

EXPEDIENTE

COMISSÃO DA REVISTA

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

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

Colaboradores

Ary Vilhena Júnior
Márcia Valério
Omar Brito da Silva

CAPA

Pintura em tela e óleo do artista plástico Flávio Tavares.

Revista do Tribunal nº 13

REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 13ª
REGIÃO – EDIÇÃO Nº 13

O número 13 da Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região tem uma significação especial: comemora os 20 (vinte) anos de instalação da nossa Corte Regional.

A Corte Trabalhista da 13ª Região, ao longo dessas duas décadas, conseguiu se firmar no cenário jurídico-trabalhista graças ao quadro de magistrados integrantes da Justiça do Trabalho paraibana, que, com independência e responsabilidade, longe de considerarem um privilégio, encontram na magistratura um instrumento de realização da justiça, necessária e indispensável garantia do jurisdicionado.

Aproveitando a oportunidade para registrar o significativo aumento da competência da Justiça do Trabalho, o presente número traz a transcrição do voto do Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Conflito de Competência nº 7204.

Na continuidade, uma incursão pelos artigos doutrinários publicados, cujos autores são Juízes, mestres, doutores, acadêmicos e estudiosos do direito em geral, dentro e fora do país, dará azo a reflexões e à abertura de focos de discussão relativamente a ângulos tormentosos da dinâmica jurídica.

Destaque-se a maciça participação da comunidade nesse projeto de interação, através dos estudantes da graduação e da pós-graduação, especialmente aqueles distinguidos na Semana do Judiciário de 2004, cujos trabalhos, após selecionados, foram inseridos na revista ou no CD-Rom pertinente.

Finalmente, é de se ressaltar a compilação dos acórdãos desta Corte, revelando posições de vanguarda em assuntos polêmicos e efetivamente exauridos quando de sua apreciação.

Nosso compromisso, como membros da Comissão da Revista nº 13 do Tribunal, é mais uma vez poder contribuir para que esta obra, por suas muitas qualidades, continue ocupando o seu real lugar no universo editorial.

João Pessoa, 10 de outubro de 2005.

Wolney de Macedo Cordeiro
Juiz Presidente da Comissão

Apresentação

Mensagem da Presidência

A presente Edição da Revista do Tribunal é lançada em período histórico para a Justiça do Trabalho na Paraíba.

No ano de 2005 se comemoram os 20 anos da criação do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região.

Motivo de orgulho e satisfação para todos, o nosso Tribunal atravessa excelente fase, com alto conceito perante a comunidade paraibana e nacional, sendo um dos mais céleres do Brasil no julgamento dos processos que lhe são submetidos.

A par disso, a Justiça Especializada do Trabalho experimenta, em decorrência da mudança constitucional operada através da Emenda Constitucional nº 45/2004, significativo incremento nas suas atribuições, com aumento do número de processos que aqui deságuam. Temas antes afetos ao exame da Justiça Comum (Estadual ou Federal), agora são submetidos ao crivo da Justiça Laboral.

É nesse novo contexto que temos a satisfação de apresentar à comunidade jurídica e aos demais interessados, esta Revista, cujos assuntos nela contidos servirão de reflexão e de consulta aos operadores de direito, através dos ensaios jurídicos de categoria e de decisões de nosso Regional em temas palpitantes.

Na oportunidade, agradeço a todos os que, de alguma forma, colaboraram para a materialização desta obra.

Desejo a todos uma ótima leitura.

AFRÂNIO NEVES DE MELO

Juiz Presidente

JUÍZES DO TRIBUNAL

AFRÂNIO NEVES DE MELO - Presidente

ANA CLARA DE JESUS MAROJA NÓBREGA - Vice Presidente

VICENTE VANDERLEI NOGUEIRA DE BRITO - Decano

ANA MARIA FERREIRA MADRUGA

FRANCISCO DE ASSIS CARVALHO E SILVA

EDVALDO DE ANDRADE

PAULO AMÉRICO MAIA DE VASCONCELOS FILHO

CARLOS COELHO DE MIRANDA FREIRE

JUÍZES TITULARES DAS VARAS DO TRABALHO DA PARAÍBA

01 - MARGARIDA ALVES DE ARAÚJO SILVA	1ª VARA DE JOÃO PESSOA
02 - RÔMULO TINOCO DOS SANTOS	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 - UBIRATAN MOREIRA DELGADO	7ª VARA DE JOÃO PESSOA
08 - SOLANGE MACHADO CAVALCANTI GRANDE	1ª VARA DE CAMPINA
09 - NORMANDO SALOMÃO LEITÃO GRANDE	2ª VARA DE CAMPINA
10 - ADRIANA SETTE DA ROCHA RAPOSO GRANDE	3ª VARA DE CAMPINA
11 - ARNALDO JOSÉ DUARTE DO AMARAL	VARA DE AREIA
12 - HUMBERTO HALISON DE C. E SILVA	VARA DE CAJAZEIRAS
13 - ANTÔNIO EUDES VIEIRA JÚNIOR	VARA DE CATOLÉ DO ROCHA
14 - ANTÔNIO CAVALCANTI DA COSTA NETO	VARA DE GUARABIRA
15 - EDUARDO SÉRGIO DE ALMEIDA	VARA DE ITABAIANA
16 - JOÃO AGRA TAVARES DE SALES	VARA DE ITAPORANGA
17 - PAULO HENRIQUE TAVARES DA SILVA	VARA DE MAMANGUAPE
18 - JOSÉ FÁBIO GALVÃO	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 - VAGO	VARA DE TAPEROÁ

JUÍZES SUBSTITUTOS

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

CIRCUNSCRIÇÃO

7ª VT de JP
2ª VT de JP
1ª VT de JP
1ª CIRCUNSCRIÇÃO
1ª VT de CG
3ª VT de JP
6ª VT de JP
5ª VT de JP
3ª VT de CG
3ª CIRCUNSCRIÇÃO
3ª CIRCUNSCRIÇÃO
3ª CIRCUNSCRIÇÃO
2ª VT de CG
4ª CIRCUNSCRIÇÃO
4ª CIRCUNSCRIÇÃO
5ª CIRCUNSCRIÇÃO
4ª CIRCUNSCRIÇÃO
5ª CIRCUNSCRIÇÃO
5ª CIRCUNSCRIÇÃO
4ª VT de JP

ARTIGOS

DOCTRINÁRIOS

VOTO PROFERIDO PELO
MINISTRO MARCO AURÉLIO MENDES DE FARIAS MELLO
CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 7.204-1
MINAS GERAIS

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhora Presidenta, quando do pronunciamento anterior, tivemos um escoro que poderia enquadrar como acachapante. E ouvi vozes cogitando, até mesmo, da edição da primeira súmula vinculante a versar a óptica da maioria.

Talvez a evolução que ocorre hoje, em um espaço de tempo que diria até diminuto, sirva a uma reflexão maior quanto à necessidade de marchar-se com absoluta segurança na edição de verbetes que venham a compor a súmula vinculante da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal.

Defrontamo-nos com um conflito de competência negativo a envolver processo subjetivo, e não a envolver processo objetivo. Devemos atuar, consideradas as balizas desse mesmo processo, considerados os limites do conflito de competência, já que não nos cabe, aqui, proceder como se fôssemos órgão consultivo pretendendo solucionar pendências não compreendidas, sob os ângulos objetivo e subjetivo, neste processo.

É certo que para emitir entendimento a respeito devemos considerar outros dispositivos da Constituição Federal, em uma interpretação sistemática da Lei Fundamental – aí está o ponto, e quero deixar muito claro o meu pensamento a respeito -, sem chegarmos à definição da competência para julgamento de ações de segurados contra o Instituto de Previdência Social, ações que surjam em virtude de acidente do trabalho. Somos convocados a dirimir a competência quanto à ação ajuizada por um ex-empregado - creio ex-empregado - contra um ex-empregador que se diz ter origem na relação empregatícia revelando, como causa de pedir, dano moral e, como pedido, a correspondente indenização.

Circunscrevo, portanto, o âmbito de atuação a essa matéria e reafirmo a óptica exteriorizada - acompanhei, no caso, o Ministro Carlos Ayres Britto - no processo anterior, quando o Plenário assentou que a competência para julgar a ação movida pelo ex-empregado contra o ex-empregador, considerado o dano moral, seria da Justiça comum e não da Justiça do Trabalho.

Diria que antes mesmo da Emenda nº 45 já se tinha a definição da competência da Justiça do Trabalho para julgar essas ações. Por que assim afirmo? Porque o artigo 114, na redação primitiva, previa a competência da Justiça do Trabalho para conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos. Por que a alusão aqui a dissídio? Esse vocábulo vem de uma época em que a Justiça do Trabalho não integrava o Judiciário, ela veio a integrá-lo em 1946, era um apêndice do Ministério do Trabalho, e aí se tem, na Consolidação das Leis do Trabalho, a referência, não a ação, mas sim a dissídio:

“Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito

Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho,”

Essa cláusula ficou jungida a outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, mas sem o envolvimento, a meu ver, porque a premissa para a competência da Justiça do Trabalho já estava na primeira parte do artigo 114, sem o envolvimento de trabalhadores e empregadores. Veio a Emenda nº 45 e, em bom vernáculo, de forma clara e precisa, explicitou-se competir à Justiça do Trabalho e não à Justiça Comum processar e julgar as ações de indenização por dano moral ou patrimonial decorrentes da relação de trabalho, envolvendo, evidentemente - porque aí temos de partir para a interpretação sistemática, e não podemos desprezar o artigo 109, § 3º da Carta -, empregado e empregador.

Não vou adiante para definir se, com a Emenda nº 45, cessou a competência da Justiça Comum para julgar ações de segurados, empregados ou não - não importa -, contra o Instituto, tendo em conta acidente de trabalho.

Não adentro essa matéria - se o fizesse, concluiria de forma diversa da lançada pelo Ministro Cezar Peluso - para definir pelo menos, mas apenas para explicitar a conclusão quanto ao conflito negativo. A Emenda não versou o deslocamento da competência para processar e julgar essas ações da Justiça comum para a Justiça do Trabalho. A Emenda não trouxe qualquer preceito derogando a Lei Fundamental quanto ao artigo 109, I, § 3º. E o artigo 109, I, § 3º, relativamente à competência da Justiça Federal stricto sensu - porque a do Trabalho também é uma Justiça Federal -, prevê:

“Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica” – portanto instituto – “ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;”

Poderíamos concluir que, antes da Emenda nº 45, as ações excepcionadas sob o ângulo dos acidentes estariam compreendidas na competência da Justiça do Trabalho? A resposta desta Corte foi negativa, revelando a competência da Justiça comum presente o § 3º do artigo 109:

“§ 3º Serão processadas e julgadas” - e esse parágrafo continua a compor o arcabouço normativo constitucional – “na Justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado,....”

