outro deveras intenso: o político. Pois se verifica que, apesar do patamar constitucional alcançado, a prescrição quinquenal do trabalho desprestigia, na relação jurídica estabelecida entre o empregado e o empregador, o sujeito mais fraco: o empregado.

A determinação de ser este o pólo mais fraco da relação empregatícia não é simples liberalidade, convenção legal, ou ainda como defendem alguns, um exagerado e injusto protecionismo do Estado. Ela deriva da constatação feita pela Ciência do Direito do Trabalho,¹⁵ às custas de longo tempo de estudo empírico das condições a que se submetem os empregados quando lhes surge, por exemplo, a possibilidade da demissão por ato volitivo do empregador.

Defende-se, inclusive, na doutrina que a sistematização normativa do Direito Individual do Trabalho ergue-se da “constatação fática da diferenciação

¹³ André HAURIU apud Luís Roberto BARROSO. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira. 7ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 60-61 e 66-67.

¹⁴ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 5ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 215-228. Hipotética, ou pressuposta, porque se convencionou a norma fundamental como a instauração (validade) do fato fundamental da criação jurídica, sendo ela designada também de constituição em sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo.

¹⁵ PINTO, José Augusto Rodrigues. Curso de Direito Individual do Trabalho: noções fundamentais de direito do trabalho, sujeitos e institutos do direito individual. 5ª ed., São Paulo: LTr, 2003, p. 76. Para o autor, o princípio primário do Direito do Trabalho, pelo qual surgem os demais, é o Princípio da Proteção do Hipossuficiente Econômico da relação de emprego.

social, econômica e política básica entre os sujeitos da relação jurídica”¹⁶ laborativa.

Então, a Ciência do Direito percebendo o inescusável fato¹⁷ sócio-econômico de o empregado ser o agente hipossuficiente, vulnerável ou sujeito economicamente ao empregador elabora uma redoma normativa que o salvaguarda através das searas constitucional e trabalhista.

Apesar de necessária a proteção do hipossuficiente, na prática, ela não ocorre. Pois se observa que raras são as situações em que o empregado reclama durante o curso da relação jurídica laboral. E quando isso ocorre, normalmente, ele é demitido. Portanto, ao invés de garantir os direitos fundamentais do obreiro o que deveria teoricamente ser uma das razões de criação do instituto no Direito Constitucional do Trabalho a prescrição quinquenal desprotege-o totalmente, na contrapartida de favorecer a parte mais forte da relação jurídica: o empregador, agente detentor do capital e da estrutura (bens) de produção de trabalho.

Sua aplicação afronta o ideal de Direito, de Justiça, principalmente a social¹⁸. Verificando-se uma clara distorção à inerente função da norma trabalhista, que garante o respeito à dignidade do empregado na venda de sua mão-de-obra. É a contradição dos valores (direitos) inseridos na Constituição!

d) Como funciona a injusta concretização (aplicação) normativa da prescrição quinquenal trabalhista para o empregado no Brasil?

Para explicar a concretização desse fenômeno jurídico, utiliza-se o seguinte exemplo, bastante comum na relação empregatícia: imagina-se a hipótese de um empregado trabalhar dez anos sem receber direitos constitucionais básicos: INSS, FGTS, horas extras, férias, um terço de férias, entre outros. Percebendo, na relação jurídica, salário-mínimo e décimo terceiro salário, até momento da sua demissão sem justa causa¹⁹.

¹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 3ª. ed., São Paulo: LTr, 2004, p. 195

¹⁷ Alusão à Teoria Tridimensionalista do Direito, de Miguel Reale: ocorre um fato; a sociedade valoriza-o; elabora-se a norma.

¹⁸ RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. 1ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 3-12. Justiça Social é aquela que distribui direitos e deveres fundamentais às instituições e aos indivíduos, dividindo as vantagens (oportunidades) econômicas aos vários setores da sociedade na intenção de diminuir as inevitáveis desigualdades sociais que interferem ou influenciam os projetos (expectativas) de vida do homem.

¹⁹ Parte-se do pressuposto lógico de que o empregado foi demitido, porque a experiência demonstra que raros são os casos de empregados que buscam a Justiça do Trabalho para reivindicar direitos estando com o contrato de trabalho em vigor. Isso, porque, na maioria das vezes, seriam demitidos quando o empregador recebesse a citação processual trabalhista.

Se se dirigir à Justiça do Trabalho, o empregado só disporá dos direitos²⁰ trabalhistas dos últimos cinco anos da relação empregatícia, perdendo os cinco primeiros! Isso ocorre porque a prescrição quinquenal estabelece que o prazo prescricional é de cinco anos quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho.

Além desse ínfimo prazo de cinco anos, o obreiro observará o prazo bienal! Porque a referida prescrição estabelece que a ação trabalhista será proposta até o limite de dois anos após a extinção do contrato laboral. E se não bastassem as infelicidades legislativas do caso, esse prazo bienal diminui os direitos contidos no prazo quinquenal!

Então, se o empregado demorar, por exemplo, um ano para impetrar a ação²¹, ele só terá direito a quatro anos de créditos trabalhistas, ao invés dos cinco anteriormente previstos.²²

Pelo exposto, observam-se os seguintes resultados: I) enfraquecimento e desvalorização do Direito do Trabalho, através da inobservância de suas normas; II) sentimento de injustiça e desproteção do empregado; III) desrespeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; IV) a norma constitucional não inibe as condutas ilícitas do empregador; V) enriquecimento ilícito do empregador ao desrespeitar as normas constitucionais do trabalho etc.

3 – CONCLUSÃO

Não restam dúvidas do flagrante desrespeito aos valores fundamentais do trabalho quando se coteja a prescrição quinquenal com sua aplicabilidade na relação de emprego. Essa antinomia da norma quinquenal com os princípios fundamentais do trabalho e da dignidade da pessoa humana provoca grande ineficácia social à parte obreira, devendo, portanto, ser objeto de controle de constitucionalidade.

Enquanto havia diferenciação do prazo prescricional entre empregados urbanos e rurais²³, o instituto não era totalmente prejudicial, pois a ausência do prazo de cinco anos protegia, pelo menos, a relação de emprego da seara rural.

²⁰ Exceto a contribuição para o FGTS. Conforme Enunciado n.º 362, do TST: FGTS. Prescrição. É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho.

²¹ Orientação Jurisprudencial do TST, SDI-1 n.º 204: Prescrição. Contagem de Prazo. Art. 7º, XXIX, da CF. A prescrição quinquenal abrange os cinco anos anteriores ao ajuizamento da reclamatória e não os cinco anos anteriores à data da extinção do contrato.

²² Cf. Ob. cit. nota 15, p. 262-267

²³ Diferença que não existe mais por causa da Emenda Constitucional n.º 28, de 26 de maio de 2000

No entanto, com o advento da Emenda Complementar n.º. 28, de 25/05/2000, que unificou os prazos prescricionais nas duas searas citadas, observa-se a existência de uma “manobra” legislativa,²⁴ que, infelizmente, encrosta na Carta o desenvolvimento de uma política legiferante individualista e socialmente desinteressada, por causa do exíguo lapso temporal de cinco e dois anos.

Esse comportamento legiferante cristaliza-se na intencionalidade, na finalidade (i)legal de proteger os empresários urbanos e rurais, submetendo os empregados ao interesse do mais forte. Levando-se, portanto, a percepção de que a prescrição quinquenal foi estrategicamente criada para impedir o Poder Judiciário de defender o empregado quando este sofre lesão de seus direitos por mais de cinco anos.

Outro entendimento não prevalece, tendo em vista a perda dos direitos dos obreiros urbanos e rurais, tanto quando a relação ultrapassa os cinco anos, como quando se inicia o prazo bienal após a rescisão do contrato individual de trabalho.

É irracional aceitar como justificativa de defesa da prescrição quinquenal do trabalho a idéia de segurança, de proteção jurídica à sociedade. Ao infenso, pois se tornou a sociedade insegura e desprotegida, composta em sua maioria de empregados. Ou o fim do Direito deixou de ser a harmonia social?

Sustentar argumentos de que o Direito não socorre aqueles que dormem é incorreto por não ser caso de “cochilo”, mas de “manobra” legislativa. Ademais, evidencia-se, sem equívoco, haver ramificação de politicagem no Poder Constituinte Originário e no Derivado,²⁵ porque se desconsideraram as conseqüências jurídicas, sociais e econômicas impostas à população que trabalha e que se refletem também nos que não trabalham; ignoraram que a exploração gera violência contra o próprio homem!²⁶

Defende-se, aqui, uma atitude intelectual de análise teleológica e axiológica das leis, alicerçada à curiosidade jusfilosófica, voltada à realização da Justiça entre os homens, o fim utópico do Direito, o eterno horizonte,²⁷ o pressuposto de toda ordem jurídica.²⁸

²⁴ Leon DUGUIT apud Luís Roberto BARROSO, ob. cit. nota 12, p. 67.

²⁵ Cf. Ob. cit. nota 17, p.60. A conduta legislativa não promoveu resultados visando a Justiça Social.

²⁶ “homo homini lupus” – o homem é o lobo do homem.

²⁷ NÓBREGA, José Flóscolo da. Introdução ao Direito. 7ª ed., São Paulo: Sugestões Literárias, 1987, p.23

²⁸ REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 272.

Portanto, pautando-se nessa introspecção de procura pelo ideal de Justiça, deve-se: a) evitar, ou ponderar, a excessiva primazia do positivismo, do tecnicismo no estudo jurídico para perceber as leis injustas; b) pressionar os múnus públicos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário pela busca da eficácia social, valorizando-os se atingido tal escopo; c) conscientizar os operadores jurídicos, principalmente os juízes, de que o Direito é uma ferramenta voltada para beneficiar a sociedade, combatendo, por exemplo, a desigualdade social e as leis que representam interesses individualistas de grupos de poder.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira. 7ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. Constituição federal, código civil, código de processo civil / organizador Yussef Said Cahali. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 3ª. ed., São Paulo: LTr, 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 5ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LASSALLE, Ferdinand. A Essência da Constituição. 5ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2003.

NÓBREGA, José Flóscolo da. Introdução ao Direito. 7ª ed., São Paulo: Sugestões Literárias, 1987.

PINTO, José Augusto Rodrigues. Curso de Direito Individual do Trabalho: noções fundamentais de direito do trabalho, sujeitos e institutos do direito individual. 5ª ed., São Paulo: LTr, 2003.

RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. 1ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito, 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994.
_____. Lições Preliminares de Direito. 24ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil: Parte Geral – Volume I, 29ª ed., revist., São Paulo: Saraiva, 1999.

ROSS, Alf. Direito e Justiça. Tradução: Edson Bini. 1ª ed., São Paulo: Edipro, 2000.

SANTANA, Jair Eduardo. Limites da Decisão Judicial na Colmatação de Lacunas: perspectiva social da atividade judicante. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 2ª. ed., rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Parte Geral, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2003.

PENHORA ON LINE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE NO PROCESSO DE EXECUÇÃO

RENATA SIQUEIRA ALCÂNTARA¹

INTRODUÇÃO

A penhora *online*, objeto do presente estudo, é, modernamente, um dos grandes avanços na busca da tão almejada efetividade, consequentemente celeridade, mormente em se tratando de processo do trabalho. Pela amplitude se revela foco de interesse não só dos operadores do direito, como também, e principalmente, dos jurisdicionados, empregados, empregadores, representações, etc...

A utilização da *Internet* como meio para instrumentalização do convênio *bacenjud*, que permite o bloqueio de valores *online*, a possível afronta a princípios aplicáveis ao processo, entre outras questões, exsurtem como pontos analisados neste estudo. Não obstante ser um tema extremamente novo, o judiciário, em especial o TST tem investido maciçamente na sua implementação, sem, contudo, haver ainda base jurisprudencial que possa fornecer parâmetros de avaliação no âmbito processual. Entretanto, informações do Banco Central dão conta da sua utilização crescente.

Processo de execução

Na concepção do doutrinador Miguel Reale, o direito processual tem como objetivo o sistema de princípios e regras, mediante os quais se obtém e se realiza a prestação jurisdicional do Estado, necessária a solução dos conflitos de interesses surgidos entre particulares, ou entre estes e o próprio Estado.

A atividade executória na visão de Chiovenda, “é um conjunto de atividades atribuídas aos órgãos judiciários para realização prática de uma vontade concreta previamente consagrada em um título”. O instituto da execução foi criado como forma de atender anseio da sociedade no sentido de garantir ao detentor de um título executivo judicial/extrajudicial alcançar o que é seu de direito reconhecido, ou seja, a ter para si o bem jurídico material que a sentença atribuiu, caso não haja cumprimento voluntário pelo vencido/devedor.

¹ Advogada

Tal conceito ainda hoje impera quando a execução for fundada em título judicial. Esse modo de ver a execução como sendo fase complementar da ação foi superada pelos processualistas modernos.

De um modo geral a atividade executiva supõe antecipadamente uma prévia atividade cognitiva, para que se tenha certeza de poder invadir coercitivamente o patrimônio do devedor. No entanto, existem situações em que esse prévio conhecimento é desnecessário, em face da existência de lei que outorga eficácia executiva a certos títulos, atribuindo-lhes a certeza necessária para desencadear o processo de execução.

Princípio da menor onerosidade do devedor ou menor sacrifício do executado.

O princípio em destaque, na visão de Wambier, é de suma importância para o processo de execução, porquanto ao lado da efetividade deve-se buscar o caminho menos gravoso para devedor, em obediência ao artigo 620 do CPC. O objetivo do processo executivo, a princípio, é a satisfação do credor, com a efetivação do seu crédito previamente acertado, e não a punição do devedor. Essa só acontece quando há transgressão do direito, por meio de condutas indevidas, que devem estar previstas no ordenamento jurídico, cabendo ao juiz da execução apenas pô-las em prática sem adicionar outras, visto que, em se tratando de normas de sanção, seguem o princípio geral do direito relativo à legalidade. Para o autor *suso* mencionado, o artigo 620 é uma extensão do princípio da proporcionalidade, para ele: “sempre que houver a necessidade de um sacrifício de um direito em prol de outro, essa oneração deverá respeitar os limites do estritamente necessário princípio este que para todo o direito, não só o processual”.

Princípio da execução equilibrada ou do balanceamento dos princípios

Seguindo a linha de raciocínio de Greco Filho (2003), esse princípio retrata o conflito entre dois ou mais princípios. Retoma-se como exemplo, quando há de um lado, a preocupação com a menor sacrifício para o devedor e de outro lado que se satisfaça de maneira célere e aperfeiçoada o direito buscado do credor. No caso em questão, deverá ser levado em consideração um prévio juízo de valor. Deverá o julgador analisar concretamente as situações, fazendo um balanceamento de qual norma será aplicada, para sacrificar o outro apenas na medida necessária, compatibilizando conseqüentemente com os princípios fundamentais.

Execução por quantia certa contra devedor solvente

O CPC regulou separadamente as execuções, considerando a natureza da prestação a ser obtida do devedor, classificando-as em: execução para a entrega de coisa; execução das obrigações de fazer e não fazer, execução contra Fazenda Pública, execução de prestação alimentícia e execução por quantia certa ou por crédito monetário, esta subdividida em modalidades distintas conforme o devedor seja solvente ou insolvente.

No caso deste estudo, para melhor alcance do objetivo - analisar a penhora on line - será detido esforço na modalidade de execução por quantia certa contra devedor solvente.

A luz do CPC, mais precisamente no art. 646, a execução por quantia certa contra o devedor dito solvente, consiste em expropriar-lhe tantos bens quantos necessários para a satisfação do credor, sendo, portanto, ressaltado através dessa norma, o caráter publicístico do ato expropriatório, que é a manifestação do poder público e da soberania interna.

A execução por quantia certa contra devedor solvente é a forma de execução que consiste em expropriação de bens do devedor para obter a satisfação do credor. Essa expropriação pode ser realizada com a alienação de bens do devedor, com a adjudicação em favor do credor ou mediante outorga do usufruto de imóvel ou empresa.

Diante do discorrido, chega-se a conclusão de que execução por quantia certa contra devedor solvente é toda aquela que tem como fundamento obrigação de dar dinheiro, coisa fungível por excelência, ou seja, é um serviço público que o Estado realiza dentro da função jurisdicional, às custas de bens particulares. A sanção a ser realizada, *in casu*, é o pagamento coativo da dívida documentada no título executivo, que se inicia após a provocação do credor por meio de petição inicial e a convocação do devedor para pagar ou garantir a execução.

Os atos que integram o procedimento em causa consistem, especialmente, na apreensão de bens do devedor (penhora), sua transformação em dinheiro mediante desapropriação (arrematação) e entrega do produto ao exeqüente (pagamento).

Essas fases serão superadas caso ocorra o ato de apreensão sobre dinheiro, pois a execução será realizada de acordo com sua finalidade almejada que é o pagamento do débito com o bem que está em primeiro lugar na ordem preferência trazida pelo legislador através do art 655 do CPC.

Penhora

Greco Filho (2003), afirma que a penhora é o primeiro ato executivo e coativo do processo de execução por quantia certa. Entende-se como penhora o ato

pelo qual se apreendem bens para empregá-los de maneira direta ou indireta, na satisfação do crédito executando. Diretamente, quando o credor o adjudica ou dele usufrui até pagá-lo; e, indiretamente, quando é produto de alienação do bem (alienado em hasta pública) que satisfaz o crédito.

A penhora não constitui direito real, não perdendo o executado sua qualidade de proprietário do bem, já que ela é apenas um ato executivo, gerador de efeitos processuais e materiais. A penhora tem como efeitos processuais: individualizar o bem ou bens que serão destinados à satisfação do crédito, garantir o juízo da execução e criar preferência para o exeqüente. Em relação aos efeitos materiais da penhora, é dizer-se que ela priva o devedor da posse direta e induz à ineficácia das alienações.

Para o credor, a luz de Wambier (2000) e Theodoro Júnior (2001), a penhora especifica os bens do devedor sobre os quais irá exercer o direito de realizar seu crédito, passando a gozar, sobre eles e perante os demais credores quirografários, de um especial direito de prelação e seqüela. Se sobre o mesmo bem recair mais de uma penhora, terá preferência o credor que tiver algum privilégio de direito material. Os credores com garantia real terão preferência sobre os quirografários. Se todos os credores forem quirografários, aquele que tiver efetivado a penhora em primeiro lugar é que terá preferência. No que tange ao devedor, a consequência da penhora é a imediata perda da posse direta e da livre disponibilidade dos bens atingidos pela medida constritiva.

O efeito geral da penhora é *erga omnes*, de acordo com Theodoro Júnior (2001), fazendo com que todo e qualquer terceiro tenha que se abster de negociar com o executado, em torno do domínio do bem penhorado, sob pena de ineficácia da aquisição perante o processo e permanência do vínculo executivo sobre o bem, mesmo que passe a integrar o patrimônio do adquirente. Para que surta esses efeitos à penhora de bem imóvel deverá ser levada à inscrição no registro público competente.

Como já dito acima, a penhora é o primeiro ato executivo do processo de execução e para que ela se realize na sua perfeição, o devedor, caso não pague em dinheiro o débito no prazo estipulado pela lei (24 horas), deverá nomear bens. A nomeação de bens à penhora obedecerá à ordem do artigo 655 do Código de Processo Civil, cumprindo-se ainda as demais exigências do parágrafo 1º do mesmo dispositivo, entre as quais, a comprovação de propriedade, quando for o caso a certidão negativa de ônus, e a atribuição de valor aos bens. A ordem legal tem por escopo facilitar a execução, uma vez que a preferência é para os bens de maior liquidez, ou seja, os bens de maior facilidade de conversão em dinheiro.

O artigo 656, parágrafo único e 657 do CPC proclamam que uma vez aceita a nomeação, será reduzida a termo. Não concordando o exeqüente com a nomeação, decidirá de plano o juiz, declarando a ineficácia da nomeação se ocorrer uma das hipóteses do artigo 656, do mesmo diploma legal. Na hipótese da ineficácia da nomeação, o direito de nomear bens transfere-se ao exeqüente, que indicará ao juízo ou ao próprio oficial de justiça os bens que devem ser penhorados, independentemente da ordem de nomeação do artigo já citado, por meio de autor (CPC, art. 659). Ocorrendo a penhora sobre bem imóvel, será ressalvada a meação do cônjuge.

Porém, se a nomeação não atender às exigências legais, na concepção de Wambier (2000), o juiz a terá por ineficaz, salvo se convier ao credor. Se os bens do executado estiverem em outra Comarca, a penhora, a avaliação e a alienação serão feitas por carta, por tratar-se de regra de competência funcional, sendo, portanto, absoluta. Por ter essa característica, o juiz de uma comarca é absolutamente incompetente para efetivar a penhora em outra. Destarte, o meirinho não tem poderes para realizar a penhora em outra comarca, sob pena de vício de nulidade absoluta.

O devedor, como já fora visto, a princípio, responde com todos o seu bens perante seus credores, mas tal norma tem algumas restrições quanto aos bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis.

O CPC no seu artigo 649 enumera vários casos de bens patrimoniais disponíveis que são absolutamente impenhoráveis, como as provisões de alimento, o anel nupcial, os retratos de família, os vencimentos e salários, os livros, máquinas, utensílios e ferramentas necessários ao exercício da profissão, as pensões e montepios, o seguro de vida, etc.

Na busca de enxugar as fases da avaliação e arrematação que tanto desgasta quem está promovendo a execução, no caso o credor, e de resgatar o princípio da celeridade processual e da efetividade foi criado um novo instituto que é o da penhora on line. Contudo os princípios mencionados devem ser sopesados, na aplicação desse novo instituto, com direito do devedor de ser executado de forma menos gravosa possível, consoante se determina o artigo 620 do CPC.

Penhora on line

Os julgadores ao verificarem as mudanças tecnológicas e ao considerarem o direito como sendo uma ciência que acompanha as mudanças de comportamento ocorridas na sociedade, idealizaram uma forma de adequar o procedimento da penhora com a facilidade da Internet, levando o judiciário a firmar convênios no sentido de dar maior efetividade e enxugar o processo de execução, criando o que chamamos de penhora *on line*.

Para melhor se compreender o que é a penhora *on line* é preciso se conhecer um pouco a *internet*, pois uma não existe sem a outra. Blusmenchein (2000, p.40) define *internet* como “um conjunto de redes, conectadas entre si, que interligam diferentes tipos de computadores em todo o mundo”. Assim, com o surgimento da rede mundial Internet, inaugura-se a possibilidade de ganhos em vários aspectos (tempo, dinheiro, negociações, troca de dados, segurança, etc), estabelecendo uma forma rápida de ligar as pessoas que estão além de suas fronteiras territoriais.

A penhora realizada por meio da Internet, de forma *on line*, só foi possível devido aos convênios firmados entre alguns órgãos do poder judiciário e o Baco Central, fazendo originar o que se convencionou chamar de *bacen jud*, oficialmente chamado de Sistema de Atendimento das Solicitações do Poder Judiciário ao Banco Central.

Com efeito, o procedimento de penhora de ativos financeiros, em essência, não é novo, porquanto desde muito tempo o judiciário se auxilia do sistema bancário e do próprio Banco Central do Brasil, a fim de obter informações acerca da existência de recursos de pessoas que figuram como executados em processos. Entretanto, a novidade reside na forma de procedimento, ou seja, na dinâmica imprimida à operacionalização desta cooperação.

Anteriormente à instituição do novel procedimento, toda tramitação dos pedidos de informação, bloqueio e determinação de penhora de ativos depositados na rede bancária, era feita de forma manual. O que demandava muito tempo. Bem como ocupava um grande contingente de funcionários das instituições bancárias e do Bacen. Além do que, nem sempre era alcançado o objetivo a que se propunha, quer seja pela demora no resultado, quer seja pelo fato de que, em sendo manual o processamento, os pedidos eram encaminhados às agências bancárias onde o devedor mantinha relacionamento, o que permitia aos gerentes, em alguns casos, alertar o cliente, que sacava o dinheiro lá depositado, frustrando a constrição.

Segundo informações colhidas no *site* do Banco Central do Brasil (2004), para o juiz acessar o *bacen jud* é necessário verificar primeiro se o Tribunal no qual ele atua assinou o Termo de Adesão ao convênio firmado entre Banco Central e o judiciário. Verificado o primeiro requisito, terá que obter uma senha junto ao Master/Fiel do Tribunal, habilitando-se como usuário do sistema e por fim é só acessar o site (www.bcb.gov.br/judiciário). Para se habilitar como usuário do sistema, o juiz de posse da senha previamente cadastrada, preenche um formulário na *Internet*, solicitando as informações necessárias ao processo. O Bacen Jud, então, repassa automaticamente as ordens judiciais para os bancos, o que conseqüentemente diminui o tempo de tramitação e facilita o êxito do procedimento expropriatório. Todas as informações entre a Justiça, o Banco Central e as instituições financeiras,

são garantidas por máxima segurança, devido a utilização de sofisticada tecnologia de criptografia de dados.

Antes de se discorrer sobre a efetividade da penhora *online* no processo de execução, mister se fazer uma pequena digressão acerca do que se pode entender por princípio da efetividade.

Ensina Marinoni (1998), que a garantia constitucional de amplo acesso à justiça, inserta no artigo 5º, XXXV, encerrar igualmente o direito a uma prestação jurisdicional tempestiva e efetiva, querendo significar esse termo o resultado prático da questão posta. Nesse rumo Mendonça Júnior (2001, p.68) afirma que:

Processo efetivo é aquele que produz resultados dirigidos à realização do direito material. Podemos dizer: processo efetivo é aquele que resulta na tutela jurisdicional, tornando real o direito da parte. O processo efetivo é aquele com reais efeitos vinculados à realização do direito material, através da tutela jurisdicional.

Para que se alcance a tão almejada efetividade do processo, com a entrega do bem de vida perseguido em juízo, mister a concatenação de vários fatores entre eles elementos estruturais como Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, ensino jurídico, entre outros que podem contribuir com a técnica processual para que se confira efetividade ao processo.

Como de sabença geral, o processo só tem sentido como instrumento para realização de um direito material, sendo despicendo quando não conseguir atingir esta meta. Delosmar Mendonça Júnior (2001), assevera que “o direito (norma material) existe para realizar-se, o processo existe para realizar direitos”. Seguindo esta vereda, temos que a efetividade é fundamental para que se viabilize a função do Estado, não somente jurisdicional, bem como o seu objetivo precípua, que é a pacificação social. O ministro Figueiredo Teixeira, citado por Mendonça Júnior, arremata:

É que somente procedimentos rápidos e eficazes têm o condão de realizar o verdadeiro escopo do processo. Daí a imprescindibilidade de um novo processo: ágil, seguro e moderno, sem as amarras fetichistas do passado e do presente, apto a servir de instrumento à realização da justiça, à defesa da cidadania, a viabilizar a convivência humana e a própria arte de viver.

No que respeita à efetividade do processo de execução, esta se vincula a satisfação do crédito do exequente, quer seja pela entrega da coisa pretendida, quer seja pela entrega do valor correspondente. Assim, o instituto em estudo é de fundamental importância para o desiderato.

Para Correa, a grande dificuldade enfrentada para efetivação das execuções, além da possibilidade de inúmeros recursos em sede de embargos à

execução, indubitavelmente, era a impossibilidade ou, ao menos, grande dificuldade de se chegar aos ativos financeiros do devedor. Com efeito, o credor havia que fazer verdadeira *via crucis* para localizar contas de depósito do devedor, para possibilitar ao juiz determinar o bloqueio e penhora dos valores lá constantes. Ocorre que, na maioria das vezes, a própria instituição bancária depositária dos ativos, tratava de informar antecipadamente ao correntista a existência do mandado judicial de constrição, permitindo o levantamento dos valores antes da realização do bloqueio.

Hodiernamente, com a instituição do bloqueio *on line*, tal procedimento, que configura fraude a execução, ficou mais difícil. É que, como já dito, a ordem de bloqueio, no novo sistema, é emitida pelo juiz diretamente ao Banco Central, que processa o requerimento, localizando pelo CNPJ ou CPF, conforme se tratar o executado de pessoa jurídica ou pessoa física, contas mantidas em qualquer banco, determinando pelo sistema eletrônico que a instituição proceda ao bloqueio dos valores constantes na conta, até o limite do crédito.

Tribunal Superior do Trabalho (TST), conforme notícia, em 5 de março de 2002, foi um dos últimos órgãos judiciário a firmar o convênio com o *bacen jud*. Porém, somente nos últimos meses, cumpridas todas as exigências do Convênio, é que os Tribunais Regionais estão intensificando a utilização deste sistema instalado há um pouco mais de dois anos, o atual sistema acelerou a fase final da execução dos débitos trabalhistas. “Até então, a execução na Justiça do Trabalho era um tormento”, afirma o ministro Abdala (2004, p. 2). Ele conta que havia dificuldades para encontrar bens do devedor com liquidez e, muitas vezes, não se achava bem algum a penhorar, “como acontece com essas empresas que fecham um dia, reabrem no outro, com novo nome, outro endereço, outros sócios, sócios-fantasmas, empresas-fantasma”.

Segundo o ministro o procedimento em comento permite que a satisfação do direito perseguido judicialmente seja efetivada em até 48 horas, ao passo que no sistema anterior levaria no mínimo seis meses.

As partes envolvidas no convênio denominado *bacen jud* vêm constantemente atualizando os procedimentos, a fim de tornar o sistema mais ágil e efetivo, bem como evitando prejuízos aos executados, corrigindo as imperfeições da forma original.

Neste sentido, exemplificativamente, verificou-se, em sede de execução trabalhista, que determinadas empresas de grande porte e atuação nacional que mantinham diversas contas, sofriam múltiplos bloqueios em várias contas ao mesmo tempo, configurando excesso de execução, bem como causando enormes transtornos ao seu fluxo de caixa redundando em prejuízos financeiros. Atento ao problema que acontecia no âmbito trabalhista, a Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, em novembro de 2003, editou o Provimento 03/2003, regulamentando os

procedimentos a serem adotados para realização da Penhora *on line*. Neste normativo o TST assegurou às grandes empresas que litigam na Justiça do Trabalho, a possibilidade de cadastramento de uma conta única para sofrer a constrição eletrônica, cabendo aos juizes que irão realizar a penhora, antes do ato construtivo, consultar o cadastro mantido pela CGJT, localizando a conta previamente indicada, para nela proceder ao bloqueio, estendendo às demais contas do executado apenas quando naquela não houver saldo suficiente para satisfação da execução.

Há uma grande preocupação com a efetividade na execução maior problema na Justiça do Trabalho atualmente. Em recente artigo, o atual vice-presidente do TST, Leal (2004), asseverou entender ser a execução trabalhista o maior obstáculo à efetivação do direito do trabalhador. Para ele o trabalhador obtém da justiça o reconhecimento de seu direito, mas a decisão não ganha efetividade imediata, arrastando-se por anos.

Segundo o ministro, mesmo que o processo trabalhista seja resolvido em um tempo rápido, quando chega o momento de o trabalhador receber seu dinheiro tem início seu calvário, mesmo porque muitas empresas ou desaparecem ou há mudança de sócios. Com isso, quando o cidadão vai procurar seu empregador ele não existe mais ou não está mais naquele endereço. Para ele a justiça do trabalho precisa se aparelhar para vitrificar essas hipóteses que podem deixar o trabalhador com o seu direito prejudicado. “Vários Tribunais têm contato *on line* com juntas comerciais para detectar esses problemas e conseguem fazer uma penhora nas contas dos sócios daquelas empresas que estão recalcitrando em pagar”.

Entende o Vice-presidente que o sistema de penhora *on line* é a grande ferramenta para concretização do direito material assegurado judicialmente ao trabalhador, de modo que tem estimulado o uso do instituto pelo juízo da execução.

A penhora *on line* ainda é matéria de grande controvérsia estando, inclusive, em tramitação Ação Direta de Inconstitucionalidade de número 3091/2003 movida pelo Partido da Frente Liberal (PFL), questionando o convênio *bacen jud*, conseqüentemente a própria penhora *on line*, ao fundamento de que tal procedimento fere o direito constitucional e ao sigilo bancário. Porquanto permite que o juizes bloquearem e desbloquearem recursos financeiros depositados em conta-corrente, conta de poupança, conta-salário, aplicações financeiras e até recursos depositados no exterior, quebrando, para tanto, o sigilo conservado pelas instituições financeiras e de estrita responsabilidade do Banco Central. Na ação, o partido pede também a inconstitucionalidade dos Provimentos 03/2003 baixados pela Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho que regulamentam o convênio (2004).

A referida ADIn protocolizada em 12 de dezembro de 2003 e distribuída para o Ministro Joaquim Barbosa tomou o rito determinado pelo artigo 12 da lei

9868/99 que preconiza que quando se tratar de matéria relevante passível de produzir efeitos de grande significado para ordem social e segurança jurídica poderá o Ministro relator deixar de apreciar o pedido liminar, submetendo diretamente o conhecimento da questão ao Tribunal (STF) na composição plena que poderá, inclusive, julgar definitivamente a ação. O procedimento adotado atesta a importância da matéria discutida *on line*, e a magnitude de sua repercussão nas relações jurídicas em que possa ser utilizada.

Com relação ao sigilo bancário das pessoas físicas e jurídicas, fundamento de várias críticas ao convênio do Bacen Jud, o próprio sistema Banco Central (2004) tratou de esclarecer sobre o assunto no seu *site*, afirmando que não há de forma alguma quebra de sigilo bancário pelo procedimento da penhora *on line*, até porque não é permitido aos magistrados, após o bloqueio das contas divulgar, saldos ou movimentações financeiras. A instituição reforça sua afirmativa ao dizer que antes do advento do convênio suso mencionado, já era permitido por força de lei que os juizes efetuem bloqueios dos ativos financeiros e obtenham informações necessárias para instruir o processo e, conseqüentemente, auxiliar na sua decisão.

Nesse diapasão, o Banco Central serve como liame, entre as instituições financeiras e a justiça devido a sua facilidade de comunicação e, ainda, por ser depositário de todas as informações do sistema bancário nacional. Função esta que poderia ser desempenhada diretamente pelos magistrados no momento em que fosse bloqueada uma conta ou solicitada informações sobre as mesmas. Essa política de cooperação ao judiciário é desempenhada pelo Banco Central a mais de 20 anos, mais precisamente desde os anos 80.

Destarte, a única diferença do sistema já utilizado e o *on line* é que por meio desse às solicitações são muito mais rápidas, pois não há necessidade do envio em papel e nem envolvimento do *Bacen* no processo, o próprio juiz preenche um documento eletrônico via Internet, contendo todas as informações que necessita e, pelo antigo procedimento, estavam contidas num ofício comum. Diferentemente da forma já utilizada, onde as solicitações de penhora e/ou informações eram enviadas em papel, o que fazia com o que o procedimento se tornasse muito mais demorado e burocrático devido à triagem, a classificação e digitação e o reenvio das solicitações as redes bancárias, a penhora *on line* tem por objetivo a realização de todo este procedimento em alguns minutos, via eletrônica.

Contudo, a penhora *on line*, por meio do *bacen jud* apenas facilitou que um ofício que era enviado em papel fosse enviado eletronicamente pela *internet*, fazendo com que os serviços fossem racionalizados no âmbito administrativo do Banco Central em pouco tempo, além de possibilitar ao Poder Judiciário maior eficiência e agilidade no cumprimento de suas determinações.

O Banco Central atesta a real eficiência do sistema de penhora on line, por meio bacen jud, no que respeita à efetividade que o procedimento trouxe no cumprimento das solicitações manifestadas pelo judiciário desde a sua implantação.

Considerações Finais

Após o estudo sobre o tema, penhora *on line* como instrumento de efetividade no processo de execução, extrai-se que a introdução dessa nova ferramenta aplicada ao processo de execução tem sido vista como um promissor mecanismo para a agilização dos procedimentos, contribuindo, assim, para a tão almejada efetividade.

A utilização da *internet*, para se realizar a expropriação do bem, é algo ainda novo e pouco conhecido. Sabe-se que tudo que é novo e que traz transformações nas relações jurídicas causa vários questionamentos e não seria diferente com esse sistema que se inaugura atualmente.

O intuito principal desse trabalho foi apresentar um pouco do que é a penhora por via *on-line* e a sua efetividade, quem pode fazer uso desse sistema, como é realizada, e a visão de alguns pensadores do direito a respeito dos benefícios e malefícios que tal instituto pode trazer com a sua operacionalização.

Conclui-se que a penhora *on line*, embora em determinadas situações excepcionais possa vulnerar direitos do executado, o seu escopo é positivo no sentido de que, em regra geral, consegue conferir efetividade e celeridade ao processo executivo, com a conseqüente satisfação do direito material assegurado ao exeqüente. Dessa forma, espera-se que esse novo instituto e se aperfeiçoe de tal forma que seja inserido no nosso ordenamento jurídico, mais precisamente na lei de processual civil, e que o seu uso pelos magistrados de toda a jurisdição brasileira seja rotineira, fazendo com que a execução não seja algo tão demorado para quem tem direito ao crédito e que busca o seu albergue no judiciário.

REFERÊNCIAS

ABDALA, Vantuil. TST aposta em penhora on-line para desafogar 1,5 milhão de ações Disponível em:< www.expressodanoticia.com.br>. Acesso em: 27 de Jan de 2004.

BLUMENSCHEN, Alberto Luiz. Manual simplificado do comércio eletrônico. São Paulo: Aquariana, 2000.

BRASIL, Código de processo civil (1973). CHAHALI, Yussef Said. 5.ed. rev. Atual. Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____, BCB. Funcionamento do convênio bacen jud. Disponível em < bcb/judiciário.gov.br > Acesso em: 02 de Mar. de 2004.

_____, TST. Provimento 03/2003. Disponível em : www.expressodanoticia.com.br>. Acesso em: 28 de mar. De 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Trad. J. Guimarães Menegale. Anot. Eurico Tullio Libeman. São Paulo: Saraiva, 1965.

ESTERNE, Jim. Marketing na Internet: integrando a web a sua estratégia de marketing. Rio de Janeiro: Campos, 2000.

GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. Processo de Execução e Cautelar (coleção sinopses jurídica). 4 ed. São Paulo Saraiva, 2003.

MARINONONI, Luiz Guilherme. Novas Linhas do Processo Civil. 4 ed. São Paulo: Mallheiros, 2000.

REALE, MIGUEL. Lições preliminares de direito. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de direito processual civil. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SILVA, Ovídio Araújo Batista. Curso de Processo Civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. Rio de Janeiro. Forense: 2001.

APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DIANTE DE LIMINARES COM POTENCIALIDADE DE IRREVERSIBILIDADE E A INCIDÊNCIA DO CONTRADITÓRIO

VALDISIO VASCONCELOS DE LACERDA FILHO¹

1 – A NECESSIDADE E O SURGIMENTO DAS MEDIDAS LIMINARES.

As origens da necessidade e do conseqüente surgimento da tutela emergencial no direito processual civil remontam à época em que o Estado, como poder político, retirou dos litigantes ou de seus grupos sociais o poder de resolver por si só as lides que entre eles surgiam, e passou a deter o monopólio da jurisdição.

A partir daí, as questões problemáticas que surgiam entre os cidadãos eram resolvidas obrigatoriamente pelo estado através do processo judicial, dentro de uma lide processual devidamente “formalizada”.

Deste momento em diante, o natural crescimento da sociedade como um todo, o crescimento demográfico, o fomento das relações interpessoais, o desenvolvimento do próprio Estado, a especificidade de novos direitos que foram surgindo com o desenvolvimento do ser humano, tudo acabou gerando um aumento (inevitável, até) dos conflitos de interesses, o que ocasionou um crescimento de lides processuais e a uma maior necessidade de “resultados” advindos da prestação jurisdicional estatal.

Assim, a prestação jurisdicional acabou por tornar-se morosa e o Estado revelou incapaz de obter soluções de êxito em desincumbir-se desta função e torná-la produtora de resultados realmente eficazes, uma vez que o tempo é uma dimensão cara ao ser humano.

Na relação processual, o tempo é fator determinante da existência (ou não) de efetividade na prestação jurisdicional, bem como satisfação (ou não) do jurisdicionado.

Além do fator tempo (efetividade), porém, não menos importante, temos, em nosso arcabouço Constitucional, valores (princípios) que dão conta de que o

¹ Advogado, pós-graduando em direito processual Civil pelo Centro Universitário de João Pessoa _ Unipê.

litigante tem uma série de prerrogativas constitucionais-processuais, cuja convergência principiológica é retratada através do conhecido princípio Norte Americano do “due process of law”, que, segundo abalizada Doutrina, “tem o significado sistemático de fechar o círculo das garantias e exigências Constitucionais relativas ao processo, numa fórmula sintética destinada a afirmar a indispensabilidade de todas e reafirmar a autoridade de cada uma.”²

Destarte, ao se deparar com pedido de tutela emergencial, o julgador irá sopesar, no mínimo, dois consideráveis princípios Constitucionais, que, não obstante o elevado grau de importância dentro o sistema legal, irão se conflitar frontalmente, de forma que, optando por um deles, o operador estará, na maioria dos casos, denegando vigência ao outro no caso in concreto.

Na realidade, a análise jurídico-processual de um pedido de concessão de tutela emergencial, faz nascer, além de outras, uma obtusa dicotomia entre o valor rapidez (efetividade) e o valor segurança (contraditório e etc).

Se por um lado, a própria segurança ampla do atendimento efetivo ao princípio do devido processo legal determina a necessidade de um considerável lapso temporal (e um conjunto complexo e intrigante de atos processuais, associado à delonga de um rito próprio) para a sua completa efetivação, por outro, resta, em oposição, a imperiosa expectativa social de uma solução verdadeiramente eficaz para os conflitos de interesses.

A solução para este “problema” de hermenêutica principiológica, necessariamente, passa pela utilização do princípio da proporcionalidade, de cujo estudo essa pesquisa também irá empenhar-se.

2 – BREVES COMENTÁRIOS ACERCA DO VOCÁBULO “PRINCÍPIO”.

Conforme se depreende da leitura do título deste trabalho, o tema ora em estudo propõe a análise do provimento liminar de caráter irreversível e o seu cotejo com

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.

Para uma fiel e boa compreensão do estudo abaixo desenvolvido, não é

² DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, 2ª ed. São Paulo, 2004, pág 244.

demais ressaltar o que hodiernamente os juristas entendem por “princípio”, definindo-o:

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “os princípios são mandamentos nucleares de um sistema, irradiando-se sobre diferentes normas e servindo de critério para a sua exata compreensão.”³

Ao meu entender, os princípios são conceitos axiomáticos, nos quais se baseiam as regras de uma determinada ciência para alcançar o fim por ela (ciência) almejado.

Não se deve olvidar, a este tempo, que os princípios também são normas de exegese de regras jurídicas, consubstanciando-se em valores (convergentes ou divergentes) que, devidamente sopesados, ganham eficácia ou não, a depender da prevalência de um princípio sobre o outro no caso concreto .

Por exemplo, o sistema processual cuida de resguardar o contraditório, como pilar fundante do processo civil moderno. Entretanto, casos há em que a aplicação cega e estéril deste princípio constitucional-processual acabaria por enterrar uma série de outros princípios, divorciando-se da verdadeira missão da jurisdição - buscar a paz social, através da distribuição equânime da justiça –

Da situação acima descrita, caracterizada por uma verdadeira “batalha” principiológica, é que o trabalho irá tratar adiante, com o modesto objetivo de contribuir para uma melhor compreensão do tema.

3 – AS LIMINARES (ANTECIPATÓRIAS OU CAUTELARES) - COM EFEITO REVERSÍVEL - E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO:

Ante o “surgimento” da Antecipação da Tutela Jurisdicional, instituto processual inserido no ordenamento vigente através da chamada Primeira reforma do CPC, alguns operadores do direito questionaram a legalidade de sua utilização frente ao princípio do contraditório, eis que as liminares antecipatórias conferem a parte beneficiária exatamente aquilo que a sentença de mérito da causa possivelmente lhe conferiria, sem, no entanto, conceder a parte ex-adversa o direito de contraditar os argumentos articulados pelo autor (do pedido de concessão de tutela de emergência)

Assevera, em seu artigo quinto, a nossa Carta Magna, uma série de prerrogativas (direitos) de que dispõem os cidadãos em sua vida cotidiana e, também,

³ Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 13ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2001

quando estiverem participando de um processo judicial.