Ocorrido o acidente, buscada a verba devida em face do seguro existente, tem-se ação ajuizada quanto ao instituto. E ajuizada no foro próprio, definido pela Lei Fundamental, que é a Justiça Federal. Mas fica essa parte do voto apenas como lastro para solucionar o conflito em mesa para julgamento e concluir ser extremo de dúvidas, muito embora assim não tenha parecido e, aí, vejo que a primeira instância, o

juiz que preparou o trabalho encaminhado a todos nós, é mais convincente do que por vezes Integrantes do próprio Tribunal com a Carta da República à mão.

Concluo que competente, no caso, reafirmando a óptica anterior, é a Justiça do Trabalho. Talvez, houvesse à época do julgamento no Tribunal Superior do Trabalho o que contido na Emenda nº 45, o julgamento na minha ex e eterna Corte tivesse sido outro.

DANO MORAL DECORRENTE DE ACIDENTE DO TRABALHO

E A TEORIA DO RISCO CRIADO

Autores:

Denise Wortmann Clerot

Juiz Vicente Vanderlei Nogueira de Brito

Após confirmada pelo Supremo Tribunal Federal a competência da Justiça do Trabalho para apreciar o pedido de indenização por dano moral decorrente do acidente de trabalho, importa mencionar a mais recente visão do alcance da responsabilidade do empregador pelo prejuízo sofrido pelo empregado.

Com o surgimento da Constituição Federal de 1988, abriu-se uma nova perspectiva apoiada no princípio da dignidade da pessoa humana, à luz do qual impõe-se a adequação do ordenamento jurídico infraconstitucional.

Isso não exige a necessidade da elaboração de novas leis, mas de se dar um novo enfoque aos dispositivos existentes até então, sobrelevando a dignidade da pessoa e, ao mesmo tempo, calcando a elaboração legislativa nesse patamar mínimo de valorização dos direitos humanos.

Essa tendência ideológica inaugurada pela “Constituição Cidadã” é bem observada nos diplomas legais surgidos após outubro de 1988, notadamente o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil. O CDC inovou com a possibilidade de concretização desse princípio, ao tornar efetivos direitos até então obscuros e de difícil reparação, ao tempo em que consagrou a responsabilidade objetiva do fornecedor, enquanto que o novo Código Civil, embora mantendo a responsabilidade subjetiva como regra geral, admitiu e ampliou a incidência da teoria da responsabilidade objetiva, no parágrafo único do arts. 927, de seguinte teor:

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo.

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

Depreende-se do precitado dispositivo legal que há duas hipóteses expressamente previstas em que prescinde de culpa a responsabilização do autor do dano: nos casos especificados em lei e quando a atividade normalmente

desenvolvida pelo autor do dano, implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

A primeira delas remete a configuração da responsabilidade objetiva à previsão expressa em lei, como ocorre no dano causado ao meio ambiente previsto no art. 14, § 1º da Lei nº 6938/81.

A segunda hipótese é que representa excepcional inovação ao instituir que é objetiva a responsabilidade decorrente de dano conseqüente da natureza da atividade que põe em risco direito alheio. É o que doutrinariamente tem sido nomeado de “Teoria do Risco Criado”.

A intenção do legislador demonstra, com inequívoca clareza, a necessidade de harmonizar o instituto da responsabilidade civil ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao ampliar a órbita de incidência do direito de ressarcimento dos danos injustamente causados, aos direitos assegurados à manutenção desse patamar mínimo de dignidade indispensável, porque ínsito ao ser humano.

Nessa ordem de idéias, resta indagar se o parágrafo único do art. 927, “in fine”, aplicar-se-ia ao dano moral decorrente do acidente de trabalho quando ocorrido em razão de risco criado pela atividade do empregador.

É certo que a Constituição Federal, à primeira vista, estatuiu que a responsabilidade do empregador é subjetiva, entendida como tal aquela que depende de prova do dolo ou da culpa do autor do dano:

“Art. 7º...

XXVIII-seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;”(grifo nosso).

A teor do que dispõe o texto, a conclusão que ainda prevalece, doutrinária e jurisprudencialmente, é a de que ainda que a atividade desenvolvida pelo empregador exponha o empregado a risco de dano, a responsabilização nesse caso é subjetiva, em razão de que a lei ordinária não se sobrepõe à norma constitucional, que assim prevê expressamente.

Contudo, tal raciocínio implica situação inusitada: se em razão da atividade de risco do empregador, surge um dano causado a terceiro, perante este o dono do estabelecimento responde objetivamente, porém, perante os empregados somente haveria responsabilização se provado dolo ou culpa do autor do dano.

Acerca da amplitude da Teoria do Risco Criado e à possibilidade de sua aplicação ao dano decorrente do acidente de trabalho, importa mencionar recente artigo publicado por Flávio Tartuce, Professor de Direito Civil e Advogado, no qual ele menciona o posicionamento do não menos ilustre magistrado trabalhista Rodolfo Pamplona:

“....

Dúvidas pairam no ar em relação à expressão ‘risco criado’ constante no comando acima visualizado, defendendo alguns autores, diante da nova codificação, a possibilidade de doutrina e jurisprudência trazerem casos de responsabilidade objetiva, tese com a qual concordamos.

Dentro dessa ordem, cabe transcrever a interpretação dada ao dispositivo pelo corpo de juristas integrantes do grupo de trabalhos da 1ª Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, a quem coube interpretar e enunciar sobre tal artigo:

‘Enunciado nº 38 – Art. 927. a responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade’.

E é justamente esse entendimento que procuraremos explorar, já que ao nosso ver, haverá a possibilidade de o aplicador do Direito considerar a responsabilidade do empregador como de natureza objetiva, por desrespeito às normas de trabalho, quando houver riscos criados ao empregado.

A matéria de responsabilidade civil do empregador, pretensiosamente, está prevista na Constituição Federal, em seu artigo 7º, inciso XXVIII, com regra pela qual é assegurado ao trabalhador ‘seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa’.

Por muito tempo tem-se sustentado que tal dispositivo traz a responsabilidade subjetiva do patrão como regra geral, em casos de desrespeito às normas de segurança e medicina do trabalho, entendimento este que vem sendo acompanhado pela doutrina e jurisprudência.

Entretanto, entendemos que, com a emergência do Novo Código Civil, poderá o magistrado, dependendo do caso concreto, apontar para a responsabilidade objetiva do empregador quando houver claros riscos criados ao empregado, pela regra contida no parágrafo único do artigo 927.

Em artigo recentemente publicado, o doutrinador Rodolfo Pamplona Filho expõe muito bem que não é tão simples apontar, ‘às cegas’, que a responsabilidade civil do empregador dependerá do elemento culpa em todos os casos, concluindo o jurista baiano:

‘De fato, não há como se negar que, como regra geral, indubitavelmente a responsabilidade civil do empregador, por danos decorrentes de acidente de trabalho, é

subjetiva, devendo ser provada alguma conduta culposa de sua parte, em alguma das modalidades possíveis, incidindo de forma independente do seguro acidentário, pago pelo Estado.’

Todavia, parece-nos inexplicável admitir a situação de um sujeito que: a) Por força de lei, assume os riscos da atividade econômica; b) Por exercer uma determinada atividade (que implica, por sua própria natureza, em risco para os direitos de outrem), responde objetivamente pelos danos causados; c) Ainda assim, em relação aos seus empregados, tenha o direito subjetivo de somente responder, pelos seus atos, se os hipossuficientes provarem culpa...

A aceitar tal posicionamento, vemo-nos obrigados a reconhecer o seguinte paradoxo: o empregador, pela atividade exercida, responderia objetivamente pelos danos por si causados, mas, em relação a seus empregados, por causa de danos causados justamente pelo exercício da mesma atividade que atraiu a responsabilização objetiva, teria um direito a responder subjetivamente.

Desculpe-nos, mas é muito para nosso fígado’."

Interessante o seu parecer, inclusive pelo que prevê o Novo Código Civil quanto à responsabilidade do empregador ou patrão por ato do seu empregado, de natureza objetiva, conclusão retirada da simples leitura dos artigos 932, inciso II, e 933 da Lei nº 10.406/2002.

A Teoria do Risco Criado vem atender à lógica do direito, como bem posto pelo Magistrado Trabalhista citado no artigo supra, pelo que escapa ao razoável dizer-se que o empregador é objetivamente responsável pelos danos que o seu empregado vier a causar a outrem, e não o seja em relação aos danos que vier a causar diretamente ao empregado ao impor-lhe atividade sujeita a risco.

A questão merece ser melhor debatida, mas ao menos em um primeiro momento, entendo que é necessário compatibilizar o preceito constitucional, que institui a regra geral da responsabilidade subjetiva do empregador, com a Teoria do Risco Criado, aplicável somente àquelas hipóteses em que o acidente decorreu do desempenho de atividade de risco, nos moldes do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, até mesmo por igualmente constar do elenco dos direitos sociais previstos no artigo 7º da Constituição Federal, XXII, “ a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

Concluo que, em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana, em se tratando de atividade de risco, deve o empregador responder objetivamente pelos danos causados aos empregados, enquanto que nas demais atividades, imprescindível será a prova da culpa ou do dolo na configuração da responsabilidade civil.

ALGUMAS PECULIARIDADES DA AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DO TRABALHO

Paulo Henrique Tavares da Silva

Juiz Titular da VT de Mamanguape-PB
Mestre em Ciências Jurídicas pela UFPB
Professor Universitário

Sabidamente, o advento da Emenda Constitucional 45/04 trouxe para a Justiça do Trabalho um alargamento da sua competência material. Dentre as inovações, submete à justiça especializada as ações de indenização por danos patrimoniais e morais decorrentes da relação de trabalho (CF, art. 114, VI). Apesar da clareza da redação do novo texto, o Supremo Tribunal Federal achou por bem manter com a justiça comum o cabimento daquelas ações, conforme decisão proferida no RE 438.639, tendo-se em mira a tese da unidade de convicção, posto que as ações acidentárias, onde se discute matéria eminentemente previdenciária, ali continuariam a tramitar.

Felizmente, no final de junho passado, nossa Corte Constitucional optou por revisar seu entendimento, por unanimidade, apreciando o Conflito de Competência n. 7.204-1, cujo relator foi o Min. Carlos Ayres Britto, atribuindo a competência para o processamento de tais ações à Justiça do Trabalho.

Pois bem, superada a questão tormentosa acerca da competência material, é preciso agora que se faça um esforço doutrinário no sentido de adequar os meandros dessa ação ao rito e peculiaridades do processo do trabalho. De fato, não fazia parte do nosso mister manejar com frequência ações fundadas na culpa extracontratual, ainda mais com as nuances dessa ação em particular. E diga-se isto não só quanto aos juízes, mas também em relação aos advogados que somente atuavam na justiça especializada.

E é bom de ver que nessas ações existem vários mecanismos que possibilitam uma aceleração do rito, evitando-se discussões intermináveis e estéreis, bem como há instrumentos bem eficazes para que a decisão possa se efetivar na fase de execução.

Nossa intenção, portanto, é traçar um breve roteiro lógico de trabalho, a partir da natureza do objeto dessa ação, que vai desde a postulação até a prolação do julgamento, sem, obviamente, ter a pretensão de esgotar o assunto, diante do pequeno tamanho deste ensaio.

Primeiramente, sempre temos que ter em mente o fato de tratarmos de uma demanda fundada na responsabilidade extracontratual (ou aquiliana), na qual a presença da culpa do agente assume um papel de relevo. A existência de uma relação de trabalho, ou mesmo de um contrato de emprego, não afasta essa característica, posto que o direito de postular a reparação se funda no texto constitucional (CF, art. 7º, XXVIII, parte final), que expressamente se refere a culpa ou dolo do empregador. Ademais,

cuida-se de uma ação com um objeto mediato bem específico, relacionado à reparação dos danos patrimoniais e morais decorrentes de acidente do trabalho, figura esta conceituada legalmente, servindo isso até mesmo para parametrar o alcance da competência material da Justiça do Trabalho. Diz, o art. 19 da Lei 8.213/91:

“Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.”

Isto posto, superada a questão pertinente à competência material, é preciso enfrentar o tema das condições da ação indenizatória por acidente. Neste tema, filiamo-nos à teoria asserção, i.e., aquela em que o exame das condições para a propositura da demanda deve ser feito *in statu assertiones*, de maneira abstrata, tendo em vista que se, hipoteticamente, o caso descrito pelo autor evidenciar a reunião da legitimidade “*ad causam*”, da possibilidade jurídica do pedido e do interesse, não há que se falar em carência de ação, eis que a verdade ou falsidade dessas alegações é matéria afeita ao mérito da causa.

Certamente, tendo-se em mira a petição inicial, materialmente falando, é na causa de pedir que vamos encontrar boa parte dos elementos necessários à configuração das condições da ação. Nas demandas em exame, cabe ao autor descrever na exordial, além sua legitimidade para postular o crédito, o ato ilícito que sofreu, sendo necessária a especificação de como se deu a conduta ilícita do agente, o dano, o nexo causal e a culpa. E já diante disso, temos um bom roteiro para a continuação de nossas ilações, como passos a serem seguidos pela atividade cognitiva do juiz, sob a ótica da responsabilidade civil.

1. Legitimidade

A legitimidade ativa cabe, em princípio, à vítima do acidente, no caso de redução parcial ou total da capacidade laborativa (permanente ou temporária); ou aos herdeiros (diante do falecimento do trabalhador em virtude do sinistro). Mas aqui há uma observação importante. Essa ação de indenização é vocacionada ao ressarcimento de danos patrimoniais, via de regra tendo como ponto mais saliente a concessão de um pensionamento aos dependentes econômicos do falecido. Logo, a dependência econômica só é presumida quando se trata de cônjuge ou filhos do de cujos, nos demais casos, deve ser objeto de prova substancial, posto que, do contrário, somente fará jus o autor ao ressarcimento dos danos morais postulados, embora não seja pacífica na doutrina nem na jurisprudência a transmissibilidade desse direito aos demais parentes do falecido.

Ao contrário daquilo que estamos acostumados na seara trabalhista, a regra fundamental para a certificação da legitimidade passiva não reside na CLT, que aqui somente tem aplicação subsidiária. Primeiramente, haveremos de recorrer ao Plano de Benefícios da Previdência (Lei 8.213/91), que imputa à empresa a responsabilidade pelo ressarcimento dos danos advindos do acidente. Esta, nos termos do art. 14 daquele diploma, é conceituada como “a firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta ou fundacional”. Ainda, nos termos do parágrafo único daquele dispositivo, equipara-se à empresa, “o contribuinte

individual em relação a segurado que lhe presta serviço, bem como a cooperativa, a associação ou entidade de qualquer natureza ou finalidade, a missão diplomática e a repartição consular de carreira estrangeiras”.

A partir daí, supletivamente, poderemos utilizar as noções de solidariedade (decorrentes do grupo de empresas ou da relação terceirizada) presentes na legislação e jurisprudência trabalhistas.

2. O dano

A presença do dano é indispensável ao desencadeamento da responsabilidade civil. É a regra estampada no art. 186 do Código Civil, base à caracterização do ato ilícito.

Portanto, cabe ao ator da ação indenização não somente precisar aquilo que deseja ver ressarcido, tanto em qualidade quanto, e se possível (e na maioria das vezes é) em quantidade, a fim de atendermos ao disposto no art. 286 do CPC, bem como apresentar provas quanto a sua existência, fato constitutivo do seu pedido.

Entretanto, é preciso observarmos a natureza do dano. Tratando-se de danos patrimoniais emergentes, significativos de uma diminuição no patrimônio da vítima já operada pelo ato ilícito, não há dúvidas de que podem ser provados documentalmente. Aliás, no nosso caso, vemos claramente uma tendência jurisprudencial sinalizando que as despesas médico-hospitalares devem ser objeto de prova por parte do autor. Abre-se somente uma exceção, possibilitando o arbitramento, no caso das despesas de funeral, respeitando-se o limite de cinco salários mínimos. Isso não quer dizer que a jurisprudência trabalhista construa nova tese, considerando arbitráveis tais danos, face os princípios tuitivos do Direito do Trabalho.

Já os danos morais, por decorrerem geralmente da mesma circunstância que ocasionou a redução no patrimônio da vítima, e também caracterizarem-se por lesões muitas vezes operadas na psique do indivíduo, dispensam prova material, restando comprovados *in re ipsa* (*res ipsa loquitur* ou de que a coisa fala por si mesma).

3. O nexa causal

O próximo elemento a ser objeto de cognição é o nexa causal.

Com efeito, cabe ao demandante, na narrativa que faz dos fatos, demonstrar que há um liame entre a conduta do agente e o dano que veio a sofrer.

Entretanto, é possível que tenha ocorrido, e isso é matéria a ser ventilada na defesa do réu, algumas das excludentes causais representadas pela prática de fato da própria vítima dando causa ao dano (p. ex., a prática de suicídio), bem como a presença de caso fortuito ou força maior. Infelizmente, pelos estreitos limites impostos por este artigo, não poderemos tecer maiores considerações acerca dos conceitos dessas duas última figuras jurídicas mencionadas, causadores ainda de muita inquietação doutrinária. Contudo, nesse particular, remetemos o leitor ao disposto no art. 393, parágrafo único, do Código Civil, bem como o art. 501 da CLT, aqui particularmente quanto à força maior.

Inexistindo qualquer excludente, cabe ao julgador precisar os fatos que desencadearam o evento danoso. De logo, adverte-se que essa análise difere daquela

feita na seara penal. Ali, aplica-se a teoria da equivalência dos antecedentes (ou a da *conditio sine qua non*), pela qual todos os antecedentes ao evento têm o mesmo peso. Aqui, impera a chamada teoria da causalidade adequada, expressamente consignada no art. 403 do Código Civil, ao consignar que as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito direto e imediato da conduta ilícita. Portanto, é preciso que cada fato seja sopesado abstratamente, a fim de apurar-se qual ou quais, desconsideradas aqueles fatos meramente circunstanciais, contribuíram ao dano sofrido.

4. Culpa

Já dissemos acima que a culpa representa o elemento nuclear em matéria de responsabilidade extracontratual.

Todavia, os problemas advindos com a industrialização, com destaque para os infortúnios laborais, contribuíram para uma gradual mitigação desse instituto, a ponto de hoje termos pacificadas e legisladas hipóteses de responsabilidade objetiva, na qual não se cogita da culpa para a responsabilização. Exemplo clássico disso é o tratamento dado no direito previdenciário, presidido pela teoria do risco integral, que desencadeia o pagamento do seguro tão-somente ante a materialização do tipo legalmente definido como acidente do trabalho.

Ocorre que também em sede de responsabilidade civil, tratou a doutrina de desenvolver esquemas que priorizassem a situação vivenciada pela vítima como fator determinante ao ressarcimento do dano. Assim, sintonizado com essas correntes, estipula o parágrafo único do art. 927 do CCB que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. É a hipótese do denominado risco criado, teoria que, no nosso entender, ajusta-se plenamente a casos onde o trabalhador exerce suas atividades em locais ou sob condições perigosas, submetidos a riscos constantes à sua integridade física ou mental. Vale destacar que a jurisprudência pátria já vem adotando esse dispositivo legal em acidentes do trabalho, conforme o aresto adiante citado:

“APELAÇÃO CÍVEL. ACIDENTE DO TRABALHO. FRATURA EM MEMBRO INFERIOR DIREITO. QUEDA DE CANOS DE AÇO POR SOBRE A PERNA DO EMPREGADO, RESULTANDO EM FRATURA EXPOSTA. PERDA DA CAPACIDADE LABORATIVA DEPOIS DE CONSOLIDADA A LESÃO. FALHA DO PREPOSTO DA EMPRESA AO MANOBRAR EMPILHADEIRA. CONDUTOR QUE NÃO ESTAVA HABILITADO PARA OPERAR A MÁQUINA. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR PELO EVENTO DANOSO. TEORIA DO RISCO CRIADO. em sendo ultra petita a sentença, possível a adequação do julgado pelo órgão ad quem.

Em se tratando de sentença ultra petita, se eventualmente constatado o excesso no comando sentencial, transbordando os limites do pedido feito pela parte requerente, possível ao Órgão ad quem adequar a decisão ao pedido, não havendo falar em nulidade do decisor.

Evidenciada a culpa do preposto da ré, por falta de perícia, para a ocorrência do sinistro, devendo a empresa responder por culpa in eligendo. Caso concreto em que,

ao manobrar empilhadeira carregada de canos de aço, o condutor derruba os tubos sobre a perna do autor, ocasionando fratura exposta. A doutrina e a jurisprudência pátrias têm admitido, em se tratando de atividade que exponha o empregado a risco no desempenho de suas atividades laborais, a teoria do risco criado, pois, à medida que o empregador beneficia-se da atividade de risco desempenhada pelo empregado, deve arcar com o ônus do benefício auferido com a exposição daquele ao risco inerente à atividade econômica que exerce. Não havendo nos autos prova de ter o empregado concorrido exclusivamente por culpa sua no infortúnio, responde a empregadora-ré pelo evento danoso. Tendo o empregado acidentado-se no desempenho de atividades exercidas em prol do empregador, deve a empregadora responder pelos prejuízos causados. Precedentes desta E. Corte no sentido da responsabilização do empregador nos casos em que o serviço perigoso é inerente à atividade econômica exercida pelo patrão. Razoável o quantum fixado pela sentença a título de dano moral se considerados os critérios balizadores do instituto. Limitação do pensionamento até os 72 anos de idade do acidentado que só se mantém em face de pedido expresso feito na inicial da ação, pois o correto seria o pensionamento vitalício. Valor da pensão fixado pelo decisor que não extrapolou os limites dos valores pleiteados pelo demandante, não havendo falar em sentença ultra petita. Necessidade de constituição de capital na forma do art. 602 do CPC.