Dentre estes princípios, merece consideração o princípio do contraditório (art. 5º, LV), que assegura “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral” o contraditório e ampla defesa, “com os meios a ela inerentes”.

A priori, partindo da idéia trazida a lume Constitucional pelo artigo acima transcrito, poderia se afirmar apressadamente que a antecipação da tutela jurisdicional é inconstitucional, posto que importa em revogação “in concreto” do expresso princípio Constitucional do Contraditório e, conseqüentemente da ampla defesa.

Todavia, a antecipação de tutela, é, na realidade, a antecipação dos efeitos práticos da tutela jurisdicional pretendida através do processo, mediante cognição sumária do julgador acerca da plausibilidade dos argumentos vertidos pela parte requerente da medida antecipatória.

Assim, caso venha a conceder a tutela antecipada através de liminar inaudita altera pars, o julgador deverá garantir à parte contrária, sobre a qual irá efetivar-se a antecipação, o direito de participar do processo com possibilidade de influência em seu resultado – Contraditório - .

Neste diapasão, tendo em vista que as assertivas acima brandidas têm aplicação análoga à tutela cautelar, conclui-se que as tutelas de emergência, quando reversíveis, não importam em divórcio ao princípio do contraditório, mas em diferimento de sua aplicação para um momento processual posterior ao que normalmente é aplicado.

Nestes casos, quando o julgador entender, em seu acurado juízo de valor, que o direito à efetividade é prevalente ao direito à segurança jurídica (contraditório), ele adiará este para um momento posterior à concessão daquele.

4 – SURGIMENTO, EVOLUÇÃO, CONCEITO E REQUISITOS DE APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

4.1. Síntese Histórico-Filosófica:

Desde os primórdios da existência humana, diversos pensadores buscaram entender e conceituar de maneira acurada e objetiva o sentido jurídico-filosófico da palavra – JUSTIÇA.

A sociedade helênica, com a virtude de ter sido a mãe do pensamento filosófico moderno, bem como o arcabouço do que se veio a se chamar em Roma de Direito, produziu através de um de seus maiores pensadores, Aristóteles, em sua obra Ética a Nicômano, a seguinte explanação:

Todos estão de acordo em designar por Justiça o estado de espírito que nos torna susceptíveis de realizar actos justos, que no-los faz praticar, efectivamente, e desejar praticá-los. Também a injustiça nos leva a cometer e a desejar actos injustos... O homem injusto é, segundo parece, não apenas o que age contra a Lei, mas igualmente o que pretende possuir mais do que lhe é devido, e mesmo à custa de outrem. Logo, é evidente que justo será aquele que se conforma com as Leis e que observa a igualdade... O injusto nem sempre orienta o seu desejo para obter o mais, também para obter o menos, quando se trata de males. Porque o mal menor constitui, em certa medida, um bem, e o injusto se caracteriza pela avidez.... Justo é o susceptível de criar, ou de salvaguardar, no todo ou em parte, a felicidade da comunidade política. (Livro V – Cap. I) ⁴

Servindo de verdadeiro amálgama para a construção e desenvolvimento da ciência do Direito, bem como dos Estado Democrático de Direito, as idéias de Aristóteles, embora externadas há muito tempo, também são de grande pertinência na definição e desenvolvimento do princípio da Proporcionalidade, eis que Justo é tudo aquilo que é proporcional, sendo a proporcionalidade uma das características da Justiça.

Seguindo o rumo na história do Direito, percebe-se que o princípio da Proporcionalidade teve seu início acompanhado do surgimento embrionário dos Direitos humanos.

Teve como escopo primordial, o princípio ora em estudo, a defesa da integridade física dos cidadãos em razão do enorme poder de coação exercido pelos Monarcas dos estados absolutistas então em voga.

A primeira Carta Política do Mundo a inscrever expressamente idéias compatíveis com o conceito atual de princípio da proporcionalidade foi a Magna Carta Inglesa, que, em seu art. 39, assim dispôs:

Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado de seus bens, ou colocado fora da Lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele, senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com as Leis do país.⁵

⁴ Digesto, Livro I apud MARTÍNEZ, Pedro Soares. Textos de filosofia do Direito. Coimbra: Almedina, 1993. pág. 42.

⁵ CONSTITUIÇÕES DO JAPÃO E DA GRÃ-BRETANHA apud Rezek Neto. O princípio da Proporcionalidade no Estado Democrático de Direito, São Paulo. Lemos e Cruz, 1ª ed. 2004.

4.2. Evolução

Tendo seu surgimento arraigado ao Direito Administrativo, eis que, na verdade constituía-se em verdadeira limitação ao poder de polícia, o Princípio da Proporcionalidade, sob os influxos de pensadores mais voltados para o caráter sociológico do direito, veio evoluindo paulatinamente e, deste modo, sofreu ampliação do seu conceito e aplicação.

No Brasil, é assente o entendimento de que o princípio da Proporcionalidade está implicitamente presente no arcabouço Constitucional.

Segundo PAULO BRANCO, “a identificação do status Constitucional do Princípio da proporcionalidade consolida-se na Jurisprudência da Suprema corte com o advento da Constituição de 1988. Firmou-se, então, a inteligência de que esse princípio está inserido na cláusula do devido processo legal, expressa no art. 5º, LIV, do texto magno (Adin 958, Julgamento em 11/05/1994)”⁶.

Atualmente, o princípio em apreço está presente no Direito Constitucional, no que se refere ao Controle da Constitucionalidade das leis, no direito civil, a medida em que se interpreta o contrato almejando sempre a sua conotação social, eliminando a abusividade de cláusulas, tornando as prestações contratuais materialmente equivalentes e etc.

No Direito Processual Civil, que, aliás, é o tema foco deste trabalho, a aplicação deste princípio tem se desenvolvido sobremaneira, a fim de salvaguardar direitos que, embora exijam medidas antecipatórias irreversíveis - cuja concessão, a priori, é vedada pelo ordenamento – são tutelados de forma definitiva e antecipada, em razão do seu grau de relevância frente os princípios hodiernamente consagrados por nossa sociedade.

4.3. Conceito:

Segundo vários publicistas, o princípio da proporcionalidade é um princípio de exegese Constitucional, através do qual o operador do direito deve avaliar a correspondência entre a medida que se pretende empregar e o fim almejado, não se olvidando para a adequação, limitação e exigibilidade da medida.

Na realidade, o princípio da Proporcionalidade vem implicitamente à lume Constitucional, a fim de garantir a adequação das medidas (legislativas, judiciais e

⁶ BRANCO, Paulo /Gustavo Gonet. Princípio da proporcionalidade no controle da Constitucionalidade das leis e a Constituição de 1988

administrativas) ao fim maior do Estado Brasileiro – O bem comum.

Inobstante a dificuldade encontrada pelos juristas para definir objetivamente o princípio ora em estudo, não é demais ressaltar seus requisitos de aplicação “in concreto”, vez que servirão tanto para ampliar o entendimento do conceito do princípio em comento, como para garantir a sua correta aplicação.

4.4. Princípios Parciais do Princípio da Proporcionalidade:

4.4.1. Princípio da Adequação ou Conformidade:

Por este princípio, o Jurista deve relevar se a medida que se pretende aplicar é o meio certo – medida mais adequada – para levar a cabo o fim almejado.

4.4.2. Princípio da Exigibilidade:

Este princípio ensina que a aplicação, através do princípio da proporcionalidade, de medidas restritivas só devem ser efetuadas, se estas forem indispensáveis para a salvaguarda de um direito fundamental, que não possa ser protegido por outra medida menos gravosa.

4.4.3. Princípio da Proporcionalidade em sentido estrito:

Este princípio parcial, de cuja análise o jurista há de se preocupar após a análise dos demais princípios parciais, é, a bem da verdade, a síntese do que se entende por proporcionalidade, vez que impende em cotejo, pelo operador do direito, acerca da proporcionalidade - ponderação - entre o resultado obtido através da aplicação deste Novel princípio e a carga coativa aplicada para sua consecução.

5 – LIMINARES (ANTECIPATÓRIAS OU CAUTELARES) – COM EFEITO IRREVERSÍVEL – E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE:

A priori, impende pontuar que não é correto afirmar que existam - liminares irreversíveis -, eis que, na qualidade de decisão interlocutória, o provimento liminar (antecipatório ou cautelar) tem efetiva reversibilidade processual, uma vez que pode ser revogada a qualquer momento pelo julgador, nos termos do § 4º do art. 273 do CPC.

Todavia, o que efetivamente podem tornar-se irreversíveis são os efeitos pragmáticos da medida liminar e, por isso, não é processualmente correto afirmar-se que uma medida liminar é irreversível, correto é dizer que seus efeitos o são.

Dispõe o § 2º do artigo 273 do Código: “Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.

No particular, o dispositivo observa estritamente o “princípio da salvaguarda do núcleo essencial”, eis que antecipar irreversivelmente seria antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o exercício do seu direito fundamental de se defender (contraditório). Exercício esse que, ante a irreversibilidade da situação de fato, tornar-se-ia absolutamente inútil, como inútil seria, até, nestes casos, o prosseguimento do próprio processo.

O princípio vale não só para a concessão como também para a efetivação da medida antecipatória; mesmo quando se tratar de provimento por natureza reversível, o dever de salvaguardar o núcleo essencial do direito fundamental à segurança jurídica do réu impõem que o juiz assegure meios para que a possibilidade de reversão ao status quo ante não seja apenas teórica, mas que se mostre efetiva na realidade fática. Não fosse assim, o perigo de dano não teria sido eliminado, mas apenas deslocado da esfera do autor para a do réu.

Neste passo, coloca-se ao juiz a necessidade de “pesar” as duas faces da situação que lhe é apresentada: a probabilidade ou verossimilhança da alegação do autor que requer a antecipação (e a força das provas que traz aos autos com tal fim) e, do outro lado, a possibilidade de causar danos irreversíveis ao réu se concedido o provimento.

Assim, poderá o juiz, antevendo a pretensa irreparabilidade dos efeitos do provimento liminar, ordenar soluções para tal, como no caso de exigir caução quando da entrega de coisa móvel, ou, ainda, não permitindo que a efetivação da medida liminar chegue até a alienação do domínio, nem o levantamento de dinheiro sem caução idônea (casos dos inc. II e III do art. 588 do CPC, citados no § 3º do art. 273).

É de se observar, ainda, que em caso de crédito de natureza alimentar, até o limite de 60 salários mínimos e o requerente apresentar estado de necessidade, o § 2º do art. 588 do CPC autoriza, de forma expressa, o levantamento de crédito sem a apresentação de caução idônea, de forma que a liminar nestes termos concedida, por expressa vontade da lei pode ser concedida, ainda que seus efeitos sejam irreversíveis.

Todavia, não é demais asseverar que, em casos específicos, a “salvaguarda” ao contraditório, através de exigência de caução, do diferimento de sua concessão após oitiva do réu, ou mesmo da não concessão de medidas antecipatórias com efeitos irreversíveis, seria o mesmo que denegar, de logo, a pretensão de uma das partes, posto que há direitos que se não resguardados imediatamente, não mais o poderão ser.

Exemplo clássico para o estudo do tema que serve de título a este capítulo é o caso de um autor que, litigando contra o seu plano de saúde acerca da cobertura (atendimento) por este de determinado procedimento cirúrgico, do qual depende a vida do autor, requer, sem caução idônea ou qualquer outra garantia, a concessão de antecipação de tutela para a realização da operação.

Neste caso, é o momento, pois, de aplicação do princípio da proporcionalidade, pelo qual, “ainda que esteja em jogo um interesse rigorosamente não-indenizável, devem ponderar-se os valores em jogo e, em função dessa ponderação, eventualmente chegar-se a conceder a antecipação”.⁷

Tal situação é possível, graças as evoluções legislativas que perceberam que há casos em que “o conflito de direitos será tão profundo que apenas um deles poderá sobreviver, já que a manutenção de um importará o sacrifício completo do outro”⁷

Neste diapasão, embora os efeitos do provimento antecipatório sejam irreversíveis (dano não indenizável), os interesses em conflito apresentam graus de relevância diversos no vigente sistema jurídico, a saber:

Se por um lado, o prejuízo que a concessão do provimento causa ao réu (plano de saúde) é a possibilidade de, sendo vencedor na demanda, não conseguir reaver o dinheiro gasto para custear a operação no seu segurado (autor).

Por outro, a não concessão do provimento antecipado – ainda que de efeitos irreversíveis - causará maiores prejuízos ao autor que, certamente, terá sua saúde posta em perigo (ou até a vida), ante a demora natural para o trâmite do feito.

Ademais, verifica-se claramente a presença dos requisitos de admissibilidade (princípios parciais) de aplicação do princípio da proporcionalidade, para a concessão do provimento de caráter irreversível no caso in concreto, a saber:

Há adequação, na medida em que a intervenção cirúrgica é o meio adequado (meio específico e correto) para alcançar o bem da vida pretendido pelo autor.

Há exigibilidade, posto que não existe outra medida menos gravosa, através da qual possa se alcançar a pretensão do autor.

Há proporcionalidade em sentido estrito, vez que há proporcionalidade – ponderação – entre a medida coativa utilizada (cirurgia) e o bem resguardado (vida).

⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e Colisão de Direitos Fundamentais. Periódico “Revista do Advogado”, nº 46, ago. 95, p. 416

6 – CONCLUSÕES:

O conhecimento doutrinário do princípio da proporcionalidade permite o julgador adequar melhor o seu aresto, de forma a encontrar o exato ponto de equilíbrio, não raro instável e fugidio, entre os princípios da efetividade da tutela jurisdicional (Acesso à Justiça) e o princípio do contraditório.

Como se percebe das argumentações acima articuladas, a decisão acerca da concessão de medidas liminares com efeitos irreversíveis, normalmente, importa em elevado esforço intelectual do julgador, eis que, para concedê-la, o julgador deverá “dispensar os rigores absolutos de uma certeza, aceitando a probabilidade adequada e dimensionando os riscos que legitimamente podem ser enfrentados”⁸

O presente estudo, diante das inesgotáveis indagações surgias em relação ao tema ora em apreço, bem como em razão da vastidão de vertentes que podem ser exploradas a partir de seu estudo mais acurado, não tem a pretensão de esgotar sua análise.

Pretende-se, com este esboço, humildemente, contribuir, com o que for possível, para o engrandecimento do estudo da Ciência Processual Civil em nosso Estado, fomentado discussões sobre o tema que, certamente irão elevar o conhecimento sobre a matéria a níveis não alcançados por este simples trabalho.

7 – BIBLIOGRAFIA

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do Processo, 2ª ed. São Paulo, item 33 pág 236

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 10.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 5ª ed, São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETI, Mauro. O acesso à Justiça. 2.ed. – Reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Art. In coletânea Aspectos Polêmicos da Antecipação de tutela, Ed. RT, 1997

CARNEIRO, Athos Gusmão. Da Antecipação de Tutela, 4ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2002

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, 2ª ed. São Paulo, 2004.

_____. A instrumentalidade do Processo, 2ª ed., São Paulo: Malheiros.

ECO, Umberto, Como se faz uma tese. 18ª ed. São Paulo: Perpesctiva, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução do Estudo do Direito. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

JÚNIOR, Delosmar Mendonça. Princípios da Ampla defesa e da efetividade no processo Civil Brasileiro. 1ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. A antecipação da Tutela, 3ª ed., Ed. Malheiros, 1997.

MARTÍNEZ, Pedro Soares. Textos de filosofia do Direito. Coimbra: Almedina, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 13ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2001

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, 3 ed.. Coimbra: Coimbra, 1985.

MORAES, Alexandre de. Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais. 1.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

REZEK NETO, Chade.. O Princípio da Proporcionalidade no Estado Democrático de Direito. 1ª ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004.

ROSAS, Roberto. Direito Processual Constitucional. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOBRINHO, Osório Silva Barbosa. Constituição Federal vista pelo STF. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Art. In coletânea Aspectos Polêmicos da Antecipação de tutela, Ed. RT, 1997.

ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TRABALHOS PREMIADOS

SEMANA DO JUDICIÁRIO

TRABALHO PREMIADO NA SEMANA DO JUDICIÁRIO

A GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS CIVIS

ANA CHRISTINA ROCHA DE ATAÍDE E MÁRCIA GLEBYANE MACIEL QUIRINO

RESUMO

A permissividade da greve no setor público foi inserida, na Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988, como direito expressamente reconhecido aos servidores públicos civis. O Direito Constitucional Positivo atribuiu, dessa forma, legitimidade jurídica à greve no âmbito da Administração Pública, excluindo apenas os militares do exercício desse direito coletivo.

O exercício de tal direito está intrinsecamente relacionado à existência de lei específica que discipline a viabilização do mesmo, posto que o texto constitucional se apresenta como norma de eficácia limitada. O Congresso Nacional, nesse contexto, está subordinado institucionalmente ao desempenho do seu poder-dever de dar a lume à concretização do direito. Todavia, verifica-se uma posição de inércia por parte do Poder Legislativo que, mesmo após quinze anos da promulgação da Constituição, não editou qualquer norma regulamentadora de tal direito.

Ao longo desses anos foram impetrados Mandados de Injunção requisitando o suprimento da omissão do Órgão Legislativo na regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis. O Supremo Tribunal Federal, em reiteradas decisões, admitiu a concessão do Writ, reconhecendo a mora legislatoris. O Pretório Excelso, mediante tal admissibilidade, comunicou formalmente o estado inerte legiferante do Poder Legislativo da União, objetivando a edição da lei específica necessária.

Destarte, observa-se a indiferença do legislador em face à inviabilidade do exercício do direito de greve, constitucionalmente assegurado aos servidores públicos federais civis. Este fato extirpa o meio mais eficaz de pleitear reivindicações no âmbito das negociações nas relações trabalhistas.

Diante dos fatores elencados, percebe-se a importância que essa omissão ao pleno exercício de direito constitucional assume frente ao ordenamento jurídico, considerando o flagrante prejuízo à garantia constitucional intrínseca no próprio princípio da liberdade de trabalho.

INTRODUÇÃO

A presente monografia apresentada à Comissão de Avaliação da Semana do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região propõe o tema acerca dos movimentos grevista, mais precisamente a greve dos servidores públicos civis do âmbito federal. O polêmico tema encontra-se em amplo debate, intensificados desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, onde foi inserido o direito à greve aos servidores.

Por intermédio de uma ampla pesquisa histórica aliada às mais diversas fontes bibliográficas, este ensaio monográfico tende a proporcionar ao leitor os mais diversos aspectos deste direito, para a partir deste formular discussões e obter fundamentos jurídico-doutrinários diante dos argumentos inseridos.

Utilizamos uma pesquisa de método puro não-aplicado visando assim a aquisição de conhecimentos teóricos. O método se manifesta como meio de melhoria dos conhecimentos jurídicos, alicerçando embasamentos que sustentam idéias e apresentam possíveis soluções.

Com objetivo precípuo de inserir o presente tema nas mesas de debates do referido encontro, é que se apresenta esta monografia tencionando o fomento de debates e não a sua conclusão final.

A GREVE

Definição

Para Amauri Mascaro Nascimento, “greve é um direito individual de exercício coletivo, manifestando-se como autodefesa”.

Sérgio Pinto Martins a define como “um risco a que o trabalhador se sujeita”. Este autor trata a greve como um fato social, sendo “um fato social que não estaria sujeito à Regulamentação Jurídica; (...) ocorre que da greve resultam efeitos que vão ser irradiados nas Relações Jurídicas, havendo, assim, necessidade de estudo por parte do Direito”.

José Afonso da Silva apóia-se na definição de Giuliano Mazzani, ao dizer que “a greve é o exercício de um poder de fato dos trabalhadores com o fim de realizar uma abstenção coletiva do trabalho subordinado”.

Já Alexandre de Moraes a define como “um direito de autodefesa que consiste na abstenção coletiva e simultânea de trabalho, organizada pelos trabalhadores de um a vários departamentos ou estabelecimentos, com o fim de defender interesses determinados”.

Percebe-se, pelos conceitos dados, que a greve se trata de um instrumento de pressão, uma imunidade do trabalhador, um meio para galgar o fim, que seria a melhoria das condições de trabalho. Nesse sentido mostra-se o meio mais eficaz dos reclames laborais pleiteados pela classe trabalhadora. As reivindicações dos grevistas, muitas vezes justificadas, são imposições que trazem à mesa de negociação empregadores e empregados, facilitando, desta forma, a melhoria das condições de trabalho.

NATUREZA JURÍDICA

Há várias visões sobre o aspecto da natureza jurídica da greve. Alguns autores a vêem como liberdade, outros como direito e, outros ainda, como Alexandre de Moraes, citado anteriormente, como uma autodefesa, uma imunidade.

Amauri Mascaro Nascimento trata-a como um ato jurídico, pois é sujeita à forma prescrita em lei, não podendo ser realizada de forma discricionária.

Sérgio Pinto Martins, por sua vez, vê a greve como fato jurídico. Alega este autor que se trata de um comportamento do trabalhador e não uma manifestação de vontade, sendo, então, um direito subjetivo de coerção.

Havemos de concordar com José Afonso da Silva, que dá à greve a natureza jurídica de direito fundamental de natureza instrumental, sendo, assim, inserida no conceito de garantia constitucional.

Ora, posto que a Constituição Federal assegura, em seu bojo, o direito de greve, como forma dada aos trabalhadores para atuarem de forma direta pela reivindicação de seus direitos laborais, sendo norma de aplicação imediata, dispensando lei ordinária posterior que a regule, não há que se falar em ato ou fato jurídico, ou mesmo unicamente liberdade, mas garantia constitucional intrínseca no próprio princípio da liberdade de trabalho.

TIPOS

Pode-se dividir, primeiramente, a greve em dois modos: greve legal, quando segue a forma determinada em lei; e greve ilegal, quando da inobservância dessa forma.

Quanto aos objetivos da greve, esta se classifica em: reivindicativa, quando visa obter melhoria nas condições de trabalho; greve de solidariedade, que visa apoiar categorias prejudicadas; e greve política, visando alcançar mudanças.

Há, ainda, várias outras formas de tipificação da greve, como greves abusivas, greves parciais, greve contínua, greve rotativa (praticada alternadamente

por vários grupos) greve intermitente, greve branca e, ainda, a chamada “operação tartaruga”, que na verdade não é um tipo de greve, mas uma desaceleração na produção, com vistas a atrasar o processo produtivo.

LIMITES

O direito de greve não é absoluto, estando excluídos dele os Servidores Públicos militares, os trabalhadores que exercem atividades essenciais, que possuem o direito, desde que atendam os serviços e necessidades inadiáveis da comunidade.

São limitações que se aplicam não só às pessoas, como também às finalidades, ao momento de realização e à forma da greve.

Quanto aos fins, são proibidas as greves insurrecionais, tratadas no artigo 136 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Quanto ao momento, não é permitida a realização da greve durante a vigência de acordo ou convenção coletiva, visto que o acordo faz lei entre as partes.

Quanto à forma, a deflagração da greve tem de obedecer aos requisitos dispostos em lei.

Quanto à legitimidade para declaração da greve, esta cabe aos sindicatos, visto que a greve é uma manifestação coletiva.

Outros limites para a realização de greve são o aviso prévio de greve, com antecedência de no mínimo 48 horas, segundo o parágrafo único do artigo 3º da Lei 7.783 de 1989: “Parágrafo único. A entidade patronal correspondente ou os empregadores diretamente interessados serão notificados, com antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas, da paralisação”, que poderá ser feito de forma oral ou escrita, através dos meios de comunicação, tais como jornais, rádio, televisão ou carta.

A Constituição Federal de 1988 não proíbe a greve em atividades essenciais, consideradas pela Organização Internacional do Trabalho como serviços que, uma vez interrompidos, podem pôr em risco ou perigo de vida, a segurança ou a saúde da pessoa em toda ou parte da população, e tais atividades vêm enumeradas pelo artigo 10 da Lei nº 7.783 de 1989, a dispor:

“Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:

I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;

II - assistência médica e hospitalar;

III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;

IV - funerários;

V - transporte coletivo;

VI - captação e tratamento de esgoto e lixo;

VII - telecomunicações;

VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;

IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais;

X - controle de tráfego aéreo;

XI compensação bancária.”

Apesar de não proibir a greve nos serviços essenciais, o artigo 11 da citada lei dispõe que os trabalhadores são obrigados a garantir a prestação de tais serviços especiais.

EFEITOS SOBRE O CONTRATO DE TRABALHO

Durante a greve, assegura-se a manutenção de algumas garantias, como a vedação ao empregador de rescindir o contrato de trabalho.

Quanto ao pagamento dos dias parados e a contagem deste período no tempo de serviço, dependerá do deferimento, pelo empregador ou pela Justiça do Trabalho, total ou parcialmente, das reivindicações feitas pelos trabalhadores.

Assim, não havendo deferimento, sendo a greve considerada abusiva, não há direito ao pagamento de salários.

O Tribunal Superior do Trabalho entende que, mesmo não sendo abusiva, os dias parados não são devidos, visto que não houve trabalho (TST E-RR, 383.124, Ac SBDI-1, J. 27.09.99, Rel. Min. Leonardo Silva. LTR 63-11/1494-5).

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Os movimentos de reivindicações dos trabalhadores são tão remotos quanto a própria relação de subordinação entre empregador e empregados. Dessa forma, os indícios históricos apontam à Idade Antiga os primeiros focos das reclamações trabalhistas nas relações de trabalho.

Durante a dinastia do Faraó Ramsés III, em meados do século XII a.c., há um indicativo de um primário movimento grevista. Alguns trabalhadores, em decorrência do não recebimento do valor que lhes fora prometido, recusaram-se a continuar com suas atividades laborais.

Não apenas no Egito essas manifestações figuraram. Há também registros históricos de que no Império Romano sucederam-se conflitos violentos entre patrícios e escravos de guerra, que na realidade consistiam em lutas de classes oprimidas pela relação de subordinação de cativos de discórdias bélicas. Havia, portanto, uma

motivação sócio-cultural acerca das reivindicações das relações de trabalho que ultrapassavam os limites da labuta.

É tocante mencionar que, os trabalhadores do mundo antigo eram, em sua maioria, escravos que se submetiam a trabalhos degradantes, com excessivas jornadas de trabalho, condições precárias de salubridade e periculosidade, que nos dias atuais são impensáveis, apesar de toda a exploração que ainda figura nas relações laborais. Todavia não há legalidade para essas explorações, como havia no mundo antigo.

Esses indícios, destarte, não ensejavam a greve, propriamente dita, posto que eram relações de escravidão. Essas reivindicações só passaram a delinear contornos eminentemente trabalhistas com o advento do trabalhador livre.

O fortalecimento da greve, conseqüentemente, foi concomitante ao surgimento do trabalho assalariado, após a Revolução Industrial, sendo os ingleses, então, os precursores de tal forma de protesto. As idéias da Revolução Francesa muito contribuíram para o surgimento dessas reivindicações.

Mas foi com a doutrina Marxista e posteriormente a Revolução Socialista Russa que as manifestações de trabalhadores organizados ganhou impulso. As constantes condições degradantes de trabalho e conseqüentemente de vida a que a classe operária era submetida, ensejou a indignação popular frente às disparidades sociais cada dia mais insuperáveis.

Na contra-mão dessas manifestações surge a Encíclica Papal *Rerum Novarum* que pregava a total aversão às idéias Marxistas. Editada no papado do Papa Leão XIII, essa encíclica protegia o direito à propriedade, mas admitia a organização sindical como defesa à afronta patronal. Todavia, negava veementemente a possibilidade de reivindicação por meio do movimento grevista, que para a Igreja era um meio nocivo à estrutura social vigente.

Com o fim da Primeira Grande Guerra Mundial, o Tratado de Versailles estabeleceu que o trabalho não se constituía em mercadoria, e a busca pela valorização da pessoa humana deveria incidir nas relações trabalhistas. Além disso, criou a OIT, Organização Internacional do Trabalho, que configura até os dias atuais como importante organismo internacional nas relações laborais.

A priori, tomando-se um âmbito internacional, a greve era considerada um delito, evoluindo, posteriormente, para liberdade, até conseguir sua consagração como direito, nas legislações dos países democráticos.

Discorreremos comparativamente sobre a disposição e até omissões de certos países, o que não afeta, entretanto, a liberdade grevista.

Na Argentina, por exemplo, a matéria é tratada por um Decreto, limitando o exercício de greve nas atividades essenciais. A prestação de serviços à comunidade deve atender a um mínimo necessário e as convenções e acordos coletivos devem

versar acerca dessa prestação. A Constituição Federal deste país garante este direito apenas aos sindicatos.

Na Alemanha, a Constituição é omissa a esse respeito, cuidando da liberdade de associação, o que permite aos sindicatos elaborarem as regras tocantes à greve. A posição de neutralidade do Estado alemão adveio das características do sistema trabalhista alemão, o qual usa a paralisação em raros casos.

Na Espanha, a greve é assegurada como direito, inclusive aos Funcionários Públicos, sendo vedada apenas aos membros das Forças Armadas, de acordo com a Lei nº 2 de 13.03.86. Na Constituição Espanhola a greve está definida da seguinte forma:

“Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.”

Nos Estados Unidos, os Funcionários Públicos não podem entrar em greve, no âmbito federal, e em quase todos os Estados; além disto, há leis proibitivas do movimento.

Na França, é assegurado o direito de greve na Constituição. A paralisação grevista dos Funcionários Públicos é permitida, nos limites legais e jurisprudenciais, porém é expressamente vedada a greve nas Forças Armadas, na magistratura e na polícia.

A Constituição italiana deixa a cargo da legislação ordinária a tarefa de regulamentação do exercício do direito à greve dos Servidores Públicos. A Lei nº 146, de 1990, enumerou restrições e estabeleceu sanções para as greves dos Servidores Públicos que exercem serviços essenciais. O Estado poderá intervir nas reivindicações, caso seja necessário, exigindo imediata suspensão da paralisação, através de proposição do Presidente do Conselho de Ministros, ou do Prefeito local.

Portugal versa sobre o direito de greve em sua Lei Maior. É assegurado o direito de greve aos que exercem funções públicas, com ressalva quanto aos integrantes “de forças militares e militarizadas”. A legislação, que regulamentou o dispositivo constitucional, estabeleceu a manutenção da prestação de serviços essenciais à comunidade. Havendo desobediência dessa prestação, estarão sujeitos a severas sanções.

No ordenamento jurídico uruguaio a greve é entendida como direito sindical.

HISTÓRICO NO BRASIL

Ao contrário dos países europeus, a evolução do movimento grevista partiu do conceito de liberdade, tornando-se, depois, delito, para, enfim, alcançar o patamar de direito.

Os primeiros indícios grevistas remontam ao ano de 1888, quando eclodiram manifestações na Capital Federal, Rio de Janeiro, e no Recife. Em 1892, surge o Partido Operário, que reivindicava melhores condições de trabalho, com salário mínimo para os trabalhadores, jornada de 8 horas diárias e proibição de trabalho infantil.

À medida que os ideais comunistas difundiam-se no Brasil e no mundo, tivemos a propagação de manifestações trabalhistas que se constituíam em um misto de reclamações trabalhistas e luta social em combate à gritante injustiça social.

A greve mostrava-se, cada dia mais, o meio mais eficaz de reivindicação da massa popular que se via encurralada com a crescente força imperiosa do capital, que excluía os assalariados do gozo dos benefícios da modernidade. O sindicato era a esperança de uma sociedade mais justa.

Durante a Primeira Grande Guerra Mundial, a economia ganhou impulso e o Brasil obteve altos índices de crescimento. Mas esse salto significou o aumento de empregos, o que impulsionou a forte diminuição salarial e especulações financeiras, que trouxe reajustes periódicos na economia.

Em 1917, eclodiram movimentos grevistas por todo o país, como em São Paulo, no Rio de Janeiro, onde ocorreu um forte confronto entre policiais e manifestantes, e no Recife, que concentraram as principais manifestações. Mas foi em Porto Alegre que a greve ganhou maiores dimensões. A mobilização atingiu todo o Estado do Rio Grande do Sul e todas as classes de trabalhadores. O Estado parou.

No mesmo ano, o Governo Federal regulamentou o trabalho feminino e infantil, vedando os mesmos no período noturno.

A ditadura Getulista trouxe alguns benefícios à classe operária, o que contribuiu para a sua quase perpétua manutenção no poder.

Fazendo-se um estudo remissivo ao histórico constitucional brasileiro, vê-se que a primeira Constituição a trazer em seu bojo dispositivo concernente ao direito de greve, foi a de 1937, que, no entanto, a tratava como recurso anti-social.

A Constituição Imperial de 1824 velava pela segurança e saúde dos trabalhadores; abolia as corporações de ofício, previa o aviso prévio, a indenização na rescisão injusta, mas, no entanto, nada dispusera acerca das greves.

A proclamação da República trouxe consigo a primeira Constituição da República Brasileira, que estabeleceu o direito de sindicalização a todas as classes de trabalhadores. No entanto, a greve era considerada um delito penal previsto no respectivo Código Penal, punível de 1 (um) a 3 (três) anos de reclusão.

Na vigência desta Constituição foi criado, em 1928, o Conselho Nacional do Trabalho e, mais tarde, em 1930, o Ministério do Trabalho, já no governo Vargas.

Conjuntamente com a criação do Ministério, foi criada a Lei da Sindicalização, que previa controle no âmbito ministerial dos sindicatos. Contudo, nesse período, houve mais de duzentas greves no país.

Em 1934 surge a Constituição Federal, que inovou no ordenamento jurídico vigente, com sua feição de cunho social. Reconheceu a autonomia sindical, mas nada ensejou acerca do movimento grevista.

A Constituição de 1937, ao contrário da anterior, manifestou-se acerca da greve, declarando sua ilicitude e periculosidade à sociedade e aos homens de bem. Tipificou como ilícito penal, novamente, e instituiu a unidade sindical.

A ditadura mostrava-se progressivamente mais lesiva ao trabalhador. Diante desse aspecto, é criado o salário mínimo em 1940, e o imposto sindical, em 1942.

Já com a Constituição Federal de 1946, a greve veio a ser reconhecida como direito, porém estava condicionada à edição de lei posterior, que veio apenas em 1 de junho de 1964, com a Lei n 4.330, que taxava as hipóteses de ilegalidade da greve, in verbis:

Art 4º A greve não pode ser exercida pelos funcionários e servidores da união, Estados, Territórios, Municípios e autarquias, salvo se se tratar de serviço industrial e o pessoal não receber remuneração fixada por lei ou estiver amparado pela legislação do trabalho.

Art 22. A greve será reputada ilegal:

- I - Se não atendidos os prazos e as condições estabelecidas nesta lei;*
- II - Se tiver objeto reivindicações julgadas improcedentes pela justiça do Trabalho em decisão definitiva, há menos de 1 (um) ano;*
- III - Se deflagrada por motivos políticos, partidários, religiosos, sociais, de apoio ou solidariedade, sem quaisquer reivindicações que interessem, direta ou legitimamente, à categoria profissional;*
- IV - Se tiver por fim alterar condição constante de acôrdo sindical, convenção coletiva de trabalho ou decisão normativa da Justiça do Trabalho em vigor, salvo se tiverem sido modificadas substancialmente os fundamentos em que se apóiam.*

Verificado tais casos de ilegalidade, o contrato de trabalho seria suspenso, dependendo o pagamento dos dias não trabalhados, do deferimento total ou parcial das reivindicações, pela Justiça Trabalhista.

Não obstante a legalização da greve na Constituição de 1946, o Estado brasileiro em nada modificou suas atitudes frente aos movimentos operários. Essa ilusão legalista da realidade brasileira deu-se em virtude da influência dos grupos oligárquicos que dominavam o país a essa época.

O governo ditatorial militar proibiu qualquer manifestação grevista. Centenas de dirigentes sindicais foram presos, torturados e desapareceram misteriosamente durante os negros anos da ditadura militar. Destarte todas essas opressões, era a greve o meio mais eficaz de manifestação dos trabalhadores em geral.

A Constituição Federal de 1967 outorgava o direito de greve, porém tal não era ampliado aos Servidores Públicos e às atividades essenciais, que vieram a ser tratadas pelo Decreto-lei nº. 1.632, de 04.08.1978.

Já a Constituição Federal de 1988, a Constituição “Cidadã”, reconhece expressamente a greve como direito fundamental, tratando, em seu artigo 9º, da greve dos trabalhadores em geral e, em seu artigo 37, incisos VI e VII, da greve dos Servidores Públicos Civis, da seguinte forma:

“VI – é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical;

VII – o direito de greve será exercido nos termos e nos limites de lei específica”.

Hodiernamente, o movimento sindical está enfraquecido e necessita de novas formas de reivindicação. As paralisações não foram abandonadas, porém as negociações ganharam nova roupagem. As reclamações modificaram-se e o trabalhador encontra novas dificuldades que exigem diálogos diferenciados.

As lutas sociais não cessaram, transformaram-se, posto que a injustiça social ainda mostra-se feroz à classe operaria do país.

A GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS CIVIS

Ao contrário da greve dos empregados privados, que veio a ser regulada constitucionalmente em 1937, embora taxada como ilegal e anti-social, o constituinte ainda permaneceu inerte, até a Constituição Federal de 1967, quando enfim dispôs sobre o direito de greve dos servidores públicos, no § 7º do artigo 157, consideranda, entretanto, ilegal e inadmissível.

Tal situação foi ratificada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, em seu artigo 162, permanecendo assim até a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que inovou ao dispor sobre a livre associação sindical e o direito ao exercício de greve dos servidores públicos, mediante regulamentação por lei específica.

Um grande passo foi dado, garantindo-se aos servidores públicos a livre associação e o direito de greve, todavia, como se pode constatar, a norma constitucional requer a edição de lei específica para que tal direito possa ser efetivado e exercitado. Vale lembrar que este dispositivo constitucional foi modificado pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, porém, a modificação se restringiu apenas a um termo, visto que, a priori, a constituição requeria lei complementar que regulasse o exercício de tal dispositivo, passando, pois, a requerer edição de lei específica.

Ora, o fato é que tal modificação em nada afetou a situação dos servidores públicos, que permanecem à espera de uma ação do Poder Legislativo, para exercitarem aquilo que lhes é constitucionalmente garantido. A propósito, a Emenda Constitucional nº 19, de 1998 em verdade obscureceu o entendimento doutrinário e dos tribunais superiores. Antes desta, não havia discrepância de entendimentos, uma vez que a própria Lei nº 7.783, em seu artigo 16, especificava:

“Art. 16. Para os fins previstos no art. 37, inciso VII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, lei complementar definirá os termos e os limites em que o direito de greve poderá ser exercido”.

Assim, era clara e indiscutível a dependência de norma reguladora posterior.

Com a citada mudança, a doutrina dividiu-se em duas correntes. A primeira alega a eficácia contida do preceito constitucional, podendo aplicar-se, por analogia, a Lei nº 7.783 de 1989, enquanto não houver lei específica que o regule. Já a segunda corrente entende que o preceito possui eficácia limitada, exigindo regulamentação, para que o servidor público possa exercer o direito de greve.

Importante se faz, então, diferenciar norma de eficácia contida e norma de eficácia limitada.

José Afonso da Silva classifica as normas constitucionais de eficácia contida como aquelas “que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados”. Já as normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que apresentam “aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade”.

Quanto a esta última, Maria Helena Diniz classifica como normas de eficácia relativa dependente de complementação legislativa, e sobre isto dispõe que “há preceitos constitucionais que têm aplicação mediata, por dependerem de norma posterior, ou seja, de lei complementar ou ordinária, que lhes desenvolva a eficácia, permitindo o exercício do direito ou do benefício consagrado. Sua possibilidade de produzir efeitos é mediata, pois, enquanto não for promulgada aquela lei complementar ou ordinária, não produzirão efeitos positivos, mas terão eficácia paralisante de efeitos de normas precedentes incompatíveis e impeditiva de qualquer conduta contrária ao que estabeleceram. Não recebem, portanto, do constituinte, normatividade suficiente para sua aplicação imediata, porque ele deixou ao Legislativo a tarefa de regulamentar a matéria, logo, por esta razão, não poderão produzir todos os seus efeitos de imediato, porém têm aplicabilidade mediata, já que incidirão totalmente sobre os interesses tutelados, após o regramento infraconstitucional”.

Após esta definição de Maria Helena Diniz, não resta dúvida que o disposto no inciso VII do artigo 37 da Carta Magna se trata de norma de eficácia limitada, sendo, deste modo, suprimido o exercício de greve aos servidores públicos civis.

Contudo, há entendimentos que insistem na recepção da Lei de Greve pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998, visto que tal lei é ordinária, não havendo, no processo legislativo, distinção entre esta e lei específica e, como se trata de direito assegurado constitucionalmente, os servidores não poderiam ficar à mercê da discricionariedade do Legislativo, sendo privados do exercício do seu direito, devido à mora legislatoris, visto que a Constituição Federal declara, em seu artigo 5º, § 1º, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, sendo que, havendo direito impossibilitado de ser exercido por omissão legislativa, caberá mandado de injunção, de acordo com o artigo 5º, LXXI da Constituição Federal.

Porém, impetrado Mandado de Injunção com pedido de declaração de mora do Congresso Nacional e fixação, pelo Supremo Tribunal Federal, das condições para o gozo do direito, apenas o primeiro pedido foi deferido.

O Supremo Tribunal Federal em entendimento consolidado, admitiu a inércia Legislativa que dificulta o exercício do direito tutelado na Constituição Federal. A inexistência de legislação, ora complementar e, agora, específica, deflagra o desprezo do Poder Legislativo frente ao texto constitucional que assegura o gozo de um direito, o qual é obstaculado frente o inadimplemento da prestação legislativa que lhe foi exigida pelo texto constitucional.

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal deferiu o mandado de injunção, reconhecendo a mora do Congresso Nacional no cumprimento da obrigação

legislativa constitucionalmente imposta. O Supremo Tribunal Federal comunicou formalmente o Poder Legislativo, acerca de sua inércia em editar a respectiva legislação, tendo, portanto, essa comunicação o objetivo de viabilizar o exercício do direito de greve assegurado aos servidores públicos civis pelo ordenamento jurídico constitucional.

É evidente que tal determinação não possui força coercitiva frente ao Poder Legislativo, por razões e motivos já consagrados no entendimento do Pretório Excelso Supremo Tribunal. Todavia, a mora legislativa perdura ao longo de todos esses anos, o que evidencia o descaso das decisões judiciais e acima de tudo a indiferença frente aos direitos salvaguardados na Constituição Federal Brasileira.

A respeito disto, Ingo Wolfgang Sarlet observa que o Supremo Tribunal Federal, mesmo diante de um típico direito de defesa, sustentou a necessidade de uma atuação concretizadora do legislador, nos casos em que o constituinte a considerou pressuposto do exercício do direito fundamental. Afirma ainda que, em se tratando de direito fundamental de defesa, uma atuação do legislador pode até ser importante, mas sua ausência não constitui forçosamente um obstáculo para a aplicação direta da norma.

Nesse mesmo sentido encontra-se jurisprudência do STJ, anterior à Emenda Complementar nº 19 de 1998, que admitia o amplo exercício do direito de greve do servidor público, enquanto não houvesse, neste caso, lei complementar que o regulamentasse. Assim:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROFESSORES ESTADUAIS. GREVE. PARALISAÇÃO. DESCONTO DE VENCIMENTOS. O direito de greve assegurado na Carta Magna aos servidores públicos, embora pendente de regulamentação (art 37,VII), pode ser exercido, o que não importa na paralisação dos serviços sem o conseqüente desconto da remuneração relativa aos dias de falta ao trabalho, a mingua de norma infraconstitucional definidora do assunto.Recurso desprovido” (STJ ROMS 2873/SC, Ac. 6ª T.(1993/0009945-0), DJ 19-08-1996, p. 28499; Relator Min. VICENTE LEAL, julg. 24-06-1996).