Apelação desprovida.” (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70007391121, NONA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: ADÃO SÉRGIO DO NASCIMENTO CASSIANO, JULGADO EM 17/03/2004)

Todavia, mesmo fora dos casos que se enquadrem na teoria do risco criado, ainda é possível facilitar a colheita probatória se estivermos diante da chamada culpa contra a legalidade, caracterizada quando a conduta do agente vai de encontro a obrigação expressa em lei ou regulamento. Vale lembrar que o empregador, tanto na legislação trabalhista quanto previdenciária, sujeita-se ao dever genérico de fornecer aos seus empregados todos os equipamentos de proteção individual e coletiva, além das devidas informações de segurança. Assim não procedendo, gera-se em seu desfavor uma presunção de culpa, que embora relativa é difícil de ser elidida. Observe-se aqui o disposto nesta decisão do TJRJ:

“RESPONSABILIDADE CIVIL – ACIDENTE DO TRABALHO – INDENIZAÇÃO PELO DIREITO COMUM – VIOLAÇÃO DE NORMAS BÁSICAS DA SEGURANÇA DO TRABALHO – CULPA CONTRA A LEGALIDADE.

O empregador que, mesmo tendo ciência de estar o obreiro aposentado por invalidez, ainda assim o admite irregularmente, submetendo-o a trabalho pesado, viola normas básicas de segurança do trabalho, o que configura culpa grave contra a legalidade, pelo quê fica obrigado a indenizar, com base no Direito Comum, os danos resultantes do acidente do trabalho. (Ap. cível 6.915/94, 2ª C., Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho)

Entretanto, se não for possível enquadrar o caso a nenhuma dessas hipóteses acima descritas, o que é possível, já que as possibilidades de acidente do trabalho são as mais variadas, incluindo também eventos havidos fora do ambiente empresarial, outro caminho não há senão se apurar a ocorrência do dolo ou culpa, esta

com base em seus elementos constitutivos (conduta voluntária, com resultado involuntário; previsibilidade e falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção), ressaltando que mesmo em sua modalidade leve é possível responsabilizar-se a empresa, segundo a jurisprudência dominante no STJ.

5. A indenização e outras questões interessantes

Em matéria de responsabilidade civil, preside o princípio da restitutio in integrum, estampado no art. 944 do CC, prevendo a indenização na medida da extensão do dano. Aqui apenas uma ressalva faz-se necessária, vez que, a regra geral é complementada por subprincípios, como o da equivalência utilizado na reparação do dano patrimonial, em oposição à regra da compensação, utilizada na liquidação do dano moral. Igualmente, também não podemos esquecer a necessidade do uso da razoabilidade e da proporcionalidade na liquidação desses danos, tanto é assim, que na hipótese exclusiva de conduta culposa, se houver excessiva desproporção entre a gravidade desta e o dano causado, poderá o juiz promover a redução equitativa da indenização, consoante o parágrafo único do dispositivo acima citado.

Não há dúvidas de que o foco dessas ações reside no pagamento da pensão. E aqui existem inúmeras cautelas a serem observadas.

Primeiramente, cuidando-se de pensionamento vitalício, nada impede que o autor peça o pagamento integral dessa vantagem, com base em projeções daquilo que ordinariamente acontece, conforme prescreve o parágrafo único do art. 950 do CC. Mas em qualquer circunstância há que se observar a situação real da vítima, posto que o cálculo da indenização não pode se pautar em hipóteses ou expectativas de ganho manifestamente infundadas. Por essa razão, a jurisprudência gizou inúmeros elementos a serem considerados no cálculo, como bem enfoca Venosa:

“[...] A pensão deve ser estabelecida com base nos proventos da vítima e sua provável expectativa de vida. A pensão deve ser reajustada sempre que houver alteração do salário mínimo (Súmula 490 do STF) ou de salários da categoria profissional da vítima. O 13º salário, ou gratificação natalina, também deve integrar a indenização, dentro do princípio de que a indenização deve ser ampla, sendo ordinariamente concedida pela jurisprudência.

Assim, por exemplo, entende-se que o valor da pensão deve ser fixado em 2/3 dos ganhos da vítima, porque, presumivelmente, 1/3 era destinado à própria manutenção do falecido. [...]

Quanto a duração da pensão, leva-se em consideração a vida presumível do morto. A jurisprudência tem entendido que esse limite é a idade presumida de 65/70 anos. Há tendência de que essa expectativa de vida em nosso país seja mais elevada, o que deverá majorar essa probabilidade. A pensão é devida aos filhos menores até que estes atinjam a maioridade, ou até 24/25 anos, quando presumivelmente se casam ou concluem curso universitário e estabelecem-se fora do lar” (in Direito Civil, 5 ed., v. 4, p. 295/296. São Paulo: Atlas, 2005).

Mas, ainda quanto ao tema, existe uma questão bastante intrincada a ser enfrentada na seara trabalhista, envolvendo a correção monetária e os juros de mora. A exemplo das lides trabalhistas, a correção monetária, quando não for caso da fixação da indenização em salários mínimos, incide a partir do evento danoso, cujo termo a quo é estabelecido na legislação previdenciária (art. 23 da Lei 8.213/91). Todavia, que índices devem ser utilizados?

Tudo passa pela discussão da natureza da dívida.

Se trilharmos o caminho da natureza civil da indenização, certamente irá incidir no caso o disposto no art. 406 do CC, implicando no uso da taxa SELIC ou mesmo o IGP-M, decerto bem mais vantajosas à vítima que os índices aplicados nas dívidas trabalhistas em geral, estipulados desde a Lei 8.177/91, em seu art. 39. Por outro lado, ao adotar-se semelhante inferência, também implica em abraçar a tese da prescrição civil ao caso (art. 206, § 3º, do CC), que não é melhor que aquela prevista no art. 7º, XXIX, da CF, particularmente quando a vítima ainda está prestando serviços na empresa.

Desde de um trabalho anterior (SILVA, 2005), defendemos a tese de que a submissão da ação indenizatória ao rito trabalhista implica igualmente em quedar-se às suas normas, dentre elas aquelas regentes da prescrição e correção monetária.

Agrava-se ainda o caso quando apreciamos o problema dos juros de mora. É que por força do art. 397 do CC e da Súmula 54 do STJ, os juros de mora fluem a partir do evento danoso. Todavia, em sede trabalhista, os juros de mora somente são contados a partir do ajuizamento da demanda (Lei 8.177/91, art. 39, § 1º), sistema este, repito, que entendo ser aplicável doravante nas ações ajuizadas na Justiça Especializada.

Por outro lado, as ações reparatórias de ato ilícito são dotadas de um mecanismo bastante eficaz para sua efetivação, previsto na legislação processual comum, e que deve, por força do princípio da subsidiariedade, ser amplamente utilizado na Justiça do Trabalho. Reza o art. 20 do CPC:

“Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria

....

§ 5º Nas ações de indenização por ato ilícito contra pessoa, o valor da condenação será a soma das prestações vencidas com o capital necessário a produzir a renda correspondente às prestações vincendas (art. 602), podendo estas ser pagas, também mensalmente, na forma do § 2º do referido art. 602, inclusive em consignação na folha de pagamentos do devedor.”

Ou seja, uma vez fixada a condenação em prestação vincendas, cabe ao juiz determinar a constituição de um capital necessário ao pagamento continuado, seguindo-se as diretrizes insertas no art. 620 do CPC, sem prejuízo do desconto em folha de pagamento, medida, diga-se, bastante salutar à garantia do pagamento dos débitos manifestamente alimentícios.

Conclusões

Do que foi acima exposto, pode-se vislumbrar as diferenças que radicam nas ações indenizatórias por acidente do trabalho em relação aquelas outras que estamos acostumados a manejar na Justiça do Trabalho, exigindo, especialmente dos magistrados, como reitores do processo, atenção redobrada quanto às suas peculiaridades, a fim de que não se retarde imotivadamente a concessão da prestação jurisdicional, principalmente quando tem razão o postulante.

Para tanto, é preciso traçar um caminho, um roteiro, destinado a enfrentar o mérito da demanda, tomando-se por base não só os pressupostos da responsabilidade extracontratual, mas também as teorias mais modernas quanto ao tema, que visam excluir ou mitigar, com base nas presunções, a exploração da culpa em cada caso.

Além disso, é preciso uma definição clara quanto a natureza dessas obrigações, se puramente civis ou decorrentes da relação de trabalho, posto que a adoção desta segunda hipótese implica a atração dos mecanismos previstos em lei para a prescrição e atualização dos créditos tipicamente laborais bem diversos daqueles estipulados na legislação civil.

Tais esforços são imprescindíveis, haja vista que mais que nunca temos que prestar um serviço célere e tecnicamente acertado ao jurisdicionado, demonstrando, irretorquivelmente, o acerto do legislador em conferir à Justiça do Trabalho mais esta responsabilidade.

Referências

BELMONTE, Alexandre Agra. Instituições Civis no Direito do Trabalho. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BRITTO, Marcelo Silva. Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 314, 17 mai. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5159>>. Acesso em: 06 mar. 2005.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Coord.). Nova Competência da Justiça do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005

_____; _____. Justiça do Trabalho: competência ampliada. São Paulo: LTr, 2005.

FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de responsabilidade civil. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MEIRELES, Edilton. O Novo Código Civil e o Direito do Trabalho. 2 ed. São Paulo: LTR, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. 20 ed., 5v. São Paulo: Saraiva, 1985.

SILVA, Paulo Henrique Tavares da. Sobre a competência da Justiça do Trabalho para apreciar as ações indenizatórias por acidente do trabalho. In: Revista do TRT da 13ª Região, v. 13, n. 10, edição especial. João Pessoa: 2005, p. 39-47.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. 4 ed. 5v. São Paulo: Atlas, 2004.

O NACIONAL-SINDICALISMO ESPANHOL: ESTADO, FAMÍLIA E TRABALHO NO REGIME DE FRANCISCO FRANCO

Cláudio Pedrosa Nunes
Juiz do Trabalho Substituto - TRT da 13^a Região
Mestre em Direito Público pela UFPE
Doutorando em Direito do Trabalho pela
Universidade de Salamanca.

RESUMO. 1. Prolegômenos. 2. Perfil do Estado Social Franquista. 3. O Nacional-Sindicalismo: Doutrina “Pura” Conjugada ao Jusnaturalismo Católico. 4. O Direito ao Trabalho e ao Descanso. 5. Prestígio da Família Tradicionalista. 6. O Sindicato no Franquismo. 7. Conclusões. Bibliografia.

1. PROLEGÔMENOS

O presente artigo se destina a lançar algumas considerações acerca do modelo justralhista espanhol levado a efeito na primeira fase do regime do Generalíssimo Franco, o qual governou a Espanha durante o período que mediou de 1936 a 1975, sendo que, como sugere Leonardo Morlino, a citada primeira fase estendeu-se até aproximadamente 1945¹.