Todavia, ocorre que o próprio Superior Tribunal de Justiça, posteriormente, negou a aplicabilidade do artigo 37, inciso VII, sem a regulamentação de lei complementar:

“CONSTITUCIONAL – SERVIDOR PÚBLICO – DIREITO DE GREVE – AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL REGULAMENTADORA – EFICÁCIA LIMITADA – PODER-DEVER DA ADMINISTRAÇÃO EM INSTAURAR PROCEDIMENTO OU PROCESSO

ADMINISTRATIVO PARA AVERIGUAÇÃO DE ATOS LESIVOS AO INTERESSE PÚBLICO – PROCESSO ADMINISTRATIVO – DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – IMPOSSIBILIDADE DA ANTECIPAÇÃO DA REPRIMENDA, SEM O RESPECTIVO DESFECHO DO COMPÊNDIO ADMINISTRATIVO – SUSPENSÃO PREVENTIVA E RELOTAÇÃO – FALTA DE MOTIVAÇÃO ESPECÍFICA.

I – O direito de greve, nos termos do artigo 37, VII da Constituição Federal, é assegurado aos servidores públicos. Todavia, o seu pleno exercício necessita da edição de lei regulamentadora. Com isso, “O preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de auto-aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição. A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta – ante a ausência de auto-aplicabilidade da norma constante do artigo 37, VII, da Constituição – para justificar o seu imediato exercício.” (Mandado de Injunção 20-DF, Relator Min. Celso de Mello, DJ de 22.11.96).

A Organização Internacional do Trabalho não realizou convenção específica sobre greve, tratando desta apenas implicitamente, nas Convenções nº 87 e 98, quando contemplou a greve como um direito fundamental, para trabalhadores dos setores público e privado, sendo que, em relação àqueles, são aplicadas certas limitações à atuação em órgãos do poder público, ou seja, a Organização Internacional do Trabalho permite amplamente a greve dos servidores públicos civis que não exerçam parcela de soberania Estatal, tais como juízes, membros do Ministério Público, diplomatas, ministros etc, ou serviços essenciais à comunidade.

Entretanto, o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho é pela inexecutoriedade do direito de greve enquanto não houver lei específica regulamentadora, de acordo com o seguinte aresto:

“SERVIDOR PÚBLICO REGIDO PELA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO.GREVE.COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA APRECIAR A LEGALIDADE DA GREVE. É a Justiça do Trabalho competente para decidir quanto à legalidade de greve de servidor público regido pela legislação trabalhista. O servidor público, mesmo regido pela legislação trabalhista, não pode exercitar o direito de greve, pois ainda não existe a lei específica prevista no art. 37, VII, da Constituição Federal “. (TST RODC 614621/1999, Ac. SDC, DJ 24-05-

2001, p. 81. Recorrente : Ministério Público do Trabalho da 2ª Região; Recorridos: Sindicato dos Médicos de São Paulo e Município de Carapicuíba; Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula).

Pode-se concluir, desta forma, visto o entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência, que a greve dos servidores públicos civis é considerada ilegal, situação que apenas mudará com a elaboração de lei específica.

O que se mostra demasiadamente injusto, entretanto, é a deliberada inércia do Legislativo em regular tal matéria, visto que já foram utilizados os meios assegurados constitucionalmente para sanar a lesão a este direito, em decorrência de omissão do constituinte. Percebe-se, então, que a modificação do texto do inciso VII do artigo 37 foi proposital, apesar de não ter em nada modificado sua aplicação na prática. O fato é que, em caso de lei complementar, se esta viesse a ser editada, não poderia sofrer modificações volúveis e constantes, o que ocorre com a lei ordinária, cuja aprovação é de maioria simples, o que tornaria fácil a feitura de alterações posteriores, de acordo com o interesse momentâneo dos legisladores.

Tanto é assim que, até maio de 2002, foram distribuídos à Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público da Câmara dos Deputados vários projetos de lei, dentre eles o Projeto de Lei nº 6.032 de 2002, de elaboração do próprio Poder Executivo, que, destarte, não foram ainda aprovados.

Este Projeto de Lei disciplina o exercício da greve pelos servidores públicos, porém impõe várias limitações, tais como prazos que favorecem exclusivamente ao Governo, e multas altas no caso de continuidade da paralisação após declarada a ilegalidade da greve.

Assim, em seu artigo 3º, determina a suspensão do pagamento da remuneração do servidor público grevista, quanto aos dias faltosos, pagamento este que só será restabelecido se for declarada a legalidade da greve, mediante a reposição dos dias faltosos e cumprimento de horas extras.

Já no artigo 6º do referido Projeto, dá-se o prazo de trinta dias para a manifestação do Poder Público sobre a paralisação, prazo que beneficia totalmente a este, que utilizará o período para buscar fundamentos legais e processuais para coibir o movimento paredista.

Além disso, tal Projeto permite ao Poder Público postular declaração de ilegalidade quando da iminência da deflagração, além de declarar que, mesmo após o encerramento da paralisação, o processo sobre sua legalidade terá prosseguimento até decisão final, o que significa que, mesmo não sendo abusiva quanto a duração, a greve poderá trazer efeitos negativos para os trabalhadores.

Em adição a isto, é previsto multa diária, que será imposta à entidade representativa dos servidores, caso haja continuidade da paralisação após declaração de ilegalidade.

Contudo, o dispositivo mais paradoxal deste Projeto de Lei, que em tese visa viabilizar o exercício da greve pelos servidores públicos civis, é o artigo 7º, que declara que deve ser mantido o percentual mínimo de 50% de servidores em atividade para garantir a continuidade das atividades públicas.

Ora, se o sentido maior da greve é paralisar completamente as atividades, atraindo a grande totalidade dos servidores interessados nas reivindicações, essa restrição inviabiliza qualquer possibilidade de exercer pressão, desestimulando totalmente a deflagração do movimento paredista, visto que, apenas metade dos membros da categoria, ou até menos, participará, sob os riscos de sofrerem represália, como a suspensão do pagamento de salários ou até mesmo a demissão, e ainda extirpando qualquer possibilidade de atitude enérgica dos sindicatos, visto a vultosa multa a que este estaria condenado a pagar em caso de inobservância à lei.

Diante do exposto, conclui-se que a omissão legislativa, de certa forma, mostra-se menos desrespeitosa ao dispositivo constitucional, do que a edição de possíveis leis com tais características, que suprimiriam ainda mais o já malogrado exercício do direito de greve dos servidores públicos civis.

EFEITOS DA GREVE

É sabido que a greve tem como consequência a suspensão do contrato de trabalho, fato que se caracteriza pelo não pagamento dos dias faltosos e pela subtração do período na contagem do tempo de serviço.

Quanto aos servidores públicos civis, além desses efeitos, estão presentes a obrigatoriedade da reposição dos dias não trabalhados, através da prestação de horas extras, podendo, inclusive, por determinação do Decreto nº 1.480 de 1995, ocasionar exoneração ou dispensa de servidores de cargo em comissão e dos que percebem função gratificada. Este efeito, na visão de Mauro Roberto Gomes de Matto, é ato de discriminação, uma vez que não há distinção constitucional entre servidores públicos civis efetivos e servidores ocupantes de cargo em comissão, sendo, deste modo, na visão do referido autor, aplicável apenas o não pagamento dos dias de paralisação.

Quanto aos excessos praticados durante a greve, inclusive abrangendo ilícitos penais, serão tratados pelas respectivas ações de matéria específica sobre o delito.

CONCLUSÃO

Em face de todo o exposto nesta monografia encaminhamos nossas modestas considerações finais, através dos argumentos seguintes. A posituação da greve dos servidores públicos federais da esfera cível é um fato consubstanciado no âmbito constitucional. Todavia o exercício deste direito está diretamente relacionado à regulamentação legislativa, que mesmo após 15 anos de promulgada a nossa Constituição Federal, não vislumbra vontade política do Poder Legislativo em regulamentá-la.

Compartilhamos da doutrina que classifica o artigo 37, inciso VII da Constituição Federal de 1988, como norma de eficácia limitada e portanto carecedora de regulamentação infraconstitucional. Rejeitamos a idéia de aplicação analógica da Lei 7.783 referente à greve dos empregados privados, posto que esta lei veda expressamente tal analogia.

A morosidade legislativa, entretanto, incomoda não apenas aos legitimados a exercer tal direito, mas também ao Poder Judiciário, que já pacificou seu entendimento quanto à desaprovação da inércia do Congresso Nacional. O mandado de injunção, remédio constitucional cabível para tamanha lentidão, não mostrou-se eficiente no combate à omissão legislativa.

Diante de tais fatos entendemos ser o presente tema de suma importância jurídica, face as inúmeras discussões a seu respeito, e portanto não serão facilmente cessadas seus debates, daí a sua vital importância da inserção nas deliberações da Justiça Trabalhista desta indispensável matéria.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

CABANELLAS, Guillermo. Tratado de Derecho Laboral. Tomo III. Derecho Colectivo Laboral. Buenos Aires: El Grafico, 1949.

Consolidação das Leis do Trabalho, 29ª ed., São Paulo: Saraiva 2002.

DINIZ, Maria Helena. Norma Constitucional e seus efeitos. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho, 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 8ª ed. São Paulo, Editora: Atlas 2000.

MATTO, Mauro Roberto Gomes de. Da inconstitucionalidade do decreto nº 1.480/95, que restringe o direito de greve do servidor público. In: Doutrina Jurídica Brasileira (CD-ROM) org. Sérgio Augustin. Caxias do Sul: Plenum, 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho, 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo, 14ª ed., São Paulo: Atlas, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais, 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 19ª ed.. Editora Malheiros, 2000.

Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

TRABALHO PREMIADO NA SEMANA DO JUDICIÁRIO

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE -
STF VS. SENADO FEDERAL: A QUEM CABE A ÚLTIMA PALAVRA?
(UM ESTUDO CRÍTICO DO ART. 52, X DA CONSTITUIÇÃO DE 1988)****AGEU CORDEIRO DE SOUSA, ALINALDO GUEDES CAMPOS E ANDRÉ LUÍS
NEGRÃO DUARTE****RESUMO**

No que tange ao aspecto interpretativo, o conteúdo do art. 52, X da CF/88 sempre deu margem à polêmica. Pode o Senado dispor, discricionariamente, sobre a conveniência ou não da suspensão da norma inconstitucional?

Faz-se necessário perquirir qual o objetivo do legislador constituinte originário quando da edição da Constituição e inserção de tal dispositivo. Não é demais salientar que o mencionado dispositivo só tem aplicação em sede de controle difuso. No controle concentrado, a comunicação ao Senado não é necessária, porque a norma é fulminada quando a Corte Suprema se posiciona pela inconstitucionalidade.

Claramente foram, basicamente, dois os propósitos do legislador constituinte originário quanto à aplicação do dispositivo em tela: evitar que a Corte Suprema precise ser invocada várias vezes para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de uma norma e, ao mesmo tempo, impedir que os juízes prolatem decisões antagônicas em relação a casos semelhantes.

Destarte, não é possível concordar com a interpretação de que o Senado goza de discricionariedade para suspender ou não a norma eivada de inconstitucionalidade. A Câmara Alta pode sim, e deve, analisar os aspectos formais da decisão do Supremo, mas não a conveniência da suspensão.

O Tribunal Supremo é o guardião da Constituição por vontade do próprio Texto Magno, e só a ele cabe a palavra final no que diz respeito a questões que versem sobre a inconstitucionalidade de leis. Incumbe, no entanto, ao Senado Federal zelar pelas suas competências e prerrogativas, tendo em vista que também é um Órgão Constitucional de vital importância, sem contudo, desrespeitar a autonomia e a força atribuída às decisões do Supremo Tribunal Federal.

1 – INTRODUÇÃO

Com o presente trabalho, buscamos aclarar ao máximo uma questão que entendemos ser, a um só tempo, tanto polêmica quanto relevante, porém nem sempre estudada com a devida atenção, qual seja: em sede de controle difuso, a quem cabe a última palavra: ao STF ou ao Senado Federal? A referida questão está necessariamente ligada ao Controle de Constitucionalidade. Portanto, antes de adentrarmos ao cerne do trabalho faz-se necessário analisar aspectos históricos, jurídicos, principiológicos e, principalmente, doutrinários.

Ressalte-se, porém, que não pretendemos esgotar tudo aquilo que diz respeito ao controle de constitucionalidade, elencando apenas aspectos propedêuticos do mesmo, tendo em vista a vastidão do tema.

Buscamos, embora cientes da nossa limitação, dar uma resposta plausível à pergunta aqui formulada, fundamentando os nossos argumentos em aspectos críticos e objetivos.

Logo no início do corpo deste trabalho monográfico daremos uma breve noção conceitual, relacionando Constituição e controle, e em que medida ambos se entrelaçam. Em seguida, mencionaremos alguns critérios de classificação adotados pela doutrina e, dentro deste mesmo tópico, faremos uma breve análise sobre os efeitos dos mecanismos utilizados no campo do controle de constitucionalidade. Sem sermos redundantes, traçaremos, num tópico específico, considerações acerca do controle difuso, sendo estas indispensáveis para a nossa análise crítica. Fez-se necessário também, para um bom entendimento do tema, trazermos ao bojo do trabalho a evolução histórica do controle de constitucionalidade através das Constituições brasileiras.

Sem mais delongas, entraremos no âmago do nosso estudo analisando e interpretando o dispositivo que é o objeto de nossa perquirição, manifestando a nossa posição em relação ao polêmico tema, sem contudo, desprezarmos as opiniões em contrário, servindo-nos estas de base para refutarmos o entendimento hodierno concernente ao assunto aqui tratado.

Enfim, far-se-á uma breve conclusão apontando possíveis orientações para uma boa aplicabilidade do disposto no art. 52, X da Constituição da República Federativa do Brasil.

2 – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

2.1. Conceito de Controle de Constitucionalidade

Controlar a constitucionalidade consiste em verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou um ato normativo com a Constituição, verificando seus requisitos formais e materiais ¹.

Do ponto de vista da inconstitucionalidade material, esta se daria, portanto, com uma desconformidade de normas inferiores – leis ou atos normativos - com a norma superior. Seria, por assim dizer, uma contrariedade vertical, porque é sabido que, de acordo com a supremacia constitucional, todas as normas inferiores têm de estar em plena conformidade com os vetores da Constituição, que está situada no ápice da imaginária pirâmide hierárquica do ordenamento jurídico.

Por sua vez, inconstitucionalidade sob o aspecto formal é a não obediência ao processo legislativo previsto no Texto Magno.

Verificada qualquer dessas duas hipóteses haverá, conseqüentemente o vício jurídico insanável da inconstitucionalidade.

2.2. Constituição e Controle de Constitucionalidade

Quanto à possibilidade de modificação do texto constitucional a doutrina classifica as constituições em rígidas, semi-rígidas e flexíveis.

Constituições flexíveis são aquelas que não exigem, para o processo de alteração de suas normas, procedimento diverso do estabelecido para a expedição de leis ordinárias. Já as semi-rígidas, por sua vez, ora exigem um rito específico e solene, ora um rito idêntico à formulação de leis infraconstitucionais para sua alteração.

Rígidas são as constituições que impõem formalidade mais solene e austera que a utilizada na feitura das demais leis.

Diante do que foi exposto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988 enquadra-se nesta última modalidade. Como conseqüência temos que a nossa Lex Magna goza de supremacia perante todo o ordenamento jurídico pátrio. Sendo assim toda espécie normativa deve coadunar-se, tanto material quanto formalmente, aos princípios estabelecidos pelo legislador constituinte originário. Para resguardar tal conformidade, o próprio texto constitucional criou mecanismos político e jurisdicional de controle de leis.

¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11ª ed. Atlas. São Paulo, 2002, p. 579.

2.3. Critérios de Classificação de Controle de Constitucionalidade

Levando em consideração o órgão realizador, o controle pode ser classificado em:

Político: quando o a adequação das leis e atos normativos à Constituição é realizada por órgão diverso dos demais Poderes do Estado; o juízo de conformidade das normas imediatamente inferiores à Constituição, neste caso, fica ao encargo de um órgão político²;

Judiciário: (judicial review) quando o controle constitucional de leis e atos normativos é realizado por órgão do Poder Judiciário legitimado pela própria Constituição (caso do Brasil);

Misto: como o próprio nome indica, há uma junção das duas outras espécies de controle. Ocorre quando o ordenamento jurídico atribui competência para a realização do controle tanto para órgãos políticos quanto jurisdicionais.

Tomando por critério o momento de realização do controle, esse se divide em dois tipos:

Preventivo: configura-se quando o controle é exercido antes da entrada em vigor da norma, ou seja, quando ainda se está diante da formação do ato legal, do estudo e da discussão do projeto de lei. No Brasil é exercido tanto pelo Parlamento, mediante suas Comissões Permanentes (art.58 CF/88), quanto pelo Poder Executivo, através do poder de veto do Presidente da República, conforme art.66 §1º da CF/88;

Repressivo: atua no momento em que o ato já está concluído, ou seja, após a publicação da lei. Logo, tem como escopo retirar do ordenamento jurídico a norma considerada inconstitucional. No nosso país é exercido, ordinariamente, pelo Poder Judiciário. Aqui também faz parte do controle repressivo a sustação de atos normativos do Poder Executivo quando exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa, de competência do Congresso Nacional (art. 49, V, CF). Devemos lembrar que o Congresso Nacional também exerce o controle repressivo diante de Medidas Provisórias quando as rejeita com base em inconstitucionalidade, através de parecer da Comissão temporária mista, uma vez que essa espécie normativa, embora temporária, é perfeita e acabada, tendo força de lei. Tanto o é que pode, perfeitamente, ser objeto de ADIN, segundo o pleno do

² Caso típico deste modelo de controle é o que se verifica na França. Neste país cabe ao *Conseil Constitutionne* da vigente Constituição francesa de 1958, o controle de constitucionalidade de leis.

STF³. Tendo em vista que o objeto de nosso trabalho diz respeito ao primeiro, não nos cabe adentrar numa análise do segundo.

No Brasil, o controle repressivo jurisdicional apresenta-se através de duas formas: a concentrada (via de ação) e a difusa (via de exceção). Pela via concentrada as questões de inconstitucionalidade são levantadas a título principal, mediante processo constitucional autônomo. A Carta Federal de 1988 contempla as seguintes espécies:

- ação direta de inconstitucionalidade, art.102, I, “a”;
- ação direta de inconstitucionalidade por omissão, art. 103 §2º ;
- ação declaratória de constitucionalidade, art. 102, I, “a”, in fine;
- arguição de descumprimento de preceito fundamental, art. 102,§ 1º.

A decisão prolatada em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade produzirá efeitos *ex tunc*, *erga omnes* e vinculante. O foro competente para julgar a ADIN é o Órgão de Cúpula do Poder Judiciário Nacional (STF), o qual poderá ser provocado, exclusivamente, por aqueles a quem a Constituição atribui legitimidade (art. 103, I a IX da CF). No que tange à Ação Declaratória de Constitucionalidade, seus efeitos equiparam-se aos da ADIN. Diferenciam-se, porém, no tocante ao objeto e à legitimidade. Enquanto a ADIN tem por finalidade a obtenção de uma declaração de inconstitucionalidade da norma, a Ação Declaratória visa a afastar a insegurança jurídica obtendo uma declaração de validade da lei ou do ato normativo federal. Em relação à legitimação, a Ação Declaratória possui um rol mais restrito, conforme o art. 103 § 4º.

Ocorre o controle difuso quando é dado a qualquer juiz ou Tribunal⁴ apreciar, num caso concreto, a constitucionalidade da norma. Destarte, qualquer órgão do Judiciário pode realizar o controle sobre a norma que não está em conformidade com os ditames constitucionais. A questão da constitucionalidade será discutida na medida em que seja relevante para a solução do caso concreto. A norma é atacada *in concreto*, e a declaração de inconstitucionalidade produzirá efeitos *inter partes* e *ex tunc*. Efeitos estes que poderão ser estendidos, conforme aferição do art.52, X da CF/88 que, por tratar-se do cerne do presente estudo será aprofundado mais adiante.

³ Apud, MORAES, Alexandre de, *op.cit*, 586

⁴ *In litteris*: “CF/88 Art.97 Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público” Este preceito foi introduzido na Carta Constitucional de 1934 (art.179), sendo repetido por todas as Constituições seguintes.

Considerando que o controle concentrado de constitucionalidade não é objeto do presente trabalho, ater-nos-emos ao controle por via de exceção (difuso), visto que, só neste tipo de controle poderá ser aplicado o artigo citado no parágrafo anterior. É a lição do professor José Afonso da Silva:

... a suspensão prevista no art. 52, X que por seus termos somente se refere à declaração de inconstitucionalidade incidenter tantum. De fato, se este dispositivo fala em 'lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal', parece, pelo 'definitiva', que se trata de conclusão de uma série de decisões, o que é característica de decisão num processo concreto, não compreendidas as decisões definitivas prolatadas em processos de competência originária do Pretório Excelso.⁵

3 – CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTROLE DIFUSO

A origem histórica do controle de constitucionalidade difuso deu-se em 1803, no clássico caso *Marbury vs. Madison*, relatado pela Suprema Corte estadunidense, no qual abriu-se a possibilidade de qualquer órgão do Poder Judiciário deixar de aplicar, num caso concreto, lei e demais atos dos poderes constituídos, incompatíveis com a Constituição.

O Chief Justice Marshall indagou-se:

“Para que um juiz juraria desincumbir-se de seus deveres conforme a Constituição dos Estados Unidos, se aquela Constituição não formar regra para seu Governo? Se estiver muito acima dele, então puder ser por ele inspecionada?”

Tendo respondido que:

“se tal for o real estado das coisas, este será o pior dos vexames solenes. Prescrever ou realizar esta profanação torna-se igualmente um crime. Não é, também, inteiramente indigno de observação, que ao declarar qual será a lei suprema do País, a própria Constituição seja primeiramente mencionada: e não as leis dos Estados Unidos, geralmente, mas aquelas apenas que foram feitas em obediência à Constituição, gozarão daquele respeito. Portanto, a fraseologia particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e fortifica o princípio, considerado essencial a todas as

⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 20ª ed. São Paulo, 2002 Editora Malheiros, p. 54.

Constituições escritas, de que uma lei em choque com a Constituição é revogada e que os tribunais, assim como outros departamentos, são ligados por aquele instrumento. A norma deve ser anulada.”⁶

No Brasil o controle por via de exceção, incidental ou concreto é exercido por qualquer interessado quando é dado a este, num caso concreto de qualquer natureza (penal, civil, administrativa, comercial, etc.), suscitar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, desde que esta não seja o objeto principal da ação. Enfim, a declaração de inconstitucionalidade tem um caráter prejudicial em relação à composição do litígio, cabendo ao juiz ou tribunal que aprecia o caso o julgamento do incidente. Julgada procedente a argüição, e esgotadas todas as vias recursais ordinárias, pode a parte prejudicada pela declaração interpor recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal, conforme as hipóteses previstas no art. 102, III da CF/88. Acolhida a argüição, e declarada inconstitucional a norma, o STF comunicará sua decisão ao Senado Federal. Em seguida, de acordo com a interpretação construída pelo próprio Pretório Excelso, o Senado poderá proceder, de acordo com o art.52, inciso X da Lei Maior, à edição de Resolução que suspenderá a execução, no todo ou em parte, da norma atacada.

Saliente-se que a expressão “no todo ou em parte” não significa que cabe ao Senado Federal a decisão de selecionar, a seu critério, as partes nas quais efetuar-se-ão a suspensão da lei declarada inconstitucional pelo STF. A Câmara Alta está vinculada a suspender apenas o que foi circunscrito na decisão proferida pelo Órgão Máximo do Poder Judiciário.

4 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO BRASIL

Com a Independência do nosso país, foi outorgada em 25 de março de 1824 a “Constituição Política do Império do Brasil” que não previa, ainda, um controle judicial de constitucionalidade de leis ou atos normativos. Havia, tão somente, um controle político atribuído formalmente ao Poder Legislativo, cuja competência, entre outras, era velar pela guarda da Constituição, fazendo, interpretando e revogando as leis. Todavia, o Poder Moderador tinha a prerrogativa de intervir nos demais Poderes, em especial o Legislativo, conseqüentemente, avocando para si a competência para controlar a constitucionalidade das leis.

⁶ Apud MORAES, Alexandre de. op cit. 587-588.

Com o advento da Carta Constitucional Republicana de 1891, sob influência do constitucionalismo norte-americano introduzido por Rui Barbosa, o controle jurisdicional difuso ingressou em nosso ordenamento jurídico constitucional. No entanto, tratava-se de um controle ainda incipiente, tendo em vista que houve, por parte do Judiciário, relativa timidez na aplicação do referido controle. Ademais, é relevante lembrar que, no intuito de tornar clara e efetiva a aplicação dos preceitos constitucionais relativos ao controle de leis, foi promulgada, em 1894, a lei 221 que previa: “Os juízes e Tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou a Constituição”⁷.

A partir da Carta Constitucional de 1934 várias inovações foram implementadas. A primeira delas tratava da declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos do Poder Público pelos Tribunais, exigindo que a mesma só obtivesse êxito para a sua aprovação com a concorrência dos votos da maioria absoluta de seus membros. Este princípio vem sendo reiterado pelas Constituições que a sucederam, inclusive na atual, conforme consta do art. 97. Instituiu também a “representação interventiva” conforme art. 12, que previa a intervenção federal nos Estados mediante provocação do Procurador Geral da República.

A mais importante das inovações, no que concerne ao objeto do nosso estudo, trazidas pela Carta de 1934 e repetida pelas demais constituições, com exceção da de 1937, foi a que introduziu a competência do Senado Federal para suspender, no todo ou em parte, leis ou atos normativos declarados inconstitucionais pelo Judiciário.

A Constituição de 1937, por seu caráter retrógrado, aboliu a Justiça Federal de primeira instância e também alterou o controle difuso de constitucionalidade.

No anteprojeto da Constituição de 1946 o Senado Federal deixou de ter competência para suspender a execução de leis ou atos normativos declarados inconstitucionais. Tal idéia não chegou a ser positivada no texto definitivo, voltando-se ao preceito estipulado na Carta constitucional de 1934. No demais, não houve mudança no que se refere ao sistema americano de controle difuso, e ao quorum exigido para que os Tribunais declarassem a inconstitucionalidade de leis.

Uma importante inovação surgiu com a Emenda Constitucional n.º 16 de 26 de novembro de 1965, qual seja, a introdução do controle concentrado no sistema jurídico pátrio, prevendo a competência exclusiva do STF para apreciar a constitucionalidade de leis federais em tese.

⁷ Art. 13 §10 da lei nº221 de 20 de novembro de 1894.

A Carta de 1967 não trouxe inovações relevantes relativas ao controle de leis, no entanto, a Emenda n.º 1 de 1969 criou o controle de constitucionalidade estadual para fim de intervenção nos municípios.

5 – ESTUDO CRÍTICO DO ART. 52, X DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

5.1. Considerações Iniciais

Conforme ensinamentos de Montesquieu, para que não haja abuso de poder e sim um equilíbrio nas funções estatais, faz-se necessário que tal poder não esteja concentrado. Partindo-se deste pressuposto, ele definiu uma tripartição das funções típicas de Estado (legislativa, executiva e judiciária), tendo em vista que o Poder é uno e indivisível. Não obstante tratar-se de uma separação de funções estatais, esta teoria ficou conhecida, hodiernamente, como “Teoria da Separação dos Poderes”.

Com a Revolução Francesa, a essência da teoria de Montesquieu tornou-se um dogma do direito constitucional moderno, embora atualmente não mantenha a mesma rigidez de outrora.

O ponto principal desta Teoria resume-se no princípio dos freios e contrapesos (checks and balances) que se traduz na necessária harmonia e independência das funções típicas de Estado, de modo que cada uma delas resguarda uma esfera de competências típicas e atípicas como forma de controlarem-se mutuamente.

Com a construção jurídico-filosófica da idéia de Estado Democrático de Direito⁸, aquela Teoria passou a englobar o resguardo e proteção dos direitos e garantias fundamentais da pessoa, além do aspecto relativo à concentração de poderes.

A nossa atual Constituição, em seu artigo primeiro preceitua: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito...”. Já em seu artigo segundo enuncia: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

⁸ A concepção de Estado Democrático de Direito traz em si a idéia de convivência social justa e solidária, fundada na dignidade da pessoa humana sob a égide das regras de direito, regras estas que deverão desempenhar uma função conservadora e garantidora dos valores socialmente aceitos.

A Constituição põe à nossa disposição mais um instrumento que garante a inviolabilidade dos imperativos traçados pelos supramencionados artigos da Lex Magna, quando estabelece o controle de constitucionalidade difuso por via de exceção, uma vez que é dado a qualquer pessoa a possibilidade de argüir, por via reflexa, a inconstitucionalidade de uma lei num caso concreto.

5.2. Análise Crítica

É sabido que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, conforme o caput do art. 102. Por sua vez, dispõe o art. 52, inciso X da Constituição: “Compete privativamente ao Senado Federal: ...suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

A primeira questão a ser analisada é: há conflito entre os dois retromencionados dispositivos?

Duas interpretações podem ser levantadas. Se partirmos do pressuposto de que é o Supremo Tribunal Federal o órgão de cúpula do Poder Judiciário pátrio, e que o legislador constituinte investiu a Suprema Corte de competência exclusiva para apreciar, em última instância, a constitucionalidade das leis e atos normativos, e, ao mesmo tempo, deu ao Senado competência para dispor discricionariamente sobre a decisão daquele Tribunal, podemos afirmar que, a priori, verifica-se uma certa incoerência entre os já mencionados artigos. Por outro lado, se entendermos que a competência atribuída à Câmara Alta, para suspender a execução de leis, é apenas residual e não discricionária, não vislumbraremos dissonância entre aqueles. Desde já aclaramos que nós defendemos a última interpretação.

No Brasil o Supremo Tribunal Federal agrega tanto a função de Órgão de Cúpula do Poder Judiciário quanto a de Corte Constitucional, ou seja, trata-se de um órgão híbrido. É o que se infere da análise do rol de competências que a Carta de 1988 traz elencado em seu art. 102, ou seja, competências quanto ao controle de constitucionalidade, assim como competências jurisdicionais.

Além do mais, como nos referimos anteriormente, a competência do Senado Federal é apenas residual, não sendo permitido que o mesmo venha a questionar o mérito da decisão definitiva do STF, ou seja, inexistente controle misto (político-jurisdicional) de constitucionalidade de leis no nosso país.

Não haveria incongruência entre os art. 102 e 52, X da Constituição se o Senado Federal tivesse apenas que ratificar a decisão proferida em última instância pelo Supremo, o que, infelizmente, não é a interpretação feita por ambos os órgãos.

Conforme análise apurada do texto do art. 52, X da CF/88, verificamos a imperatividade do preceito. Isto porque, quando o texto diz: “suspender”, não vislumbramos que se possa extrair a idéia de “possibilidade de suspensão”. Através da interpretação teleológica do citado artigo, cremos que o legislador constituinte originário não atribuiu competência discricionária ao Senado Federal para tal supressão, ou seja, a Câmara Alta não tem legitimidade para questionar se deve ou não expurgar do ordenamento jurídico a norma eivada de inconstitucionalidade. Para que se pudesse extrair uma interpretação nesse sentido, o Constituinte deveria ter, claramente, expressado a possibilidade de o Senado apreciar a conveniência ou não da suspensão.

A interpretação atualmente dada ao preceito constante no artigo em questão é tão obsoleta e retrógrada que desde o anteprojeto da Constituição de 1946, já se via a impropriedade de se prever a atuação do Senado no que diz respeito à suspensão de leis ou atos normativos já declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal. Assim sendo, se é a Constituição um corpo que deve, acima de tudo, resguardar o equilíbrio entre todos os seus dispositivos e preceitos, como então poderíamos aceitar uma interpretação que provoca um contra-senso no que diz respeito ao princípio da harmonia e independência entre os “poderes”?

Ora, o Senado já teve oportunidade para apreciar a conformidade da lei com a Constituição, através do processo legislativo, realizando o chamado “controle preventivo”. No entanto, se mesmo assim permite que uma norma eivada de inconstitucionalidade ingresse no ordenamento jurídico, não é razoável que se admita que ele mesmo aprecie a conveniência da manutenção daquela norma, visto que, conforme já expusemos, não há embasamento para uma interpretação nesse sentido. Do contrário, ofender-se-ia incisivamente o princípio dos freios e contrapesos.

Sendo o STF o guardião da Constituição, por que submeter as suas decisões a uma posterior convalidação por parte do Senado Federal?

Ora, se o Supremo é o órgão máximo que tem competência constitucional para controlar a constitucionalidade das leis e, quando num caso concreto a declara inconstitucional, seria conveniente que seus efeitos fossem estendidos erga omnes por decisão do próprio Tribunal, através do Pleno. Há de se considerar que o STF ao prolatar uma decisão no sentido de atribuir à lei ou ao ato normativo o caráter de inconstitucional, o fez por entender que tais espécies são prejudiciais e causam sério desequilíbrio ao ordenamento, tanto por ferirem a Constituição como por atentarem contra a segurança jurídica. Isto porque o STF não se embasa em tecnicismos (ou, pelo menos, não deveria fazê-lo), como se fosse possível um julgamento imune a valores, mas sim em aspectos jurídico-legais.

Os que defendem que o Senado não está vinculado à decisão do STF, o fazem por entender que aquele tornar-se-ia um mero “carimbador” das decisões deste órgão jurisdicional. No entanto, não entendemos dessa forma. O Senado Federal tem legitimidade para analisar os aspectos formais (exemplo: o respeito ao quorum necessário) da decisão proferida. Sendo assim, o Senado está apto a negar, nestes termos, a suspensão da lei ou ato normativo declarado inconstitucional. Não obstante, a análise do mérito é dada exclusivamente ao Supremo.

Outro aspecto bastante relevante em nossa crítica diz respeito à seguinte questão: qual foi o objetivo do legislador constituinte originário ao manter o dispositivo em tela no texto da Carta Magna Federal de 1988?

Não podemos chegar a uma conclusão sem antes nos debruçarmos sobre todo o mecanismo do controle difuso (ver item 2). A priori, uma decisão em sede de controle difuso só gera efeitos inter partes. Na prática, verificamos que quando o STF declara a inconstitucionalidade da norma, se esta não for suspensa pelo Senado Federal, continuará eficaz e aplicável, gerando um verdadeiro tumulto no ordenamento jurídico. Imaginemos juízes aplicando uma norma que já foi declarada inconstitucional pelo Tribunal de Cúpula do Poder Judiciário, o que é plenamente possível, tendo em vista que a decisão inter partes não pode ser estendida pelo próprio STF, não vinculando os demais órgãos jurisdicionais. A segurança jurídica tornar-se-ia inócua, e a conseqüente violação do princípio da isonomia seria inevitável, porquanto dar-se-ia soluções contraditórias para casos semelhantes.

Entretanto, o espírito da norma traçado pelo constituinte originário quis, claramente, evitar que uma norma declarada inconstitucional pelo Supremo continuasse produzindo efeitos, causando instabilidade na prestação jurisdicional, bem como quis zelar pela economicidade e celeridade processuais, uma vez que evitar-se-ia que o Pretório Excelso tivesse de analisar, inúmeras vezes, casos em que já havia se posicionado pela inconstitucionalidade⁹.

Para finalizar, a manutenção de uma norma inconstitucional no ordenamento jurídico seria o mesmo que conceder uma aparência de vida a um cadáver cujo atestado de óbito já fora expedido, ou seja, constitui letra morta, uma vez que a finalidade para a qual fora criada não poderá ser alcançada, tendo em vista o posicionamento definitivo do Supremo Tribunal Federal.

⁹ No oitavo congresso de advogados realizado no Rio de Janeiro, o então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Sepúlveda Pertence afirmou que em 1990 julgou-se inconstitucional a cobrança do empréstimo compulsório, mas até hoje o STF já apreciou mais de 10.000 vezes a mesma questão. PALU, Luiz Oswaldo. Controle de Constitucionalidade: Conceito, Sistemas e Efeitos. 2. ed. São Paulo. Revistas dos Tribunais. 2001.

6 – CONCLUSÃO

Diante do exposto ao longo do estudo, duas soluções poderíamos apontar para que os efeitos da decisão sobre a inconstitucionalidade de uma lei, em sede de controle difuso, fossem estendidos erga omnes: a criação de um Tribunal Constitucional ou a mera ratificação da decisão do STF por parte do Senado Federal.

A primeira hipótese é inviável, pois de acordo com o art. 60, § 4º, III da Constituição não será objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir a separação dos Poderes. Destarte, haveria a criação de um novo órgão constitucional, o que suprimiria a competência precípua do Supremo Tribunal Federal, o que é claramente um atentado ao Princípio da Separação das funções estatais. Só o legislador constituinte originário é que teria legitimidade para criar um órgão daquela natureza; contudo, para que isso ocorresse, seria necessária a quebra da ordem constitucional vigente, com a conseqüente convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte.

A segunda hipótese, defendida por nós ao longo da análise crítica, e cuja aplicação não desencadearia transtornos à ordem constitucional, pois se trata de questão meramente interpretativa, consiste na vinculação do Senado Federal a suspender a execução, no todo ou em parte, de norma declarada desconforme com a Constituição por decisão definitiva do STF. É, pois, a mais sensata, uma vez que restariam resguardados princípios como: Separação dos Poderes, Freios e Contrapesos, Autonomia e Supremacia das decisões definitivas do Supremo, Estabilidade Sócio-Jurídica do ordenamento e, no campo do Direito Processual, princípios como a Economicidade e a Celeridade.

Não se pode negar a aplicação da hipótese por nós defendida com o argumento de que haveria uma superposição do Judiciário (STF) em relação ao Legislativo (Senado Federal). Pelo contrário, haveria sim uma harmonização de funções estatais, tendo em vista que, o STF é o guardião supremo da Constituição, incumbido, portanto, de resguardar a ordem constitucional e, à Câmara Alta é dado apreciar, residualmente, apenas os aspectos formais da decisão definitiva do Pretório Excelso, conforme lição de Pontes de Miranda: “o Senado Federal, para exercer a sua função pode examinar o julgado, que se lhe apresenta, em sua existência e em sua validade; não, porém, em sua rescindibilidade.”¹⁰

Ressalte-se, porém, quisesse o legislador constituinte originário permitir ao Senado exercer um juízo de conveniência e oportunidade acerca da decisão do

¹⁰ Apud REIS, Moreira Palhares, *Consulex*, Ano VI, nº 141, 2002. p. 20-23

Supremo, teria criado um mecanismo de controle direto, similar ao controle misto. Não é o que se depreende de nossa tradição jurídica, nem do corpo jurídico-constitucional brasileiro, pois prevalece em nosso país o Princípio da Jurisdição Una, delegada exclusivamente ao Poder Judiciário.

Por último, não obstante, cabe chamar atenção para o fato de que é a Via de Exceção um instrumento coletivo de controle de constitucionalidade. Ao passo que a ADIn apresenta um rol taxativo, estrito e rígido de legitimados, o controle incidental tantum abarca um sem número de aptos a invocá-lo. Desta maneira o juiz quando se deparar com um caso concreto em que se argui a inconstitucionalidade de uma norma, deve agir sempre com cautela e valendo-se da garantia da independência que lhe é inerente, no intuito de resguardar o ordenamento jurídico e a dignidade da pessoa humana, não permitindo, assim, que normas definitivamente declaradas afrontosas a Lex Magna pela Corte Suprema continuem sendo aplicadas, pelo simples fato de não terem sido suspensas por Resoluções Senatoriais.

Vislumbramos que, com a interpretação dada atualmente ao disposto no art.52, X da CF/88, desnatura-se o propósito do legislador constituinte quando da feitura da norma: determinar ao Senado que estenda os efeitos de uma decisão incidental definitiva de inconstitucionalidade a todos os legislados.

7 – BIBLIOGRAFIA

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Por uma Justiça Eficaz – Controle de Constitucionalidade. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 3. p. 62-65, 1993.

FERRAZ, Sérgio. Declaração de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 3. p. 204-210, 1993.

FONSECA, Antonio Cezar Lima. Declaração de Inconstitucionalidade. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 5, p. 193-206, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. Aspectos da Declaração de Inconstitucionalidade. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 2 p. 266-276, 1993.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. Juízes Legisladores: O Controle de Constitucionalidade das leis como forma de exercício do Direito Judiciário. Revista Jurídica – Faculdades Guarapuava, Guarapuava, Ano. 1, n. 1, p. 21-42, 2001.

PALU, Luiz Oswaldo. Controle de Constitucionalidade. Conceito, Sistemas e Efeitos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

REIS, Palhares Moreira. O Senado Federal e as Leis Inconstitucionais: É obrigação ou faculdade do Senado Federal suspender as leis consideradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal? Consulex, Brasília, Ano VI, n. 141, p. 20-23, nov., 2002.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TRABALHO PREMIADO NA SEMANA DO JUDICIÁRIO

O CONCURSO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO GARANTIDOR DA CIDADANIA PERANTE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

MARÍLIA DANIELA FREITAS OLIVEIRA

O concurso público é o meio técnico posto à disposição da administração pública para obter-se a moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público, e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei consoante determina o art 37, II, da Constituição da República. Pelo concurso se afastam, pois, os ineptos e apaniguados, que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder, leiloando empregos públicos.
Hely Lopes Meirelles¹

1 – RESUMO

O objetivo desse trabalho é demonstrar a importância do processo seletivo impessoal, o chamado concurso público, como forma de garantir a igualdade de todos frente à Administração Pública no tocante ao ingresso no serviço público. Tal instituto vem proporcionar maior moralidade e impessoalidade aos atos realizados pelo Poder Público demonstrando cuidado no trato da coisa pública, agindo com transparência e visando ao cumprimento do bem comum. A Constituição Federal andou bem ao estabelecer regras precisas para o ingresso no quadro de pessoal da Administração Pública amparadas pelos princípios gerais de direito e, principalmente, respeitando o cidadão em seus direitos. Tratamos, todavia, de explicitar os casos que a CFRB faz exceções e ressalvas tendo sempre por fundamento o interesse público, bem como salientamos situações específicas como: a situação dos deficientes, taxa de inscrição, natureza do direito do candidato à nomeação, etc. Por fim, analisamos doutrinaria e jurisprudencialmente, a possibilidade de nulidade dos atos realizados sem observância do preceito constitucional de prévio concurso público.

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21º ed. São Paulo: Malheiros, 1999

2 – INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende demonstrar que os atos realizados pelo Poder Público devem ser pautados nos princípios elencados na Carta Maior. Pretende, de igual sorte, demonstrar que a Administração Pública, ao praticar atos de admissão de pessoal, tem o seu atuar rigorosamente predeterminado no ordenamento jurídico pátrio, principalmente os dispositivos que tratam do concurso público, uma vez que tal instituto explicita o princípio da igualdade, que deve permear todo o ordenamento jurídico pátrio para salvaguardar a plenitude da cidadania.

Ao dispor sobre a Administração Pública, a Constituição Federal estabeleceu, dentre outros, o princípio da acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas disposto no art 37, I, in litteris:

Os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei.

Ademais teve o texto Magno cuidado em determinar que a inobservância do requisito para a investidura em cargos ou empregos públicos, gera efeitos jurídicos que entendemos imediatos e que deságuam tanto em desfavor da admissão quanto contra o agente do Poder Público responsável pelo ato inconstitucional:

A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

Como não poderia deixar de ser, a Lei Fundamental da República estabeleceu também hipóteses de exceção ao princípio do processo seletivo impessoal dos agentes públicos, que, infelizmente, tem se transformado muito mais em um meio de burla e fraude, disfarçados pela desculpa das contratações por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público².