Pretendemos realizar algumas observações sobre o modelo de Estado, família e trabalho que vingou no regime franquista, a que muitos autores ibéricos intitulam “nacional-sindicalismo”², numa invidiosa referência analógica ao nacional-socialismo então emergente

¹ MORLINO, Leonardo. **Franquismo**. *Dicionário de Política*, tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini, vol. I. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 11^a ed., 1998, p. 526. Segundo o autor são duas as fases mais nítidas do Franquismo: “*uma que começa bem antes de 1939, mais precisamente com o golpe de Estado militar de 17-18 de julho de 1936, e termina com o findar da Segunda Guerra Mundial (1945); a outra que, após um período confuso de mudanças e de crises, se desenrola, caracterizando-se melhor, entre o fim dos anos 50 e final da década de 60, terminando com o início da transição para a democracia (1975)*”.

na Alemanha de Adolf Hitler, não obstante se deva advertir para as diferenças substanciais entre os dois regimes.

Nossas observações concentram críticas ao modelo franquista, este excessivamente centralizador e dominador, sufocando qualquer iniciativa ou idéia alienígena, ainda que proveitosa, supostamente com potencial para transgredir a cultura moral, cívica e de nacionalismo que informou fortemente o governo de Francisco Franco.

Porém, queremos ressaltar também alguns efeitos positivos dos atos daquele governo, numa análise imparcial e alheia, tanto quanto possível, de certos sentimentos de repúdio que eventual ou naturalmente nos instiga em se tratando de regimes reputados antidemocráticos³.

Não é exagero acrescentar que o regime de Franco não deixou de inspirar, de certa forma, o getulismo no Brasil, também acusado de autoritário e defeituoso. Não é menos verdade, entretanto, que o getulismo logrou bons resultados, especialmente por inaugurar oficialmente o trabalhismo no Brasil, cujas conseqüências benfazejas se conservam em grande parte intactas até os nossos dias. Daí os efeitos proveitosos que não devemos (nem podemos) olvidar em relação à Era Vargas.

Neste breve estudo, portanto, dirigimo-nos sobretudo a dissecar resumidamente o modelo franquista (e assaz peculiar) de gestão do trabalho, cuja finalidade essencial parece ter

² Assim se manifesta CARLOS PALOMEQUE ao comentar que “*La instauración del Estado nacionalsindicalista supuso, ciertamente, la radical desarticulación del movimiento obrero obrero español. La dureza de la acción emprendida por el nuevo régimen contra las organizaciones obreras históricas, declaradas fuera de la ley e incautados todos sus bienes, sus dirigentes y militantes, había de conducir forzosamente a que sus maltrechos efectivos pasaran a radicar fuera del territorio nacional, operando en el interior únicamente reducidos a núcleos clandestinos*” (Cf. **Derecho del Trabajo**, 10ª ed., Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 2002, p. 97-98).

³ Embora o regime de Francisco Franco tenha sido ao longo do tempo considerado antidemocrático, LEONARDO MORLINO escreve que “*O Franquismo tem sido apresentado como modelo de regime político não democrático, mas também não totalitário, que conseguiu ser politicamente conservador e, ao mesmo tempo, instigar o desenvolvimento sócio-econômico. Assim entendido, tem sido apontado como um exemplo a imitar por parte de líderes políticos que queriam evitar os riscos de instabilidade das democracias ou não podiam seguir a via totalitária*” (Cf. **Franquismo**, op. cit., p. 527).

sido a apologia ao trabalho como bem a serviço do Estado, da preservação da integridade familiar e da obediência intransigente aos dogmas do Catolicismo de então.

2. PERFIL DO ESTADO SOCIAL FRANQUISTA

O modelo laboral espanhol dos períodos entre-guerras e pós-guerra não se desgarrou da influência político-cultural do momento sobre as relações do trabalho. Lembra Ruiz Resa que o constitucionalismo social espanhol alcançou sua plenitude com a Constituição de 1931, havendo-se desenvolvido sob modelos e conjecturas próprias nos anos que mediarão o governo de Francisco Franco⁴.

Segundo a mencionada estudiosa, o perfil ideológico dos direitos sociais espanhóis durante o franquismo revelou-se com base em dois institutos fundamentais, divulgados em forma de declarações: a) o chamado “Fuero del Trabajo”, de 9 de março de 1938; b) o “Fuero de los Espanholes”, de 17 de julho de 1945. Tais institutos desaguaram na edição de variadas normas de direitos sociais⁵.

De acordo com Ruiz Resa, as normas que se seguiram a esses eventos revelaram a seguinte fisionomia juslaboral de então: a) a definição de um elenco de direitos dos trabalhadores como tal; b) os direitos que o trabalhador ostenta como chefe de família; c) os direitos de “previsão social”, ou seja, a base da instituição de um regime securitário para os trabalhadores em geral.

⁴ RUIZ RESA, Josefa Dolores. *Trabajo y Franquismo*, Granada: Comares, 2000, p. 80 e 89. Ao realizar precisa comparação entre o momento político-ideológico e a instituição de direitos sociais, leciona a autora: “Sin embargo, no hay que olvidar que, con anterioridad al Régimen y su Fuero del Trabajo, se encuentra un ejemplo del constitucionalismo social español: el representado por la Constitución republicana de 1931. De hecho, la ‘positivación’ sistemática, en textos jurídicos considerados fundamentales, de los derechos sociales de los trabajadores, y, en general, del derecho social y económico, alcanza su plenitud en esta Constitución de 1931 (...). Precisamente como un caso de constitucionalismo schmittiano fueron explicados el Fuero del Trabajo – manifestación más característica del cartismo social autoritario que estuvo en vigor en España, a la que talvez quepa añadir los preceptos del Fuero de los Españoles en los que también se recogen derechos sociales -, y el resto de las llamadas Leyes Fundamentales – consideradas como la constitución del Régimen. Así lo hicieron sobre todo autores de la época especialmente ligados a la ideología nacionalsindicalista, como Legaz y Lacambra”.

Este padrão reflete o caráter tradicionalista e conservador de que se revestiu todo o regime jurídico-laboral de Francisco Franco. A fisionomia do constitucionalismo social espanhol não poderia deixar de consagrar esse comportamento, coerente que era com o momento político-ideológico-cultural, em ascensão.

Por outro lado, muitos dos direitos laborais outorgados aos trabalhadores durante o regime franquista tiveram origem quase exclusiva em normas heterônomas (leis e regulamentos do trabalho), além do que o intento do regime no contexto laboral caminhava no sentido de vincular os direitos laborais não para proveito social mas como missões, deveres e diretrizes de que se deveriam orientar o trabalhador e o empresário para colaborar com o Estado.

Em outras palavras, a concessão de pretensos direitos sociais por meio de norma exclusivamente estatal não era senão manobra para “alinhar” a conduta dos trabalhadores e empregadores, sob o signo de direitos, em termos de obediência ao regime⁶.

Com efeito, esta parece ser a marca da “consagração” dos direitos dos trabalhadores outorgados nos regimes de força. Se, por um lado, não se pode negar um certo avanço em termos de previsão de vantagens e garantias para o povo trabalhador, por outro lado isto não se revela como uma deferência humanitária do governo, de livre exercício, mas como um instrumento de presença inequívoca do Estado, com voz resoluta, em assuntos que envolve particulares, com objetivo também de lograr proveito em termos de dividendos políticos e, quiçá, econômicos e sociais.

⁵ A Lei do Contrato de Trabalho (LCT) de 1944 e outras regulações administrativas do trabalho são exemplos das principais normas que caracterizaram o “Fuero del Trabajo”.

⁶ Assim se expressa RUIZ RESA no particular: *“También se manifiesta la presencia del Estado en materia laboral, a través de la articulación de numerosas instancias administrativas (que tratan de controlar el desenvolvimiento del mundo laboral y el respecto a la legislación relativa al mismo), así como en el control último sobre instancias laborales aparentemente autónomas – por ejemplo, los Montepíos y Mutualidades laborales – y en la circunstancia de que muchos de los derechos de los trabajadores aparecieron positivados en las normas franquistas no propiamente como derechos sino como misiones, deberes o directrices de y para el Estado. Esta actitud ha llevado al iuslaboralismo actual a catalogar la etapa comprendida entre 1938 y 1953 como un periodo de fuerte autoritarismo e intervencionismo estatal, que no dejaba ningún resquicio a la participación de lo que hoy se consideran agentes sociales, entonces integrados en el Sindicato Vertical. Ni siquiera este encuadre verticalista les sirvió para poder participar en la regulación de los sectores social y laboral, al menos representando intereses distintos a los nacionales. Porque el sindicato vertical fue, por*

Os direitos de previsão que caracterizaram um dos aspectos da fisionomia dos direitos sociais no regime franquista diziam respeito também aos direitos de seguridade social, sob controle predominantemente estatal. A obrigação de cotizações dos trabalhadores e empregadores e a necessidade de autorização do Estado para funcionamento das “Mutualidades” e “Montepios” laborais são manifestações do excessivo controle estatal. Em resumo, ao lado do sistema oficial de seguridade social, estava permitida a organização particular de sistemas complementares ou subsidiários, mas não sem autorização e controle do Estado intervencionista.

Como realça mais uma vez Ruiz Resa, a preocupação do regime de Franco com a presença do Estado no setor laboral e securitário tinha o intento mais de demonstrar à opinião pública o revestimento de Estado social e democrático de direito que de concreta solidificação dos direitos sociais⁷.

3. O NACIONAL-SINDICALISMO: DOCTRINA “PURA” CONJUGADA AO JUSNATURALISMO CATÓLICO

O nacional-sindicalismo espanhol também se caracterizou pela ruptura do regime de Franco com os enfrentamentos marcados entre os protagonistas, defensores e críticos do capitalismo, de um lado, e do socialismo e comunismo, de outro. Tentou-se, introduzir, assim, uma espécie de regime próprio, com fisionomia peculiar, que rompia com os padrões eminentemente capitalistas ou comunistas daquele momento da história mundial.

*definición, un instrumento a servicio del Estado. Por último, el repudio al convenio colectivo se halló igualmente en la base del predominio final de la regulación del Estado” (Cf. **Trabajo y Franquismo**, op. cit., p. 103).*

⁷ A simulação da forma de Estado de Direito parece ter sido uma preocupação constante em todo o período franquista, conforme os seguintes escólios da autora: “*En este nuevo período, la redefinición política del Estado franquista pasa más que nunca por asimilar su sistema jurídico al de un Estado de Derecho y al del Estado social dominante en la Europa de entonces, pero sin renunciar a ciertas peculiaridades – una democracia orgánica y una jefatura de Estado omnipresente y sin ningún control político o jurídico – que, evidentemente, siguen garantizando la continuidad de la dictadura política. Los nuevos rasgos de los derechos sociales de los trabajadores nos hablan de la presencia de una contratación colectiva, aunque sometida a fuertes limitaciones, al lado de las fuentes jurídicas estatales, que experimentan, a su vez, una reorganización y jerarquización, en respuesta a la pretensión de asemejar la dictadura franquista a un Estado de Derecho” (Cf. **Trabajo y Franquismo**, op. cit., p. 109-110).*

A gestão nacional-sindicalista do trabalho desenvolveu-se sob o signo de padrões e valores religiosos e tradicionais das sociedades conservadoras. Tratava-se de uma vertente da fisionomia peculiar que se lhe atribuíram os gestores franquistas, fisionomia esta pautada, como visto, na concepção de uma opção ao capitalismo e comunismo genuínos.