Infelizmente, as autoridades públicas, em um exercício de má-fé e falta de responsabilidade para como a coisa pública, usam da exceção constitucionalmente prevista, o fazendo de forma distorcida para utilizar a Máquina Estatal em prol de interesses pessoais, favorecendo seus apadrinhados e desviando o atuar da

² É de todo incontestado que a contratação temporária possui aspectos positivos e enseja a ação rápida da Administração na assistência a situações de calamidade pública ou no combate a surtos endêmicos, além de possibilitar, p. ex. a contratação de professores substitutos e visitantes.

Administração dos preceitos jurídicos que devem norteá-lo³.

Outra exceção para aqueles funcionários que, embora não-concursados, trabalhavam no serviço público havia pelo menos cinco anos quando da promulgação da Constituição.

3 – A ISONOMIA ENQUANTO MEDIDA EXATA PARA O CUMPRIMENTO DA NORMA POSTA

A Constituição de 1988, em seu art. 5º, caput, afirma que todos são iguais perante a lei, sem nenhuma distinção. É o que chamamos de princípio da isonomia, parâmetro irrefutável de um Estado Democrático de Direito.

É baseado primordialmente nesse princípio que deve se pautar o atuar da Administração Pública, uma vez que, sendo gestor da coisa pública não seria conveniente estabelecer diferenças e preterições a qualquer cidadão.

Nossa Constituição Federal, denominada propriamente de Constituição cidadã veio dar a devida importância ao conceito de o que vem a ser realmente cidadania e como o cidadão deve agir para ter seus direitos respeitados. Aquele ultrapassado conceito que compreendia ser a cidadania o simples direito de votar e ser votado não tem mais salva-guarda no nosso ordenamento jurídico, já que diminui, consideravelmente, a importância do cidadão junto à sociedade⁴.

Sendo o cidadão o detentor de todo o poder do Estado, cabe-lhe não só a titularidade dos direitos políticos (votar e ser votado), mas de um leque muito mais amplo de direitos e obrigações. Compete-lhe, pois, fiscalizar o agir dos representantes eleitos, zelar pelo bom trato da coisa pública, exigir que os gestores públicos ajam baseados nos princípios da moralidade, impessoalidade, eficiência, dentre outros, sempre em busca da efetivação da cidadania.

A cidadania transformou-se em efetivo exercício e participação plena; o cidadão, consciente de seus deveres e obrigações, tornou-se, realmente o “Senhor

³ Em um ato que confirma o nosso entendimento, o TST entendeu por bem absorver em seu quadro permanente de pessoal 66 servidores antes classificados como “sem vínculo com o serviço público”. Ganham estabilidade no emprego e direito a aposentadoria integral. Os servidores tinham sido contratados entre 1984 e 1988. Na nova condição, passaram para o último nível da carreira de técnico judiciário, de nível médio, com salário de R\$ 2.486, excluídas gratificações. Fonte Diário do Pará, 25.08.2003.

⁴ É de se ressaltar que nem a Carta Política pátria concebe mais o cidadão a partir da legitimação para o exercício dos direitos políticos. Há diversos dispositivos que embasam esta

do Estado”.⁵

Em relação ao acesso ao serviço público, Diógenes Gasparini afirma que:

Para o acesso a cargo, emprego ou função não basta ser brasileiro. O interessado há, ainda, que satisfazer aos requisitos estabelecidos em lei.

No que tange ao serviço público, mais especificamente aos agentes públicos “stricto sensu” e as vias de acesso aos cargos, empregos e funções públicas, a Carta Maior estabeleceu, dentre outros, o princípio da ampla acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas (art 37, I)⁶, Tomando a expressão “ampla” no sentido próprio do termo, visto que possibilita o acesso de brasileiros e estrangeiros em concurso público. Isso não quer dizer, porém, que todos, indistintamente, possam participar do procedimento seletivo impessoal para a admissão no serviço público, pois há de se respeitar os limites e requisitos legais.

O que não se pode admitir é a restrição do concurso público a um grupo específico, como, por exemplo, somente poderem participar do certame aqueles que já forem servidores públicos⁷. Mesmo porque, agindo desse modo, o Poder Público estaria desrespeitando o princípio de que todos são iguais perante a lei.

E aqui é que paira a questão que entendemos relevante. Ao positivizar o princípio do processo seletivo impessoal dos agentes públicos, a Carta Cidadã buscou constitucionalizar, na seara administrativa, a isonomia enquanto instrumento de aferição da aplicabilidade do princípio da impessoalidade.

Entendemos ser a isonomia um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, razão pela qual concordamos que a regra da igualdade não consiste senão em quinhonar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Afinal, como, acerca da isonomia com a propriedade que lhe era peculiar,

concepção, p. ex. o inc. II do § 1º do art. 68 que distingue expressamente “nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais”. Ainda quando trata dos direitos políticos no art. 14 em nenhum dos dispositivos faz menção explícita ou implícita sobre a *cidadania*. No mesmo sentido o inc. LXXVII do art. 5º determina a gratuidade, na forma da lei, dos atos necessários ao exercício da cidadania. Por fim, merece destaque o disposto no art. 205 da CRFB: *a educação, direito de todos e dever do Estado e da família será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.* (Grifos meus).

⁵ Expressão cunhada por MELLO NETO, José Baptista. Op. cit. bibliografia final.

⁶ Art 37, I: “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei”.

⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Administrativo, op cit. Bibliografia final

afirmava Barbosa⁸:

Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.

Sobre o princípio da isonomia, observa Bastos que:

Desde priscas eras tem o homem se atormentado com o problema das desigualdades inerentes ao seu ser e à estrutura social em que se insere. Daí ter surgido a noção de igualdade a que os doutrinadores comumente denominam igualdade substancial. Entende-se por esta a equiparação de todos os homens no que diz respeito ao gozo e fruição de seus direitos, assim como a sujeição a deveres.

4 – CONCURSO PÚBLICO: MATERIALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Tendo, ainda por escopo o princípio da igualdade, a Carta Magna estabelece que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em processo seletivo impessoal, como afirma o art 37, II⁹, ressalvadas, todavia, as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

O concurso público é o método mais indicado para o ingresso nos quadros da Administração por constituir-se na seleção do melhor dentre os pretensos candidatos a servidores¹⁰. É um processo competitivo, onde as vagas são disputadas pelos vários candidatos e os mais aptos são selecionados, retirando, pois, o estereotipo da má qualidade da prestação do serviço de alguns setores públicos que sempre é imputado ao servidor.

⁸ BARBOSA, Ruy. Oração aos moços, 1921. Disponível em <http://www.profpito.com/index.html>, acessado em 27.09.03, às 20h.

⁹ Art 37, II: “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.”

¹⁰ GASPARINI, Diógenes, op cit.bibliografia final.

Não se pode negar que não há melhor meio de seleção para o serviço público que o concurso. Embora de modo ainda insipiente, é garantidor do direito de que todos os que atendam às exigências legais possam ingressar nos quadros da Administração Pública.

Com o constitucionalização do instituto do concurso público pretendeu-se dar efetividade aos princípios da moralidade e da impessoalidade aos atos do Poder Público. De igual sorte, pretendeu o legislador extraordinário assegurar a igualdade entre os participantes do certame e garantir a supremacia do interesse público na medida em que o serviço público será exercido pelos mais capazes e com maior eficiência¹¹.

Como bem ressalva, Diógenes Gasparini, o concurso público vem a ser o procedimento posto à disposição da Administração Pública direta e indireta, para a seleção do futuro melhor servidor necessário à execução de serviços que estão sob sua responsabilidade.

Desse modo, a prática por parte da Administração, de admissão de pessoal sem observar o preceito constitucional de realização prévia de concurso público, de modo irreversível, fere, dentre outros, os princípios da moralidade, impessoalidade dos atos administrativos. E o gestor da coisa pública torna-se um tirano que realiza atos de interesse pessoal e ao seu bel prazer.

5 – EXCEÇÕES AO PRINCÍPIO DO PROCESSO SELETIVO IMPESSOAL DE AGENTES PÚBLICOS

A própria Constituição traz exceções quanto as hipóteses de incidência do princípio do processo seletivo impessoal de agentes públicos. Uma delas diz respeito aos cargos de provimento em comissão, declarada em lei de livre nomeação e exoneração (art 37, II), e às funções de confiança¹². A Lei Maior, no entanto, prevê que as funções sejam exercidas por servidores ocupantes de cargos efetivos, tenham ou não adquirido estabilidade.

Importa destacar que, para o ingresso na função comissionada, não há sequer nomeação do servidor, mas sim a designação, uma vez que a nomeação, e até a posse, se deram quando o citado servidor ingressou em cargo efetivo. E, ainda, que para a função comissionada a designação é a termo, isto é, há um lapso temporal no qual o servidor poderá permanecer no exercício da função. Vencido esse prazo

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p.378.

¹² BASTOS, Celso Ribeiro. Op cit.

haverá a substituição, enquanto que para o cargo efetivo a nomeação, regularmente precedida do processo seletivo impessoal, se dá de forma definitiva e tendo o servidor adquirido estabilidade, só poderá ser demitido nas hipóteses exaustivamente elencadas nos incisos I a III do §1º do art 41 da CRFB.

Concordamos, pois, com a exceção da hipótese de provimento dos cargos em comissão, vislumbrando a necessidade de escolha de nomeando cuja confiança seja latente por parte do nomeador. Ressalte-se, todavia o possível comprometimento do interesse público, tendo em vista que não é uma escolha técnica e, como tal, não exigir o melhor profissional disponível, mas àquele cujo favorecimento é precípua por parte do administrador. Além de que essa exceção dá margem aos famosos “cabides de empregos”¹³, fruto de promessas eleitoreiras e que comprometem de forma veemente o progresso das atividades públicas¹⁴.

6 – A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA POR SUPERIOR INTERESSE PÚBLICO

A regra para admissão de pessoal é o concurso público, mas afora os casos supracitados, a CF estabelece outras exceções nas quais permite-se o ingresso de servidores na Administração Pública, sem prévio processo seletivo impessoal de agentes públicos. É o que nos mostra o art 37, IX¹⁵, onde é facultado ao administrador contratar, por tempo determinado, pessoal na hipótese de necessidade temporária de excepcional interesse público.

A exceção prevista destina-se a possibilitar contratação de pessoas para enfrentar situações extraordinárias e de caráter transitório. Entretanto, poderão os órgãos da Administração Federal centralizada, as autarquias e as fundações públicas efetuar contratação de pessoal por tempo determinado, nas condições e prazos previstos, mediante processo seletivo simplificado. Poderá, ainda, a contratação ser feita por meio de seleção a partir da notória capacidade técnica ou científica do

¹³ ARMANI, Anderson Mangini. Implicações jurídicas da contratação pela administração pública de servidor/ empregado sem prévia aprovação... op.cit.

¹⁴ Além desses, podemos citar os casos de: nomeação de membros dos Tribunais Superiores, inclusive do Tribunal de Contas da União. Ex vi arts. 73 §2º, 94, 101, 104, parágrafo único, II, 107, 111, §2º, 119, II, 120, II e 123 da CRFB.

¹⁵ Art 37, IX: “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”.

profissional, mediante análise do curriculum vitae¹⁶, na hipótese de se tratar de professor visitante, ou pesquisador estrangeiro, ou ainda para atividades especiais nas organizações das Forças Armadas para atender à área industrial ou a encargos temporários de obras e serviços de engenharia; de identificação e demarcação desenvolvidas pela FUNAI; de análise e registro de marcas e patentes pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial, dentre outros¹⁷.

As exceções à exigência do concurso, no entanto, têm se prestado a abertura de casos de manifesta inconstitucionalidade, abrindo caminho para ilícitos e favorecimentos pessoais, disfarçados, muitas vezes, por contratações por tempo determinado para atender esdrúxulas “necessidades excepcionais”.

Cumpre-nos ainda, informar que, nos casos de contratação temporária o regime jurídico a ser adotado é o regime da CLT, aprovado pelo Decreto – lei de nº 5452, de 1º de maio de 1943, e legislação trabalhista correlata¹⁸, uma vez que se entende ser essa contratação transitória.

Assim, todo um texto constitucional pautado no ideal de igualdade, e moralidade perde sua eficácia quando os gestores públicos não observam a necessidade social e o bem estar comum, e adaptam a lei aos seus convencimentos particulares.

Nosso estudo crítico deteve-se em abordar o concurso público como meio de recuperar a moralidade, impessoalidade e publicidade que deve nortear o processo de admissão de pessoal, bem como os demais atos públicos, tomando, pois, como parâmetro os princípios maiores da Carta Constitucional e salientando que o interesse da coletividade deve se sobrepor a meros interesses e convicções pessoais.

7 – CONCURSO PÚBLICO: REGRA DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA PARA A VALIDADE DO ATO DE ADMISSÃO DE PESSOAL.

A obrigatoriedade do concurso público é para todos os casos de investidura em cargo, função ou emprego público. É de se indagar o motivo pelo qual o art 37, II, estipula que apenas para cargo ou emprego público exige-se concurso, deixa, pois de lado as funções públicas¹⁹. Isso se deve ao fato de que, conforme o dito alhures, as funções comissionadas serem privativas de servidores já ocupantes de cargos efetivos, e a designação é por tempo pré-estabelecido.

¹⁶ Art 3º da lei 8745/93, in Constituição Federal.

¹⁷ MELLO NETO, José Baptista. Op. cit. p.117.

¹⁸ A lei a que se refere o dispositivo, já que versará sobre Direito do Trabalho, é de competência privativa da União, nos precisos termos do art. 22, I, da CRFB, in Constituição Federal.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. Op. cit. Bibliografia final.

No âmbito da Administração Pública Federal, o concurso público poderá ter qualquer prazo, desde que não exceda 2 anos (art 37, II), contando-se da data de homologação do resultado. O prazo de validade será o previsto no edital ou em lei específica²⁰.

Prevê-se a prorrogação do prazo de validade do concurso uma única vez e por igual período. (lei 8112/90, art 12, § 2º). Tal ato é faculdade Administração e deve ser exercida em prol do interesse público. Entretanto, embora a prorrogabilidade seja ato discricionário, a Administração não pode atuar de forma leviana e arbitrária em relação aos pretensos candidatos, mesmo estes sendo meros portadores de expectativa de direito, não podendo, pois exigir muita coisa do Poder Público, senão o mínimo de respeito aos seus direitos mais básicos.

Com relação ainda aos requisitos que regem o ingresso dos futuros servidores nos quadros da administração, temos que a CF estabelece linhas gerais, cabendo às leis, regulamentos e estatutos próprios disciplinarem mais especificamente as regras do certame.

É mister ressaltar que cabe ao princípio da igualdade ser o parâmetro maior objetivado quando tratamos de concurso público, pelo fato de que todos que preencham os requisitos legais poderão prestar concurso e concorrerem em igualdade de condições, como bem demonstra o art 5º, caput.

8 – OS REQUISITOS PARA A ADMISSÃO EM CARGO PÚBLICO AO LONGO DA NOSSA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL.

O texto constitucional de 1891 tratava o provimento dos cargos públicos de forma lacunosa, deixando para a norma infraconstitucional disciplinar quais seriam as condições de capacidade especial necessárias que o cidadão deveria possuir para ingressar no serviço público²¹.

Já a Constituição de 1934 estabelecia a exigência de prévia aprovação em concurso interno ou público de provas ou títulos para o ingresso em cargos públicos. Todavia, essa regra só se aplicava à primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas²².

A Carta de 1964 manteve a exigência de prévia aprovação em concurso, só que agora tinha o caráter de público apenas para a primeira investidura em cargo

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Op cit.

²¹ Arts. 168, 169, §§ 1º e 3º da Constituição promulgada em 16 de julho de 1934, In Constituição do Brasil.

²² MELLO NETO, José Baptista. Op. cit.

de carreira e outros que a lei determinava.

Ainda no mesmo sentido, a Constituição de 1946 em seu art 186, afirmava que:

A 1ª investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinar efetuar-se-á mediante concurso, precedendo inspeção de saúde.

A Carta de 1967 inovou, tornando obrigatória a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, para o ingresso no quadros da Administração Pública (grifos nossos)²³ CRETELLA JÚNIOR, José. Op. cit. Bibliografia final.

Observamos, porém um retrocesso na Constituição de 1969 que restabeleceu a exigência de concurso apenas para primeira investidura em cargo público.

A atual Constituição, ao abolir, definitivamente, a expressão “primeira investidura”, tornou obrigatório o concurso para qualquer carreira, evitando assim, que o servidor seja aprovado para um cargo, por vezes mais fácil, e exerça outra atividade recebendo remuneração diversa do cargo para o qual passou.

Ao estabelecer a acessibilidade aos cargos públicos a todos os brasileiros a Constituição excluía, expressamente, os estrangeiros. Entretanto, com a emenda nº19 de 1998, esse direito de participação em concurso foi ampliado aos estrangeiros, observando, pois que para qualquer das nacionalidades há de ser observadas as especificações e requisitos legais. A exigência de concurso público garante a eficácia do princípio da igualdade de todos e o interesse da Administração em admitir os melhores.

Outra modificação observada na Constituição de 1967 é que os concursos só podem ser realizados sob a forma de provas ou de provas e títulos. Não há outra opção. Anteriormente, era-se permitido o concurso apenas de títulos dando margem à especulação e abrindo espaço para julgamentos parciais e viciados.

Conforme preleciona Fernandes, F.²⁴, a determinação de que os atos de admissão passem a ser necessariamente apreciados pelo Órgão de Contas teve o condão de preencher uma lacuna existente no ordenamento jurídico pré-constitucional, uma vez que os atos de admissão de pessoal eram prolatados e quaisquer que fossem seus defeitos passavam a vigorar sem nenhum questionamento,

²³ CRETELLA JÚNIOR, José. Op. cit. Bibliografia final.

²⁴ FERNANDES, Flávio Sátiro. *Admissão Irregular de Servidores Públicos e suas Conseqüências Jurídicas*. In Revista de Informação Legislativa, Brasília: ano 35, nº 137, janeiro/março de 1998, p. 7.

justamente pela falta de um exame ou verificação por um órgão a quem fosse dada atribuição de analisá-los e certificar a sua correção.

O E. Tribunal de Contas da União estabeleceu que a exigência de concurso público para admissão de pessoal se estende a toda a Administração Indireta, nela compreendidas as Autarquias, as Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, as Sociedades de Economia Mista, as Empresas Públicas e, ainda, as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, mesmo que visem a objetivos estritamente econômicos, em regime de competitividade com a iniciativa privada²⁵.

Causa espécie o fato de que, mesmo com a objetividade dada pelo constituinte ao texto do inciso II do artigo 37 da Carta da República, fez-se necessária a adoção pelo TCU de súmula no sentido de que o comando constitucional alcance, como diz expressamente, a investidura em emprego público. E mais, conforme resta estabelecido textualmente no caput do artigo 37, os princípios constitucionais voltados para a atividade administrativa estatal incidem sobre a administração direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Espantosamente, muito embora a já mencionada clareza do texto constitucional, houve quem defendesse que a obrigação de observância ao estabelecido no inc. II do art. 37 da Lei Fundamental não alcançava as pessoas jurídicas de direito privado que integram a Administração descentralizada, desde que caracterizada como forma à exploração direta de atividade econômica pelo Estado. A própria Consultoria Geral da Presidência da República apresentou Parecer FC-2/89²⁶, com esse entendimento.

Como muita propriedade, afirma o Ministro Homero Santos²⁷ que a obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso público para contratação de pessoal nas Entidades da Administração Indireta (incluídas nessa abrangência as Autarquias, Fundações, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista) não foi, em absoluto, decorrência de interpretação ou entendimento do TCU.

E continua o Ministro Santos:

²⁵ Súmula 231, aprovada na Sessão Administrativa de 08/12/1994, DOU de 03/01/1995, in Revista do Tribunal de Contas da União, v. 28, nº 74, out/dez 97, p. 309.

²⁶ Apud Jorge Ulisses Jacoby Fernandes in *Os Tribunais de Contas e o Controle Sobre as Admissões no Serviço Público*. In Revista do Tribunal de Contas da União, Brasília: TCU, v. 32, n. 90, out/dez 2001, p. 51.

²⁷ Decisão 236/92 - Plenário - Ata 22/92, Processo nº TC 006.658/89-0, Interessado: José Ignácio Ferreira, Órgão de origem: TELEBRÁS, sessão realizada em 13 de maio de 1992, in Revista de Direito Administrativo, v. 188, abr/jun. 1992, p 337.

É que, pelo novo regime jurídico-constitucional, inúmeras medidas foram adotadas, com vistas a um efetivo, moralizador e rigoroso controle dos gastos e admissões de pessoal na administração pública, direta e indireta, inclusive nas chamadas “estatais”, tais como:

a) exigência de prévia dotação orçamentária suficiente para concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, criação de cargos ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta (art. 169, I);

b) proibição de acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas, inclusive nas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações mantidas pelo Poder Público (art. 37 - XVI e XVII);

c) fixação de limite máximo e relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores, observados, como parâmetro, no âmbito do Poder Executivo, os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, pelo Ministro de Estado (art. 37 - XI);

d) investidura em cargo ou emprego mediante aprovação prévia em concurso público, ressalvadas as nomeações para cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37 - II).

Assiste razão ao Sr. Ministro. Não há como negar que o comando constitucional tem por destinatária toda a Administração Pública, e esta, como se sabe, abrange não só a Administração centralizada, mas também a descentralizada. Esta, por sua vez, compreende tanto as autarquias, quanto as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, quanto as Sociedades de Economia Mista e as Empresas Públicas.

O claro propósito do dispositivo em comento é a adequação do atuar da Administração ao princípio da moralidade insculpido no caput do art. 37 da Carta da República, uma vez que, a partir da efetivação do princípio do processo seletivo impessoal de agentes públicos setor estatal, especialmente para combater a prática assaz perversa do nepotismo, do apadrinhamento, do empreguismo no âmbito da Administração Pública.

O fato é que, após a promulgação da Carta de 1988, o ato administrativo de admissão de pessoal pela Administração Pública passou a ser entendido como

ato composto²⁸, só podendo surtir efeitos a partir a apreciação e do registro pelo Tribunal de Contas.

9 – A DISCRIMINAÇÃO POSITIVA E O PROCESSO SELETIVO IMPESSOAL DE AGENTES PÚBLICOS

A forma de seleção mediante concurso público desenvolveu-se na França e teve aceitação em muitos países devido ao fato de serem utilizados critérios objetivos e científicos, realizado através de bancas e comissões examinadoras competentes, sem prejuízo, todavia, de recurso para órgãos superiores.

Uma das características inerentes ao concurso público é a faculdade de que dispõe a Administração Pública de estabelecer as exigências e regras do certame a serem cumpridas pelos pretensos candidatos. Entretanto, esse poder é delimitado pelo devido respeito que deve ser observado aos preceitos estabelecidos no art 5º, caput, juntamente, com o art 3º, IV, que veda expressamente, distinções baseadas em sexo, idade, raça, credo religioso, dentre outros. Deve-se, pois, estabelecer as bases do concurso tendo em vista a igualdade para com todos os participantes.

Assim, Adilson Abreu Dallari refere-se à especificidade da questão da restrição ao acesso pela imposição de condições:

Entendemos que a Constituição veda restrições estabelecidas por puro preconceito. Assim sendo, tanto o estabelecimento de condições referentes à altura, idade, bem como ao sexo, poderão ser lícitas ou não, caso respeitem ou violem o princípio da isonomia, isto é, caso sejam ou não pertinentes, o que se verificará em cada caso concreto.

Tal preceito não quer dizer, todavia, que o texto constitucional vede qualquer forma de diferenciação. Ressalva-se, pois, as condições, objetivamente consideradas, que se mostrem necessárias ao desempenho da função pública. O que a CRFB veda são as exigências meramente discriminatórias. Portanto, é lícito quando a Administração faz a exigência de uma mulher para ocupar o posto de carcereira da penitenciária feminina, de outro modo não agiria o Poder Público; nem por isso, poder-se-ia suscitar discriminação em relação ao sexo do candidato. O que não seria justo, por exemplo, seria restringir um determinado concurso àqueles que já são servidores públicos²⁹.

²⁸ Fernandes, Jorge Ulisses Jacoby in *Os Tribunais de Contas ...* Op. cit. p. 55.

²⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit.

Outro tema polêmico a respeito da “discriminação positiva” é relativo aos deficientes físicos e o percentual de participação no serviço público que a lei lhes atribui³⁰.

O art 37, VIII, da Constituição Federal estabelece que: “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”. Além disso, a lei 8112/90, regime Jurídico dos Servidores públicos, estabeleceu, em seu art 5º§ 2º, que seriam destinadas aos portadores de deficiência até 20 % das vagas oferecidas nos concursos públicos. Importa destacar que o dispositivo só tem aplicabilidade nas hipóteses em que o número de vagas seja igual ou superior a cinco.

Embora tais leis já estejam positivadas, não regulamentaram suficientemente a matéria. Cada edital estabelecia, da forma que melhor entendesse, como seria a participação dos portadores de deficiência nos concursos públicos, gerando dúvidas e especulações sobre o assunto. Aproveitando-se dessas incertezas e da prerrogativa da discricionariedade, a Administração muitas vezes preferia convocar candidatos não-deficientes, obrigando os lesados a pleitear seus direitos junto ao Judiciário.

Para coibir tais práticas e buscando integrar o deficiente à sociedade, foi editado o Decreto nº 3298, que em seu art 37, §1º afirma:

O candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, sendo reservado no mínimo o percentual de 5 % em face da classificação obtida.

O decreto tratou da participação dos portadores de deficiência no certame, entretanto observamos uma imensa lacuna no tocante às regras de convocação. O que ocorre muitas vezes é que o prazo do concurso se exaure e o deficiente que logrou primeiro lugar na lista de portadores de deficiência não é convocado.

Tal prática é absurda e condenável, constitui uma das formas de discriminação utilizada pela Administração Pública a quem é outorgado o poder de defender os direitos dos seres humanos e dos princípios democráticos. Agindo desse modo, somente contribui para aumentar as desigualdades que já tão gritantes em nosso país.

Outros aspectos polêmicos que envolvem o concurso público e que merecem destaque dizem respeito ao valor cobrado nas taxas de inscrições e a

³⁰ BARROS, Maria Magdala Sette. Portadores de deficiência e o concurso público.

natureza do direito do aprovado em ser nomeado³¹.

Tendo em vista, ainda o princípio da ampla acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas, observamos que a intenção do legislador foi que o concurso público abrangesse o maior número de pessoas possível. Entretanto, esse intuito vem sendo frustrado. Em primeiro lugar, os editais estabelecem exigências não essenciais ao desenvolvimento das atribuições do serviço público, tornando por vez impossível o cumprimento de determinadas exigências; em segundo lugar, os agentes do poder público tornaram o poder aquisitivo uma forma de exclusão, uma barreira a mais a que os candidatos estão submetidos. Trata-se de uma ilegítima restrição à competição.

O decreto nº 86.364 de 1981, estabeleceu que a cobrança do valor da taxa de inscrição correspondente a 2,5% na esfera federal da remuneração fixada para a referência inicial do cargo ou emprego. Uma vez que tal taxa somente seria suficiente para cobrir os custos do certame e os atos do poder público serem pautados não só na legalidade, mas também na legitimidade e economicidade.

Outro tema relevante é o direito de ser nomeado. A existência de direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado em concurso público suscita dúvidas: tem o candidato aprovado em concurso público direito à nomeação?

Em julgamento realizado no STJ, a colocação do Eminentíssimo Ministro Hélio Mosiman³², foi decidido que, in verbis:

Sabemos que o princípio norteador da matéria é o de que a aprovação em concurso público não obriga o candidato, ao qual aproveita mera expectativa de direito à almejada nomeação.

A realização do concurso, por si só, não obriga a Administração a nomear os candidatos classificados.

O que é pacífico na jurisprudência é o entendimento que a aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito à nomeação durante o prazo de validade. O que não se pode dentro desse prazo é nomear os classificados de um concurso posterior, enquanto existirem concursados anteriores a serem nomeados, em violar a ordem de classificação. Qualquer burla a esse dois preceitos geraria ao candidato direito perante o Judiciário, cabendo, pois ao candidato - cidadão cujo direito foi lesado pleitear seu direito não só no Judiciário, mas também junto ao Tribunal de Contas, que embora ainda tenha insipiente projeção nesse campo, tenta de forma corajosa zelar pelo interesse público.

³¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. O concurso Público e os Direitos dos Candidatos.

³² Recurso em Mandado de Segurança 1585-3/MG, RSTJ 67/267.

Claro é que se a Administração oferece no edital um determinado número de vagas é evidente que os candidatos aprovados têm o direito a nomeação, já que não seria razoável que se realizasse um dispendioso e demorado concurso público para o provimento dos mesmos com a única finalidade de arrecadar o valor cobrado a título de inscrição.

A aprovação e classificação em concurso público não se confundem. A primeira é observada por aqueles que obtiverem o grau mínimo e se encontram na dependência da existência de vagas. Tanto os aprovados classificados quanto aos aprovados não classificados reconhece-se apenas o direito subjetivo à observância da ordem estrita de classificação para que se proceda à nomeação.

Para alguns autores, como Theófilo A. M. Filho e Francisco M. Dias³³, obrigar a Administração pública a nomear o candidato para o cargo público constitui-se numa violação ao princípio da separação dos poderes.

9. Implicações Jurídicas Resultantes da Inobservância do Princípio do processo Seletivo Impessoal de Agentes Públicos

No que diz respeito à contratação de pessoal que não atenda a exigência da prévia seleção por meio de concurso público, o ato da contratação é nulo, e nulos são os seus efeitos, sendo a autoridade responsável punida³⁴. Contudo tal entendimento não é pacífico nos tribunais, facilmente se verifica irregularidades em todo país.

Fernandes, F.³⁵ elenca as seguintes hipóteses de irregularidades:

- a) admissão sem a prévia aprovação em concurso público;*
- b) admissão mediante aprovação em concurso público cuja realização não seguiram os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade;*
- c) admissão mediante aprovação em concurso público regularmente instituído e realizado, mas violando a ordem de classificação oficialmente divulgada;*
- d) admissão mediante aprovação em concurso público regularmente instituído e realizado, mas procedida após decorrência do prazo de validade*

³³ MIGUEL FILHO, Theophilo Antônio; DIAS, Mauro Francisco. op.cit.

³⁴ ARMANI, Anderson Mangini. Op. cit.

³⁵ FERNANDES, Flávio Sátiro. Admissões irregulares de Servidores públicos e suas Conseqüências jurídicas.. In Internet – homepage da Amatra X, 1996.

do certame, com violação ao disposto no art 37, III;
e)admissão mediante qualquer uma das antigas formas derivadas de provimento, tais, como, transferência, enquadramento, etc.

Podemos apontar quatro correntes a respeito da contratação irregular, vejamo-las:

A primeira corrente é no sentido de que a contratação irregular não gerar nenhum efeito para o trabalhador, inclusive, havendo a possibilidade da própria Administração declarar como nula a contratação al posicionamento é liderado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho onde reconhece que a relação de emprego é juridicamente impossível em razão do disposto no art. 37, II, da Constituição Federal. Não seria, pois a decisão mais justa, uma vez que o contratado seria penalizado em razão de algo que não deu causa, não pode ser condenado a ressarcir valores recebidos.

A segunda e mais radical corrente entende que a nulidade reconhecida tem seus efeitos no momento de sua declaração, não tendo o trabalhador o direito ao recebimento de seus direitos até o citado momento, não gerando, inclusive, efeitos para fins de Previdência Social³⁶.

Um outro posicionamento é o que entende que ao trabalhador são devidos os valores a título de salário sem qualquer sorte de outra verba, muito embora o contrato esteja eivado de nulidade não mais pode ser possível o estabelecimento da situação anterior.

O TST editou o Enunciado nº 363, afirmando que:

A contratação de servidor público, após a Constituição de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no seu art 37, II e § 2/, somente conferindo-lhe direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitando o salário-mínimo/hora.

A última corrente defende que são assegurados a todos os trabalhadores contratados pela administração todos os direitos previstos na CLT, incluindo anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social, independentemente da contratação ter sido realizada de forma irregular.

Todavia, pelo princípio da legalidade, toda contratação realizada sem a observância do preceito legal atinente ao art 37, incisos II e IX, é ato nulo e o

³⁶ Assim, p. es., quando anulada uma nomeação de funcionário, deverá ele repor os vencimentos percebidos ilegalmente, mas permanecem válidos os atos por ele praticados no desempenho de suas atribuições funcionais, porque os destinatários são terceiros de boa-fé em relação ao ato nulo. MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit.

responsável deve ser punido. Entretanto, não seria justo que esses efeitos recaíssem sobre quem nada teve a ver com a irregularidade, parece-nos fato que essas incidências devem recair sobre a Administração Pública.

Excelente entendimento é vislumbrado na decisão da 3ª Turma do TRT da 9ª região, no RO nº 2134/99, onde se afirma que:

Data vênia do reclamado, a interpretação isolada de textos legais não se mostra a mais apropriada. Se é certo que o capítulo destinado à administração pública o legislador impôs para a observância dos princípios da publicidade e moralidade, a prévia aprovação do servidor em concurso público, não é menos verdade, que no Título I, ao tratar dos princípios fundamentais, impôs como fundamentos, dentre outros, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho(art 1º, III e IV).

Diante da análise dos vários aspectos dispostos nesse trabalho, constatamos que o concurso público é de forma, veemente, um instrumento que possibilita qualquer cidadão, desde que preencha certos ditames legais, a ingressar nos quadros da Administração Pública com condições de competir igualmente na disputa por uma colocação.

Destaca-se ainda, o dever-poder da Administração Pública de agir nos moldes estabelecidos na Constituição Federal, zelando sempre pelos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, e, de forma, especificamente, relacionada ao concurso pública, o princípio da igualdade. Tornando, desse modo, o referido instituto uma forma democrática de escolha, demonstrando respeito à cidadania.

10 – CONCLUSÕES

A partir das nossas investigações sobre o princípio do processo seletivo impessoal de agentes públicos, chegamos às seguintes conclusões:

Destaque-se que nem todos os cargos em comissão são de provimento absolutamente discricionário, uma vez que há reserva legal para o ditos cargos que serão preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos³⁷ e que é exatamente sobre esses cargos, nos quais as prerrogativas discricionárias da Administração Pública são significativamente reduzidas, que se pretende estender o alcance do controle.

³⁷ “as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.” Inciso V do art. 37 da CRFB.

A obrigatoriedade do cumprimento do princípio do processo seletivo impessoal alcança toda a Administração Pública, quer no provimento de cargos públicos efetivos, quer no preenchimento dos empregos públicos, sendo estes permanentes ou temporários.

Das formas de investidura em cargo público, a única que exige a prévia realização de concurso público de provas ou de provas e títulos é a originária.

O provimento de cargo público a partir da transformação de emprego em cargo é inconstitucional, mesmo aqueles empregos que foram preenchidos com observância ao princípio do processo seletivo impessoal de agentes públicos.

As conseqüências jurídicas do ato de admissão de pessoal que inobserva o princípio do processo seletivo impessoal se desdobram em duas: na primeira, o ato violador resta absolutamente inválido; na segunda, a autoridade responsável pela prática do ato será punida. É de se ressaltar que as conseqüências não se excluem. Isto é, não apenas o ato será reconhecido nulo, como o responsável será sancionado.

Se nula é a admissão de pessoal, quer pela nulidade do certame, quer pela falta deste, evidentemente nenhum efeito dela decorrerá. Daí resulta que nenhum direito, inclusive pecuniário, têm os servidores admitidos irregularmente.

O servidor/empregado nomeado/contratado em desarmonia com o princípio do processo seletivo impessoal, desde que tenha prestado serviços à Administração, terá assegurado o direito de permanecer com os valores percebidos a título de contraprestação, mas não fará jus a receber eventuais diferenças salariais e demais verbas indenizatórias em face da nulidade do ato de admissão.

Uma das leis que devem ser utilizadas - para sancionar as autoridades públicas responsáveis pela admissão de pessoal em afronta ao que instituem o inc. II do art. 37 da Carta de 1988 - é a de nº 1.079, de 10 de abril de 1950, que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento, que expressa e textualmente elenca entre os crimes de responsabilidade aqueles praticados contra a probidade na administração: infringir no provimento dos cargos públicos, as normas legais.³⁸

Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições e, notadamente, frustrar a licitude de concurso público.³⁹

³⁸ Art. 9º, 5, da Lei nº 1.079/50, in Constituição Federal: Coletânea ...op. cit., p. 902.

³⁹ Art. 11, V, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre as Sanções Aplicáveis aos Agentes Públicos nos Casos de Enriquecimento Ilícito no Exercício de Mandato, Cargo, Emprego ou Função na Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional e dá outras providências, in *Constituição Federal: Coletânea ...op. cit.*, p. 491.

11 – BIBLIOGRAFIA

11.1. Livros

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. – 4ª ed. ampl. e atual. – Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora – São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Administrativo – São Paulo: Saraiva, 1994.

BRAZ, Petrônio. O Servidor Público na Reforma Administrativa. - São Paulo: Editora de Direito, 1998.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Teoria dos Atos Administrativos – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de Direito Administrativo 13ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. Manual de Direito Administrativo: curso moderno de graduação. 6ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1992.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. Direito Administrativo. - São Paulo: Atlas, 2001.

ENTERRÍA, Eduardo García de FERNÁNDES, Tomás Ramón. Curso de Direito Administrativo. São Paulo. Editora RT, 1991.

FREITAS, Juarez. O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais. – 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

HOBBS, Thomas. Do Cidadão. trad., apres. e notas Renato Janine Ribeiro; coordenação Roberto Leal Ferreira – São Paulo: Martins Fontes, 1992. – (Coleção Clássicos).

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Contratação Ilegal de Servidor Público e Ação Civil Pública Trabalhista. - Belo Horizonte: Editora RTM Ltda., 1996.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. São Paulo: editora RT, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta. 2ª ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição.- trad. da edição portuguesa - Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORAES, Germana de Oliveira. Controle Jurisdicional da Administração Pública- São Paulo: Dialética, 1999.

MUKAI, Toshio. Direito Administrativo Sistematizado. - São Paulo: Saraiva, 1999.

PEREIRA, Cláudia Fernandes de Oliveira. Reforma Administrativa: o Estado, o Serviço Público e o Servidor. 2ª ed. Rev. e ampl.- Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. O Servidor Público na Constituição de 1988. - São Paulo: Saraiva, 1989.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais da Administração Pública. - Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais – 3ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

11.2. Artigos

ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. Trad. Heck, Luís Afonso. In Revista de Direito Administrativo, 217. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 1999, pp 67/79.

_____. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Trad. Heck, Luís Afonso. In Revista de Direito Administrativo, 217. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 1999, pp 55/66.

ARMANI, Anderson Mangini. Implicações jurídicas da contratação pela Administração Pública de servidor/empregado sem prévia aprovação em concurso público. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3581>>. Acesso em: 21 set. 2003, às 19:50h.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Constituinte e Segurança Pública. Brasília: Revista de Informação Legislativa, 1987.

_____. Teoria Geral dos Procedimentos de Exercício da Cidadania Perante a Administração Pública. In Revista de Direito Administrativo, 207. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 1997, pp 39/78.

BARBOSA, Ruy. Oração aos moços, 1921. Disponível em <http://www.profpito.com/index.html>, acessado em 27.09.03, às 20h.

BARROS, Maria Magdala Sette de. Portadores de deficiência e o concurso público . Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2639>>. Acesso em: 21 set. 2003, às 19:30h.

COSTA, José Moacir Cardoso da. Experiência do TCU NAAUDITORIA DE PESSOAL. In. revista de Direito Administrativo- 185. Rio de Janeiro: renovar, jul./set. 1991, pp 33/41.

DALLARI, Adilson de Abreu. Administração Pública no Estado de Direito. in. Revista Trimestral de Direito Público n° 5- São Paulo: Malheiros, 1994, pp. 33/41.

DIAS, Francisco Mauro; MIGUEL FILHO, Theóphilo Antônio. Aprovação em concurso Público e direito Subjetivo à nomeação. In Revista de Direito Administrativo, 228. abril/jun. 2002, pp 177/182.

FERNANDES, Flávio Sátiro. Admissão Irregular de Servidores Públicos e suas Conseqüências Jurídicas. In Revista de Informação Legislativa, Brasília: ano 35, n° 137, janeiro/março de 1998, pp. 5/12.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Concurso público e os direitos dos candidatos . Jus Navigandi, Teresina, a. 3, n. 32, jun. 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=389>>. Acesso em: 21 set. 2003, às 19h.

FERRAZ, Sérgio. O Controle da Administração Pública na Constituição de 1988. In. Revista de Direito Administrativo- 188. Rio de Janeiro: Renova, abr./jun. 1992, pp.64/73.

SANTOS, Waldir. Concurso público. Uma ferramenta democrática subutilizada. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3726>>. Acesso em: 21 set. 2003, às 19:45h.

SILVA, José Afonsa da. A dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo Da Democracia. In Revista de Direito Administrativo – 212. Rio de Janeiro: renovar, abr./jun.1998, pp 89/94.

VASCONCELOS, Telmo da Silva. O Princípio da Acessibilidade aos Cargos Públicos e as Hipóteses Constitucionais de Admissão.

11.3. Dissertações

MELLO NETO, José Baptista de. O Tribunal de Contas no Exercício do Controle dos Atos de Admissão de Pessoal: um instrumento de garantia dos direitos do cidadão. Dissertação de Mestrado. UFPE, 2003. N.P.

11.4. Eestudos e Comentários

SUNDFELD, Carlos Ari. Efetivação de Servidores Celetistas e Concurso Público. In Revista Trimestral de Direito Público n° 4- São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 10179/189.

11.5. Jornais

Diário do Pará, edição do dia 25.08.2003.

SÚMULAS DE
JURISPRUDÊNCIA
TRT-13ª REGIÃO

SÚMULAS DE JURI SPRUDÊNCIA DO TRT- 13ª REGIÃO

Primeiro Verbete: SERVIDOR PÚBLICO ADMITIDO SEM CONCURSO. CONTRATO DE TRABALHO CELEBRADO SOB O PÁLIO DA CONSTITUIÇÃO DE 1967/1969. VALIDADE. A contratação de servidor celetista durante a vigência da Constituição Federal de 1967/1969, sem prévia submissão a concurso público, só por isso não invalida o contrato de trabalho celebrado entre as partes, porque não perpetrada afronta à Carta Política retromencionada.

Segundo Verbete: SERVIDOR PÚBLICO. ADMISSÃO EM PERÍODO ELEITORAL. SUBSISTÊNCIA DO VÍNCULO. É eivada de nulidade a admissão, sem concurso, de servidor público durante período proibido pela Legislação Eleitoral. Escoado, porém, o lapso de vedação, se o servidor continua prestando serviço surge, a partir daí, um vínculo contratual válido, se ainda sob a vigência da Constituição pretérita (1967/1969).

Terceiro Verbete: FGTS. PRESCRIÇÃO. A Jurisprudência dominante tem se posicionado pelo acatamento da prescrição trintenária com relação ao FGTS. Entretanto, tal lapso prescricional somente é observado na vigência do pacto laboral ou até o limite de dois anos após a extinção do contrato

de emprego (Enunciados nºs 95 e 362 do TST).

Quarto Verbete: CONTRATO DE ESTÁGIO. DESCARACTERIZAÇÃO. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO. O desatendimento aos requisitos da Lei nº 6.494/77 e do Decreto nº 87.497/82, por parte da empresa privada que celebra o contrato de estágio, implica o reconhecimento da existência de um vínculo de natureza empregatícia, para com o pseudo estagiário.

Quinto Verbete: VALOR DE ALÇADA. ENTE PÚBLICO. EXIGIBILIDADE DA REMESSA “EX OFFICIO”. A Lei nº 5.584/70 não revogou o Dec. Lei nº 779/69, que trata de normas específicas aos privilégios das entidades estatais, autárquicas e fundacionais, que não explorem atividades econômicas, na área trabalhista. Nas causas de alçada, portanto, havendo sucumbência de qualquer desses entes, faz-se mister a remessa oficial, para observância do princípio do duplo grau de jurisdição obrigatório.