Assim é que se perquiriu por uma justiça social divorciada da igualdade social e laica, instituiu-se um ambiente de justiça nacional revolucionária, e construiu-se um ambiente de predomínio cristão católico, com promoção das virtudes da caridade e do auxílio restauradores das virtudes religiosas⁸.

O nacional-sindicalismo notabilizou-se pela concessão e reconhecimento de direitos básicos e mínimos aos trabalhadores com o objetivo central de integrá-los em uma cultura de forte nacionalismo e respeito ao Estado onipotente, onipresente e conservador adaptado especificamente à vivência da sociedade espanhola.

Despreza-se a experiência político-social de outros países, sejam capitalistas ou socialistas, para inaugurar-se um modelo econômico singular pautado na cultura do trabalho a bem do Estado. Nesse espírito, o cultivo da tradição cristã católica seria um valor indispensável para reunião do povo sob a égide desse modelo nacional-sindicalista. Ruiz Resa dá a tudo isto a denominação de “justicia social del Régimen”, haja vista que “a diferencia de otras ideologías totalitarias, se había autoerigido en un movimiento cristiano”⁹.

O sentido de incentivo à caridade, como visto, também se fazia presente fortemente no regime nacional-sindicalista de Franco. Partia-se da premissa de que os bens supérfluos deveriam ser endereçados pelos ricos aos pobres. E os bens supérfluos eram

⁸ RUIZ RESA explica tal fenômeno com as seguintes palavras: “*La preocupación por la problemática social fue una constante en el nacionalsindicalismo, y la articulación de un principio de justicia social se hizo descansar sobre tres significados diversos: constituir una reacción crítica al sistema económico capitalista y al liberalismo – filosofía política que se considera conectada a él -; ser inspiradora de una revolución social en cuanto nacional – lo que la diferenciaría de la socialista; y estar comprometida con la demanda de restablecimiento del orden universal alterado, según propugna la doctrina cristiana y el iusnaturalismo tomista. tales significados nos ofrecen una percepción revolucionaria y a la vez tradicionalista de la justicia social*” (Cf. **Trabajo y Franquismo**, op. cit., p. 115).

⁹ Cf. **Trabajo y Franquismo**, op. cit., p. 121-122.

definidos pelo regime como aqueles que sobrepujavam à satisfação adequada das necessidades humanas¹⁰.

Assim, o incentivo à esmola era também uma diretriz da política de justiça social de Franco. Nesse contexto, instavam-se as empresas a oferecer trabalho e salário dignos aos trabalhadores, de forma a permitir a minimização da carga social de incumbência do Estado, promessa que reunia o compromisso de proporcionar condições de vida, trabalho e segurança social aos cidadãos.

4. O DIREITO AO TRABALHO E AO DESCANSO

Não obstante o exposto no item precedente, é durante o regime franquista que aparece a configuração jurídica de um formal “direito ao trabalho”. A ideia central está em que é dever do homem trabalhar, o que se converte em direito a obter trabalho. Significa que o trabalhador tem o direito de postular a concreção do dever de trabalhar. Tem ele o direito de arguir que o Estado impõe a ele o dever de trabalhar, em face do que poderá postular o direito ao trabalho¹¹.

E esse direito ao trabalho deriva fundamentalmente de concepções cristãs. É dizer que segundo a mensagem divina o homem tem no trabalho a expiação do pecado original. Assim, posto que o regime franquista concentrava também (e fortemente) as premissas tradicionalistas da religião cristã, o direito ao trabalho compreendia a postulação do dever de

¹⁰ RUIZ RESA registra que o regime franquista idealizara um verdadeiro conceito de “ricos”, com vista à sua inserção em uma fantasiosa política de promoção da prática da caridade, considerando-os como aqueles que acumulavam bens supérfluos, ou seja, os bens “*que quedan al propietario después de haber satisfecho las obligaciones que trae consigo el cúmulo de necesidades y bienes convenientes, no solamente al perfeccionamiento y al tenor de su vida personal, sino al de su familia, tal como está constituida dentro del Estado y de la sociedad*” (Cf. *Trabajo y Franquismo*, op. cit., p. 124).

¹¹ RAFAEL SASTRE IBARRECHE interpreta a regulação jurídica do direito ao trabalho no regime franquista, considerando que “*la Constitución republicana, tras la conocida configuración de España, en le artículo 1, como una República democrática de trabajadores de toda clase, acogió al trabajo en su faceta de derecho, aunque sí lo hizo, en la de obligación, dentro del artículo 46: ‘El trabajo, en sus diversas formas, es una obligación social y gozará de la protección de las leyes’. Dicha formulación se ha considerado diáfana y plenamente congruente con el previo diseño de una República de trabajadores, pero de una más que dudosa eficacia jurídica (...). Con un retórico y ampuloso lenguaje característico, y la indudable influencia de los regímenes alemán y italiano, el Fuero del Trabajo insiste, en su Declaración primera, y por dos ocasiones, en el valor otorgado al hecho del*

trabalhar no sentido do atendimento dos dogmas da fé cristã¹².

O direito ao descanso, no regime trabalhista franquista, não é senão considerado deferência do Estado relacionada ao dever do trabalhador em cumprir suas obrigações cristãs. A manifesta aproximação do Estado franquista com a Igreja Católica conduziu o legislador do regime a vincular o descanso concedido para os domingos e dias festivos muito mais ao dever que deveria ter o trabalhador com a fé católica que propriamente com a necessidade de recompor suas energias físicas.

Portanto, o direito ao descanso, assim como o direito ao trabalho, estava relacionado a um correspondente dever cuja base é a observância das tradições católicas. Nesse aspecto, conforme se extrai do discurso de Girón de Velasco, a densidade dessa concepção do regime chegara ao ponto de ostentar a exigência da permissão da autoridade eclesiástica para que determinado empregador pudesse requisitar seus trabalhadores a um serviço absolutamente indispensável em um dia santificado¹³.

5. PRESTÍGIO DA FAMÍLIA TRADICIONALISTA

O regime franquista primou também por identificar a figura do trabalhador com a do típico pai e chefe de família, isto é, homem, assalariado e de baixa renda. À mulher não estava permitido o livre acesso ao trabalho, porquanto deveria ocupar-se fundamentalmente da administração do lar e da criação dos filhos. Outrossim, não se consideravam as tarefas domésticas como “trabalho” e sim como “missão” da mulher na família tradicional. O

*trabajo por el nuevo Estado y en el reconocimiento del derecho al trabajo. Junto a ello, también aparece mencionado el deber de trabajar” (Cf. **El Derecho al Trabajo**, Madrid: Editorial Trotta, 1996, p. 50-52).*

¹² Assim resume RUIZ RESA: “*También los derechos de los trabajadores se hallan inspirados en esta filosofía obligacional. La misma concepción del trabajo como deber ya garantiza el fundamento del derecho al trabajo, que se encuentra, invariablemente, en el deber de trabajar*” (Cf. **Trabajo y Franquismo**, op. cit., p. 115).

¹³ GIRÓN DE VELASCO, Ministro do Trabalho de Franco, em discurso da época, dissera: “*Es de señalar que nuestro ordenamiento jurídico (...) respeta el Día del Señor y renueva la voluntad del Estado Español de restaurar su tradición católica (...). Esta nota de religiosidad que jamás el Estado Español se ha propuesto disimular, queda de manifiesto, una vez más, en el hecho de que cuando en casos excepcionales es necesario el trabajo en días festivos, las autoridades locales de la localidad tienen que solicitar el permiso de la autoridad eclesiástica y siempre con la condición de que los trabajadores dispongan, sin mengua de su salario o de su retribución, de una hora compatible dentro del horario religioso de la localidad, para que aquellos puedan*

trabalho por conta alheia e fora do lar era considerado prerrogativa do “varão”.

Sem dúvida, a fisionomia político-social do Estado nacional-sindicalista de Francisco Franco perfilhou com intensidade a doutrina do jusnaturalismo e do neotomismo católico. Entretanto, entendemos que isso não corresponde a um mal automático, ao contrário do que sugerem os críticos mais fervorosos do regime¹⁴.

A tradição jusnaturalista católica jamais se divorciou do caminho da liberdade, da igualdade e do bem-estar social do povo trabalhador e dos cidadãos em geral. Se o regime de Franco pautou-se nessas premissas católicas com obtuso intento político-partidário, tal sorte não pode ser automaticamente imputada como conduta perniciosa prognosticada pela Igreja Católica.

A busca da preservação de valores conservadores não concentra retrocesso nem comunhão com os excessos do poder, salvo quando se promove indevida confusão entre pessoas e instituições, atribuindo-se a estas a incorporação dos desvios isolados de conduta daquelas. Os signos da preservação da família patriarcal não colidem com o prestígio do trabalho feminino nem conduzem à exploração e menoscabo da personalidade e dignidade da mulher.

Trata-se de uma tradição encaminhada a preconizar a defesa da integridade familiar e de estabelecimento de um padrão de missões que compete a cada integrante da família e da sociedade. Porém, a defesa de um padrão de comportamento não se identifica com clausura, negação ou supressão de direitos.

A mulher, desde que integrada formalmente e com o devido preparo em uma

cumplir, si así lo desean, con sus deberes espirituales” (Apud RUIZ RESA, in Cf. **Trabajo y Franquismo**, op. cit., p. 130).

¹⁴ LEONARDO MORLINO anota que a partir do manifesto denominado “Fuero de los Españoles”, de 17 de julho de 1945, “*se assiste, pois, à acentuação dos aspectos católicos do regime*”, passando a Igreja a exercer influência sobre as iniciativas do governo, porquanto a Igreja “*jamais havia aceitado a política anticlerical da república*”. E conclui que o apoio da Igreja Católica se deveu também ao sucesso do Plano de Estabilização Econômica desencadeado por Franco, programa esse que desempenhou “*um papel essencial no esforço de fazer sair a Espanha do túnel do subdesenvolvimento a que a havia condenado as destruições da guerra e a política autárquica*” (Cf. **Franquismo**, op. cit., p. 526-527).

atividade extra-lar deverá ter todo direito e incentivo para enveredar nos ministérios que escolher. O mesmo se diga em relação ao homem que pretenda dedicar-se às tarefas do lar. Condenável é a libertinagem, a inversão de valores positivos da família ou a relativização do dever do trabalho honesto.

Não se pretende advogar em defesa do Estado franquista. Longe disso. Porém, é inverídico deixar de reconhecer nele alguns aspectos positivos em termos de conquistas laborais que hoje perfazem o elenco rígido do Direito do Trabalho na Espanha e em diversos outros países. Nicolás López Calera, eminente catedrático de Filosofia do Direito da Universidade de Granada, mesmo empregando tom satírico e claramente crítico, reconhece efeitos positivos do nacional-sindicalismo franquista¹⁵.

6. O SINDICATO NO FRANQUISMO

Não se pode esquecer de mencionar a previsão e organização do chamado “sindicato vertical”, isto é, aquele cujo funcionamento formal e material está vinculado às diretrizes heterônomas e exclusivas do Estado. Assim, o direito sindical franquista estava conectado ao Estado e delimitado no âmbito de suas atividades e representatividade.