Sexto Verbete: SENTENÇA. INTIMAÇÃO. CONTAGEM DO PRAZO. ENUNCIADO 197/TST. O prazo para recurso quando a ciência da

sentença se dá nos termos do Enunciado 197 do TST, inicia-se com a publicação desta, independentemente do comparecimento das partes à audiência respectiva. Não obstante, ainda que assim ocorra, se a Secretaria da Vara, por evidente equívoco, expede Carta

Notificatória, com o mesmo propósito, induz as partes a erro na contagem do prazo, revelando-se imperioso que este inicie o seu trajeto apenas com o recebimento da notificação postal, de modo a resguarda-lhes de prejuízo.

JURISPRUDÊNCIA

EMENTÁRIO



ACORDO

ACORDO. VERBAS ADIMPLIDAS. DISCRIMINAÇÃO. INEXISTÊNCIA CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. INCIDÊNCIA. VALOR TOTAL. Não havendo, no acordo firmado entre as partes e homologado em Juízo, discriminação das verbas adimplidas por meio do mesmo, a incidência das contribuições previdenciárias deve prevalecer sobre o total do avençado, consoante disciplina o artigo 43, parágrafo único, da Lei 8.112/91. Agravo de Petição a que se nega provimento. (Acórdão nº 74.283; Relatora: Juíza Ana Nobrega; Agravo de Petição nº 0386/2003; DJ/PB 26/08/2003; Procedência: Vara do Trabalho de Patos.

ACORDO JUDICIAL. O termo de conciliação devidamente homologado vale como decisão irrecurável. Por conseqüência, configura coisa julgada e só por ação rescisória é atacável. Inteligência do art. 831, parágrafo único, da CLT e Enunciado 259 do Colendo TST. (Ac. nº 73.528; Relator: Francisco de Assis Carvalho e Silva; Julgamento: 30/04/2003; DJ/PB: 08/06/2003; Agravo de Petição nº 1614/2003; Origem: 2ª Vara do Trabalho de Campina Grande)

ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA.

ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE ACORDO PRÉVIO. PAGAMENTO DEVIDO. Comprovado que o reclamante passou a residir na cidade para o qual fora transferido, e não existindo, na hipótese, qualquer ajuste contratual prévio sobre a possibilidade de transferência, correto o deferimento do adicional questionado, previsto no artigo 469, § 3º, da CLT, desde a data da transferência até a demissão do obreiro, como deferido. **FUNÇÃO DE CHEFIA. EXCEÇÃO DO ART. 62, II, DA CLT. CARACTERIZAÇÃO. HIPÓTESE NEGATIVA.** A simples titulação de “chefe” não é prova suficiente ao reconhecimento do exercício de função de confiança ou de chefia, para fins de enquadramento da regra de exceção disposta no art. 62, inciso II, da CLT. Para sua caracterização, faz-se necessário a constatação simultânea de três circunstâncias: poder de autonomia de decisões, inexistência efetiva de controle de horário e remuneração destacada. Ausente qualquer desses requisitos, está o dito “chefe” sujeito às normas legais atinentes à duração normal da jornada de trabalho. (Ac. nº 74557; Relator: Juiz Edvaldo de Andrade; Julgamento: 10/07/2003; DJ/PB: 19/09/2003; Recurso Ordinário nº 2686/2003; Origem: Vara do Trabalho de Guarabira-PB.

ADVOGADO

ADVOGADO. CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA EM PENA DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. LEGITIMIDADE PARA RECORRER. A condenação solidária do advogado no pagamento de pena imposta a título de litigância de má-fé confere ao profissional direito de interpor recurso. O instituto da litigância de má-fé tem inteira aplicabilidade no processo trabalhista, constituindo-se em instrumento de inegável utilidade para a preservação do princípio da lealdade processual. Comete litigância de má-fé a parte que promove, concomitantemente, ações contra o mesmo empregador, buscando o mesmo pedido. Entretanto a condenação solidária do advogado na referida pena deve ser afastada, porque somente por ação própria pode ser responsabilizado pelo patrocínio da lide temerária (parágrafo único do artigo 32 da Lei nº 8.906/94). Recurso provido em parte para afastar a condenação solidária dos advogados. (Ac. nº 74.031; Relator: Juiz Vicente Vanderlei Nogueira de Brito; Julgamento: 28/05/2003; DJ/PB: 29/07/2003; Recurso ordinário nº 2059/2003; Origem: 4ª Vara do trabalho de João Pessoa-PB.)

ADVOGADO. USO DE GRAVATA. SOLENIDADE DO ATO. EXIGÊNCIA. EXCESSO DE RIGOR. CERCEAMENTO DE DEFESA.

Conquanto o advogado deva trajar-se, em audiência, adequadamente, inclusive com o uso da gravata, ante a natureza solene do ato processual, tal formalidade não pode superar mandamentos máximos aplicáveis ao processo judicial, a exemplo daqueles insertos nos arts. 5º, LV, e 133 da Carta Magna. Assim, a determinação para o advogado sair da Sala de Audiências, em plena instrução processual, impedindo-o de assistir seu constituinte configura cerceamento de defesa, importante em nulidade processual. Ac. nº 74681; Relator: Juiz Edvaldo de Andrade; Julgamento: 17/07/2003; DJ/PB: 20/09/2003; Recurso Ordinário nº 1708/2003; Origem: 5ª Vara do Trabalho de João Pessoa-PB)

AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESTRANCAMENTO DE AGRAVO DE PETIÇÃO INTERPOSTO POR TERCEIRO-EMBARGANTE. INEXIGIBILIDADE DO DEPÓSITO RECURSAL. O depósito recursal, como pressuposto de recorribilidade, é uma exigência processual que não deve obrigar àquele terceiro cuja condição de legítimo proprietário do bem constrito ainda é discutida nos autos, sob pena de obstacular o acesso ao Judiciário e macular o princípio constitucional da ampla defesa (Constituição Federal, art. 5º, LV). (Ac. nº 73.281; Relator: Francisco de Assis Carvalho e Silva; Julgamento: 11/03/2003; DJ/PB: 24/05/

2003; Agravo de Instrumento nº 0268/2003; Origem: Vara do Trabalho de Cajazeiras/PB).

AGRAVO DE PETIÇÃO

AGRAVO DE PETIÇÃO. ARREMATACÃO. PREÇO VIL. A lei não estabelece um critério objetivo para definir o que seja preço vil. Cabe ao julgador, em cada caso concreto, sopesar não apenas a distância entre o preço ofertado e a avaliação, mas também outras variantes, como a situação do mercado, o interesse que o bem desperta e a possibilidade de satisfação integral da dívida. Em se tratando de bem levado diversas vezes à hasta pública, sem atrair licitantes, e considerando que não há outra forma de solucionar a execução que já se arrasta há quase uma década, não é vil o lance que atinge 37% da avaliação. Agravos do exequente e do arrematante providos para julgar subsistente a arrematação (Ac. nº 73.606; Relator: Vicente Vanderlei Nogueira de Brito; Julgamento: 08/05/2003; DJ/PB: 12/06/2003; Agravo de Petição nº 1701/2003; Origem: 4ª Vara do Trabalho de João Pessoa/PB)

AGRAVO DE PETIÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. OPOSIÇÃO FORA DO QÜINQUÍDIO LEGAL. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.180-35/2001. APLICABILIDADE. O TRT da 13ª Região vem entendendo estar em harmonia com a nossa Carta

Constitucional o elastecimento, para 30 dias, do prazo para oferecimento dos embargos à execução, tanto para a fazenda pública quanto para as entidades privadas, levado a efeito pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001. Assim, curvando-me à posição da ilustrada maioria desta Corte, forçoso é reconhecer que, no caso vertente, a resistência do devedor ao procedimento executório foi oposta a tempo. Agravo de petição a que se dá provimento para afastar a intempestividade dos embargos à execução e determinar o retorno dos autos ao Juízo de origem para apreciação do mérito. (Ac. nº 74.623; Relator: Vicente Vanderlei Nogueira de Brito; Julgamento: 02/07/2003; DJ/PB: 28/09/2003; Agravo de Petição nº 0110/2003; Origem: 3ª Vara do Trabalho de Campina Grande/PB).

AGRAVO DE PETIÇÃO. IMPUGNAÇÃO AOS CÁLCULOS. ÍNDICES DE CORREÇÃO MONETÁRIA. APLICAÇÃO. A faculdade prevista no artigo 459 da CLT, que permite o pagamento dos salários até o 5º dia útil do mês subsequente ao vencido, somente favorece o empregador na constância do contrato de trabalho. Assim, se o mesmo não cumpriu voluntariamente com a sua obrigação no prazo legal, e, somente após a condenação judicial é constringido a fazê-lo, não lhe confere a opção de que trata o aludido dispositivo legal, devendo a correção monetária incidir a partir do

dia subsequente ao do vencimento da obrigação. Agravo desprovido. Acórdão nº 74. 281; Relatora: Juíza Ana Nobrega.; Agravo de Petição nº 2591/2003; DJ/PB 26/08/2003; Procedência: 1ª Vara do Trabalho de João Pessoa.

AGRAVO DE PETIÇÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. Não se conhece de recurso em que o recorrente não fundamenta com clareza a causa de sua irresignação e formula pedido de nova decisão. (Ac. nº 72.844; Relator: Francisco de Assis Carvalho e Silva; Julgamento: 12/03/2003; DJ/PB: 27/04/2003; Agravo de Petição nº 0079/2003; Origem: 2ª Vara do Trabalho de Campina Grande/PB).

AGRAVO REGIMENTAL

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. INADEQUAÇÃO. DECISÃO PASSÍVEL DE RECURSO. Na dicção do art. 139 do Regimento Interno deste Regional, o pedido de providências ao Juiz Corregedor restringe-se às situações de procedimento irregular de magistrado de primeiro grau ou de servidor, que possa comprometer, de modo não específico, a distribuição da Justiça ou o conceito da magistratura trabalhista. A discussão acerca de pretensão error in procedendo atribuído ao juiz de primeiro instância, por dispensar o depoimento de preposto e a oitiva de testemunhas, não se insere em tal contexto, afigurando-se

inadequada ao manejo do referido instrumento saneador, mormente por se tratar de ato passível de ser corrigido mediante recurso ordinário. Correto, portanto, o despacho que indeferiu liminarmente o pedido de providências, ante a sua manifesta impropriedade ao caso sob exame. Agravo regimental não provido. (Ac. nº 73.241; Relator: Francisco de Assis Carvalho e Silva; Julgamento: 08/04/2003; DJ/PB: 16/05/2003; Agravo Regimental nº 0590/2003; Origem: TRT 13ª Região;

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO RESCISÓRIA. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. Só convém antecipar os efeitos da tutela, para conferir efeito suspensivo à ação rescisória, quando haja prova inequívoca da sua conveniência, e se convença o Juízo, da verossimilhança da alegação, e, assim mesmo, em casos excepcionalíssimos. Verificando o Juiz não haver necessário respaldo para concessão da tutela requerida, visando a suspensão dos efeitos práticos da sentença, aquela deve ser negada. Agravo desprovido. (Acórdão nº 74677; Relator: Juiz Ruy Eloy; Julgamento: 08/07/2003; DJ/PB: 25/09/2003; Agravo Regimental nº 2482/2003; Origem: 4ª Vara do Trabalho de João Pessoa/PB).

AGRAVO REGIMENTAL. JUROS DE MORA. ATUALIZAÇÃO DE PRECATÓRIO. Devida a atualização monetária dos valores de débitos

constantes de precatórios judiciais até a data do efetivo pagamento nos termos do § 1º, do artigo 100, da CF/88. Agravo Regimental a que se nega provimento. (Acórdão nº 74435; Relator: Juiz Ruy Eloy; Julgamento: 17/06/2003; DJ/PB: 22/08/2003; Agravo Regimental nº 3122/2003; Origem: TRT).

ASSISTENCIA JUDICIÁRIA GRATUITA

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. CONCESSÃO AO EMPREGADOR. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA DESERÇÃO. O benefício da assistência judiciária gratuita, previsto no art. 789, § 9º, da CLT, tem por destinatário o trabalhador hipossuficiente, cuja situação econômica não lhe permite demandar sem prejuízo do sustento próprio ou da família. No entanto, não se pode aplicar ao empregador recorrente a deserção do apelo, tendo em vista haver sido dispensado do pagamento das custas pelo Juízo de 1º grau. Militam, em favor do apelante, a boa-fé e a crença na validade das decisões judiciais. (Acórdão nº 74694; Relator: Juiz Ruy Eloy; Julgamento: 10/07/2003; DJ/PB: 28/09/2003; Recurso Ordinário nº 2970/2003; Origem: 1ª VT de João Pessoa/PB).

AUTARQUIA MUNICIPAL.

AUTARQUIA MUNICIPAL. EMPREGADO ADMITIDO SEM

PRESTAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. CONTRATO NULO. A admissão de pessoal por autarquia Municipal após a promulgação da Constituição Federal de 1988, sem prévia submissão e aprovação em concurso público, encontra óbice no art. 37, inciso II, e § 2º, da Carta Magna, sendo devidos unicamente os salários retidos referentes aos dias efetivamente trabalhados, segundo a contraprestação pactuada. Não havendo pleito neste sentido, resta improcedente a Reclamação. Recurso improvido. (Acórdão nº 74353; Relator: Juiz Ruy Eloy; Julgamento: 11/06/2003; DJ/PB: 27/08/2003; Recurso Ordinário nº 2336/2003; Origem: 4ª VT de João Pessoa/PB).

COISA JULGADA

COISA JULGADA. INOCORRÊNCIA. Exurgindo dos autos que os pedidos aviados nas ações correlatas são diversos, não há que se cogitar do instituto da coisa julgada em relação à última, eis que para a sua configuração, imprescindível se mostra a tríplíce identidade, de parte, pedido e causa de pedir, esta consistente no fato material que o autor elege como o produtor do efeito jurídico alegado. Descaracterizado o instituto, ainda que em parte, devem os autos retornar à instância originária, para análise dos demais aspectos da demanda, sob pena de supressão de instância, ficando

sobrestada a apreciação das outras questões ventiladas no recurso da parte a quem aproveita a decisão, bem como o apelo do ex adverso. (Ac. nº 72534; Relator: Juiz Edvaldo de Andrade; Julgamento: 18/02/2003; DJ/PB: 10/04/2003; Recurso Ordinário nº 6713/2002; Origem: 4ª Vara do Trabalho de João Pessoa-PB).

COMPETÊNCIA

COMPETÊNCIA. AFERIÇÃO. A competência em razão da matéria deve ser aferida nos planos lógico e abstrato, a partir da simples leitura da petição inicial, de modo que, se o pedido e a causa de pedir revelam a existência de uma relação preconizada pela CLT, é o que basta para firmar-se a competência da Justiça do Trabalho, à luz do art. 114 da Constituição Federal.

TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA. ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR. O ente público, na condição de real beneficiário da prestação laboral exercida pelo empregado, responde pelo adimplemento das obrigações trabalhistas, subsidiariamente, em decorrência de culpa in eligendo e in vigilando, posto que cabia-lhe aferir a idoneidade financeira deste último, sendo apenas exigido que tenha participado da relação processual e figure no título executivo judicial, nos termos do Enunciado nº 331, inciso IV, do C. TST. (Ac. nº 74558; Relator: Juiz

Edvaldo de Andrade; Julgamento: 10/07/2003; DJ/PB: 16/09/2003; Recurso Ordinário nº 3042/2003; Origem: 5ª Vara do Trabalho de João Pessoa-PB).

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. DESCONSIDERAÇÃO. LESÃO AO INSS. CARACTERIZAÇÃO. Tratando-se de acordo firmado em torno de verbas pleiteadas em razão de relação de trabalho desenvolvida entre os recorridos, em que ficou estabelecido o recolhimento de contribuições previdenciárias incidentes sobre o valor do acordo, não pode o juízo, a posteriori, considerando o caráter indenizatório das parcelas acordadas, afastar a incidência de exação social, sob pena de frustrar direitos de terceiros (INSS), com ofensa ao ordenamento jurídico pátrio. Recurso provido parcialmente. (Ac. nº 74658; Relator: Juiz Edvaldo de Andrade; Julgamento: 17/07/2003; DJ/PB: 20/09/2003; Recurso Ordinário nº 3396/2003; Origem: 1ª Vara do Trabalho de Campina Grande-PB)

CUSTAS

CUSTAS JUDICIAIS. ENTE PÚBLICO MUNICIPAL. ISENÇÃO. Tratando-se o reclamado de ente público municipal, impõe-se a isenção do mesmo ao pagamento das custas judiciais, em

consonância com o disposto no art. 790-A, acrescido à Consolidação das Leis do Trabalho pela Lei 10.537/2002. Remessa necessária parcialmente provida. (Acórdão nº 74.304; Relatora: Juíza Ana Nobrega; Recurso Ordinário nº 2240/2003; DJ/PB 22/08/2003; Procedência: 1ª Vara do Trabalho de Campina Grande).

DANO MORAL

DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO. O dano moral, por atingir bens incorpóreos, inerentes à pessoa do ofendido, requer prova da efetiva existência da lesão. A falsidade ideológica em recibos de pagamentos de parcelas salariais, patrocinadas pelo empregador e detectadas em juízo, ainda que se constitua em reprovável ato ilícito, não caracteriza hipótese ensejadora de condenação do empregador em indenização por danos morais, mormente quando o referido fato ficou limitado aos autos da demanda em que houve sua discussão e ela foi encerrada por conciliação entre as partes. Recurso desprovido. (Ac. Nº 74758; Relator: Juiz Edvaldo de Andrade; Julgamento: 23/07/2003; DJ/PB: 28/09/2003; Recurso Ordinário nº 3458/2003; Origem: 1ª Vara do Trabalho de Campina Grande-PB).

DANO MORAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. Não configura hipótese de dano moral a acusação patronal que não se desdobre em um cenário de desgosto e contrariedade decorrente da depreciação da imagem do empregado perante o meio profissional ou social. Não se cogita de tal circunstância se tudo sucedeu sem que as testemunhas, por exemplo, pudessem anotar qualquer forma de desprestígio correlato ao trabalhador. A situação, ainda que injusta, não reclama reparação nos termos do artigo 5º, V e X, da Constituição da República. Recurso ordinário a que se nega provimento. (Acórdão nº 74.632; Relatora: Juíza Ana Nobrega; Recurso Ordinário nº 2635/2003; DJ/PB 20/09/2003; Procedência: 2ª Vara do Trabalho de João Pessoa).

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA.

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. PRECLUSÃO PRO JUDICATO. Questão definitivamente decidida no curso do processo não comporta rediscussão, eis que, “embora não se submetam as decisões interlocutórias ao fenômeno da coisa julgada material, ocorre frente a elas a preclusão, de que defluem conseqüências semelhantes às da coisa julgada formal” (Humberto Theodoro Júnior). (Ac. Nº 74674; Relator: Juiz Edvaldo de Andrade; Julgamento: 15/07/2003; DJ/PB: 25/09/2003; Agravo de Petição nº 2716/2003; Origem: 3ª Vara do Trabalho de João Pessoa-PB;

DEPOSITÁRIO INFIEL.

DEPOSITÁRIO INFIEL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. A lei rotula de depositário a pessoa a quem é atribuída a guarda e a conservação de bem penhorado. Dispõe, o Código Civil ser obrigação do depositário agir para com o bem com o cuidado e a diligência que costuma ter com o que lhe pertence, bem como a restituí-lo com todos os frutos e acrescidos, quando o exija o depositante (art. 629 CC). Outrossim, considera-se infiel o depositário que se recusa a entregar os bens ao arrematante, ao adjudicatário ou a quem o Juiz determinar. Portanto, inexistindo nos autos determinação judicial expressa nesse sentido, não há como enquadrar o depositário como infiel e, por conseguinte, determinar a sua prisão nos termos do art. 5º, LXVII, da CF, mormente quando este já peticionara ao Juiz da Execução renunciando ao encargo que lhe fora confiado por se haver desligado da empresa executada, e o Magistrado já houvera determinado a nomeação de uma outra pessoa para esse encargo. (Acórdão nº 74894; Relator: Juiz Ruy Eloy; Julgamento: 23/07/2003; DJ/PB: 08/10/2003; Agravo de Petição nº 3307/2003; Origem: 1ª VT de João Pessoa/PB).

DIFERENÇA SALARIAL

DIFERENÇA SALARIAL. QUADRO DE CARREIRA NÃO HOMOLOGADO POR ÓRGÃO COMPETENTE. IMPOSSIBILIDADE. Não se acolhe pedido de diferença salarial que se funda em Quadro de Carreira não homologado pelo órgão competente, em face da eneficácia da norma a que se pretendeu dar valor. FGTS. PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA. DEPÓSITOS. NÃO-RECOLHIMENTO DE FORMA INTEGRAL. DEFERIMENTO. Os depósitos do FGTS estão sujeitos à prescrição trintenária, a teor do Enunciado nº 95 do C. TST, e são devidos ao obreiro quando não forem regularmente efetuados pela empresa na sua conta vinculada, no decorrer do contrato de emprego. Consequentemente, impõe-se ao empregador, a obrigação correlata de promover a sua integral regularização. Recurso da reclamante parcialmente provido. (Acórdão nº 74347; Relator: Juiz Ruy Eloy; Julgamento: 12/06/2003; DJ/PB: 14/09/2003; Recurso Ordinário nº 0156/2003; Origem: 5ª VT de João Pessoa/PB).

DEBITO PREVIDENCIÁRIO

DÉBITO PREVIDENCIÁRIO. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA. LEGISLAÇÃO PECULIAR À MATÉRIA. Nos termos do disposto no artigo 34, caput e parágrafo único da Lei

8.812/91, bem como do § 5º do art. 205 do Decreto 3.048/99, é devida a incidência de juros de mora sobre as parcelas previdenciárias não adimplidas nas épocas próprias. Agravo de petição desprovido. (Acórdão nº 74.637; Relatora: Juíza Ana Nobrega; Agravo de Petição nº 2350/2003; DJ/PB 20/09/2003; Procedência: 4ª Vara do Trabalho de João Pessoa).

DEMISSÃO ILEGAL

ILEGALIDADE DA DEMISSÃO. SENTENÇA MANTIDA. Deve ser mantida a sentença que não reconhece a legalidade da demissão executada por Decreto Municipal, em desobediência aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV, da CF). **CUSTAS PROCESSUAIS. MUNICÍPIO. ISENÇÃO.** Nos termos do art. 790-A, I, da CLT, acrescido pela Lei nº 10.537, de 27.08.2002, encontra-se isento o Município do pagamento de custas processuais, merecendo reforma a sentença, a fim de observar-se este comando legal. (Ac. nº 74665; Relator: Juiz Edvaldo de Andrade Julgamento: 15/07/2003; DJ/PB: 20/09/2003; Remessa Ex Officio nº 2423/2003; Origem: Vara do Trabalho de Guarabira-PB).

DISSÍDIO COLETIVO

DISSÍDIO COLETIVO. JULGAMENTO DE CLÁUSULA CONTROVERTIDA. Ocorrendo controvérsia quanto a cláusula proposta pela categoria profissional em instrumento coletivo, exsurge o poder normativo desta Justiça Especializada em julgar o seu conteúdo à luz dos princípios basilares do Direito Material do Trabalho, da equidade e dos fatores sócio-econômicos que circundam as partes, nada impedindo a concessão de reajuste salarial, desde que esgotadas todas as possibilidades de autocomposição. (Relator: Juiz Assis Carvalho; Julgamento: 15/05/2003); Publicado 14/06/2003; **DISSÍDIO COLETIVO** nº 1269/2003; Procedência: TRT 13ª Região.

DISSÍDIO COLETIVO. JULGAMENTO DE CLÁUSULA CONTROVERTIDA. Ocorrendo controvérsia quanto a cláusula proposta pela categoria profissional em instrumento coletivo, exsurge o poder normativo desta Justiça Especializada em julgar o seu conteúdo à luz dos princípios basilares do Direito Material do Trabalho, da equidade e dos fatores sócio-econômicos que circundam as partes, nada impedindo a concessão de reajuste salarial, desde que esgotadas todas as possibilidades de autocomposição. (Ac. nº 73.767; Relator: Francisco de Assis Carvalho e

Silva; Julgamento: 15/05/2003; DJ/PB: 14/06/2003; Dissídio Coletivo nº 1269/2003; Origem: TRT 13ª Região).

DOENÇA PROFISSIONAL

DOENÇA PROFISSIONAL. LESÃO POR ESFORÇO REPETITIVO LER/DORT.

NEXO CAUSAL ENTRE A DOENÇA E A ATIVIDADE EXERCIDA PELO OBREIRO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. REINTEGRAÇÃO. Restando patente nos autos, inclusive mediante perícia técnica, não apenas a existência da enfermidade, como também o nexo causal existente entre a doença e a atividade exercida pela obreira, não há como negar-lhe o direito à estabilidade provisória preconizada no artigo 118 da lei 8.213/91, sob o argumento de que a mesma não percebia o auxílio acidentário da Previdência Social. Destarte, sendo detentora de estabilidade, não poderia a obreira ter sido demitida injustificadamente, razão por que convém que seja reintegrada à empresa com todas as vantagens que, em sua ausência, tenham sido asseguradas à categoria, bem como o pagamento dos salários que deixou de perceber. (Acórdão nº 75500; Relator: Juiz Ruy Eloy; Julgamento: 11/09/2003; DJ/PB: 21/10/2003; Recurso Ordinário nº 3853/2003; Origem: 1ª VT de Campina Grande/PB).

EMBARGOS À EXECUÇÃO

EMBARGOS À EXECUÇÃO. PRAZO LEGAL. LEI 9.494/97. Perante a inequívoca literalidade do artigo 1º-B da Lei 9.494/97, conclui-se que é de trinta dias o prazo para a interposição de embargos à execução, seja para o particular ou para o Poder Público, eis que a referida legislação não faz distinção acerca de sua incidência. Agravo de petição provido. (Acórdão nº 74.790; Relatora: Juíza Ana Nóbrega; Agravo de Petição nº 4086/2003; DJ/PB: 11/10/2003; Procedência: 6ª Vara do trabalho de João Pessoa;

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. ACOLHIMENTO. EFEITOS MODIFICATIVOS. NULIDADE PROCESSUAL AFASTADA. APRECIÇÃO DAS QUESTÕES RECURSAIS REMANESCENTES. Na dicção do art. 897-A da CLT, admite-se efeito modificativo da decisão nas hipóteses de omissão e contradição no julgado e manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso. No caso vertente, constata-se que o acórdão objurgado restou omissos sobre ponto relevante da controvérsia, concernente à contagem dos prazos processuais (inexistência de expediente nas unidades jurisdicionais em razão de greve dos seus servidores), que resultou em equivocada

declaração de nulidade processual, atribuída a error in procedendo do Juízo a quo, que, na verdade, inexistiu. Ante tal constatação, e tendo em vista a plenitude da prestação jurisdicional, devem ser acolhidos os declaratórios opostos pela reclamada, a fim de que, conferindo-se-lhes efeitos modificativos, sejam apreciadas e julgadas as demais questões remanescentes constantes do recurso do autor. (Ac. nº 73.800; Relator: Francisco de Assis Carvalho e Silva; Julgamento: 14/05/2003; DJ/PB: 19/07/2003; Embargos de Declaração nº 0701/2003; Origem: 3ª Vara do Trabalho de João Pessoa/PB).

EMBARGOS DE TERCEIRO

EMBARGOS DE TERCEIRO. COMPROVAÇÃO DA PROPRIEDADE DOS BENS ATRAVÉS DE NOTA FISCAL. Não se presta a comprovar a propriedade de bem móvel a nota fiscal emitida por firma com atividade totalmente diversa dos bens comercializados, com evidentes sinais de negócio simulado. (Relator: Juiz Assis Carvalho; Julgamento: 07/05/2003; Publicado: 07/08/2003; Agravo de Petição nº 421/2003).

ERRO MATERIAL.

CÁLCULOS DE LIQUIDAÇÃO. OPORTUNIDADE PARA IMPUGNAÇÃO. INÉRCIA DA EXECUTADA UNIÃO FEDERAL.

PRECLUSÃO. OCORRÊNCIA. Ofertado à União Federal prazo para manifestar-se sobre a conta apresentada pelos exequentes, e mantendo-se inerte, não lhe é mais permitido impugná-la após a homologação, pois incidente à hipótese o instituto da preclusão, do qual não está imune a Fazenda Pública. **ERRO MATERIAL. CORREÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE.** Erro de conta não adquire força vinculativa de res judicata, devendo, quando detectado, a qualquer tempo, ser prontamente corrigido, de ofício ou a requerimento da parte interessada. Agravo parcialmente provido. (Ac. nº 74659; Relator: Juiz Edvaldo de Andrade; Julgamento: 15/07/2003; DJ/PB: 20/09/2003; Agravo de Petição nº 2968/2003; Origem: 3ª Vara do Trabalho de João Pessoa-PB)

EQUIPARAÇÃO SALARIAL

EQUIPARAÇÃO SALARIAL. DESVIO DE FUNÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO. A identidade de função de que trata o artigo 461, da Consolidação das Leis do Trabalho, não está adstrita à nomenclatura e sim à identidade de atribuições de trabalho. Logo, se não restou indubitavelmente comprovado que o reclamante exercia funções típicas de profissional, por ele indicadas, inviável se afigura a concessão do pedido. Recurso do reclamante a que se nega provimento. (Ac. nº 74.416; Rel. Juiz Vicente

Vanderlei Nogueira de Brito; Julgamento: 02/07/2003; DJ/PB: 19/09/2003; Recurso Ordinário nº 2674/2003; Recurso Ordinário nº 2674/2003).

ESTÁGIO

CONTRATAÇÃO DE ESTAGIÁRIO. DESRESPEITO À REGULAMENTAÇÃO PERTINENTE. CONFIGURAÇÃO DE CONTRATO DE TRABALHO SUBORDINADO. EFEITOS. ANOTAÇÃO DA CTPS. DEPÓSITOS FUNDIÁRIOS NÃO ADIMPLIDOS. Não merece reforma a sentença de 1º grau que, tendo reconhecido a existência de vínculo empregatício entre as partes, por descaracterização de contrato de estágio, condena a reclamada a retificar a CTPS da autora, bem como, a pagar-lhe os depósitos fundiários não comprovados, de acordo com a legislação pertinente. Remessa Necessária não provida. (Acórdão nº 73111; Relator: Juiz Ruy Eloy; Julgamento: 02/04/2003; DJ/PB: 05/07/2003; Remessa Ex Officio nº 0814/2003; Origem: VT de Guarabira/PB).

EXECUÇÃO

AGRAVO DE PETIÇÃO. EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PAGAMENTO DE SALÁRIO. MEIO DE PROVA. Em face do princípio da proteção, é necessário que o pagamento da contraprestação financeira pelo

dispêndio da força de trabalho do obreiro seja feito de modo idôneo, a fim de que não parem dúvidas acerca de sua quitação. Da simples leitura do art. 464 da CLT, exsurtem os meios legais que, por excelência, prestam-se a comprovar o adimplemento de verbas salariais: mediante recibo ou comprovante de depósito bancário. Não tendo o recorrente colacionado aos autos qualquer elemento capaz de elidir sua recalcitrância, embora lhe tenham sido asseguradas todas as oportunidades de defesa durante o iter processual, considera-se a obrigação como não cumprida, incidindo a multa diária cominada, até que a parte prove a adequação de sua conduta ao comando sentencial, através dos meios legalmente fixados. (Ac. nº 74669; Relator: Juiz Edvaldo de Andrade; Julgamento: 17/07/2003; DJ/PB: 06/06/2003; Agravo de Petição nº 1281/2003; Origem: 2ª Vara do Trabalho de João Pessoa-PB)

EXECUÇÃO. BENS PASSÍVEIS DE CONSTRUÇÃO NÃO LOCALIZADOS. CONVÊNIO BACEN/TST. APLICAÇÃO. Ante o insucesso do exequente em localizar bens do executado a garantir o crédito que lhe é devido e do irrefragável interesse desta Especializada em ultimar a execução, legítima é a pretensão obreira, com suporte no convênio BACEN/TST, em requerer o rastreamento, bloqueio e penhora de créditos, até o limite do valor atualizado da execução, eventualmente

existentes na rede bancária nacional em nome da empresa executada ou de seus sócios. (Ac. nº 74661; Relator: Juiz Edvaldo de Andrade; Julgamento: 15/07/2003; DJ/PB: 20/09/2003; Agravo de Petição nº 3159/2003; Origem: 6ª Vara do Trabalho de João Pessoa-PB)

EXECUÇÃO. PENHORA ON LINE. SISTEMA BANCEN-JUD. CONVÊNIO FIRMADO ENTRE O C. TST E BANCO CENTRAL. VIABILIDADE DO PROCEDIMENTO. PRIMAZIA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. DEFERIMENTO. É do exequente a responsabilidade de localizar bens do devedor, capazes de satisfazer a execução. Todavia, comprovado que todas as diligências realizadas pelo credor foram infrutíferas ou que os bens apresentados e penhorados não foram arrematados, em face da ausência de interesse público, culminando com o envio dos autos ao arquivo provisório, o Juízo da Execução, outorgando efetividade à prestação jurisdicional, pode e deve acolher o pedido do exequente de expedição de ofício ao Banco Central do Brasil, com o desiderato de localizar contas ou aplicações financeiras e similares do executado. A viabilidade da consulta em comento, consolidou-se com celebração de convênio entre o C. TST e o BANCEN para acesso ao sistema Bancen-Jud, ao qual essa Corte aderiu, permitindo à Justiça do Trabalho a

realização de penhora on-line através do referido procedimento. Agravo de Petição provido. (Acórdão nº 74.717; Relatora: Juíza Ana Nóbrega.; Agravo de Petição nº 3084/2003; DJ/PB 20/09/2003; Procedência: 6ª Vara do Trabalho de João Pessoa.

GARÇOM

GARÇOM. REMUNERAÇÃO CONSTITUÍDA UNICAMENTE DE GORJETAS. IMPOSSIBILIDADE. O artigo 457 da CLT, ao estabelecer que “compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber”, fixa, com uma clareza solar, a acessoriedade da espórtula, que, embora integre o complexo remuneratório, não se constitui em salário stricto sensu. Por outro lado, a norma é expressa quando determina que este deve ser pago diretamente pelo empregador, atribuindo àquela natureza meramente complementar, um plus salarial, motivo pelo qual não pode o empregador remunerar o empregado apenas com gorjetas. Assim, independente destas, faz jus o obreiro ao pagamento do salário profissional. Recurso parcialmente provido. (Ac. Nº 75285; Revisor Designado: Juiz Edvaldo de Andrade; Julgamento: 20/11/2001; DJ/PB: 25/09/2003; Recurso Ordinário nº 3953/2003; Origem: 5ª Vara do Trabalho de João Pessoa-PB;

HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO

HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. SUPRESSÃO DE VERBAS SALARIAIS. 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 formuladas no petitum. Suprimir títulos de natureza salarial, por ocasião da celebração do acordo, resulta em prejuízo de arrecadação à Previdência Social, que não participou da avença e não deve sofrer essa lesão ao seu direito. (Acórdão nº 74350; Relator: Juiz Ruy Eloy; Julgamento: 11/06/2003; DJ/PB: 27/08/2003; Recurso Ordinário nº 2222/2003; Origem: 1ª VT de Campina Grande/PB).

HORAS EXTRAS

HORAS EXTRAS. CONTROLES DE FREQUÊNCIA INVIABILIDADE DE APRESENTAÇÃO PELA RECLAMADA. PROVA TESTEMUNHAL CONVINCENTE DA RECLAMANTE. DEFERIMENTO. O fato de não ter sido processualmente viável a apresentação dos controles de frequência pela reclamada não implica, por si só, óbice para o deferimento das horas extraordinárias perseguidas pela autora na exordial, mormente quando aprova testemunhal arrolada pela demandante, embora única, confirma, de

forma expressa e contundente, o labor extraordinário da obreira. (Acórdão nº 74438; Relator: Juiz Ruy Eloy; Julgamento: 17/06/2003; DJ/PB: 20/09/2003; Recurso Ordinário nº 2535/2003; Origem: 4ª VT de João Pessoa/PB)

HONORÁRIOS PERICIAIS

HONORÁRIOS PERICIAIS. ÔNUS. JUSTIÇA GRATUITA. ART. 790-B DA CLT. A despeito da regra talhada no art. 790-B da CLT, que estabelece a isenção do ônus relativo aos honorários periciais pela parte sucumbente, quando esta for beneficiária da Justiça gratuita, é certo que não se pode desconsiderar o trabalho do profissional auxiliar do juízo, sob pena de incorrer-se em nítida afronta ao fundamento constitucional que assegura a valorização social do trabalho. Ao dispositivo legal em questão impõe-se conferir exegese teleológica e sistemática, mormente para que sejam evitadas distorções e abuso no direito de postular em juízo. Assim, nos termos do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, forçoso reconhecer que o novel dispositivo da CLT apenas atinge os fins sociais a que se dirige em situações extremas, nas quais a parte beneficiária da Justiça gratuita nada tem a receber da parte adversa, e, portanto, não pode, de fato, arcar com as despesas do exame pericial em que for sucumbente. No caso em exame, tendo o reclamante, beneficiário da Justiça gratuita, créditos a receber do seu ex-empregador, não se

pode isentá-lo de pagar os honorários decorrentes do exame em que saiu perdedor. Correto, portanto, o Juízo a quo ao impor tal ônus ao autor, merecendo tão-somente ser reduzido o quantum fixado na sentença, a fim de adequá-lo à realidade do autos (princípio da razoabilidade). Recurso do reclamante parcialmente provido. DOMINGOS E FERIADOS LABORADOS. OCORRÊNCIA DE FOLGAS COMPENSATÓRIAS. Hipótese em que os documentos adunados ao processo revelam a ocorrência de folga compensatória relativa a alguns domingos e feriados laborados, devendo o pagamento em dobro restringir-se apenas aos dias de descanso não compensados. Exegese do entendimento contido no Precedente nº 93 da SDI do TST. Recurso da reclamada parcialmente provido. (Ac. nº 73.698; Relator: Francisco de Assis Carvalho e Silva; Julgamento: 08/05/2003; DJ/PB: 12/08/2003; Recurso Ordinário nº 1660/2003; Origem: 6ª Vara do Trabalho de João Pessoa/PB).

HONORÁRIOS PERICIAIS. EXCLUSÃO DO PAGAMENTO. GRATUIDADE JUDICIÁRIA. Nos termos do art. 790 – B da CLT, com redação dada pela Lei de nº 10537, de 27.08.2002, cabe à parte sucumbente, na pretensão objeto da perícia, a responsabilidade pelo adimplemento dos correspondentes honorários, salvo se beneficiária de justiça gratuita. Recurso

parcialmente provido. (Acórdão nº 75328; Relator: Juiz Ruy Eloy; Julgamento: 26/08/2003; DJ/PB: 14/11/2003; Recurso Ordinário nº 3983/2003; Origem: 6ª VT de João Pessoa/PB).

INSS

INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. AUTARQUIA FEDERAL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENUNCIADO 331 DO C. TST - Resolução nº 96/00. As Autarquias Federais, Estaduais e Municipais estão incluídas no rol contido no Enunciado nº 331 do C. TST alterado pela Resolução nº 96/00 de 18.09.2000. Portanto, quando na condição de tomadoras de serviço, responderão subsidiariamente pelo inadimplemento do empregador quanto às obrigações trabalhistas, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial. (Acórdão nº 74800; Relator: Juiz Ruy Eloy; Julgamento: 16/07/2003; DJ/PB: 08/10/2003; Remessa Ex Officio nº 3315/2003; Origem: 1ª VT de João Pessoa/PB).

JUSTA CAUSA

JUSTA CAUSA. NÃO-CONFIGURAÇÃO. É do empregador o ônus da prova quanto ao enquadramento da dispensa nas hipóteses previstas no Art. 482 da CLT. A mera existência de indícios, torna apenas possível a prática

do delito pelo empregado mas não se reveste da robustez necessária à aplicação da pena. A quebra de fidúcia entre empregado e empregador carece, portanto, de prova irrefutável, por trazer consigo mácula irreparável à boa imagem profissional do trabalhador. No caso em apreço, ausente prova cabal da prática de ato ilícito pelo empregado, impõe-se a reforma da sentença que acatou a justa causa pregada pela defesa. Recurso parcialmente provido. (Ac. nº 75.035; Revisor: Vicente Vanderlei Nogueira de Brito; Julgamento: 14/08/2003; DJ/PB: 29/10/2003; Recurso Ordinário nº 2636/2003; Origem: 3ª Vara do Trabalho de João Pessoa/PB).

FALTA GRAVE. IMPROBIDADE E MAU PROCEDIMENTO. ADULTERAÇÃO DE ATESTADO MÉDICO. CONFIGURAÇÃO. Há verdadeiro motivo para a ruptura contratual, por justa causa (CLT, art. 482, alíneas “a” e “b”), quando a empregada, ardilosamente, adultera um atestado médico, para ser favorecida com afastamento superior ao que lhe fora efetivamente concedido, uma vez que se quebra o elemento fidúcia, essencial à existência da relação de emprego, mormente diante da confissão real da empregada infratora. Recurso obreiro desprovido. INTERVALO INTRAJORNADA INSUFICIENTE. HORAS EXTRAS E ADICIONAL DEVIDOS. Evidenciada nos autos a insuficiência do intervalo intrajornada

concedido à autora, são-lhe devidos como extra, além do adicional legal, os minutos faltantes, a teor do que dispõe o art. 71, § 4º, da CLT e entendimento consolidado em jurisprudência corrente do Colendo TST (v.g. ERR 797856/2001). (Ac. nº 74656; Relator: Juiz Edvaldo de Andrade; Julg.: 10/07/2003; DJ/PB: 28/09/2003; Recurso Ordinário nº 3240/2003; Origem: 6ª Vara do Trabalho de João Pessoa – PB).

JUSTIÇA GRATUITA

JUSTIÇA GRATUITA. REPRESENTAÇÃO TÉCNICA POR ADVOGADO PARTICULAR. NÃO AFASTAMENTO DO BENEFÍCIO. Nos termos do artigo 789-B, § 3º, o benefício da justiça gratuita haverá de ser conferido a todos aqueles que, sob as penas da lei, declararem que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou do de sua família. Em face de tal declaração, presume-se o estado de pobreza. O simples fato de o trabalhador achar-se tecnicamente representado por advogado particular não elide tal presunção. É que, na Justiça do Trabalho, a advocacia, em favor do empregado, é, no mais das vezes, uma atividade de risco, em que o causídico somente recebe os seus honorários caso o seu constituinte seja vencedor na demanda. Daí a assertiva supra de que a assistência por advogado particular não tem o condão, por si só, de afastar o

estado de pobreza. Recurso parcialmente provido. (Ac. nº 7.479; Relator: Vicente Vanderlei Nogueira de Brito; Julgamento: 02/07/2003; DJ/PB: 19/09/2003; Recurso Ordinário nº 2768/2003; Origem: 4ª Vara do Trabalho de João Pessoa/PB).

MANDADO DE SEGURANÇA

MANDADO DE SEGURANÇA. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO. Destina-se o Mandado de Segurança a proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça (Lei nº 1.533, de 31.12.1951, art. 1º). No caso, a autoridade coatora ateu-se aos critérios de cautela e prudência dos interesses em conflito, já que existe muita controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre o direito de as empresas públicas rescindirem os contratos dos seus empregados sem justa causa, da mesma forma que o fazem as empresas privadas, não podendo o julgador do mandamus dizer que essa decisão indeferitória é ilegal ou abusiva. Segurança denegada. (Ac. nº 73.718; Relator: Vicente Vanderlei Nogueira de Brito; Julgamento: 14/05/2003; DJ/PB: 05/07/2003; Mandado de Segurança nº 0013/2003; Origem: 6ª Vara do Trabalho de João Pessoa/PB).

MANDADO DE SEGURANÇA. INFORMAÇÕES DA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA. MALFERIMENTO DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO IMPETRANTE. Tendo a autoridade apontada como coatora confirmado, nas informações de estilo, o malferimento do direito líquido e certo do impetrante, concede-se a segurança para reformar o despacho vergastado. **SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.** (Acórdão nº 74311; Relator: Juiz Ruy Eloy; Julgamento: 10/06/2003; DJ/PB: 28/08/2003; Mandado de Segurança nº 1099/2003; Origem: VT de Itaporanga/PB).

MULTA

MULTA DE 40% SOBRE O FGTS. DIFERENÇA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. A prescrição para reclamar as diferenças da multa de 40% do FGTS, em decorrência da correção monetária aplicada sobre o valor total dos depósitos fundiários existentes à época da rescisão contratual, começa a fluir da data em que se reconheceu o direito à atualização dos depósitos, precisamente a partir do trânsito em julgado de decisão judicial ou da edição da Lei Complementar nº 110/2001. **FGTS. MULTA DE 40%. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. LEI COMPLEMENTAR Nº 110/01. EFEITO.** A multa de 40% sobre o FGTS é encargo de exclusiva responsabilidade

do empregador e incide sobre o montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada do obreiro durante a vigência do contrato, atualizados monetariamente e acrescidos dos respectivos juros (Lei nº 8.036/90, art. 18, § 1º). Daí porque, reconhecido legalmente erro na compensação inflacionária da base de cálculo da referida multa, ainda que posteriormente à rescisão contratual, incumbe ao empregador a obrigação de pagar a diferença resultante da mencionada recomposição. Recurso desprovido. (Ac. Nº 72284; Revisor Designado: Juiz Edvaldo de Andrade; Julgamento: 03/09/2003; DJ/PB: 28/09/2003; Recurso Ordinário nº 4092/2003; Origem: 3ª Vara do Trabalho de João Pessoa-PB).

NULIDADE

NULIDADE PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO À PARTE. NÃO CONFIGURAÇÃO. Em se tratando de nulidades, o artigo 794 da Consolidação consagra o princípio do prejuízo da parte, como requisito básico indispensável para a declaração da nulidade do ato jurídico. Tal prejuízo, todavia, deve ser manifesto, de ordem processual e inerente à defesa da parte. Portanto, inexistindo prova de prejuízo processual causado à parte em decorrência do ato praticado, não há nulidade a ser declarada. (Acórdão nº 75509; Relator: Juiz Ruy Eloy; Julgamento: 21/11/2003; DJ/PB: 02/09/

2003; Agravo de Petição nº 2867/2003; Origem: VT de Itabaiana/PB)

PDV

PLANO DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA. TRANSAÇÃO COM EFEITOS DE COISA JULGADA. INOCORRÊNCIA. A adesão ao programa de desligamento voluntário não se enquadra no conceito de transação extrajudicial e tampouco retira do empregado o direito de ação, visando ao pagamento de possíveis créditos que lhe foram sonogados pelo empregador. Entendimento pacificado pela Orientação Jurisprudencial 270 da Seção de Dissídios Individuais (SDI -1) do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso a que se nega provimento (Ac. nº 73.180; Relator: Francisco de Assis Carvalho e Silva; Julgamento: 01/04/2003; DJ/PB: 20/05/2003; Recurso Ordinário nº 0680/2003; Origem: 5ª Vara do Trabalho de João Pessoa).

PRESCRIÇÃO

PRESCRIÇÃO. DESVIO DE FUNÇÃO. INFRAÇÃO CONTINUADA DO CONTRATO DE TRABALHO. Hipótese em que a pretensão diz respeito ao pagamento de diferenças salariais decorrentes de suposto desvio de função, consistindo este em infração continuada do contrato de trabalho, sendo inaplicável, pois, a prescrição extintiva do direito.

Incidência da orientação contida no Enunciado 275 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho e do comando insculpido no art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal, donde se conclui que a prescrição a ser aplicada ao caso é a quinquenal. Recurso da autora parcialmente provido, para, afastando a prescrição total do direito de ação, determinar o retorno dos autos à Vara de origem para apreciação dos demais aspectos da demanda. (Ac. nº 72.585 Relator: Francisco de Assis Carvalho e Silva; Julgamento: 26/02/2003; DJ/PB: 28/03/2003; Recurso Ordinário nº 0513/2003; Origem: 6ª Vara do Trabalho de João Pessoa).

PROVA TESTEMUNHAL

PROVA TESTEMUNHAL. INDEFERIMENTO. MATÉRIA FÁTICA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Sendo a matéria que dá suporte ao pleito, de ordem fática, o indeferimento, de ofício, da oitiva de testemunha, mediante insatisfação da parte prejudicada, caracteriza o cerceamento do direito de defesa, visto que o julgamento culminou em condenação prejudicial ao recorrente, devendo ser anulado o processo a partir da audiência. Preliminar acolhida. (Acórdão nº 74.644; Relatora: Juíza Ana Nóbrega; Recurso Ordinário nº 2806/2003; DJ/PB 20/09/2003; Procedência: 5ª Vara do Trabalho de João Pessoa./PB).

RADIAÇÃO IONIZANTE

RADIAÇÃO IONIZANTE. EXPOSIÇÃO CONSTATADA PELO PERITO. EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDISPONÍVEIS. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE DEVIDO. É devido o adicional de insalubridade nas ocasiões em que o perito, lançando mão das técnicas e meios adequados, verifica a exposição do trabalhador à radiação ionizante, sem que este pudesse dispor dos equipamentos necessários ao resguardo da sua saúde. Recurso desprovido. (Acórdão nº 74.783; Relatora: Juíza Ana Nóbrega; Recurso Ordinário nº 3245/2003; DJ/PB 01/10/2003; Procedência: 6ª Vara do trabalho de João Pessoa/PB).

RECURSO ORDINÁRIO

RECURSO ORDINÁRIO. ADITAMENTO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE. CABIMENTO. É assente na doutrina e na jurisprudência o entendimento segundo o qual o direito de recorrer da parte se exaure no ato da interposição do recurso, não se admitindo a apresentação de outra impugnação, mesmo que a juntada de tal peça se faça dentro do prazo recursal - aplicação do princípio da preclusão consumativa. Todavia, a única exceção a essa regra diz respeito à incidência do princípio da

complementaridade, mediante o qual a parte pode complementar o recurso interposto, desde que haja decisão integrativa, aclaradora ou modificadora de outra já impugnada, nos limites do acréscimo sofrido pela decisão antes objurgada. TÍTULOS TRABALHISTAS POSTULADOS. AUSÊNCIA DE COMPROVANTES DE QUITAÇÃO. DEFERIMENTO. Deixando o reclamado de produzir prova capaz de elidir as pretensões do reclamante, há que se deferir aqueles títulos pendentes de comprovantes de quitação. (Ac. nº 73.887; Relator: Francisco de Assis Carvalho e Silva; Julgamento: 21/05/2003; DJ/PB: 31/07/2003; Recurso Ordinário nº 2049/2003; Origem: Vara do Trabalho de Sousa

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

DONO DA OBRA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. O dono da obra não pode ser responsabilizado subsidiariamente pelo descumprimento das obrigações trabalhistas assumidas pelo empreiteiro contratado, por total ausência de previsão legal, ressalvada a hipótese de ser ele uma empresa construtora ou incorporadora (TST, O.J. nº 191). DANO MORAL. ATRASO DE SALÁRIOS. INEXISTÊNCIA. O atraso no pagamento de salários, ainda que se constitua em ato ilícito, abre para o empregado prejudicado o direito de reparação, com acréscimos legais, ou até

de dissolução do pacto laboral, não possuindo potencial ofensivo suficiente à caracterização do dano moral, descabendo, conseqüentemente, a indenização vindicada. MULTA DO ART. 467 DA CLT. CONTROVÉRSIA INSTALADA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. Deduzida na contestação tese fundamentada quanto à improcedência da verba pleiteada, não há que se falar em aplicação das disposições preconizadas pelo art. 467 da CLT. Recurso desprovido. (Ac. nº 74502; Relator: Juiz Edvaldo de Andrade; Julgamento: 10/07/2003; DJ/PB: 15/09/2003; Recurso Ordinário nº 2668/2003; Origem: Vara do Trabalho de Mamanguape-PB).

REINTEGRAÇÃO

EMPRESA PÚBLICA. DEMISSÃO DE EMPREGADO. ATO IMOTIVADO. REINTEGRAÇÃO. CABIMENTO. Partindo-se da premissa de que a formação do vínculo empregatício com as empresas públicas é ato plenamente vinculado, a forma de dissolução do pacto também terá de sê-lo, devendo a dispensa ser motivada, com a devida observância da Lei nº 9.784/1999. Registre-se que a jurisprudência do TST, no sentido de que a ECT tem o direito potestativo de dispensar seu pessoal injustificadamente, por força do art. 173, § 1º, II, da CF, está ultrapassada. É que o Excelso STF já decidiu que à dita empresa não se aplica o dispositivo

constitucional em comento, nem a cláusula de equiparação com as empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, sujeitando-se ela ao regime de precatórios (RE nº 220.906-9/DF, DJ 14.11.2002, p. 15). É inaceitável que o julgador sustente teses jurídicas contraditórias, defendendo a aplicabilidade de uma regra da Carta Magna para um fim e negando-a para outro, ou seja, conferindo-lhe validade quanto à possibilidade de ruptura imotivada do liame e afastando sua incidência em relação ao cumprimento de obrigação de pagar. Recurso a que se nega provimento, mantendo-se a reintegração deferida. (Ac. Nº 73966; Relator: Juiz Edvaldo de Andrade; Julgamento: 20/05/2003; DJ/PB: 29/07/2003; Recurso Ordinário nº 1911/2003; Origem: 1ª Vara do Trabalho de João Pessoa-PB)

SALÁRIO

SALÁRIO COMPLESSIVO. PARCELAS. QUITAÇÃO. NÃO RECONHECIMENTO. Não é válida a quitação de parcelas pagas ao empregado quando não discriminada a natureza e o valor de cada uma destas, porquanto caracterizado o salário complessivo, o qual é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio. Recurso ordinário parcialmente provido. (Acórdão nº 74.767; Relatora: Juíza Ana Nóbrega.; Recurso Ordinário nº 3300/2003; DJ/PB 25/09/2003;

Procedência: 2ª Vara do Trabalho de João Pessoa).

SENTENÇA

SENTENÇA. NULIDADE. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL INADEQUADA. A motivação das decisões judiciais reclama do órgão julgador explicitação fundamentada quanto aos temas substanciais suscitados pelas partes. In casu, constata-se que a sentença proferida em primeira instância está dissociada dos fatos e fundamentos suscitados na reclamação, evidenciando-se a inadequada prestação jurisdicional, impondo a nulidade do julgado com o retorno dos autos à origem, a fim de que sejam enfrentados todos os aspectos do litígio. (Ac. nº 72.967; Relator: Francisco de Assis Carvalho e Silva; Julgamento: 18/03/2003; DJ/PB: 16/05/2003; Recurso Ordinário nº 0401/2003; Origem: Vara do Trabalho de Guarabira/PB)

VÍNCULO EMPREGATÍCIO

VÍNCULO EMPREGATÍCIO. TRABALHADOR AUTÔNOMO. ÔNUS DA PROVA. Alegada na defesa a condição de autônomo do reclamante, cabe à reclamada o ônus de demonstrar tal circunstância. A ausência de provas, por si só, acarreta o reconhecimento do vínculo empregatício, uma vez que milita em favor do trabalhador a presunção de que os serviços tenham

sido contratados nos moldes previstos na CLT. Recurso ordinário da reclamada não provido. RESCISÃO CONTRATUAL. INICIATIVA DO EMPREGADO. AUSÊNCIA DE PROVA CABAL. Hipótese em que a reclamada não de desincumbiu de demonstrar cabalmente que o reclamante se desligou dos serviços por iniciativa própria, devendo ser acolhida a tese de despedimento injustificado, em face da

orientação traçada no Enunciado 212 do TST. Devidas, portanto, as verbas rescisórias pleiteadas (férias proporcionais + 1/3 e multa de 40% do FGTS). Recurso do autor parcialmente provido. (Ac. nº 72.968; Relator: Francisco de Assis Carvalho e Silva; Julgamento: 18/03/2003; DJ/PB: 06/05/2003; Recurso Ordinário nº 0693/2003; Origem: 5ª Vara do Trabalho de João Pessoa/PB).

JURISPRUDÊNCIA

ACÓRDÃOS DO

TRT DA 13ª REGIÃO

GABINETE DO JUIZ AFRÂNIO NEVES DE MELO

PROCESSO Nº 1284.2002.008.13.00-1

RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTES: BANCO DO BRASIL S/A E CARLOS LUIZ NETO

RECORRIDOS: MESMOS

EMENTA: HONORÁRIOS. ADVOGADO EMPREGADO. Os honorários de sucumbência são devidos ao advogado empregado, nos termos do art. 21 da Lei nº 8.906/94. In casu, ficou comprovado que o Banco do Brasil não efetuava regularmente o repasse dos honorários de sucumbência para os seus advogados, razão porque se mantém a decisão de 1º Grau que deferiu os honorários nas mesmas condições pactuadas no acordo firmado entre o Banco e a Associação dos Advogados da referida instituição financeira. Até porque, no período em que o Autor esteve laborando no Banco do Brasil, atuando como advogado, a ASABB era, sem dúvida, a entidade que detinha competência para reivindicar toda e qualquer questão relativa a honorários de sucumbência, podendo, inclusive, celebrar acordos pertinentes à eventuais diferenças devidas aos associados. Recurso desprovido.

Vistos, ele.

Recursos Ordinários provenientes da 2ª Vara do Trabalho de Campina Grande/PB, nos autos da Reclamação Trabalhista nº 1284/2002, proposta por CARLOS LUIZ NETO em face do BANCO DO BRASIL S/A.

O Juízo de origem, pelo sentenciado de fls. 205/213, julgou procedente em parte o pedido formulado na exordial, condenando o Reclamado a pagar ao Reclamante os honorários advocatícios na mesma proporção das regras insertas no Acordo de Repasse e Quitação de Honorários de Sucumbência, que firmam o Banco do Brasil S/A e a Associação dos Advogados do Banco do Brasil, relativamente ao período de 05.07.1994 a 31.05.2002. Custas no importe de R\$ 200,00 (duzentos reais), calculadas sobre R\$ 10.000,00 (dez mil reais), valor atribuído à condenação.

Embargos de Declaração opostos pelo Demandado às fls. 218/221, os quais foram rejeitados às fls. 229/231.

Ambas as partes interpuseram Recurso Ordinário.

O Reclamado, às fls. 234/250, sustenta, inicialmente, a falta de interesse de agir, em razão do descumprimento da formalidade constante do art. 625-0, da CLT e impugna os documentos coligidos aos autos pela parte Autora. Ainda em preliminar, alega continência de ações; incompetência da Justiça do Trabalho em

razão da matéria, ilegitimidade passiva ad causam, impossibilidade jurídica do pedido e inépcia da inicial. Noutro aspecto, pugna pela aplicação da prescrição quinquenal e sustenta serem indevidos os honorários advocatícios concedidos pela sentença, tendo em vista que formalizou acordo com a Associação dos Advogados do Banco do Brasil acerca do mencionado título e considerando o fato de que o Obreiro não é mais sócio efetivo da ASABB, em conformidade com o disposto no art. 7º do Estatuto da Associação, que prevê a perda da qualidade de sócio da ASABB com a saída do empregado dos quadros do Banco do Brasil, assim como o direito à participação nos respectivos rateios de honorários, não há como ser estendido ao mesmo os benefícios do mencionado acordo.

Ainda com relação aos honorários, o Recorrente alega a inexistência de direito adquirido, além de aduzir que, diante de decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1552, os advogados empregados de sociedade de economia mista não têm direito a honorários de sucumbência.

Depósito recursal e custas recolhidas às fls. 251/252.

O Autor, às fls. 253/263, busca a reforma do julgado no que pertine à parte da sentença que aplica integralmente à hipótese vertente, as mesmas condições pactuadas no acordo firmado entre o Banco e a ASABB, alegando que não pode ser prejudicado por uma renúncia formalizada extrajudicialmente, mormente porque dele não participou, como também não era mais representado pela associação signatária.

Noutro aspecto, entende que a prova documental acostada aos autos e não impugnada pela parte adversa, demonstra que os honorários não repassados para os advogados empregados do banco importam em R\$ 939.359.367,60, devendo sobre tal importância incidir o cálculo dos honorários de sucumbência a que faz jus.

O Banco-reclamado ofereceu contra-razões às fls. 282/298.

O Reclamante também apresentou contrariedade ao

Apelo às fls. 301/319.

O Ministério Público do Trabalho, em cota lançada às fls. 323, absteve-se de emitir parecer de mérito, ressalvando a faculdade de pronunciar-se verbalmente ou pedir vista na sessão de julgamento, caso entenda necessário (LC nº 75/93, art. 83, VII).

É o relatório.

V O T O

DA PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO, ARGÜIDA EM GRAU DE RECURSO PELO BANCO-RECLAMADO

Ressalte-se, inicialmente, que embora o Banco-demandado não tenha apresentado contestação, sendo-lhe aplicado a pena de revelia e confissão, analiso a preliminar em epígrafe que somente foi suscitada em grau de recurso, haja vista que o tema encerra questão de incompetência absoluta, definida como direito indisponível das partes, passível, portanto, de declaração ex officio, em qualquer tempo e grau de jurisdição, conforme disposição legal.

Com essas razões, aprecio a prefacial, rejeitando-a, todavia, nos termos a seguir expostos.

Alega o Banco que esta Justiça Especializada não em competência para apreciar questão atinente à cobrança de honorários Advocatícios, matéria afeta à esfera civil.

Não lhe assiste razão.

A matéria versada nos presentes autos, diz respeito a cobrança de honorários de sucumbência devido a advogado empregado.

Vê-se, pois, que a pretensão Obreira encontra respaldo no contrato de trabalho mantido entre si e o Banco-Recorrente. Assim, nos termos do artigo 114 da Constituição Federal, compete à Justiça do Trabalho dirimir as controvérsias decorrentes da relação de emprego.

Inclusive, nesse sentido, colhe-se o seguinte aresta, da própria Justiça Comum:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - ADVOGADO EMPREGADO - COMPETÊNCIA - JUSTIÇA DO TRABALHO - RECURSO NÃO PROVIDO - Compete à Justiça Comum o conhecimento e julgamento das ações que tenham por objeto prestação de serviços de natureza civil. É competente a Justiça do Trabalho para o julgamento de controvérsias decorrentes da relação de trabalho, de modo que a ação relativa à cobrança de honorários de sucumbência pertencente ao advogado empregado deve tramitar perante aquela Justiça Especializada. Não resta dúvida de que, neste caso específico, a verba é devida em decorrência da relação empregatícia. (TAMG - AI 0346661-5 - Belo Horizonte - 5a C. Civ. - Rel. Juiz Mariné da Cunha - J. 13.09.2001)”

Ademais, é cediço que a competência é fixada em função do pedido. Dessa forma, sendo o pleito de natureza trabalhista, dúvida não há de que é competente esta Justiça Obreira para apreciá-lo.

Isto posto, rejeito a preliminar.

PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO DO RECLAMANTE, ARGÜIDA EM CONTRA-RAZÕES PELO RECLAMADO.

Suscita o Recorrido a preliminar em epígrafe, alegando que, conforme confessado no item I, da petição de fls. 253/263, o Autor tomou ciência da decisão de fls. 205/213, em 09.05.2003 (sexta-feira). Assim, independentemente de intimação posterior, o prazo para interposição do recurso começaria a correr em 12.05.2003 e terminaria em 19.05.2003. Portanto, tendo sido o Apelo interposto em 22.05.2003, flagrante a sua intempestividade.

Sem razão.

Embora o Autor tenha recebido a notificação dando ciência da decisão de fls. 205/213, em 07.04.2003 (fl. 214), o prazo para interposição do competente Recurso Ordinário foi interrompido, face a oposição pela parte adversa dos Embargos de Declaração de fls. 218/221 (art. 538 do CPC).

Desta feita, o prazo para interposição do Recurso, começaria a fluir para ambas as partes, a partir da intimação da decisão de Embargos.

Ocorre que a notificação dando ciência ao Autor da decisão de fls. 229/231 (Embargos), foi expedida em 13.05.2003, (terça-feira) - fls. 232.

Nos termos do Enunciado nº 16 do Colendo TST, presume-se que aquela fora recebida 48 horas úteis após sua entrega, ou seja, no dia 15.05.2003 (quinta-feira).

Dessa forma, o prazo para interpor o Recurso Ordinário só teve início em 16.05.2003 (sexta-feira), expirando-se em 23.05.2003 (sexta-feira).

Analisando-se a petição e as razões de recurso acostadas aos autos, às fls. 253/263, denota-se que o Apelo foi protocolizado no dia 22.05.2003, ou seja, dentro do octídio legal, sendo patente a tempestividade do Apelo.

Diante disso, rejeita-se a preliminar de intempestividade do recurso autoral.

DO RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMADO ADMISSIBILIDADE

Conheço do Recurso Ordinário do Reclamado, porque preenchidos os requisitos legais para sua interposição.

Pelas razões expostas na parte preambular da preliminar de incompetência da Justiça do Trabalho acima examinada, passo a apreciar igualmente as prefaciais abaixo:

PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AO CAUSAM

Alega o Recorrente, que o Autor não tem legitimidade para reclamar parcelas de honorários de sucumbência eventualmente não repassadas pelo Reclamado, sob o argumento de que a responsabilidade pela administração e rateio da verba é da Associação dos Advogados do Banco do Brasil - ASABB, entidade que reúne os advogados do Banco do Brasil.

Sem razão.

Como uma das condições da ação, a legitimidade ad causam possui existência própria e está totalmente dissociada do objeto material da contenda.

A legitimidade para figurar no pólo passivo da causa é fixada em face da relação jurídica de direito processual, a qual não é necessariamente composta das mesmas partes da relação jurídica material, sendo que em tal diversidade reside uma das características da autonomia do direito de ação.

Dessa forma, a legitimidade passiva ad causam não guarda relação de equivalência com a existência, ou não, do direito material perseguido. A possível inexistência deste último não significa ilegitimidade passiva, podendo resultar, entretanto, na improcedência da ação. A argüição de ilegitimidade, baseada na negativa da responsabilidade pelo título postulado exordialmente, diz respeito ao próprio mérito da ação, e com ele será analisado.

Dessa forma, tendo a presente ação sido proposta em face do Banco do Brasil S/A, é este que se encontra legitimado para figurar no pólo passivo da lide.

Prefacial que se rejeita.

PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR Pretende o Reclamado que seja declarada a falta de interesse de agir do Autor, em razão de não ter submetido anteriormente a demanda à Comissão de Conciliação Prévia.

Não prospera a irresignação do Banco.

O art. 625-0 da CL T prevê que a demanda será submetida à comissão, se na localidade houver sido esta constituída nos limites da empresa ou do sindicato da categoria, o que o Recorrente não logrou êxito em comprovar.

Ademais, a jurisprudência dos nossos Tribunais vem se inclinando no sentido de entender que a submissão pretendida não se constitui como condição do exercício do direito de ação:

“COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA - DIREITO DE AÇÃO DO TRABALHADOR - O art. 625-0, da CL T, com a redação da Lei 9.958, de 12.01.2000, não exige que o trabalhador deva submeter-se à Comissão de Conciliação Prévia, como condição do exercício do direito de ação, nesta Justiça Especializada, garantida pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, porque a referida Lei assim não dispõe expressamente. Certo, ainda, que tentativa de conciliação, efetuada pelo Juiz do Trabalho, atende ao objetivo legal. (TRT 2ª R. - RO 01618200290202002 -(20020533998) - 5ª T. - ReI. Juiz Fernando Antônio Sampaio da Silva - DOESP 30.08.2002”.

“COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA - NÃO OBRIGATORIEDADE - A sujeição às comissões de conciliação prévia é facultativa, não tendo o artigo 625-da CLT criado nova e específica condição para o dissídio individual trabalhista. O legislador somente procurou ofertar mais uma forma de solução de conflito, privilegiando a adoção de soluções autônomas, sob pena de ferimento ao princípio da inafastabilidade da

jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988). Decorre daí que o prejudicado pode buscar, direta e imediatamente, a tutela estatal para que o conflito seja decidido através do poder judiciário que, constitucionalmente, detém essa competência. (TRT 9ª R. - RO 04038-2002 - (25130-2002) - ReI. Juiz Arnor Lima Neto - DJPR 08.11.2002)”. “COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA - O condicionamento do ajuizamento da reclamação trabalhista à tentativa prévia conciliatória não deve ser interpretado como pressuposto processual, mas como uma forma de incentivar a participação dos interessados na tentativa de uma solução mais célere, sem a mobilização do estado. De qualquer forma, não tem qualquer efeito prático a extinção do feito sem julgamento do mérito após a realização de todos os atos processuais que possibilitam a apreciação do mérito da causa, inclusive porque já houve a tentativa conciliatória judicial, suprimindo e indicando que a tentativa extrajudicial não teria resultado positivo. (TRT 9ª R. - RO 01318-2002 (19853-2002) - Rela Juíza Eneida Cornel - DJPR 06.09.2002)”.

Considero assim, que não houve ilegalidade alguma no fato de a Reclamante postular diretamente nesta Justiça Especializada, sendo certo que se constituiria em flagrante contra-senso a extinção do processo sem análise meritória em virtude de ausência de submissão à Comissão de Conciliação Prévia, até mesmo porque a conciliação pode ser tentada pelas partes a qualquer momento processual, bastando que para tanto, as partes entabulem acordo e venham à presença do órgão jurisdicional para a chancela devida.

Isto posto, rejeito a reliminar.

PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

O Reclamado suscita a prefacial, aduzindo que o Autor pretende o pagamento de direito transacionado em acordo coletivo, pleiteando, ainda, direito que não é próprio, em sede trabalhista, sobre matéria de natureza eminentemente civil.

Razão não lhe assiste.

O direito de petição encontra-se assegurado a qualquer cidadão capacitado, viabilizando seu acesso ao Judiciário. Já o princípio do contraditório permite ao réu o direito de defesa. Por outro lado, para o pleito do Reclamante existe previsão legal. Assim, mesmo que não venha a lograr êxito em sua pretensão, o pedido não é impossível, já que compete ao Estado-Juiz decidir por sua admissibilidade.

Dessa forma, o acatamento da prefacial somente tem cabimento na hipótese em que a pretensão do Autor for inexistente no ordenamento jurídico, o que inexistiu in casu. O pedido exordial tem seu alicerce no art. 21, da lei nº 8.906/94.

Outrossim, como já demonstrado por ocasião da análise da preliminar de ilegitimidade, o estudo das condições da ação é feito de forma abstrata, desvinculada, portanto, dos elementos concretos da lide logo, discussões acerca do pagamento, pelo Recorrido, de honorários de sucumbência devidos a advogado empregado, dizem respeito à matéria meritória, pelo que como tal será analisada.

Diante disso, rejeito a prefacial em exame.

PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL

Aqui, afirma o Recorrente, que o pedido foi formulado de forma genérica, além da inicial não ter sido instruída com documento hábil a comprovar o direito pleiteado.

Improsperam as assertivas.

O Reclamante, ao narrar os fatos em sua peça de ingresso, defende a existência de eventuais diferenças no repasse dos honorários de sucumbência pelo Banco do Brasil aos seus advogados empregados, pleiteando assim, a sua cota-parte no período de 01.04.97 a 11.11.2000.

Analisando a peça vestibular (fls. 02/15), chega-se à conclusão de que ela preenche os requisitos do artigo 840, § 1º, da CLT, não podendo prevalecer a tese de inépcia.

A simplicidade que norteia o processo trabalhista, como já demonstrado, não permite o rigor formal atinente ao processo civil.

Com efeito, a inépcia somente deve ser declarada em casos extremos que dificultem a formação do contraditório. Não vislumbro, no caso vertente, nenhum prejuízo à defesa da parte ré, tanto é assim que, ao apresentar defesa, contestou os fatos articulados exordialmente.

Logo, impossível dar guarida à tese do Reclamado.

Prefacia I que se rejeita.

DA CONTINÊNCIA DE AÇÕES

Suscitou o Demandado a prefacialem epígrafe, alegando identidade de partes e causa de pedir, entre a presente demanda e aquela ajuizada pelo Autor perante a 1ª Vara do Trabalho de Campina Grande, sob nº 01.1152/2002, em que o Obreiro pleiteia o pagamento ou reconhecimento de honorários advocatícios. Entende o Recorrente que o objeto de uma ação é mais extenso que o da outra, o que atrai a incidência do instituto, nos termos dos arts. 104 e 105 do CPC.

Sem razão.

Lei Adjetiva Civil, ao tratar do tema em comento, preceitua:

“Art. 102.- A competência, em razão do valor e do território, poderá modificar-se pela conexão ou continência, observado o disposto nos artigos seguintes.

(...)

Art. 104 - Dá-se a continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras.

Art. 105 - Havendo conexão ou continência, o juiz, de ofício, ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente.”

Ao se realizar o exame da inicial dos citados processos (fls. 02/15 e 153/163), verifica-se que ao contrário do que alega o Recorrente, não há identidade de causa de pedir entre as duas ações.

Com efeito, através da RT nº 1152/2002, ajuizada perante a 18 Vara do Trabalho de Campina Grande/PB, o Reclamante pleiteia os seguintes títulos: 1) horas extras e reflexos; b) multa rescisória sobre o saldo complementar do FGTS, relativamente aos expurgos inflacionários; e c) incorporação ao salário do Reclamante do valor correspondente às parcelas de honorários advocatícios pagos mensalmente pelo Reclamado, para todos os fins de direito. (marquei)

Naquela ação discute-se apenas a natureza salarial dos honorários advocatícios que já foram percebidos pelo Autor, mediante rateio mensal durante o período em que este exerceu a função de advogado no Banco do Brasil.

Enquanto na presente reclamatória (nº 1284/2002), ajuizada perante a 28 Vara do Trabalho de Campina Grande - PB), o Reclamante busca o pagamento de eventuais diferenças de honorários de sucumbência que não lhe foram pagos na vigência do pacto laboral. (destaquei).

Como se vê, é patente a inexistência de identidade de causa de pedir entre as mencionadas ações.

Isto posto, rejeito a prefacial.

MÉRITO

Inicialmente, deixo de apreciar a matéria atinente à impugnação aos documentos coligidos aos autos pela parte Autora, por absoluta preclusão.

É que o Reclamado-recorrente, devidamente notificado, não compareceu à sessão em que deveria apresentar a sua defesa, ficando impedido de alegar tal matéria em grau de Recurso.

Invocou o Recorrente, nas suas razões recursais, a prescrição quinquenal, entendendo prescritos os títulos anteriores a 09.12.1997.

Registre-se que, não obstante a prescrição somente ter sido invocada nas razões de Recurso, entendendo, seguindo orientação do Enunciado 153 do Colendo TST, que pode a mesma ser argüida na instância ordinária.

Todavia, no caso vertente, não há prescrição a ser declarada, haja vista que a mesma foi interrompida em julho/2002, ante o reconhecimento do direito

pelo devedor, face o “ACORDO DE REPASSE E O DE HONORÁRIOS DOS ADVOGADOS DO BANCO DO BRASIL” (fls. 179/180), nos termos do art. 202, VI, do novo Código Civil.

Insurge-se também o Recorrente, contra o deferimento dos honorários de sucumbência. Para tanto, alega que formalizou acordo com a Associação dos Advogados do Banco do Brasil, acerca do mencionado título e, como o Obreiro não é mais sócio efetivo da ASABB, em conformidade com o disposto no art. 7º, do Estatuto da Associação, que prevêem a perda da qualidade de sócio da ASABB com a saída do empregado dos quadros do Banco do Brasil, assim como o direito a participação nos respectivos rateios de honorários, não há como ser estendido ao mesmo os benefícios do mencionado acordo.

Também neste ponto, falece razão ao Demandado. Busca o Autor através da presente reclamação o pagamento de eventuais diferenças no repasse dos honorários de sucumbência pelo Banco do Brasil aos seus advogados empregados, pleiteando assim, a sua quota-parte no período em que laborou na função de advogado.

Com efeito, é fato incontroverso nos autos que o Reclamante exerceu a função de advogado empregado do Banco do Brasil S/A, no período de 01.04.97 a 11.12.2000.

A respeito de honorários de sucumbência, preceitua o art. 21 da Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, que:

“Nas causas em que for parte o empregador, ou pessoa por este representada, os honorários de sucumbência são devidos aos advogados empregados”.

É igualmente incontroverso o fato de que o Demandado não efetuava regularmente o repasse dos honorários de sucumbência, ante o acordo firmado entre o Banco-reclamado e a Associação dos Advogados do Banco do Brasil-ASABB (fls.179/180), entidade criada com a finalidade de, entre outras, fiscalizar as arrecadações, centralizar os depósitos, ratear e acompanhar os honorários advocatícios auferidos pelos advogados empregados do Banco do Brasil (art. 2º, “h”, do Regulamento da ASABB), no valor de R\$17.160.000,00 (dezessete milhões, cento e sessenta mil reais).

Note-se, a propósito, que através daquela avença, os advogados empregados da ativa do Banco do Brasil quitaram os honorários de sucumbência atinentes ao objeto da presente reclamação: FUNDING, Securitização, PESA, Casos Especiais, Bens (móveis e imóveis) arrematados/adjudicados, recebidos em dação e pagamento e apreendidos (leasing e alienação fiduciária), eventuais honorários retidos e não regularizados referentes à CC 97/476, eventuais acordos com dispensa de honorários, eventuais honorários recebidos pelo BANCO e não repassados à

ASABB, eventuais estornos de honorários e débitos na conta da ASABB, eventuais parcelas recebidas e não repassadas à ASABB, etc, compreendendo o período de 05.07.94 (data da publicação da Lei nº 8.906/94) até 31.05.2002.

O fato do ajuste formalizado entre as partes (Banco do Brasil e ASABB), ter abrangido apenas os sócios efetivos da Associação, não constitui óbice ao direito perseguido pelo Reclamante, pelo simples fato de ser ex advogado-empregado do Banco.

Primeiro, porque o Reclamante laborou nesta função no período de 01.04.97 a 11.12.2000 e o ajuste compreendeu o interregno de 05.07.94 até 31.05.2002. Assim, conforme retro analisado, os honorários perseguidos na exordial não foram regularmente repassados pelo empregador, razão porque entendendo configurada violação a direito adquirido do Recorrido, em total afronta ao artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988, porquanto o referido benefício estava incorporado ao patrimônio jurídico do Obreiro.

Segundo, porque a alegação de que os honorários constituem fundo comum, para rateio aos associados”. até o mês em que pertencer ao quadro de advogados do Banco...”, (art. 7º, “fi, do Estatuto da ASABB), é despiciendo, tendo em vista que os direitos trabalhistas são irrenunciáveis. A Justiça do Trabalho não se presta a dar guarida a tais procedimentos e, por isso, o pedido da empresa não procede, devendo-se manter a condenação imposta, que é o pagamento dos honorários ao Obreiro na mesma forma e proporção das regras fixadas no “ACORDO DE REPASSE E QUITAÇÃO DE HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA” de fls. 179/180.

Ressalte-se, por fim, que o período abrangido pelo ajuste (05.07.94 até 31.05.2002), compreendeu todo o lapso de tempo em que o Reclamante exerceu a função de advogado no Banco do Brasil (01.04.97 a 11.12.2000), o que legitima a Associação dos Advogados do Banco do Brasil -ASABB a defender os seus direitos.

Por fim, o Reclamado alegou que, diante da decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1552, os advogados empregados de sociedade de economia mista não têm direito a honorários de sucumbência. A alegação é despicienda, tendo em vista que o Banco pagava regularmente tal verba.

Não fora isso suficiente, o Reclamado-recorrente, devidamente notificado, não compareceu à sessão em que deveria apresentar a sua defesa, pelo que lhe foi aplicada a revelia e a pena de confissão quanto à matéria de fato (art. 844 Consolidado). Por conseguinte, presume-se a verdade dos fatos alegados pela parte contrária. Além do mais, suas razões de defesa, somente trazidas aos autos em sede recursal, não mais podem ser conhecidas, por absoluta preclusão.

Portanto, não merece guarida o inconformismo patronal. Diante do

exposto, nego provimento ao recurso do Reclamado.

DO RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE Noticiam os autos que o Autor atuou na condição de advogado do Banco-demandado no interregno de 01.04.97 a 11.12.2000.

Conforme retro analisado, o Banco do Brasil de fato não efetuava regularmente o repasse dos honorários de sucumbência aos seus advogados empregados. A prova disso, é o ajuste firmado entre ele e a Associação dos Advogados do Banco do Brasil - ASABB (fls.179/180), no valor de R\$ 17.160.000,00 (dezessete milhões, cento e sessenta mil reais), onde os advogados empregados da ativa do Demandado deram plena e geral quitação aos honorários de sucumbência atinentes ao objeto da presente reclamatória. A avença compreendeu o período de 05.07.94 (data da publicação da Lei 8.906/94) até 31.05.2002.

Conforme consta dos autos, os honorários de sucumbência eram rateados entre todos os advogados empregados do Banco, sendo que a administração e o rateio do fundo comum ficavam a cargo da ASABB, em conformidade com o art. 2º, caput e parágrafo único, do Estatuto da associação (fls. 171/172). E nos termos daquele Estatuto, o advogado empregado perde a qualidade de sócio da Associação com sua saída dos quadros do Banco do Brasil, assim como o direito a participação nos respectivos rateios de honorários.

Entende o Recorrente, que tendo o acordo sido firmado em data posterior ao seu desligamento do Banco, a ASABB não mais lhe representava, pelo que não podia transacionar seus direitos. E como do ajuste ele não participou, não pode prevalecer a condenação de 1º Grau, que deferiu os honorários nas mesmas condições pactuadas no acordo firmado entre o Banco e a ASABB.

Noutro aspecto, assevera o Autor, que a prova documental acostada aos autos e não impugnada pela parte adversa, demonstra que os honorários não repassados para os advogados empregados do Banco importam em R\$ 939.359.367,60, devendo sobre tal importância incidir o cálculo dos honorários de sucumbência a que faz jus.

Razão não lhe assiste.

Como nos ensina Arnaldo Süssekind: “H.a transação (H’) é um ato jurídico bilateral, em virtude do qual, mediante concessões recíprocas, as partes interessadas extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas. Li Ao efetivarem uma composição amigável, os litigantes convergem sobre determinados pontos, havendo, para ambos, perdas e ganhos.

É claro que o objeto do acordo só alcança as partes presentes ou representadas.

No caso vertente, em que pese o Reclamante não mais pertencer aos quadros do Banco do Brasil no ato da formalização do ajuste fls. 179/180 (23.07.2002), entendendo que a ASABB o representou naquele ato, eis que a avença compreendeu o período de 05.07.94 até 31.05.2002, e o Reclamante exerceu a função de advogado no interregno de 01.04.97 a 11.12.2000.

Ora, no período em que o Autor esteve à disposição do Banco do Brasil, atuando como advogado, a ASABB era sem dúvida a entidade que detinha competência para reivindicar toda e qualquer questão relativa a honorários de sucumbência, podendo, inclusive, celebrar acordos pertinentes à eventuais diferenças no repasse de honorários.

Nesse norte, entendendo irretocável a decisão de 1º Grau que deferiu os honorários nas mesmas condições pactuadas no acordo firmado entre o Banco e a ASABB.

Não seria justo que o Reclamante percebesse a sua cota parte incidente sobre o valor de R\$ 939.359.367,60, enquanto os demais sócios da ASABB, em idêntica situação, participasse do rateio de R\$ 17.160.000,00. O não reconhecimento de igual direito ao Autor implica ato discriminatório, ofensivo ao princípio isonômico.

Isto posto, nego provimento ao Recurso Ordinário do Reclamante.

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região: por unanimidade, rejeitar a preliminar de não conhecimento do recurso do reclamante por intempestividade; por unanimidade, rejeitar a preliminar de incompetência da Justiça do Trabalho; por unanimidade, rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam; por maioria, conhecer da preliminar suscitada pelo advogado do reclamado na Tribuna e, acolhendo a prefacial, não conhecer dos documentos de fls. 264/278, contra os votos dos Juízes Assis Carvalho e Edvaldo de Andrade, que não conheciam da preliminar por preclusão; por unanimidade, rejeitar a preliminar de nulidade do processo por falta de interesse de agir; por unanimidade, rejeitar a preliminar de nulidade processual por impossibilidade jurídica do pedido; por unanimidade, rejeitar a preliminar de inépcia da inicial; por unanimidade, rejeitar a preliminar de continência de ações; MÉRITO: RECURSO DO RECLAMADO - por unanimidade, negar provimento ao recurso; RECURSO DO RECLAMANTE: por maioria, negar provimento ao recurso, contra os votos dos Juízes Edvaldo de Andrade e Carlos Coelho, que lhe davam provimento parcial para determinar que os honorários advocatícios fossem calculados sobre o valor de R\$ 939.539.367,50.

João Pessoa, 12 de novembro de 2003.

RUY ELOY (Juiz no exercício da Presidência)

AFRÂNIO NEVES DE MELO (Juiz Relator)

JOSÉ NETO DA SILVA (Procurador do Trabalho)

GABINETE DO JUIZ VICENTE VANDERLEI NOGUEIRA DE BRITO

RECURSO ORDINÁRIO NU.: 00090.2003.003.13.00-8

RECORRENTE: IMAGEM CONST. E EMPREENDIMENTOS LTDA.

RECORRIDA: VIRGÍNIA VIVIANE DE ALMEIDA

EMENTA: RESPONSABILIDADE AQUILIANA. DANO MORAL. CONDUTA INJURÍDICA NÃO CONFIGURADA. IMPROCEDÊNCIA. Não restando demonstrada a conjugação dos fatores que deflagraram a obrigação de reparar o dano, in casu, notadamente, a abusividade da conduta da entidade patronal ao representar criminalmente a ex-empregada, não se há que falar em compensação financeira por danos morais. Recurso ordinário provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso ordinário, oriundos da 3ª Vara do Trabalho de João Pessoa/PB, em que figuram como partes a IMAGEM CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA., recorrente, e VIRGÍNIA VIVIANE DE ALMEIDA, recorrida.

O Juízo de origem, através da r. decisão de fls. 471/481, rejeitou as preliminares de incompetência material da Justiça do Trabalho e de carência de ação da autora, rejeitou a argüição patronal alusiva à prescrição bienal, e julgou procedentes em parte os pedidos formulados pela reclamante, condenando a empresa a pagar indenização por danos morais no importe de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). Custas processuais, pela reclamada, no importe de R\$ 300,00, calculadas sobre R\$ 15.000,00, valor atribuído à condenação para efeitos recursais.

Embargos de declaração opostos pela reclamada, às fls. 483/485, parcialmente acolhidos, para reconhecer o julgamento *extra petita* em relação à preliminar de incompetência material da Justiça do Trabalho e, suprindo omissão, rejeitar a prefacial de inépcia da inicial.

Irresignada, recorre ordinariamente a reclamada (fls. 491/501), renovando a prejudicial de prescrição bienal, por entender que a autora postula direitos decorrentes de um suposto dano decorrente de uma relação de emprego já extinta desde março de 2000. No mérito, aduz, em síntese, que o Juízo de origem desconheceu os verdadeiros motivos das atitudes tomadas pela demandada, ao considerar que se tratou de “revide e perseguição” com a reclamante. Assegura que, na verdade, exerceu apenas prerrogativa conferida pelo ordenamento jurídico vigente, para exigir das autoridades competentes providências no sentido de apurar infração ocorrida dentro da empresa, em prejuízo de seu patrimônio. Argumenta,

ainda, que o fato de a autora ter sido inocentada na ação criminal, por ausência de provas, não impõe à reclamada o pagamento de indenização por danos morais. Requer, pois, a reforma do julgado, com improcedência do pedido da autora, por entender que inexistente conduta dolosa ou culposa da recorrente. Colaciona arestos em abono à sua tese.