A negação do direito de greve era também referencial significativo do modelo sindical franquista, trilhando o perfil fascista então reinante na Europa em sede sindical. Era no discurso de Girón de Velasco que se vislumbrava as imbricações das organizações sindicais à estrutura e à ideologia do Estado.

O sindicato era instrumento do Estado e em face desse instrumento se desenvolvia o protagonismo econômico, laboral e social que, definitivamente, estava alinhado aos fins considerados mais altos: “os fins da pátria”.

¹⁵ LÓPEZ CALERA, Nicolás. **Prólogo**, in *Trabajo y Franquismo*, op., cit., p. X. Acompanhem-se suas palavras: “*Las buenas intenciones podrían ser que el régimen franquista, llevado de su catolicismo de papel, entendía que los pobres y los necesitados, como se denominaba entonces a los que eran trabajadores manuales u obreros, debían ser atendidos, y por ello dedicó un notable esfuerzo legislativo a protegerles, a ayudarles. Sería mentiroso decir que no les ayudaron. Tantos años de dictadura dan tiempo hasta para hacer cosas buenas*”.

De todo o exposto, vê-se claramente que a gestão do trabalho (cuja finalidade era conjugar interesses econômicos e sociais a bem do Estado) no período bocado do regime franquista revelou-se sofrível e paradoxal, ante uma cultura assaz ortodoxa de intervenção político-ideológica do Estado. Com isto, é visível que o modelo laboral espanhol dos períodos entre-guerras e pós-guerra perfilhou as entranhas de um sistema “puro” que rememorava uma característica medieval curiosa para aquele momento da história mundial, qual seja, o retorno da união entre o Estado e a Igreja Católica.

7. CONCLUSÕES

Escrevemos que o nacional-sindicalismo representou um peculiar regime político-laboral que dominou a gestão oficial do trabalho na Espanha durante a primeira fase do governo de Francisco Franco. Focalizamos a cultura do regime franquista particularmente no contexto de quatro (04) entidades em especial: O Estado, a Família, o Trabalho e, dentro do espaço deste último, o Sindicato.

Ressaltamos ainda a significativa influência que a Igreja Católica e a correspondente doutrina cristã exerceram sobre o nacional-sindicalismo, numa intensidade tal que autoriza concluir ter havido uma inegável união, senão vinculação, do Estado com a Igreja. Sintetizamos nosso breve estudo, pois, nos seguintes tópicos:

a) o nacional-sindicalismo espanhol concentrou um modelo centralizador, dominador, corporativista e nacionalista de gestão do trabalho, consequência do viés nitidamente autocrático de que se revestiu, não obstante alguns efeitos positivos em matéria de inauguração de direitos legais para a classe trabalhadora;

b) o perfil do Estado social de Franco teve seus alicerces básicos construídos sob dois movimentos principais: o “Fuero del Trabajo” e o “Fuero de los Españoles”. Tais movimentos consistiram no embrião que iniciou a edição das normas trabalhistas básicas de tutela da classe obreira e de inserção do trabalhador nos padrões tradicionalistas propalados pelo regime;

c) a política estatal de concessão de direitos sociais destinava-se mais a enquadrar a conduta dos trabalhadores e cidadãos em termos de obediência ao regime que propriamente de promover avanços em nível de melhoria de condições de vida do povo operário. Apesar disso, grande parte das conquistas sociais ainda hoje persistentes na Espanha é egressa daquele regime nacional-sindicalista;

d) o regime de Francisco Franco caracterizou-se, pela ruptura a que se impôs frente aos antagonismos então em evidência marcados pelo embate entre capitalismo e comunismo, ao que procurou tornar-se um sistema “puro” vinculado às peculiaridades nacionais, ao cultivo do jusnaturalismo católico e à família patriarcal;

e) o sindicato no regime franquista desempenhava uma missão precipuamente coadjuvante com os objetivos do Estado, entre as quais se destacava a tentativa de alinhar todas as corporações e entidades para a consecução dos “fins da pátria”, impondo às organizações de trabalhadores um regramento de natureza heterônoma que limitava suas ações de autêntica e livre representatividade:

f) não obstante o perfil corporativista, autocrático e conservador da gestão do trabalho e da condução da política sindical, o nacional-sindicalismo é paradigma do experimento de uma das fases de maior progresso econômico e social.

BIBLIOGRAFIA

1. RUIZ RESA, Josefa Dolores. Trabajo y Franquismo, Granada: Comares, 2000.
2. SASTRE IBARRECHE, Rafael. El Derecho al Trabajo, Madrid: Editorial Trotta, 1996.
3. LÓPEZ CALERA, Nicolás. Prólogo. Trabajo y Franquismo, Granada: Comares, 2000.
4. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. Derecho del Trabajo, 10^a ed., Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 2002.

5. MORLINO, Leonardo. Franquismo. Dicionário de Política, tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini, vol. I. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 11^a ed., 1998.

A RELAÇÃO DE TRABALHO EM ESTACIONAMENTO ZONA AZUL.

Arnóbio Teixeira de Lima
Juiz do Trabalho Substituto
TRT 13ª Região

I - Introdução

O modelo de gestão adotado pelas administrações públicas brasileiras, aliado à ineficiência administrativa, em alguns casos, no trato das questões urbanas nos inúmeros municípios do País, têm se apresentado insatisfatórios no atendimento das necessidades dos munícipes.

Não são raros nas principais cidades brasileiras, os casos de ruas com trânsito interrompido, por prédios ou terrenos que por simples desapropriação, poderiam ser desobstruídas. Do mesmo modo, a existência de ruas estreitas, nas principais cidades do País, inviabilizadoras do fluxo de trânsito, são exemplo de que a utilização do solo da maioria das cidades brasileiras carece de uma resposta da administração pública.

Apesar da carência do ponto de vista da adoção de políticas públicas, visando à melhoria da utilização das vias públicas pela população, as entidades administrativas não abrem mão da cobrança de tributos. Ao contrário, a todo momento nascem novos mecanismos de cobrança, como é o caso da taxa de iluminação pública, taxa por coleta de resíduos etc.

Neste contexto, visando inserir mais um tributo a ser pago pela população, os principais municípios brasileiros criaram estacionamentos nas principais vias públicas das cidades. De regra estes estacionamentos são criados para serem rotativos, mas na prática, todos são fixos nas ruas e praças das cidades.

Neste trabalho, não temos a pretensão de esgotar o assunto, por entendermos a abrangência de conteúdo que o cerca, mas se este servir para uma reflexão sobre o tema, acreditamos ter alcançado nossos objetivos.

II – Origem e evolução dos estacionamentos em vias públicas

A exploração de estacionamentos nas vias e logradouros públicos brasileiras, de há muito vem acontecendo. Inicialmente vamos encontrar este tipo de atividade, nas grandes aglomerações populares, especialmente em eventos de curta duração, como shows, rodeios, espetáculos circenses, feiras de utilidades, exposições etc.

Nestes eventos, sempre foi comum encontrarmos pessoas, geralmente desempregadas, que a seu modo, diziam que iriam guardar os automóveis dos frequentadores, durante a permanência no acontecimento. Por este “serviço”, não

era estipulado valor, mas o pastorador ficava agradecido, quando alguém lhe gratificava pela guarda do automóvel.

Este tipo de atividade que somente acontecia em eventos ocasionais, evoluiu e alcançou os centros das cidades, principalmente os locais de grande frequência popular, como as ruas próximas às repartições públicas e shopping centers, aquelas destinadas ao comércio e nos locais de grandes eventos.

Na atualidade, em qualquer lugar do País, até nas cidades interioranas, basta que se pare o automóvel em um posto de gasolina, em uma farmácia, em um restaurante, que haverá sempre alguém, adulto ou criança, dizendo que irá guardar seu automóvel até seu retorno.

Em sentido evolutivo, no que diz respeito à cobrança, em algumas cidades do interior, ainda não é estipulado o preço pela guarda do automóvel, mas em determinados locais das principais cidades brasileiras, ai daquele que não pagar o preço estipulado. Se não for agredido, poderá ter seu automóvel riscado e não mais poderá frequentar os locais de domínio daqueles “guardas de automóveis”, sob pena de, com certeza, ter seu automóvel danificado. Mesmo assim, não se livrará de agressões verbais.

Em um estágio de última evolução, ou seja, em linguagem econômica, na ponta do sistema, aparece o poder público que passa a explorar as vias e logradouros públicos como estacionamento.

A partir de então, vamos encontrar nas cidades brasileiras, os pastores de automóveis, os também conhecidos “flanelinhas”, que exercem a atividade em situação de autônomos, às vezes cobrando tarifas fixas e às vezes aceitando gratificações - “trocados” - oferecidas pelos condutores de automóveis, utilitários das vias públicas. Como também vamos encontrar o poder público, geralmente concedendo a exploração de estacionamento em vias públicas, as chamadas zona azul ou outra cor, para uma empresa daquelas que gravitam na órbita da administração pública, cuja atividade é denominada de “estacionamento rotativo”.

Para a ocorrência deste fenômeno evolutivo, destacamos três fatores que a nosso ver, marcaram profundamente a evolução dos estacionamentos em vias e logradouros públicos. O primeiro deles, evidenciado pelo agigantamento do desemprego no País, em decorrência da ausência de políticas públicas, capazes de promover o desenvolvimento nacional, o que vem a obrigar uma boa parcela da população brasileira, a viver em estado de miséria.

De outro lado, como segundo fator, vamos encontrar a ausência de políticas públicas, tendentes a promover o zoneamento do trânsito nas cidades, agravada pelo aumento da frota nacional.

Em última análise e como terceiro fator agravante do sistema, sobressai a sede de arrecadar do estado, sem qualquer contrapartida para os administrados.

Pois bem, na cidade de São Paulo, a CET – Companhia de Engenharia de Tráfego daquele município, informa que o sistema começou a operar naquela cidade, em 13 de janeiro de 1975, com vagas na Praça da Bandeira, Praça Dom José de Gaspar e adjacências do centro velho de São Paulo. Em 1991, através do

Decreto n. 29.908, foi criada a zona marrom, com vagas exclusivas para carga e descarga de mercadorias.

Na exploração dessa atividade, lembra a CET que: “À Prefeitura Municipal de São Paulo e à Companhia de Engenharia de Tráfego – CET caberá, em nenhuma hipótese, responsabilidades indenizatórias por acidentes, danos, furtos ou prejuízos que os veículos ou seus usuários possam vir a sofrer nos locais delimitados pelo sistema Zona Azul”.

Em Ubatuba(SP), no que se refere à responsabilidade, o município segue a mesma orientação da cidade de São Paulo, o mesmo acontecendo com a legislação da cidade de João Pessoa, no Estado da Paraíba, onde a Lei Municipal Nº 9.870, de 30 de dezembro de 2002, dispõe sobre concessão para a operação de estacionamentos rotativos em vias e logradouros públicos e isenta o município de qualquer responsabilidade por este serviço no art. 7º, do mencionada diploma.