Caso assim não se entenda, postula a redução do valor da indenização de modo a não inviabilizar a sua atividade econômica.

Depósito recursal e custas às fls. 502/503.

Contra-razões às fls. 507/520.

O Ministério Público do Trabalho absteve-se do parecer de mérito, em face da inexistência de interesse público na demanda, ressalvando, contudo, a faculdade de se pronunciar verbalmente na sessão de julgamento, caso necessário.

É o relatório.

V O T O

1 – ADMISSIBILIDADE

Conheço do apelo, porque atendidos os pressupostos legais de interposição.

2 – MÉRITO

2.1. Da prescrição:

Suscita a recorrente a prescrição bienal do direito de ação da reclamante, sob o argumento de que o pleito decorre de suposto ato ocorrido no curso de uma relação empregatícia que perdurou de 01/09/1999 a 01/03/2000, tendo sido a ação ajuizada depois do biênio legal.

Como já tive oportunidade de defender nesta E. Corte, afigura-se-me que o prazo prescricional incidente sobre a pretensão à reparação de dano moral é aquele estatuído pelas regras do Código Civil.

É que a circunstância de o direito postulado ter sua origem no contrato de trabalho havido entre as partes não tem o condão de atrair a aplicação do artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal de 1988. O prazo prescricional é definido pela natureza do direito discutido em Juízo, e este, no caso de ressarcimento por dano moral, é indiscutivelmente de cunho pessoal e não trabalhista, o que dá ensejo à aplicação das disposições do Direito Comum.

Pois bem, à luz do Código Civil de 1916, é vintenário o lapso prescricional sob enfoque. Note-se que não se propõe aqui a temática de direito intertemporal,

em função da vigência da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (novo Código Civil), uma vez que, quando de sua eficácia (10.01.2003), a presente ação já se encontrava ajuizada. Vale dizer, a questão pertinente ao fenômeno prescritivo, ao menos em princípio, se exauriu sob a égide da lei antiga.

Ora, firmado o entendimento de que o prazo prescricional sob exame é de vinte anos, esvazia-se a argumentação patronal, no sentido de que, com o rompimento do vínculo em março de 2000, a prescrição já se teria consumado quando do ajuizamento desta ação.

De todo modo, cumpre dizer que, em face da teoria da *actio nata*, o lapso em foco somente iniciou seu curso a partir da ciência da lesão. Esta, ao que tudo indica, somente ocorreu em novembro de 2001. Dessarte, mesmo para os que defendem a incidência do biênio prescricional, não há se falar, no caso, em perda do “direito de ação”.

Rejeito a prejudicial.

2.2. Do dano moral:

Pretende a recorrente ver reformada a sentença de primeiro grau que a condenou ao pagamento de compensação financeira pelos danos morais sofridos pela recorrida. Alega que ao oferecer representação criminal contra a mesma, apenas exerceu uma prerrogativa que lhe é conferida pelo ordenamento jurídico, inexistindo, em sua conduta, culpa ou dolo, de sorte que não se há de falar em ilicitude da sua conduta. Afirma que o dano, a ofensa à honra, não restou demonstrada, tampouco os demais elementos necessários à configuração da responsabilidade aquiliana. Caso mantida a condenação, pede a redução do montante indenizatório.

Tem razão.

De logo, frise-se que, embora o Juízo criminal haja absolvido a recorrida, como tal decisão esteou-se na insuficiência de provas acerca da existência do ilícito penal, ela não vincula esta Justiça do Trabalho. De todo modo, cumpre salientar que, ainda que se repute acertada a decisão da Justiça Comum, disso não deflui, necessariamente, a procedência desta postulação indenizatória.

Dito isso, releva ressaltar que, no caso, parece-me que a recorrente, ao noticiar à autoridade policial fato que entendeu ilícito, exerceu não apenas uma prerrogativa que lhe competia, mas também desincumbiu-se de um dever legal. Não vejo como sustentar o delineamento de conduta abusiva.

Com efeito, baseando-se, sobretudo, nas informações prestadas pela senhora Marilene Alves de Figueiredo e pelo senhor Clizenaldo Jerônimo de Sousa, cujos depoimentos foram posteriormente colhidos pelas autoridades policial e

judicial (fls. 23/27 e 42/45, respectivamente), a recorrente despediu a reclamante por justa causa (fls. 151) e, posteriormente, procedeu à *notitia criminis* de fls. 18/21.

Note-se que tais pessoas não ostentavam a condição de empregados da recorrente, mas a procuraram na qualidade de lesados pela suposta atividade ilícita da recorrida. A primeira, proprietária de marmitaria que fornecia, habitualmente, alimentação à entidade patronal, asseverou, como se infere dos depoimentos anteditos, que a ex-empregada apropriava-se indevidamente das somas que a ela (Marilene Alves) eram destinadas, a título de paga pelas marmitas. O segundo – que laborava para a firma MARILENE ALIMENTAÇÕES, na qualidade de entregador – confirmou integralmente as informações prestadas pela senhora Marilene.

Ora, em tal contexto, como se há de negar a prerrogativa que detinha a IMAGEM CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA. de promover a apuração do suposto crime?! Mais ainda, em se tratando de fato lesivo sujeito à apuração por meio de ação penal pública, como ignorar o dever legal que pesava sobre a apelante de noticiar o fato à autoridade competente?! Indiscutivelmente a ex-empregadora não apenas podia, mas devia agir como agiu.

Afirmar-se que está evidenciada a dissociação de sua prerrogativa com a finalidade social a ela inerente, pelo intuito de revide agressão oculta em sua conduta, constitui, a meu ver, uma conclusão sem lastro na prova coligida neste processo.

É certo que a representação criminal em foco não ocorreu logo após a despedida da acionante. Certo é também que a *notitia criminis* somente foi procedida após o ajuizamento, julgamento e trânsito em julgado de ação trabalhista proposta pela autora, que obteve a procedência parcial de seus pedidos. Contudo, não se pode olvidar que a notícia do fato à autoridade policial somente se deu mais de um ano após o resultado definitivo da ação trabalhista (fls. 154/157), o que constitui lapso mais que suficiente para uma reflexão apurada acerca da conduta encetada, enfraquecendo, a meu ver, a idéia de revide e agressão que, no mais das vezes, está ligada a um ímpeto, senão imediato, ao menos levado a efeito após curto período de tempo. Vale dizer, no interstício de um ano, muitos são os motivos que podem ter levado a ex-empregadora a oferecer a representação criminal sob análise, inclusive a tomada de consciência de que a sua ação se impunha por um dever moral e legal.

Por outro lado, concluir pela responsabilização da demandada em função de expressões utilizadas na *notitia criminis* de fls. 18/20, segundo a qual a reclamante “revelou uma atitude calculista existente apenas em psicopatas e criminosos do mais alto grau de periculosidade”, a meu ver, não possui respaldo legal. Tais palavras revelam apenas o impulso do advogado que, no debate da causa e em defesa do seu cliente, utiliza-se de expressões significativamente fortes.

Em suma, não se me afigura presente a abusividade da conduta, de modo que não concorrem os pressupostos da responsabilidade aquiliana (artigo 159 do Código Civil de 1916).

Não se há falar, portanto, em compensação financeira por dano moral a ser paga à reclamante.

3 – CONCLUSÃO

Isto posto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para julgar improcedente o pedido exordial.

Custas invertidas e dispensadas.

É como voto.

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região: por unanimidade, rejeitar a prejudicial de prescrição; Mérito: por unanimidade, dar provimento ao recurso para julgar improcedente o pedido. Custas invertidas e dispensadas.

João Pessoa, 17 de fevereiro de 2004.

AFRÂNIO NEVES MELO (Juiz no exercício da Presidência)

VICENTE VANDERLEI NOGUEIRA DE BRITO (Juiz Relator)

RAMON BEZERRA DOS SANTOS (Procurador do Trabalho)

GABINETE DO JUIZ RUY ELOY

ACÓRDÃO 76445 (PROC. NU.: 00783.2003.007.13.00-6)

RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE: MUNICÍPIO DE AREIAL/PB

RECORRIDA: MARIA APARECIDA TARGINO DA SILVA

EMENTA: FGTS. ACORDO DE PARCELAMENTO JUNTO À CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. O FGTS não é tributo, mas, contribuição estritamente social, com os mesmos privilégios das contribuições previdenciárias. A ocorrência de parcelamento de depósitos não efetuados, havido entre o Município e o órgão gestor do FGTS não tem o condão de retirar do empregado o direito de reclamá-los judicialmente porque é de natureza indisponível e de relevante caráter social.

Vistos, etc.

O Juízo de 1º grau, pelo sentenciado de fls. 37/39, acolheu os pedidos da reclamante e condenou o MUNICÍPIO DE AREIAL/PB a pagar-lhe a verba relativa ao FGTS não recolhido. Deferiu, ainda, o levantamento das quantias em depósito na sua conta vinculada de FGTS, através de alvará, após o trânsito em julgado da decisão.

Inconformado com o *decisum*, recorre o reclamado, às fls. 40/42, objetivando se eximir da obrigação a que foi condenado, sob o argumento de que existe acordo de parcelamento de débito relativo ao FGTS. Adverte que, caso a sentença seja mantida, haverá um verdadeiro *bis in idem*.

Há Remessa Necessária.

Contra-razões, pela reclamante, às fls. 44/45, defendendo a manutenção da sentença.

O Ministério Público do Trabalho, em parecer às fls. 49/51, opina pelo conhecimento e desprovemento do Recurso Ordinário. Em sede de Remessa Ex *Officio*, opina pela reforma da sentença, a fim de que seja excluída a contribuição previdenciária sobre o valor da condenação e que seja declarada a ilegitimidade passiva *ad causam* do Município, no tocante ao pedido de levantamento dos depósitos de FGTS, extinguindo-se o processo, nesse ponto, sem julgamento do mérito.”

É o relatório, aprovado em sessão.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

Conheço da Remessa Necessária, por força do disposto no artigo 1º, inciso V, do Decreto-lei nº 779/69 e artigo 475, II, do CPC, bem como do Recurso Voluntário, por preenchidos os requisitos legais de admissibilidade.

Ante o amplo efeito devolutivo da Remessa Necessária, ambos os Recursos serão analisados conjuntamente.

PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA *EX RATIONE MATERIAE* DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA APRECIAR O PEDIDO DE LIBERAÇÃO DO FGTS, ARGÜIDA DE OFÍCIO PELO JUIZ RELATOR

A reclamante pretende levantar o valor do FGTS que se encontra depositado em sua conta vinculada, em razão da extinção do vínculo de emprego que ocorreu em 11.09.2001, por força da instituição do Regime Jurídico Único pelo Município demandado. Requer, também, que o reclamado recolha as parcelas pertinentes não depositadas nas épocas próprias e que, após efetivado o depósito, seja expedido alvará judicial para liberação total de todos os valores existentes em sua conta vinculada.

Ora, se um dos pleitos (liberação) depende do outro (depósito), e a Justiça do Trabalho é incompetente para deliberar sobre um deles, (liberação dos depósitos

de FGTS mediante alvará), entendo que o exame da matéria deva ser remetido ao mérito e não repelido, simplesmente em prefacial.

Rejeito, pois, como preliminar, a matéria argüida.

PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO MUNICÍPIO RECLAMADO, ARGÜIDA PELO MPT

Aduz o representante do Ministério Público do Trabalho que a liberação dos depósitos de FGTS somente pode ser efetuada pela CEF -Caixa Econômica Federal, concluindo pela ilegitimidade passiva *ad causam* do Município recorrente e preconizando a extinção do processo sem apreciação do mérito.

Ora, a legitimidade das partes deve ser verificada abstratamente, ou seja, levando-se em consideração o fato de a autora apresentar-se como titular do direito material deduzido na causa, e de o reclamado posicionar-se apto a rebater às pretensões formuladas pelo demandante.

Rejeito, pois, a preliminar.

MÉRITO

O Juízo de 1º grau condenou o reclamado a pagar à autora o FGTS referente ao período de 01.06.1989 a 11.09.2001, deduzindo os valores comprovadamente pagos.

O recorrente busca, a todo custo, eximir-se da obrigação a que foi condenado, aduzindo a existência de acordo de parcelamento de débito em relação ao FGTS.

A falta de recolhimento do FGTS em favor da autora se constituiu em fato incontroverso, sem contar que o referido título é direito pessoal de todo trabalhador e, indisponível perante terceiros.

E, não favorece o reclamado a existência de contrato de parcelamento do débito fundiário celebrado com a Caixa Econômica Federal, por vários motivos: primeiro, como já foi dito, é um direito indisponível do trabalhador. Segundo, como bem mencionou o Ministério Público do Trabalho, “não há prova de que a reclamante participou do referido negócio jurídico”, bem como “*inexiste comprovação de que as parcelas pertencentes à obreira estão inseridas no indigitado ajuste*”.

A respeito desse assunto, a jurisprudência desta Egrégia Corte já é bastante clara, conforme decisão, assim, ementada:

“FGTS. ACORDO COM A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. A ocorrência de parcelamento do FGTS junto à Caixa Econômica Federal não retira do empregado o direito aos respectivos depósitos. A regularização dos depósitos fundiários é direito pessoal de todo trabalhador, indisponível portanto, para ser objeto de transação entre terceiros e empregador, mesmo se tratando de órgão gestor do Fundo de

Garantia por Tempo de Serviço.” (TRT 13ª R – Acórdão nº 18201 – RO 1175/94 – Relatora: Juíza Ana Clara de Jesus Maroja Nóbrega - Juíza Convocada) – DJ/PB 20.10.94)

No entanto, verifica-se que a extinção do contrato de trabalho se deu em razão da transmutação do regime jurídico, de celetista para o estatutário, hipótese não prevista no rol exaustivo do artigo 20 da Lei nº 8.036/90, como autorizadora do levantamento do saldo existente na conta vinculada da empregada.

Nesse sentido, as seguintes decisões:

“DEPÓSITO E LEVANTAMENTO DE FGTS. Conversão do regime jurídico celetista para estatutário não autoriza o levantamento do FGTS por falta de previsão legal. Entretanto, constatada a inexistência dos depósitos correspondentes, impõe-se a determinação para recolhimento dos mesmos.” (TRT 18ª R. – RO 1.009/95 – Ac. 0755/96 – Relª. Juíza Dora Maria da Costa – J. 27.02.1996)

“MUDANÇA DE REGIME DE TRABALHO. LEVANTAMENTO DOS VALORES DO FGTS. Impossibilidade. As hipóteses elencadas na Lei nº 8.036/90, em especial a do artigo 5º, com redação dada pela Medida Provisória nº 2.197-43, de 24.08.2001, para saque dos valores do FGTS, são exaustivas, não existindo autorização para fazê-lo quando há mudança do regime estatutário para o celetista.” (TRT 17ª R. – RO 518.2001.141.17.00.3 – (6039/2002) – Relª Juíza Maria Francisca dos Santos Lacerda – DOES 11.07.2002)

Sendo assim, a obrigação de pagar o FGTS, imposta pelo Juízo *a quo*, deve ser convertida na obrigação de fazer, concernente ao recolhimento do dito valor na conta vinculada da demandante.

Essa condenação deve ser limitada, porém, ao período de 01.06.89 a 10.09.2001, eis que em 11.09.2001 entrou em vigor a Lei instituidora do situado Regime Jurídico Único, conforme a própria autora afirmou na exordial.

Outrossim, como bem observou o douto representante do Ministério Público do Trabalho, o FGTS não se insere na base de cálculo das contribuições previdenciárias, devendo, portanto, ser afastada a imposição de recolhimento das mesmas sobre a verba em comento.

Em face do exposto, dou provimento parcial ao Recurso Voluntário do Município reclamado e à Remessa Necessária, para converter a obrigação de pagar o FGTS em obrigação de efetivar os depósitos das parcelas devidas na conta vinculada da empregada, bem como para excluir da condenação a determinação de levantamento das quantias depositadas na conta vinculada, através de alvará, e também a contribuição previdenciária.

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Terceira Região: por maioria, rejeitar como preliminar a matéria relativa à incompetência da Justiça do Trabalho para apreciar o pedido de liberação do FGTS, vencido o Juiz Relator que acolhia a referida prefacial; por unanimidade, rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* do Município reclamado; Mérito: por unanimidade, dar provimento parcial ao recurso voluntário do município reclamado e à remessa necessária para converter a obrigação de pagar o FGTS em obrigação de depositar as parcelas em conta vinculada da reclamante, além de excluir da condenação a determinação de levantamento das quantias depositadas na conta vinculada, através de alvará e a contribuição previdenciária.

João Pessoa, 22 de outubro de 2003

VICENTE VANDERLEI. NOGUEIRA DE BRITO (Juiz no exercício da Presidência)

RUY ELOY (Juiz Revisor designado para redigir o Acórdão)

EDUARDO VARANDAS ARARUNA (Procurador do Trabalho)

GABINETE DO JUIZ FRANCISCO DE ASSIS CARVALHO

PROC. Nº 00712.2002.008.13.00-9

RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

RECORRIDOS: COOPERATIVA DE TRABALHO DOS PROFISSIONAIS DE APOIO ADMINISTRATIVO E OPERACIONAL DE CAMPINA GRANDE/PB E MUNICÍPIO DE CAMPINA GRANDE/PB

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COOPERATIVA DE TRABALHO. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA TERCEIRIZADA PARA MUNICÍPIO. ENCOBRIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO.

I - Não configura a relação de natureza cooperativa prevista na Lei nº 5.764/71 aquela existente entre trabalhadores que se unem com o único propósito de disponibilizar a ente público seus serviços, prestados, na verdade, sob o regime de emprego previsto no art. 3º da CLT, servindo, neste caso, a entidade cooperativa como mera intermediadora de mão-de-obra para o município, que dela se vale para pretender exonerar-se dos ônus trabalhistas e previdenciários decorrentes da relação de emprego.

II - Ante a impossibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego com a tomadora dos serviços, entidade da Administração direta – uma vez considerados o art. 37, II, da Constituição Federal, o parágrafo único do art. 442 da CLT e o disposto no Enunciado 331 do TST -, a melhor solução aplicável à espécie é o atendimento ao pedido do Ministério Público do Trabalho para cessação imediata dos serviços terceirizados, sob pena de se permanecer negando eficácia a todo o aparato constitucional de proteção ao trabalho.

Vistos etc.

Tratam os presentes autos de Recurso Ordinário proveniente da 2ª Vara do Trabalho de Campina Grande/PB, que, pela sentença às fls. 779/794, julgou improcedentes os pleitos formulados na Ação Civil Pública, autuada sob o nº 00712.2002.008.13.00-9, ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, figurando no pólo passivo da relação processual o MUNICÍPIO DE CAMPINA GRANDE/PB e a COOPERATIVA DE TRABALHO DOS PROFISSIONAIS DE APOIO ADMINISTRATIVO E OPERACIONAL DE CAMPINA GRANDE/PB.

Inconformado com o deslinde da questão, recorre o *Parquet* (fls. 799/804), alegando, em resumo, que restaram provados no decorrer tanto do inquérito civil público quanto da instrução processual os argumentos apontados na exordial inerentes à configuração de intermediação fraudulenta de mão-de-obra, aliados à completa distorção do verdadeiro sistema de cooperativismo, existentes em função do contrato de prestação de serviço terceirizado em que figuram como partes os demandados. Acrescenta que o Juízo de primeiro grau julgou improcedente a postulação do Ministério Público do Trabalho por tê-la interpretado de forma equivocada, já que em nenhum momento foi postulado o reconhecimento de vínculo de emprego entre os “cooperados” e o Município de Campina Grande, o que, de fato, seria impossível ante a regra do art. 37, II, da Constituição Federal. Esclarece o requerente ter asseverado, apenas, que as atividades desenvolvidas pelos ditos “cooperados” pressuporia a formação de vínculo empregatício com uma empresa de prestação de serviços gerais, de limpeza, conservação e vigilância, de modo a assegurar àqueles trabalhadores os benefícios garantidos pela legislação trabalhista, mas não necessariamente com o Município. Pugna pelo conhecimento do recurso para, reformando-se a sentença recorrida, julgarem-se procedentes todos os pedidos formulados na petição inicial.

Contra-razões apresentadas somente pela Cooperativa demandada, às fls. 808/810.

A Procuradoria Regional do Trabalho, à fl. 816, instada a se pronunciar, agora como *custos legis*, remeteu seu posicionamento aos articulados na exordial e

nas razões recursais, por tratar o processo de postulação advinda do próprio Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

Conheço do recurso ordinário interposto, porquanto atendidos os requisitos legais de recorribilidade.

MÉRITO

Em primeiro lugar faz-se necessário registrar que as arguições de incompetência *ratione materiae* da Justiça do Trabalho, ilegitimidade de parte do *Parquet* trabalhista e demais preliminares suscitadas nas defesas de ambas as rés, às fls. 226/238 e 242/274, foram suficientemente resolvidas na sentença às fls. 779/794, motivo pelo qual torna-se desnecessário revisitar tais temas nesta instância, até porque não foram renovados nas contra-razões.

O assunto versado nos presentes autos envolve discussão acerca das denominadas Cooperativas de Trabalho, cujo regime tem merecido preocupado exame da doutrina jus laboral, notadamente pelos caminhos possíveis de desnaturação da índole positiva de sua instituição para eventuais fraudes à legislação de proteção ao trabalhador, hipótese que, segundo o Ministério Público do Trabalho da 13ª Região, vem acontecendo no Município de Campina Grande/PB.

Uma rápida pesquisa na jurisprudência permite inferir que, através de iniciativas do Ministério Público do Trabalho, passou-se a questionar a atuação de tais Cooperativas, a pretexto de constituírem, dentre outros argumentos, meros intermediários de mão-de-obra, a serviço da burla às normas trabalhistas protetoras da relação laboral, caracterizando verdadeira escravização do trabalho. Pronunciamentos há nos mais diferentes rumos, sendo predominante a formação de um juízo de rejeição das práticas dessa modalidade de terceirização.

Com efeito, no caso dos autos, a Cooperativa de Trabalho dos Profissionais de Apoio Administrativo e Operacional de Campina Grande e o Município de Campina Grande firmaram contrato de cooperação para cessão de mão-de-obra terceirizada (fls. 159/166), mas, na verdade, os cerca de mil trabalhadores cedidos, exercentes de funções de agente de limpeza, recepcionista, músico, técnico de nível superior etc. (relação completa às fls. 135/158 e 743/761), estariam prestando serviços nos moldes do art. 3º da CLT, ou seja, através de trabalho oneroso, não-eventual, subordinado e pessoal, conforme amplamente provado pelos documentos coligidos aos autos e, em especial, através dos depoimentos prestados nos autos do Inquérito Civil Público levado a cabo pelo demandante.

Ouvido em juízo, o presidente da referida Cooperativa, Isaías dos Santos Filho (fls. 766/767), prestou informações esclarecedoras para a confirmação da tese defendida pelo Ministério Público, além de historiar o processo de formação da cooperativa, valendo transcrever alguns trechos do seu depoimento:

“Que a Cooperativa foi fundada em agosto de 1999; (...) Que no ano de 2000, com a abertura de processo licitatório na Prefeitura Municipal a Cooperativa em questão foi vencedora e passou a prestar serviços para o Município; Que o grande número de cooperados que hoje prestam serviços eram prestadores de serviços da Prefeitura Municipal, os quais não se submeteram a concurso público e que por força de decisão do TCE deveriam ser afastados da entidade municipal; que os prestadores de serviço, de forma espontânea, tendo em vista a perspectiva de serem demitidos, procuraram espontaneamente a cooperativa para fazer parte do seu quadro; que não houve alteração na prestação de serviços dos cooperados, ou seja, a função de prestador de serviço continuou a ser a mesma daquela que passou a exercer na condição de cooperado; (...) que existe um grupo de cooperados que fiscaliza as atividades dos demais; que na verdade são titulados como coordenadores de área e não detêm poder de mando sobre os demais; que os coordenadores, ao lado do tomador de serviço, buscam soluções para a melhor prestação da atividade; que o contrato dos prestadores de serviços do município foi extinto em 31.05.2001 e no dia 01.06.2001, estes prestadores voltaram à Prefeitura, desta feita, na condição de Cooperados; (...)”

Convém extrair desse depoimento três aspectos primordiais para a solução da questão: primeiro, não há dúvidas que os cooperados aderiram ao sistema cooperativo para furtarem-se ao cumprimento da decisão do TCE, impondo-lhes o desligamento dos quadros do município; segundo, não houve nenhuma alteração entre os serviços prestados pelos trabalhadores enquanto diretamente subordinados ao município, na condição de prestadores de serviços e, posteriormente, quando já cooperados; terceiro, o município efetivamente exerce a fiscalização sobre os serviços prestados.

Também foram ouvidos em juízo três cooperadas, valendo reproduzir excertos de seus depoimentos:

A cooperada Marisa de Almeida Silva (fls. 767/768) disse que *“prestava serviços à prefeitura por cinco anos”*; e *“que quando era prestadora de serviços trabalhava como ASG numa creche; que na condição de cooperada passou a prestar serviço num grupo escolar, na mesma função”*; mais adiante afirma *“que quando trabalhou para o Município não fez concurso público; que não foi dispensada pela*

Prefeitura mas saiu espontaneamente para ingressar na cooperativa;”. Por fim, aduziu “que através da cooperativa somente prestou serviços à Prefeitura Municipal”.

Já a cooperada Elizabete de Almeida Barbosa (fls. 768/769) asseverou que *“antes de ser cooperada, prestava serviços à prefeitura através de contratos de empenho”. Acrescentando que “deixou de ser prestadora de serviços num dia e no dia seguinte passou a ser cooperada; que foi feita uma reunião na prefeitura informando que os antigos prestadores de serviços procurassem a cooperativa; (...) que assinou um determinado documento que não se recorda o nome e, em seguida, passou à condição de cooperada”.*

Por fim, a cooperada Climéria Araújo Gomes testemunhou que *“trabalhava como prestadora de serviço para o Município e, em seguida, passou a ser cooperada; que isto ocorreu em julho/2001; que na condição de prestadora de serviço trabalhava na Casa da Esperança, como recepcionista e como cooperada continuou a trabalhar lá por algum tempo; que em maio deste ano passou a trabalhar no Teatro Municipal; (...) que exerceu as mesmas funções na casa da esperança tanto como cooperada como prestadora de serviços; que não houve interrupção na prestação de serviços para ingresso na cooperativa (...)”.*

Reforçando o conjunto probatório, some-se a esses depoimentos aqueles, de idêntico teor, prestados nos autos do Inquérito Civil Público, às fls. 198/210.

Pois bem, segundo a conceituação doutrinária, e em vista às disposições da Lei nº 5.764/71 (que define a política nacional de cooperativismo e institui o regime jurídico das sociedades cooperativas), as Cooperativas de Trabalho detêm, como associados-cooperativados, trabalhadores que, dispensando a intervenção de terceiros qualificados como patrões, dispõem-se a contratar determinados serviços relacionados a suas profissões ou ofícios, em razão do conjunto, seja por trabalho de todos, seja por trabalho de grupos, em prol do bem comum geral, repartindo tanto os benefícios quanto os prejuízos da associação, em modo similar às sociedades comerciais, mas distinguindo-se destas por basear-se o produto aferido no próprio trabalho e não no trabalho de outros (empregados).

Nada obstante, no caso dos autos, os depoimentos transcritos e o restante do conjunto de provas apontam para a deformação desse sentido cooperativista e a descaracterização da associação, para verdadeiramente mascarar contratações que, doutro modo, se fariam diretamente sob o manto do vínculo empregatício.

Basta ver que, nos depoimentos tomados em juízo, os cooperados são uníssonos em afirmar que continuam prestando, na condição de cooperados, os mesmos serviços que prestavam antes, enquanto integrantes dos quadros do município.

A situação retratada nos autos demonstra que houve, na verdade, uma acomodação política para evitar um número elevado de demissões, caso cumprida a mencionada decisão do Tribunal de Contas do Estado, que determinou o desligamento daqueles trabalhadores que estavam prestando serviços ao Município de Campina Grande sem submissão a concurso público.

A adesão em massa desses ex-empregados do município ao sistema cooperativista caiu como uma luva para que fosse burlada a determinação da Corte Estadual de Contas, tendo a Cooperativa agido em conluio direto com o ente público para evitar a solução de continuidade da verdadeira relação empregatícia existente.

No que tange aos trabalhadores que aderiram ao referido sistema cooperativista, não é de se estranhar a satisfação com a atual condição, demonstrada nos depoimentos, haja vista tanto a manutenção do posto de trabalho proporcionado pela adesão, quanto alguns benefícios que passaram a receber, tais como, o vale-gás, vale-compras, plano odontológico e de saúde.

Na luta diária pelo próprio sustento, ainda não perceberam que estão abrindo mão de uma parcela de sua própria cidadania, deixando de usufruir um melhor nível de renda, além da proteção da legislação social, com direito, entre outros benefícios, a repouso semanal remunerado, 13^{os} salários, férias anuais remuneradas, FGTS, proteção mais ampla da legislação previdenciária, seguro-desemprego, além da proteção das normas de saúde e segurança do trabalho, como bem frisou o *Parquet* na manifestação às fls. 725/730.

Segundo a doutrina e jurisprudência solidamente edificada, tem-se por empregado aquele que mantém relação de trabalho com os seguintes atributos básicos, constantes do art. 3º da CLT: pessoalidade, significando que os serviços devem ser prestados pessoalmente; onerosidade: os serviços devem ser remunerados; continuidade: os serviços devem ser prestados de forma não-eventual; e subordinação: na prestação dos serviços, o agente deve acatar ordens, ou ficar aguardando-as.

Uma vez presentes esses requisitos, o Direito do Trabalho reconhece a existência da relação laboral, expressa ou tácita.

Em face desses atributos peculiares do vínculo de emprego, a terceirização que venha a se operar com a subordinação direta da pessoa física prestadora do serviço deve ser repelida, posto que configura intermediação o vil agenciamento de mão-de-obra, o que é o caso da Cooperativa de Trabalho demandada, que mais se assemelha a uma mera intermediadora de mão-de-obra em favor do ente público contratado, ao invés de uma real cooperativa, mascarando os vínculos de emprego pela prestação direta de serviços ao município de Campina Grande.

Sobre o tema em foco, necessário se faz transcrever algumas ilações contidas na obra “Fundamentos do Direito do Trabalho, Estudos em homenagem ao Ministro Milton de Moura França”, coordenado por Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani, Melchíades Rodrigues Martins e Tércio José Vidotti (Editora LTr, São Paulo, 2000), que assim dispõe:

“As cooperativas de produção (ou mesmo de ‘trabalho’), agasalhadas por nosso sistema jurídico, pressupõem que os instrumentos da produção estejam na posse dos cooperados, além de terem estes total disponibilidade quanto ao produto do seu trabalho. Ou seja, várias pessoas podem unir esforços para, com o trabalho conjunto e sem fins lucrativos, suprirem uma necessidade que lhes era comum (construção de moradias, por exemplo). O trabalho e o resultado desse trabalho executado são usufruídos pelos cooperados e não por terceiros. Não há, por assim dizer, a possibilidade de comercialização desse trabalho, pois do contrário estaria-se diante de uma sociedade comercial como outra qualquer, não de uma cooperativa. Assim, ‘cooperativas de trabalho’, nas quais o resultado do trabalho é utilizado por terceiro (construção de casas para uma construtora, colheita de laranja para citricultores, colheita de lixo para um Município e prestação de serviços médicos para empresas de saúde ou um Município, por exemplo) não são propriamente cooperativas. A desfiguração, aliás, é ainda maior quando o ato de associar-se a uma ‘cooperativa’ é tido como requisito essencial para a prestação de um determinado trabalho, pois isso contraria frontalmente o princípio básico cooperativo de associação voluntária e livre.

As cooperativas, portanto, apesar de terem evidentes objetivos empresariais, pois visam à melhoria das condições de vida dos seus associados, não podem ser constituídas com o único propósito de colocar mão-de-obra a serviço de outrem. O trabalho humano, no nosso atual ordenamento jurídico, é protegido pelas regras trabalhistas e não há métodos intermediários juridicamente possíveis para regular o trabalho não eventual, remunerado e subordinado de uma pessoa por outra. A prestação de trabalho nestas condições caracteriza a relação de emprego junto ao tomador de tais serviços, ou em casos específicos previstos em lei (Leis nº 6.019/74 e 7.012/83), junto às empresas prestadoras dos serviços, Enunciado 331 do Eg. TST à parte.

O parágrafo único do artigo 442, da CLT, ao prever a possibilidade de formação de cooperativas de trabalho e fazer menção expressa à negação da caracterização da relação de emprego no caso de prestação de serviços

a terceiros, pressupõe, exatamente, um trabalho prestado com as características da relação de emprego - porque do contrário não haveria sentido a exclusão -, vislumbrando, conseqüentemente, a criação dessas cooperativas, nos moldes do revogado Decreto n. 22.239/32. Esse novo dispositivo legal, portanto, vai além dos limites ora fixados em nosso ordenamento, não se amoldando, primeiro, às diretrizes legais vigentes sobre o cooperativismo no Brasil, e, segundo, ao sistema jurídico constitucional, que tem por pressuposto a relação de emprego como forma de estabelecer garantias sociais aos trabalhadores.

Não é com a prestação de trabalho, mediante o sistema de cooperativas, sem a formação de vínculo empregatício, que os trabalhadores irão alcançar melhores condições de vida, até porque, nesse sistema desvirtuado, os trabalhadores não deixam de ser meros prestadores de serviços, não participando da atividade econômica e não usufruindo, livremente, do produto de seu trabalho. Apenas recebem uma contraprestação pecuniária pelo serviço prestado, como ocorre no sistema trabalhista, com o evidente prejuízo de não terem integridade física e mental protegida pelas regras pertinentes à segurança e higiene no trabalho, além de tal situação exercer influência negativa no custeio das garantias sociais, apesar das regras contidas na Lei Complementar n. 84/96.

Nestes termos, a cooperativa de trabalho, aludida na parte final do parágrafo único do artigo 422, da CLT, não encontra respaldo nas leis específicas que regulam o cooperativismo no Brasil e muito menos amparo constitucional, vez que a Constituição adota como princípio fundamental o 'valor social do trabalho' (artigo 1º, IV), valor esse que é ditado pelo artigo 7º da mesma Carta, que tem por pressuposto a caracterização da relação de emprego quando alguém se utiliza de modo continuado e subordinadamente do trabalho de outra pessoa.

Os efeitos jurídicos da utilização do trabalho humano não podem ser mascarados por vínculos negociais entre empresas ou 'cooperativas', sob pena de negar eficácia a todo o aparato constitucional de proteção ao trabalho."

De outra banda, pondo a questão sob o ângulo unicamente da terceirização, os demandados asseguram a lisura da contratação da Cooperativa pela Prefeitura, lastreada no processo licitatório sob a modalidade de Concorrência Pública, cuja cópia do edital encontra-se às fls. 167/196.

A esse respeito, não se nega que o Direito do Trabalho, como um todo, de fato, passa por grandes modificações, vivendo uma realidade que tem conduzido, em maior ou menor grau, a uma flexibilização das relações e dos direitos trabalhistas, em cujo contexto se insere a terceirização. Na esfera da Administração Pública, parece certo que as práticas de terceirização envolvendo a limpeza de vias públicas e atividades afins foram praticamente as precursoras de outras tantas que se desencadearam.

O que não se pode, contudo, é admitir que tal preceito sirva de suporte ao desvirtuamento e a indevida utilização da contratação de serviços, como é o caso dos autos, disfarçando-se a relação numa evidente burla às regras do concurso público, através das reprováveis práticas da intermediação de mão-de-obra, oferecendo-se aos apaniguados políticos as condições de “ingresso” no serviço público.

Com respeito a esse tipo de anomalia no uso do processo de terceirização, julgo oportuno transcrever a abalizada opinião da Professora da USP e renomada autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que bem se adequa ao caso vertente (*in* Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas, Atlas, São Paulo, 1996, p. 102):

“Tais contratos têm sido celebrados sob a fórmula da prestação de serviços técnicos especializados, de tal modo a assegurar uma aparência de legalidade. No entanto, não há, de fato, essa prestação de serviços por parte da empresa contratada, já que esta se limita, na realidade, a fornecer mão-de-obra para o Estado; ou seja, ela contrata pessoas sem concurso público, para que prestem serviços em órgãos da Administração direta e indireta do Estado. Tais pessoas não têm qualquer vínculo com a entidade onde prestam serviços, não assumem cargos, empregos ou funções e não se submetem às normas constitucionais sobre os servidores públicos. Na realidade, a terceirização, nesses casos, normalmente se enquadra nas referidas modalidades de terceirização tradicional ou com risco, porque mascara a relação de emprego que seria própria da Administração Pública; não protege o interesse público, mas ao contrário, favorece o apadrinhamento político; burla a exigência constitucional de concurso público; escapa às normas constitucionais sobre servidores públicos; cobra taxas de administração incompatíveis com os custos operacionais, com os salários pagos e com os encargos sociais; não observa as regras das contratações temporárias; contrata servidores afastados de seus cargos para prestarem serviços sob outro título, ao próprio órgão do qual está afastado e com o qual mantém vínculo de emprego público.”

Prosseguindo em suas bem postas razões, adverte a Prof^a. Maria Sylvia (op. cit., p. 103):

“Aliás, não estando investidas legalmente em cargos, empregos ou funções, essas pessoas não têm condições de praticar qualquer tipo de ato administrativo que implique decisão, manifestação de vontade, com produção de efeitos jurídicos; só podem executar atividades estritamente materiais; são simples funcionários de fato. Foi uma das muitas fórmulas que se arrumou para burlar todo um capítulo da Constituição Federal (art. 37 ao 41)[...]”

O que se permite referir, assim, no que tange à licitação aludida pelos demandados, é que, mesmo se observadas as exigências e cautelas na pactuação de tais serviços - o que não se pode aferir diante dos elementos dos autos -, ainda assim seria possível questionar o resultado do certame, já que alguns Tribunais de Contas defendem a posição de que as cooperativas não podem participar de licitação para contratar com o Poder Público, fundamentando-se no fato de que as vantagens decorrentes da redução de custos financeiros e sociais próprios da relação empregado-empregador fazem da cooperativa concorrente privilegiada frente aos outros licitantes, o que agride o princípio da isonomia, pedra angular da competição. Também se embasam no argumento de que, segundo o contido no artigo 7º da Lei nº 5.764/71, “as cooperativas singulares se caracterizam pela prestação direta de serviços aos associados”, não havendo como, nesse caso, a cooperativa prestar serviços a terceiros, especialmente com objetivo de lucro.

Digo isso apenas como reforço à tese principal desenvolvida, já que não é pertinente questionar o processo licitatório sobredito, por não ser objeto da ação em julgamento.

Com efeito, não se discute, na presente ação, a legalidade dos contratos celebrados entre as recorridas, e nem se pretende a sua anulação. Produzem eles todos os efeitos entre as partes contratantes, gerando direitos e obrigações recíprocas. O exame da legalidade ou ilegalidade da existência da cooperativa como instituição também não é matéria objeto da presente ação. Este, inclusive, não seria atribuição deste Judiciário. O que se investiga nos presentes autos é a idoneidade ou não da atividade de intermediação de mão-de-obra, a qual pode ou não configurar sonegação de direitos sociais aos cooperativados. Quer, portanto, o Ministério Público do Trabalho seja o Município-réu impedido de continuar contratando empregados por intermédio daquela e de outras Cooperativas, com fraude à lei e ofensa a direitos sociais coletivos de trabalhadores.

Por igual modo, ao contrário do que pontificou a magistrada *a quo*, não persegue o *Parquet*, em nenhum ponto da peça de ingresso, o “reconhecimento do

vínculo de emprego entre os cooperados e o Município de Campina Grande” (fl. 792), sobretudo porque o artigo 37, inciso II, da Constituição estaria sendo violentado na medida em que a exigência do prévio concurso para ingresso no serviço público restaria simplesmente vilipendiada, caso o Judiciário “decretasse” o ingresso de um trabalhador no serviço público, via sentença judicial, desconsiderando o arcabouço constitucional vigente.

Enfim, para não parecer repetitivo, creio que a fundamentação até agora exposta é suficiente para incutir a conclusão clarividente de que a associação de trabalhadores ocupante do pólo passivo da presente demanda está se prestando à intermediação totalmente irregular de mão-de-obra, em afronta aos artigos 2º e 3º da CLT, atraindo a hipótese prevista no artigo 9º da CLT, assim redigido:

“Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.”

De outra banda, em vista da impossibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego com a tomadora dos serviços, órgão da Administração direta - considerados, para tanto, o artigo 37, II, da Constituição Federal, o parágrafo único do artigo 442 da CLT e o disposto no Enunciado 331 do TST -, a melhor solução aplicável à espécie é o atendimento ao pedido do Ministério Público quanto à cessação dos serviços, posto que não se pode permanecer fraudando os direitos trabalhistas historicamente consagrados em nosso meio, a pretexto de se tentar defender uma relação de natureza cooperativa, quando esta não se sustenta sequer minimamente.

Como bem explicaram os Procuradores subscritores da peça inaugural, o certo é que “deveria haver um vínculo jurídico direto entre os prestadores de serviços e o Município, com prévia realização do concurso público exigido pelo art. 37, II, da Constituição Federal – na hipótese de este utilizar o preenchimento de cargos ou empregos públicos diretamente, para a utilização do trabalho necessário ao desempenho do seu papel – ou entre eles e uma possível empresa de prestação de serviços de limpeza e conservação, se entendesse que as atividades desenvolvidas pelos falsos ‘cooperados’ poderiam ser executadas através de empresa daquela natureza, de modo que, tanto em um caso como noutro, deveria ser garantida aos trabalhadores a proteção social da legislação (trabalhista ou estatutária, se fosse o caso)”.

Trago à colação, por oportuno, decisão da Quarta Turma do colendo Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento do Recurso de Revista nº 738.714/2001, do último dia 08.10.2003, que manteve a decisão do TRT de Minas Gerais acolhendo o pedido formulado em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público

do Trabalho (MPT) e condenando a Companhia Vale do Rio Doce (CVRD) por contratar cooperativas de trabalho fraudulentas.

Segue transcrição de trechos do acórdão que se buscou reformar através da revista:

“(...) Não se nega a legalidade da constituição de uma cooperativa de trabalhadores, objetivando o fornecimento de mão-de-obra, especializada, ou não, sem que se forme vínculo empregatício com a cooperativa ou com a empresa tomadora dos serviços, como expressamente o permite o parágrafo único do art. 442 da CLT. Mas o que não se pode admitir é a fraude à lei, ou seja, a criação de falsas cooperativas e de falsas empresas, com o intuito exclusivo de intermediar a mão-de-obra para as empresas que delas se valem para pretender exonerarem-se dos ônus trabalhistas e previdenciários decorrentes da relação de emprego.

A associação à cooperativa deve ser livre e bem definidos os seus objetivos, dentre os quais prepondera a defesa do interesse de seus associados, aos quais deve a entidade prestar a mais completa assistência. A participação do cooperado deve preceder à contratação da mão-de-obra e não admitir-se como associado aquele já escolhido para trabalhar na empresa tomadora. A associação, também, deve ser permanente, não se limitando ao período em que o trabalhador presta serviços à empresa tomadora.

Provada a atitude ilegal da Recorrente, com ofensa aos direitos sociais coletivos dos trabalhadores que se sujeitam àquela intermediação, mesmo por necessidade alimentar, a situação não poderia ser resolvida diretamente pelo Ministério do Trabalho e pelo Ministério Público do Trabalho, sendo legítima e oportuna a presente Ação Civil Pública.(...)”
(TRT - 3ª Região. Proc. RO 871/00, pub. 01.07.2000. Órgão Julgador: Quarta Turma. Relator: Juiz Luiz Otávio Linhares Renault)

Por último, devo ressaltar que, em alguns de seus pronunciamentos nos autos, os demandados chegaram a aventar as implicações sociais para o caso do eventual acolhimento da presente ação, com o incremento do número de desempregados no município de Campina Grande, questão abordada, inclusive, na sentença; a esse respeito, devo redarguir que o Judiciário não pode permitir que o Estado atue em função de restritos interesses individuais, a título de liberalidade ou assistência. Se está previsto na Constituição Federal que o recrutamento de servidores só pode ser feito com base na capacidade dos candidatos, aferida em concurso, bem como que, a todo aquele que trabalha são assegurados direitos essenciais, não vejo como excluir essas regras do planejamento da ação estatal, sob pena de, para alguns membros da comunidade, mitigar a observância do critério da igualdade fundamental,

tornando-os diferentes dos outros perante a lei.

Em face de todo o exposto, dou provimento ao recurso do Ministério Público do Trabalho para, reformando a sentença proferida pela primeira instância, às fls. 779/794, julgar procedente a Ação Civil Pública proposta em face do Município de Campina Grande/PB e da Cooperativa de Trabalho dos Profissionais de Apoio Administrativo e Operacional de Campina Grande, determinando:

a) ao MUNICÍPIO DE CAMPINA GRANDE/PB, as obrigações de abster-se de promover terceirização fora das hipóteses expressamente autorizadas pelo ordenamento jurídico e de utilizar a mão-de-obra de novos trabalhadores cedidos através de “cooperativas de trabalho” ou “cooperativas de mão-de-obra”; devendo, por conseguinte, deixar de utilizar, no prazo de 90 (noventa) dias da publicação da presente decisão, os trabalhadores cuja mão-de-obra está sendo intermediada pela ré Cooperativa de Trabalho dos Profissionais de Apoio Administrativo e Operacional de Campina Grande;

b) à COOPERATIVA DE TRABALHO DOS PROFISSIONAIS DE APOIO ADMINISTRATIVO E OPERACIONAL DE CAMPINA GRANDE/PB, as obrigações de sustar, no prazo de 90 (noventa) dias da publicação da presente decisão, a prática de intermediação de mão-de-obra em favor do Município de Campina Grande, bem como abster-se, imediatamente, de intermediar mão-de-obra em favor de quaisquer pessoas físicas e jurídicas, públicas ou privadas, exceto em favor do Município de Campina Grande, em relação ao qual ficou ressalvado o prazo de 90 (noventa) dias, como acima referido.

Em se tratando de imposição de obrigação de fazer, a multa tem por finalidade atuar no ânimo da parte obrigada, de modo a compeli-la a adequar sua conduta à legislação de regência, razão pela qual fixo multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) - valor este a ser atualizado pela TR, entre a data da imposição da ordem judicial e a do seu eventual descumprimento e entre esta e a data do efetivo pagamento - pelo descumprimento de qualquer uma das obrigações, por qualquer um dos réus; multa esta a ser revertida ao FAT - Fundo de Amparo ao Trabalhador, instituído pela Lei nº 7.998/90.

Quanto ao requerimento de antecipação de tutela formulado pelo Ministério Público do Trabalho nas razões recursais, impossível o seu deferimento, como nenhuma dúvida deixa o art. 273 do CPC. É que, reexaminada e reformada a sentença neste grau de jurisdição, a tutela foi dada definitivamente. A possibilidade da execução imediata do julgado, como pretendido, não tem a ver com antecipação de tutela e, sim, com os efeitos dados ao recurso que eventualmente se avie posteriormente.

Determino a remessa de cópia da presente decisão ao Tribunal de Contas do Estado para as providências que entender cabíveis.

Custas, pela Cooperativa-ré, no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), calculadas sobre o valor da causa dado na inicial.

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, por maioria, dar provimento ao recurso do Ministério Público do Trabalho para, reformando a sentença proferida pela primeira instância, às fls. 779/794, julgar procedente a Ação Civil Pública proposta em face do Município de Campina Grande/PB e da Cooperativa de Trabalho dos Profissionais de Apoio Administrativo e Operacional de Campina Grande, determinando: a) ao Município de Campina Grande/PB, as obrigações de abster-se de promover terceirização fora das hipóteses expressamente autorizadas pelo ordenamento jurídico e de utilizar a mão-de-obra de novos trabalhadores cedidos através de “*cooperativas de trabalho*” ou “*cooperativas de mão-de-obra*”, devendo, por conseguinte, deixar de utilizar, no prazo de 90 (noventa) dias da publicação da presente decisão, os trabalhadores cuja mão-de-obra está sendo intermediada pela ré Cooperativa de Trabalho dos Profissionais de Apoio Administrativo e Operacional de Campina Grande; b) à Cooperativa de Trabalho dos Profissionais de Apoio Administrativo e Operacional de Campina Grande/PB, as obrigações de sustar, no prazo de 90 (noventa) dias da publicação da presente decisão, a prática de intermediação de mão-de-obra em favor do Município de Campina Grande, bem como abster-se, imediatamente, de intermediar mão-de-obra em favor de quaisquer pessoas físicas e jurídicas, públicas ou privadas, exceto em favor do Município de Campina Grande, em relação ao qual ficou ressalvado o prazo de 90 (noventa) dias, como acima referido. Em se tratando de imposição de obrigação de fazer, a multa tem por finalidade atuar no ânimo da parte obrigada, de modo a compeli-la a adequar sua conduta à legislação de regência, razão pela qual fixar multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) - valor este a ser atualizado pela TR, entre a data da imposição da ordem judicial e a do seu eventual descumprimento e entre esta e a data do efetivo pagamento - pelo descumprimento de qualquer uma das obrigações, por qualquer um dos réus; multa esta a ser revertida ao FAT - Fundo de Amparo ao Trabalhador, instituído pela Lei nº 7.998/90. Quanto ao requerimento de antecipação de tutela formulado pelo Ministério Público do Trabalho nas razões recursais, impossível o seu deferimento, como nenhuma dúvida deixa o art. 273 do CPC. É que, reexaminada e reformada a sentença neste grau de jurisdição, a tutela foi dada definitivamente. A possibilidade da execução imediata do julgado, como pretendido, não tem a ver com antecipação de tutela e, sim, com os efeitos dados ao recurso que eventualmente se avie posteriormente. Determinar

a remessa de cópia da presente decisão ao Tribunal de Contas do Estado para as devidas providências que entender cabíveis, bem como arbitrar as custas, pela Cooperativa-ré, no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), calculadas sobre o valor da causa dado na inicial, contra o voto da Juíza Ana Clara de Jesus Maroja Nóbrega que negava provimento ao recurso.

João Pessoa, 16 de dezembro de 2003.

AFRÂNIO NEVES DE MELO (Juiz no exercício da Presidência)

FRANCISCO DE ASSIS CARVALHO E SILVA (Juiz Relator)

JOSÉ CAETANO DOS S. FILHO (Procurador-Chefe do MPT)

GABINETE DA JUÍZA ANA CLARA DE JESUS MAROJA NÓBREGA

ACÓRDÃO Nº 75898 (MS Nº 7408/2002)

IMPETRANTE: SAELPA - SOCIEDADE ANÔNIMA DE ELETRIFICAÇÃO DA PARAÍBA

IMPETRADA: JUÍZA TITULAR DA 1ª VARA DO TRABALHO DE JOÃO PESSOA/PB

LITISCONSORTE: EUDES SOBREIRA BARBOSA

EMENTA: DECISÃO QUE ANTECIPA OS EFEITOS DA TUTELA DE MÉRITO. REINTEGRAÇÃO DE TRABALHADOR REABILITADO. ARTIGO 93 DA LEI Nº 8.213/1991. ILEGALIDADE INEXISTENTE. A dispensa de trabalhador reabilitado, de acordo com a disciplina legal e regulamentar pertinente, só é viável quando for ele substituído por outro em similares condições, ou seja, por outro que tenha sido submetido a idêntico processo. Logo, a simples substituição por outro empregado, portador de deficiência, não satisfaz as exigências legais. Imperiosa é a sujeição do empregado deficiente substituto a programa de reabilitação “desenvolvido ou homologado pelo INSS”, tal como estatuído na Ordem de Serviço Conjunta INSS/DAF/DSS 90, de 27/10/1998. Assim, correta a decisão que antecipa os efeitos da tutela de mérito, no tocante à reintegração, quando o reclamante comprova ter sido demitido sem a observância dos parâmetros estabelecidos na ordem positivada. Segurança denegada.

Vistos etc.

Trata-se de mandado de segurança, impetrado pela SAELPA - SOCIEDADE ANÔNIMA DE ELETRIFICAÇÃO DA PARAÍBA, sendo a JUÍZA TITULAR DA 1ª VARA DO TRABALHO DE JOÃO PESSOA/PB a autoridade apontada como coatora e EUDES SOBREIRA BARBOSA o litisconsorte.

A impetrante lança mão do presente mandado de segurança para atacar despacho proferido pela autoridade apontada como coatora, nos autos da Reclamação Trabalhista 01.1454/2002, em trâmite na 1ª Vara do Trabalho da Capital, e que, sob forma de antecipação de tutela de mérito, encerra ordem de reintegração do litisconsorte em seu posto de trabalho com fundamento no artigo 93 da Lei 8.213/1991.

Sustenta a SAELPA - SOCIEDADE ANÔNIMA DE ELETRIFICAÇÃO DA PARAÍBA a impossibilidade, in casu, de concessão da tutela diferenciada, sem sua oitiva prévia, porque o comando legal utilizado como lastro da decisão contém condição suspensiva. Afirma, também, não haver, na norma invocada, previsão de reintegração do empregado em caso de violação, que se trata, em verdade, de estabilidade relativa e que a transgressão implica apenas uma penalidade administrativa. Argumenta, por fim, não se compatibilizar a obrigação de fazer com a forma provisória de execução.

Informações prestadas pela autoridade impetrada, às fls. 49/51.

Indeferido o pedido de concessão de decreto jurisdicional liminar (fls. 53/58).

Interposto agravo regimental às fls. 61/66.

Manifestação do litisconsorte às fls. 67/71.

Negado provimento ao agravo, por meio do Acórdão nº 73921 (fls. 94/101).

O Ministério Público do Trabalho, às fls. 105/111, manifesta-se pela denegação da segurança.

É o relatório.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

Admito-a, eis que impetrado a tempo e a modo.

MÉRITO

Tenciona a impetrante suprimir os efeitos jurídicos do despacho proferido pela autoridade impetrada, nos autos da Reclamação Trabalhista 01.1454/2002, em trâmite na 1ª Vara do Trabalho da Capital, e que, sob forma de antecipação de tutela de mérito, ordenou a reintegração do litisconsorte em seu posto de trabalho com fundamento no artigo 93 da Lei 8.213/1991.

A impetrante, como primeiro argumento, vislumbra a impossibilidade de antecipação dos efeitos da tutela de mérito, em razão do fato de o artigo 93 da Lei 8.213/1991 deter condição suspensiva não comprovada, à ocasião, pelo litisconsorte nos autos da reclamação trabalhista supramencionada.

Nada obstante se vislumbre alguma precipitação no despacho concessivo da tutela antecipada, sobremaneira no que diz respeito à ausência de prova inequívoca que o autorizasse, considero, em primeira análise, que os elementos reunidos nos presentes autos findam por convalidá-lo.

A impetrante, para emprestar consistência às suas alegações, afirma, à fl. 07, que a demissão do litisconsorte fora precedida da contratação do Senhor Matheus José Medeiros Oliveira de Albuquerque e Melo, “portador de distúrbio auditivo” e que tal providência atenderia as exigências legais.

Considero, em princípio, equivocada a conclusão da impetrante.

Inicialmente, convém ressaltar que o artigo 93 da Lei 8.213/1991 recebeu regulamentação administrativa por meio da Portaria MPAS 4.677, de 29/07/1998, da Ordem de Serviço Conjunta INSS/DAF/DSS 90, de 27/10/1998 e da Resolução INSS 630, de 20/10/1998.

O § 1º, art. 93, da referida lei, está assim disposto, verbis:

“A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante.” (grifo meu)

A Ordem de Serviço Conjunta INSS/DAF/DSS 90, de 27/10/1998, em suas justificativas e em seus itens 2 e 3 assim estabelece, verbis:

“CONSIDERANDO ser imprescindível o controle das ações, para garantir os direitos do beneficiário reabilitado ou pessoa portadora de deficiência habilitada, no que diz respeito às vagas para sua reintegração e integração à empresa;

CONSIDERANDO a necessidade de fiscalização, avaliação e controle pelo INSS, quanto ao cumprimento, pelas empresas, e de produção de estatísticas sobre o total de empregados e vagas preenchidas, do contido na legislação previdenciária. Resolvem:

(...)

2. Beneficiário Reabilitado - o segurado e o dependente vinculados ao Regime Geral de Previdência Social - RGPS, submetido a processo de reabilitação profissional desenvolvido ou homologado pelo INSS.

3. Pessoa Portadora de Deficiência Habilitada - aquela não vinculada ao RGPS, que se submeteu a processo de habilitação profissional desenvolvido ou homologado pelo INSS.”

A Portaria MPAS 4.677, de 29/07/1998 e a Resolução INSS 630, de 20/10/1998 contemplam similar dicção.

Vê-se, portanto, *prima facie*, que a exigência legal é no sentido de que o empregado reabilitado seja substituído por outro em similares condições, ou seja, por outro que tenha sido submetido a idêntico processo.

Inferência inicial é, portanto, no sentido de que a simples substituição por outro empregado, portador de deficiência, não satisfaz as exigências legais. Imperiosa é a sujeição do empregado deficiente substituto a programa de reabilitação “*desenvolvido ou homologado pelo INSS*”.

Ao reverso do documento de fl. 27, alusivo ao litisconsorte, os documentos de fls. 40/41, concernentes ao empregado contratado para autorizar a demissão daquele, nada comprovam nesse sentido.

Demais disso, e ainda que assim não fosse, uma análise preliminar do acervo probatório não permite a constatação de que a perda auditiva do empregado contratado, porque leve, esteja entre as marcas estabelecidas para a configuração da deficiência auditiva. Os limites fixados pelo item 3.2.2.1, “a”, Ordem de Serviço Conjunta INSS/DAF/DSS 90, de 27/10/1998, consideram apenas a diminuição igual ou superior a 25 Db.

Por uma questão de idoneidade a impetrante não poderia levar aos autos da reclamação trabalhista alegações e provas distintas das que agora faz e, se assim é, o despacho ora atacado, que fora prolatado, em princípio, sacrificando a exigência de prova robusta, teria sido imposto, ainda com mais argumentos, após a oitiva da reclamada.

Considero, portanto, que esse argumento não é substancial para a consecução do provimento judicial *in limine*.

Em relação à assertiva de que, por tratar-se de garantia de emprego — estabilidade relativa —, não se pode cogitar de reintegração, penso inservível, para a suspensão do ato reputado ilegal, as razões expostas pelo autor.

Nos termos das razões que justificam a Ordem de Serviço Conjunta INSS/DAF/DSS 90, de 27/10/1998, constata-se, sem o empenho de maiores esforços, que todo o esforço estatal é no sentido de “garantir os direitos do beneficiário reabilitado ou pessoa portadora de deficiência habilitada, no que diz respeito às vagas para sua reintegração e integração à empresa” (destaque meu).

Igualmente imprestável, sob a mesma perspectiva, é a conclusão autoral de que a conduta da empresa implica apenas sanção de jaez administrativo, pois o item 1.5 da Resolução INSS 630, de 20/10/1998, assim dispõe, *verbis*:

“*Após lavrado o Auto de Infração - AI e não tendo a empresa cumprido a obrigação no prazo determinado, a Fiscalização deverá formalizar*

processo que será encaminhado ao Seguro Social para remessa ao Ministério Público do Trabalho, para as providências cabíveis.”

Ora, a necessidade de envio do processo ao Ministério Público do Trabalho, após aplicação da pena administrativa, revela a circunstância de que a conduta consistente da demissão ilegal de empregado reabilitado, transborda os efeitos também para a esfera trabalhista.

Quanto à impossibilidade da execução provisória de obrigação de fazer em sede de tutela antecipada, não creio, para efeitos de provimento liminar, haver vedação com a as proporções visualizadas pela impetrante.

O Tribunal Superior do Trabalho, por meio da SDI II, editou a Orientação Jurisprudencial nº 87, que assim dispõe, verbis:

“Mandado de segurança. Reintegração em execução provisória. Impossibilidade.

O art. 899 da CLT, ao impedir a execução definitiva do título executório, enquanto pendente recurso, alcança tanto as execuções por obrigação de pagar quanto as por obrigação de fazer. Assim, tendo a obrigação de reintegrar caráter definitivo, somente pode ser decretada, liminarmente, nas hipóteses legalmente previstas, em sede de tutela antecipada ou tutela específica (13.03.02).” (grifei)

Ora, a hipótese aqui tratada, em princípio, traduz garantia de emprego fixada em lei e, em casos tais, mutatis mutandis, o mesmo Tribunal Superior do Trabalho assim se posiciona, verbis:

“EMENTA MANDADO DE SEGURANÇA - REINTEGRAÇÃO - ESTABILIDADE DO ART. 118 DA LEI Nº 8213/91 - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - LEGALIDADE. Se o Empregado esteve afastado por mais de 15 dias, e sua dispensa não obedeceu à estabilidade de 12 meses garantida por lei, encontram-se presentes os elementos que autorizaram o convencimento da verossimilhança e a conseqüente plausibilidade do direito invocado pelo Empregado, não se sustentando as assertivas da Impetrante no sentido de invocar a seu favor o livre exercício do direito de rescisão unilateral do pacto laboral, quando ceda a sua sujeição a limitações decorrentes de lei, entre elas, a estabilidade provisória por acidente de trabalho assegurada pelo art. 118 da Lei nº 8213/91, reconhecida pela OJ 105 da SBDI-1 desta Corte. Com efeito, não fere direito líquido e certo da Impetrante a concessão de tutela antecipada para reintegração de empregado protegido por estabilidade provisória decorrente de lei ou norma coletiva, à luz do entendimento esposado na OJ 64 da SBDI-2 do TST. Recurso ordinário desprovido.” (RELATOR MINISTRO IVES GANDRA MARTINS FILHO FONTE DJ DATA: 16-11-

2001 PG: 471 TRIBUNAL: TST DECISÃO: 30 10 2001 PROC: ROMS NUM: 713945 ANO: 2000 REGIÃO: 04 RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA TURMA: D2 ÓRGÃO JULGADOR - SUBSEÇÃO II ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS)

Ademais, como bem postos por Sua Excelência, a Juíza Herminegilda Machado, por ocasião do julgamento do AG 0764/2003 (Acórdão 73921), interposto contra o despacho que indeferiu o provimento liminar, “*o intento legislativo é mesmo no sentido de condicionar o exercício do direito patronal de por termo ao contrato de trabalho e, principalmente, verifica-se que a não observância das condições impostas pela legislação implica, de fato, a reintegração do empregado*” (fl. 99).

Considero útil e necessária, por fim, alusão à crítica que se tem feito à forma de abordagem das questões, em via mandamental, e que consiste, basicamente, na assertiva de que se estaria esgotando o objeto da ação em que sobrevem o ato reputado ilegal.

Registro, de início, que o mandado de segurança, embora tenha conexão com o feito em que se profere a decisão dita ilegal, tem objeto próprio e, especificamente na circunstância abordada nos presentes autos — concessão de tutela antecipada —, promove enfoque pontual, limitado a episódio processual que pode ser revertido por deliberação da autoridade judicial impetrada, mesmo após o julgamento do mandamus, nos termos do artigo 273, § 4º, do Código de Processo Civil. Logo, não há risco de exaurimento do objeto tratado no processo com o qual tem conexão o mandado de segurança.

De mais a mais, tanto na ocasião em que decide o julgador sobre o pedido de antecipação de tutela, tanto quanto por ocasião da concessão do provimento liminar em mandado de segurança e na abordagem de mérito deste, promove-se enfoque sobre fatos constitutivos, pois a tutela apenas pode ser antecipada mediante apresentação “prova inequívoca” e estes fatos, tanto numa como noutra ação, devem estar provados *in initio litis*.

Em ocasiões tais, preconiza a doutrina, *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.” (NUNES, Luis Antônio. COGNIÇÃO JUDICIAL NAS TUTELAS DE URGÊNCIA. Editora Saraiva. São Paulo, 2000. Pág. 36)

“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.” (MARINONI, Luiz Guilherme. TUTELA ANTECIPATÓRIA, JULGAMENTO ANTECIPADO E EXECUÇÃO IMEDIATA DA SENTENÇA. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo (SP), 2000. Pág. 33)

Assim, diante do exposto, denego a segurança.

Custas pela impetrante no valor de R\$ 11,00 (onze reais).

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, por unanimidade, denegar a segurança. Custas pela impetrante no valor de R\$ 11,00 (onze reais).

João Pessoa, 28 de outubro de 2003

ANA MARIA FERREIRA MADRUGA (Juíza Presidente)

ANA CLARA DE JESUS MAROJA NÓBREGA (Juíza Relatora)

EDUARDO VARANDAS ARARUNA (Procurador do Trabalho)

GABINETE DO JUIZ EDVALDO DE ANDRADE

PROCESSO NU.: 00092.2002.019.13.00-1

AGRAVO DE PETIÇÃO

AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE ITAPORANGA/PB

AGRAVADOS: MARIA ZILMA TEIXEIRA DA SILVA E INSS – INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

EMENTA: HOMOLOGAÇÃO DOS CÁLCULOS. SENTENÇA. FUNDAMENTAÇÃO. NULIDADE INEXISTENTE. A sentença que ratifica os cálculos elaborados pela Contadoria é atípica e escapa aos requisitos previstos no artigo 458 do CPC. Na verdade, tem ela como fundamento a própria minuta da conta, que com a homologação passa a integrá-la formando um corpo decisório único, motivo pelo qual não se há de cogitar nulidade por infringência ao preceito insculpido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, ao argumento de ausência de fundamentação. EXCESSO DE EXECUÇÃO. INEXISTÊNCIA. Inexiste excesso na execução quando os juros de mora utilizados na conta de liquidação estão de acordo com o previsto na legislação disciplinadora (Lei nº 8.177/91, art. 39, § 1º).

Vistos etc.

Agravo de petição oriundo da Vara do Trabalho de Itaporanga/PB, tendo por agravante o MUNICÍPIO DE ITAPORANGA/PB e por agravados MARIA ZILMA TEIXEIRA DA SILVA e INSS – INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL.

Insurge-se o agravante contra a decisão constante às fls. 146/147, em que o MM. Juiz da Vara de origem julgou parcialmente procedentes os Embargos à Execução, para excluir da condenação o valor relativo às custas processuais.

Maria Zilma Teixeira da Silva contraminutou às fls. 166/167.

O douto representante do Ministério Público do Trabalho, através do parecer exarado às fls. 174/175, pronunciou-se pelo conhecimento e não-provimento do agravo de petição.

É o relatório.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

Preenchidos os pressupostos legais de admissibilidade, conheço do agravo.

PRELIMINAR DE NULIDADE PROCESSUAL, POR VÍCIO DE CITAÇÃO E AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO HOMOLOGATÓRIA DOS CÁLCULOS DE LIQUIDAÇÃO

O agravante, esteando-se no § 1º, art. 880 da CLT e inciso IX, art. 93 da CF/88, aduz que não há como a execução prosseguir, pois, além de a citação não ter sido procedida na pessoa do prefeito, a sentença que homologou os cálculos encontra-se destituída de fundamentação. Assim, requer desta Corte o reconhecimento da nulidade da citação, por concluir afrontados os dispositivos legais em comento.

Não lhe socorre razão.

Inicialmente, registre-se a validade do ato da citação em si, porquanto, a teor da certidão à fl. 115, efetivada na pessoa do procurador-geral do Município, a quem, *ex vi* da outorga constante à fl. 25, foram conferidos amplos e ilimitados poderes para representar o executado na presente lide.

Por outro lado, como se infere do mandado constante à fl. 114, a decisão sobre os cálculos e impulso à execução em lide, *ipsis litteris*, encontra-se transcrita no mandado objurgado, a qual, por praxe na Justiça do Trabalho, decorre de simples despacho, sem maiores delongas. Tal fato, entretanto, não caracteriza ausência de fundamentação, a infringir o preceito constitucional invocado (CF., art. 93, IX).

Como já afirmado alhures, a sentença que ratifica os cálculos elaborados pela Contadoria é atípica e escapa aos requisitos previstos no artigo 458 do CPC. Na verdade, tem ela como fundamento a própria minuta da conta, que com a homologação passa a integrá-la, formando um corpo decisório único.

Nesse matiz, inclusive, é o magistério do emérito Manoel Antônio Teixeira Filho in “Execução no Processo do Trabalho”, LTr, 7ª Edic., pág. 420, *in verbis*:

“No processo do trabalho, a cientificação do devedor, que se realiza por intermédio do mandado em exame, não representa, como no processo civil, ato constitutivo da relação jurídica executiva, porquanto - é importante reiterar - a execução corresponde apenas a um capítulo do processo cognitivo, a sua expressão constrictiva, por assim dizer; logo, ela faz parte de uma relação jurídica iniciada, muito antes, com a citação do réu, ocorrida no processo de conhecimento.”

Assim, considerando que o executado recebeu cópia da sentença (fls. 68 e 71) e, posteriormente, a ciência do acórdão (fl. 106) sobre o pronunciamento de mérito, entendendo que não houve nenhum prejuízo a ensejar a nulidade requerida.

Nesse sentido, inclusive, a exemplo dos seguintes arestos, trilha a jurisprudência pátria:

“FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO – NULIDADE DA SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DOS CÁLCULOS EM EXECUÇÃO – A homologação dos cálculos de forma sintética não implica violação aos arts. 458 do CPC e 93, IX, da CF/88. Os cálculos homologados nada mais são do que a expressão aritmética do título executivo (já fundamentado). Por isso mesmo cabe à parte irresignada sempre apresentar impugnação específica e delimitada dos cálculos em caso de eventual insurgência.” (TRT 9ª R. – AP 04285-2000 – (17391-2001.) – 3ª T. – Rel. Juiz Sérgio Guimarães Sampaio – J. 25.04.2001.) JCPC.458 JCF.93 JCF.93.IX.

“SENTENÇA DE LIQUIDAÇÃO – FUNDAMENTAÇÃO – NULIDADE –

NÃO OCORRÊNCIA – Conforme iterativa jurisprudência deste Regional, a decisão homologatória dos cálculos, denominada ‘Sentença de Liquidação’, prescinde de fundamentação exaustiva, servindo, para tanto, a mera referência aos cálculos que estão sendo homologados, pois estes trazem todos os elementos necessários ao conhecimento e amplo exercício do direito de defesa dos litigantes, os quais poderão questioná-los por ocasião dos embargos ou da impugnação à sentença de liquidação (art. 884 da CLT). Descabe potencializar um requisito formal na sentença de liquidação, já que, por meio dela, objetiva-se apenas fixar uma quantia líquida para o débito a ser executado.” (TRT 24ª R. – AP 00790/1999-004-24-00 – Rel. Juiz Amaury Rodrigues Pinto Júnior – DOMS 03.10.2002.) JCLT.884.

Dessa forma, não há sustentação para os enfoques aduzidos.

Isto posto, rejeito a prefacial.

MÉRITO

De início, registre-se a impropriedade da insurgência quanto à suposta condenação ao pagamento de multa de 10% no título exequendo (fl. 156), considerando-se não existir tal imposição em nenhuma peça lançada nos autos.

No mais, impugna o agravante os cálculos de liquidação, alegando que há excesso na execução. Aduz que além de não ter havido esclarecimento quanto aos índices de reajustes aplicados na referida conta, os juros de mora teriam sido calculados a mais de 1% ao mês, em afronta à lei.

Observando-se a conta consignada às fls. 107/109, constata-se que o índice para o cálculo dos juros de mora utilizado para a referida operação foi de 1% ao mês, na forma disposta pelo § 1º do art. 39 da Lei 8.177/91, disciplinadora da matéria, que estabelece, *in verbis*:

*“§1º. Aos débitos trabalhistas constantes de condenação pela Justiça do Trabalho ou decorrentes dos acordos feitos em reclamatória trabalhista, quando não cumpridos nas condições homologadas ou constantes do termo de conciliação, serão acrescidos, nos juros de mora previstos no caput, **juros de um por cento ao mês**, contados do ajuizamento da reclamatória e aplicados pro rata die, ainda que não explicitados na sentença ou no termo de conciliação.” (Destacado.)*

Ademais, ao contrário do alegado pela parte agravante, da referida conta também se infere que os cálculos foram efetuados com a suficiente e necessária clareza para o seu entendimento.

Isto posto, nego provimento ao presente agravo.

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar de nulidade processual, por vício de citação e ausência de fundamentação da decisão homologatória dos cálculos de liquidação; Mérito: por unanimidade, negar provimento ao Agravo de Petição.

João Pessoa, 26 de novembro de 2003.

VICENTE VANDERLEI NOGUEIRA DE BRITO (Juiz no exercício da Presidência)

EDVALDO DE ANDRADE (Juiz Relator)

MARIA EDLENE COSTA LINS (Procuradora do Trabalho)

GABINETE DO JUIZ PAULO AMÉRICO MAIA DE V. FILHO

PROCESSO.:NU. 01844.2003.002.13.00-0

RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTES: CEF - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL E RUBENS SUASSUNA FILHO

RECORRIDOS: OS MESMOS

EMENTA: AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. NATUREZA SALARIAL. SUPRESSÃO UNILATERAL. IMPOSSIBILIDADE. OFEN-SA A DIREITO ADQUIRIDO. INCIDÊNCIA SOBRE O FGTS. DEFERIMENTO. O benefício-alimentação instituído pela empresa, pago ininterruptamente e com extensão aos inativos, constitui parcela de natureza salarial já incorporada, definitivamente, ao patrimônio do empregado, constituindo verdadeiro direito adquirido, nos termos do art. 468 da CLT e Enunciado nº 51 do TST. Assim sendo, deve incidir o FGTS sobre o auxílio-alimentação, em face do seu caráter salarial (artigo 15, da Lei nº 8.036/90). Recurso ordinário da reclamada desprovido.

Vistos etc.

Cuida-se de recursos ordinários provenientes da 2ª Vara do Trabalho de João Pessoa/PB, contra a decisão de fls. 165/167, que acolheu a prescrição quinquenal, e extinguiu, com julgamento do mérito, a parte da postulação relativa ao período anterior a 17.12.1998, e, no mérito, julgou procedente em parte os pedidos formulados por RUBENS SUASSUNA FILHO contra a CEF - CAIXA

ECONÔMICA FEDERAL, Condenando esta a pagar ao reclamante o valor correspondente ao FGTS, incidente sobre a parcela de auxílio-alimentação, até o início da vigência do acordo coletivo referente a 2002/2003.

Irresignada, recorre a Caixa Econômica Federal, fls. 170/176, pretendendo a reforma da sentença, para que seja julgado improcedente o pedido da recorrida, invertendo-se o ônus da sucumbência. Diz que o benefício-alimentação não possui natureza salarial, mas sim, indenizatória, inexistindo direito adquirido à sua percepção, eis que, pago por liberalidade da recorrente. Acrescenta que, quando o recorrido se desligou da empresa já estava em vigor a RH 030502, que já não contemplava o benefício-alimentação aos aposentados. Por fim, aponta a seu favor a Lei nº 6.321/76 e Decreto-Lei nº 2.355/87, e acordos coletivos, bem como o Precedente nº 133 da SDI do TST.

Juntou guia de recolhimento de custas e depósito recursal, fls. 178/179.

Inconformado, recorre o reclamante, às fls. 180/220, pedindo que seja afastada a prescrição quinquenal declarada pela sentença de 1º Grau, em face da prescrição para o FGTS ser trintenária, nos termos do Enunciado nº 95 do Colendo TST. Assim, requer o deferimento do FGTS sobre o auxílio-alimentação desde a sua admissão até a extinção do contrato de trabalho, inclusive sobre 13^{os} salários e férias regulamentares.

Pede, ainda, que seja desconsiderada a Cláusula 5ª, § 2º do acordo coletivo 2002/2003, que considerou como indenizatório o auxílio-alimentação, quando este tem caráter salarial, pelo que pede a sua incidência também quando da vigência do citado acordo coletivo. Trouxe farta jurisprudência em abono às suas teses.

Contra-razões, apresentadas pela reclamada às fls. 225/229. Não houve contrariedade pelo reclamante.

O douto representante do Ministério Público do Trabalho, à fl. 234, por não ser a hipótese de sua intervenção obrigatória, deixou de opinar, ressalvando, no entanto, 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

Conheço dos recursos ordinários, eis que atendidos os pressupostos legais de suas interposições.

RECURSO DA RECLAMADA

Assegura a recorrente que o benefício-alimentação não possui natureza salarial, mas sim, indenizatória, inexistindo direito adquirido à sua percepção, eis que pago por liberalidade da recorrente. Acrescenta que, à época do desligamento da recorrida da empresa, já estava em vigor a RH 030502, que não contemplava o

benefício-alimentação aos aposentados. Por fim, aponta a seu favor a Lei nº 6.321/76 e Decreto-Lei nº 2.355/87, e acordos coletivos, bem como o Precedente nº 133 da SDI do TST.

Consoante as informações colhidas nos documentos que compõem os autos, o auxílio-alimentação foi instituído na CEF no ano de 1970, sendo estendido aos aposentados e pensionistas a contar de 1975, o qual era totalmente subvencionado pela Caixa Econômica Federal.

Por sua vez, a Circular Normativa nº 083/89, no âmbito interno da CEF, manteve a concessão aos aposentados e pensionistas da parcela objeto da presente lide (auxílio-alimentação), inserindo-a, explicitamente, dentro do conceito de complementação e qualificando-a em rubrica específica nominada “Reembolso Despesas com Alimentação”.

Queda por terra, assim, o argumento de que o benefício-alimentação não possui natureza salarial, mas sim, indenizatória, pois era concedido também aos inativos, que não mais prestavam serviços à Caixa Econômica.

Entretanto, acolhendo sugestão emitida pela diretoria de administração e recursos humanos, resolveu a Caixa Econômica Federal suspender o fornecimento do auxílio-alimentação, a partir de fevereiro de 1995.

In casu, entendo configurada violação a direito adquirido da recorrida, em total afronta ao artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal de 1988, pois o referido benefício estava incorporado ao patrimônio jurídico da reclamante.

Mesmo que a concessão do benefício tenha sido liberalidade do empregador, a sua percepção pelos empregados, ativos e inativos, durante certo lapso de tempo conferiu à verba caráter contratual, de modo que não poderia, posteriormente, ser suprimido, unilateralmente, pela recorrente.

Por esse mesmo motivo, irrelevante se à época do desligamento da recorrida já estava em vigor a RH 030502, que não contemplava o benefício-alimentação aos aposentados, pois esses empregados já percebiam o benefício quando na ativa.

A alteração do regulamento específico da empresa, no caso particular dos autos, somente poderia atingir situações futuras, não se prestando para desconstituir direitos já consolidados no tempo.

O Colendo Tribunal Superior do Trabalho manifestando-se acerca da alteração de vantagens previstas em regulamento, consolidou sua jurisprudência no Enunciado nº 51, assim redigido:

“As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento.”

Por outro lado, ao deferir o pleito do recorrido, a decisão *a quo* não violou qualquer princípio constitucional. Ao contrário, restaurou situação outrora existente, que, acaso modificada, redundaria em afronta ao direito adquirido do requerente.

É bom esclarecer que, dentre os preceitos legais atinentes a programas de alimentação, a CEF fez menção direta aos seguintes dispositivos, sobre os quais serão emitidos pronunciamentos específicos:

“Lei 6.321/91. Art. 3º. Não se inclui como salário de contribuição a parcela paga in natura, pela empresa, nos programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho.”

“Decreto 05. 14.01.1991. Art. 6º. Nos programas de alimentação do trabalhador, previamente aprovados pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, a parcela paga in natura pela empresa não tem natureza salarial, não se incorpora à remuneração para quaisquer efeitos, não constitui base de incidência de contribuição previdenciária ou do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e nem se configura como rendimento tributável do trabalhador.”

“Lei 8.212/91. Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição: ...omissis

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

...omissis

c) a parcela in natura recebida de acordo com os programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, nos termos da Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976;”

Esses dispositivos legais afirmam que a parcela *in natura* não tem caráter salarial ou tributário e, por conseguinte, não incide sobre contribuição previdenciária e verbas fundiárias e, apenas, isenta a incidência de contribuição previdenciária sobre a parcela que é paga pela empresa aos seus empregados, a título de benefício-alimentação.

Com efeito, a determinação de supressão do pagamento de auxílio-alimentação aos aposentados e pensionistas não atinge aqueles ex-empregados que já percebiam o benefício, pois a reclamada é empresa pública e, como tal, sujeita-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas.

Logo, a verba em questão deve ser examinada à luz do Direito do Trabalho e segundo o art. 468 da CLT, que assim dispõe, *in verbis*:

“Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde

que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.”

Neste sentido orientam os Enunciados nºs 51 e 288 do C. TST:

“Nº 51 Vantagens

As cláusulas regulamentares que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento.”

(RA 41/1973 DJ 14.06.1973)

“Nº 288 Complementação dos proventos da aposentadoria

A complementação dos proventos da aposentadoria é regida pelas normas em vigor na data da admissão do empregado, observando-se as alterações posteriores desde que mais favoráveis ao beneficiário do direito.”(Res. 21/1988 DJ 18.03.1988) (Referência: CLT, arts. 9º, 444 e 468 - CC, art. 153)

Como se observa, o auxílio-alimentação percebido pelo reclamante não decorria do Plano de Alimentação do Trabalhador (PAT), porquanto, com o advento do mencionado programa, a reclamada já concedia a vantagem de forma habitual e constante a seus trabalhadores e, conseqüentemente, o benefício assumiu natureza salarial, integrando a remuneração dos empregados. Encontra-se também dentro desse contexto a fixação como indenizatória da parcela em comento nos acordos coletivos, que, sem sombra de dúvidas, feriu direito adquirido.

Assim sendo, tendo a verba em lume caráter eminentemente salarial, correta a sentença ao deferir a incidência do FGTS sobre ela, nos termos do artigo 15 da Lei nº 8.036/90. Nada a reformar, portanto.

Por fim, nem invoque a empresa-reclamada a seu favor a OJ nº 133 da SDI –I do Colendo TST. Isto porque, diante do que ficou exposto acima, não há como aplicá-la. Depois, porque as orientações jurisprudenciais não obrigam o Juiz a segui-las, servindo apenas como norteadoras de posição.

Isto posto, nego provimento ao recurso.

DO RECURSO DO RECLAMANTE

Quanto à aplicação da prescrição quinquenal ao título de FGTS, entendo ser aplicável, em consonância com a esmagadora maioria dos julgados, em que pese a regra de prescrição pertinente aos créditos trabalhistas (artigo 7º, inciso XXIX da CF/88), prescrição específica, por expressa disposição da Lei nº 8.036/90, em seu artigo 23, § 5º, que inclusive é posterior à edição do texto constitucional, que é a trintenária.

Nesse norte, entendo que se encontra em plena vigência o Enunciado nº 45 do Colendo TST.

A jurisprudência é clara:

“RECOLHIMENTO DO FGTS. PRESCRIÇÃO. O artigo 7º da Constituição Federal foi editado para assegurar e ampliar o direito dos trabalhadores. Não é, portanto, razoável concluir-se que a prescrição do FGTS, a partir do já citado artigo 7º, tenha sido reduzida para dois ou cinco anos. A norma trabalhista deve ser interpretada segundo seu espírito. A Lei nº 8.036/90, que entrou em vigor após a Carta Magna de 1988, diz, no § 5º, do seu artigo 23, que está respeitado o privilégio do FGTS à prescrição trintenária. Ninguém disse que tal lei é inconstitucional. É absurda a conclusão de que se o trabalhador cobrar o FGTS a prescrição é bienal ou quinquenal, sendo a cobrança pela Caixa Econômica Federal, a prescrição seria trintenária. Ora, as normas legais e constitucionais devem ser interpretadas de modo harmônico, e isso conduz à conclusão de que a prescrição do FGTS para o trabalhador é trintenária, sem embargo do que diz na letra ‘a’, do inciso XXIX, do artigo 7º da Constituição Federal. Resta dizer que aqui também se aplica um dos princípios básicos do Direito do Trabalho, de que a lei – mesmo a constitucional – assegura direitos mínimos, os quais, portanto, podem ser ampliados. Quando a Carta Magna não quis que a lei ampliasse os direitos mínimos por ela assegurados, ela foi expressa, como está no artigo 7º, VI e XIII, por exemplo. Intacto, assim, o Enunciado.” (TST, 16.02.2000, RR nº 328501, ano 96, Reg. 03, 2ª T, DJ 17.03.2000 p. 88, Rel. Ministro José Luciano de Castilho Pereira)

Afora isso, assiste razão ao autor quando pede o afastamento da prescrição quinquenal declarada em relação ao FGTS sobre o auxílio-alimentação. O pedido de recolhimento de FGTS, não efetuado na época oportuna, incide a prescrição trintenária. A hipótese de aplicação do prazo prescricional geral é aquela em que a base remuneratória somente é reconhecida em Juízo, nos termos do Enunciado nº 206 do TST.

Desta forma, procede o recurso a fim de ver deferida a incidência do FGTS sobre o auxílio-alimentação, desde a admissão/opção do reclamante e não apenas dos últimos cinco anos.

Só a título de esclarecimento, não foi pedida a incidência do FGTS dos 13^{os} salários e férias regulamentares, pelo que o Juiz deve se ater ao pedido.

No que se refere ao caráter salarial do auxílio-alimentação, só complementando o que já ficou dito no recurso do banco, é patente a natureza salarial do benefício em comento, não constituindo elemento indispensável à execução de seus serviços.

Desta forma, nem a adesão da empresa ao PAT, nem tampouco o acordo coletivo de trabalho têm o condão de alterar situação jurídica já consolidada, sob pena de afronta aos artigos 5º, XXXVI da Constituição Federal e artigo 468 da CLT.

Neste sentido, o aresto abaixo:

“AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. HABITUALIDADE. NATUREZA SALARIAL. Sendo instituído por força de contrato de trabalho ou norma coletiva, e ante a sua habitualidade, o auxílio-alimentação se reveste de caráter salarial. Seria de caráter indenizatório caso se prestasse para compensar despesas comprovadamente pagas pelo empregado.” (TRT 22ª Reg. RORO-2062/97, Ac. Nº 1877/97, Rel. Juiz Laércio Domiciano, DJ 21.01.98)

Em assim sendo, claudicou a sentença de 1º Grau ao limitar a incidência do FGTS sobre auxílio-alimentação, até o início de vigência do acordo coletivo referente a 2002/2003, quando certo seria até a data da extinção do contrato de trabalho do autor.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso para, afastando a prescrição quinquenal, determinar que a apuração da incidência do FGTS seja feita desde a admissão do reclamante, e considerando a natureza salarial permanente de tal parcela, estender tal apuração até a jubilação do seu contrato de trabalho.

Custas acrescidas de R\$ 30,00, calculadas sobre R\$ 1.500,00, novo valor atribuído à causa.

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, RECURSO DA RECLAMADA – por unanimidade, negar provimento ao recurso; RECURSO DO RECLAMANTE – por unanimidade, dar provimento ao recurso para, afastando a prescrição quinquenal, determinar que a apuração da incidência do FGTS seja apurada desde a admissão do reclamante, e considerando a natureza salarial permanente de tal parcela, estender tal apuração até a jubilação do seu contrato de trabalho. Custas acrescidas de R\$ 30,00, calculadas sobre R\$ 1.500,00, novo valor atribuído à causa.

João Pessoa/PB, 26 de maio de 2004.

AFRÂNIO NEVES DE MELO (Juiz no exercício da Presidência)

PAULO AMÉRICO MAIA DE V. FILHO (Juiz Relator)

MARIA EDLENE COSTA LINS (Procuradora do Trabalho)