III – A exploração de estacionamentos “zonas azuis” nos municípios brasileiros

Opinamos por fazer o registro do estacionamento zona azul na cidade de São Paulo, por representar este município, o maior centro econômico e financeiro do País, bem assim, para exemplificar que as práticas da administração pública, não são privilégios das pequenas cidades, já que ocorrem normalmente tanto nestas, como nas grandes metrópoles da federação.

A partir desses esclarecimentos, visando não elastecer por demais a matéria, enveredaremos somente por analisar, do ponto de vista legal e sem maiores abrangências, o sistema de estacionamentos em vias e logradouros públicos em funcionamento no País.

Neste direcionamento, verificamos que em face da observância obrigatória pela administração pública, do princípio da legalidade inserto, no art. 37, da Constituição Federal, os estacionamentos em vias e logradouros públicos somente podem ser estabelecidos, mediante autorização legislativa, ou seja, mediante lei.

Na prática, pelo menos dos casos dos quais temos conhecimento, existe uma autorização legislativa para a criação de estacionamentos rotativos, ou seja, estacionamentos em locais diferenciados, com alternância de ruas e de logradouros públicos ou em sistemas de rodízio ou de revezamento. No entanto, na execução da lei, os municípios brasileiros criaram estacionamentos fixos em vias e logradouros públicos municipais, o que vem a caracterizar o vício do ato administrativo, do ponto de vista da execução da lei.

Rotativo para Aurélio Buarque de Holanda significa aquilo que se transmite em rodízio ou revezamento. Assim, para ser rotativo, o estacionamento em vias e logradouros públicos, deve sofrer alternância de localidade, ou seja, não pode ser estabelecido para funcionar em ruas certas e determinadas.

Neste particular, merece registro a lição de José Cretella Júnior, para quem “o ato administrativo vinculado, dita para a administração uma e só uma

conduta”, de modo que, o nosso entender é que nestes casos a administração pública utiliza-se do poder discricionário indevidamente. E em assim agindo, extrapola o poder de polícia do qual também se utiliza para a regulamentação da utilidade das vias públicas de uso comum do povo.

A propósito, na regulamentação do uso de vias públicas, em função do poder de polícia, o poder público pode proibir ou limitar o uso de determinadas vias, ou estabelecer horários para a utilização, mas não pode, sem autorização legislativa, modificar a destinação do bem, nem discriminar os usuários.

Desse modo, se a autorização legal é para a concessão de estacionamentos rotativos, não pode a administração pública conceder a operacionalização de estacionamentos fixos. E se assim o fez, o ato da concessão é nulo de pleno jure. Pois configura a concessão de um poder que não lhe foi outorgado. Em linguagem de direito privado, seria o mesmo que conceder poderes a outrem, sem está autorizado para fazê-lo.

A respeito da matéria em exame, em elucidativo parecer, Hely Lopes Meireles salienta:

“O conceito de legalidade ou ilegalidade, para fins de anulação do ato administrativo, não se restringe somente à violação frontal da lei. Abrange não só a clara infringência do texto legal, como também o abuso, por excesso ou desvio de poder, ou por relegação dos princípios gerais do direito. Em qualquer dessas hipóteses, quer ocorra atentado flagrante à norma jurídica, quer ocorra inobservância velada dos princípios do direito, o ato administrativo padece de vício de ilegalidade e se torna passível de invalidação pela própria administração, ou pelo Judiciário, por meio de anulação”.

Em casos que tais, o nosso ponto de vista é no sentido de que se a autorização legislativa foi para a criação de estacionamentos rotativos e o município, ao executar a lei, portanto a ela vinculado, promoveu a criação de estacionamentos fixos, a atuação municipal é irregular, por produzir ato administrativo eivado de vício, do ponto de vista da execução da lei à qual está vinculado, por força do princípio da legalidade, de que fala o artigo 37 da Constituição Federal.

Neste caso e somente em visão puramente estrita, pois sabemos que estes empreendimentos desafiam outros aspectos de juridicidade, entendemos, conforme destacado na doutrina, que a melhor solução, seria a anulação da concessão do serviço pela própria administração.

Afirmamos neste direcionamento, pois a nosso modesto saber, o município na vertente, concedeu direito que não possuía, qual seja, a operacionalização de estacionamentos fixos, quando à lei somente autorizou estacionamentos rotativos. Eis, portanto o vício do ato administrativo de concessão.

Albergada a questão jurídica nestes contornos, diríamos que as operações de exploração de estacionamento em vias e logradouros públicos estariam respaldadas em lei. E que, a irregularidade da exploração dessa atividade, ocorre somente no momento da execução da norma legal.

IV – A utilidade das vias e logradouros públicos

Não fossem somente os aspectos da legalidade do ato que cria e daquele que promove a execução da exploração de estacionamentos em vias e logradouros públicos, de forma fixa. Há ainda, a necessidade de se perquirir acerca da utilização das vias e logradouros públicos.

As vias e logradouros públicos fazem parte da espécie de bens públicos de uso comum do povo, juntamente com outros bens indicados por lei.

O Código Civil brasileiro prescreve como bens públicos de uso comum do povo, os rios, os mares, as estradas, as ruas e as praças, art. 99, I.

De nosso ponto de vista, esta categoria de bens públicos, de exemplificativa indicação do Código Civil, pertence à toda coletividade e não pode ter seu uso restrito a uma categoria de pessoas.

Pondera Washington de Barros Monteiro, que estes bens pertencem a todos e podem ser utilizados por qualquer pessoa (*res communis omnium*).

Em ponto de vista melhor abalizado, “ O uso comum do povo é todo aquele que se reconhece à coletividade em geral sobre os bens públicos, sem discriminação de usuário ou ordem especial para sua fruição. É o uso que o povo faz das ruas e logradouros públicos, dos rios navegáveis, do mar e das praias naturais. Esse uso comum não exige qualquer qualificação ou consentimento especial, nem admite frequência limitada ou remunerada, pois isto importaria atentado ao direito subjetivo público do indivíduo de fluir os bens de uso comum do povo sem qualquer limitação individual. Para esse uso só se admitem regulamentações gerais de ordem pública, preservadoras da segurança, da higiene, da saúde, de moral e dos bons costumes, sem particularização de pessoas ou categorias sociais.

No uso comum do povo os usuários são anônimos, indeterminados, e os bens utilizados o são por todos os membros da coletividade – *uti iniversi* – razão pela qual ninguém tem direito ao uso exclusivo ou a privilégio na utilização do bem”. Hely Lopes Meirelles.

Diante desses conceitos, outra não é a conclusão a se chegar, senão a de que as ruas, as praças, as florestas, as praias, os mares, os rios, por serem de uso comum do povo, salvo autorização legislativa específica, não podem ser alienados, nem alterada a sua destinação e utilidade.

Por arremate, em função da utilidade e existência, as ruas e logradouros públicos, não podem ser transformados em estacionamentos pelo poder público e menos ainda por terceiros. A uma porque altera a utilidade de bens de uso comum do povo, sem autorização legislativa específica para cada via pública ou logradouro; a duas, porque retira do povo o direito à utilização do bem comum, transferindo esse direito à fruição somente por categorias de pessoas diferenciadas, como os proprietários de automóveis; a três, porque passa a cobrar tarifas sobre um bem que já é de uso comum do povo, limitando, desta sorte, sem autorização legal, a utilidade geral concebida; a quatro, porque afronta o princípio da generalidade, que preside toda a administração pública, tanto quando restringe a utilização do bem somente para uma categoria de pessoas, como quando promove a restrição da utilidade

do bem, em benefício de um particular, no caso, as empresas privadas exploradoras dos estacionamentos.

A par destes elementos, verificamos que a exploração das vias e logradouros públicos como estacionamento – as chamadas zonas azuis - quer pela administração pública diretamente, quer por um terceiro designado mediante concessão, constitui ilícito administrativo, e por esta razão, dada a ilicitude do objeto, - abuso do poder de polícia -, não origina direito para qualquer das pessoas envolvidas no negócio.

No campo das relações de trabalho, observada a cátedra de Orlando Gomes, para a formação do contrato concorrem pressupostos e requisitos. Os primeiros envolvendo a capacidade das partes e a idoneidade do objeto. Os requisitos representados pelas matizes: consenso e causa.

Ao transportar estes postulados para o caso em análise, verificamos que o contrato de trabalho firmado entre os empregados e as empresas exploradoras de estacionamentos em vias e logradouros públicos, não atende aos pressupostos de formação do liame de emprego, no que se refere ao objeto do contrato, posto que, como já dito, as ruas e logradouros públicos, não podem ser utilizadas como estacionamento rotativo, muito menos estacionamentos fixos, como acontece nas cidades brasileiras.

Por esta razão, o contrato de trabalho que tem como finalidade a execução de serviços em estacionamentos em ruas e logradouros públicos, é nulo de pleno direito, de modo que, em situações que tais, caberá a administração pública ou qualquer das partes envolvidas na relação de emprego, comprovar a autorização legislativa para a instalação do estacionamento na via ou praça pública. Do contrário, o contrato de trabalho por este viés é nulo e como tal, deve ser declarado tanto pela administração pública, como pelo Poder Judiciário.

IV – A utilização das vias públicas como zona azul

Em tempos não muito remoto, nos grandes centros urbanos, o efetivo exercício do poder de polícia pela administração pública, nas vias públicas se fazia sentir pela coletividade. Esse exercício implicava na regulamentação do uso das vias públicas. Assim, em muitas ruas havia a proibição de estacionar, noutras esta determinação era obrigatória em determinados horários e havia também, locais ou horários destinados à carga e descarga de mercadorias. Na atualidade, a sinalização neste sentido raramente é encontrada, pois a administração pública optou por disciplinar a utilização das vias e logradouros públicos, mediante a criação e concessão, de estacionamentos em vias públicas, que por lei é rotativo, mas, na prática, funcionam como estacionamentos fixos em ruas e locais certos e determinados, sem qualquer alternância de sua localização.

Este tópico, já mereceu destaque quando tratamos do ato administrativo vinculado a que está sujeita a administração pública, de modo que, a partir de então, convém verificar se a criação de estacionamentos em vias públicas, atenta ou não, contra os direitos individuais, especificamente o direito à liberdade de ir e vir, consagrados na Constituição Federal.

A ordem constitucional brasileira resolveu tratar da liberdade de ir e vir, englobando as duas idéias em um só vernáculo, como direito de locomoção, cuja nomenclatura, já contempla o direito de ir, o direito de vir e o direito de ficar ou permanecer.

Este disciplinamento repousa no artigo 5º, inciso XV, da Carta da República, segundo o qual:

“É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”.

Consagrado este regramento, a legislação brasileira, em tempo de paz, deve respeitar a liberdade de ir, vir e de ficar, inclusive no que se refere aos bens, de qualquer pessoa em todo o território nacional.

Desse modo, se o direito constitucional determina o respeito à liberdade de ir e vir, a legislação infraconstitucional não pode a esse direito se contrapor, em razão de hierarquia das leis, sob pena de operar em inconstitucionalidade. Assim, qualquer lei Federal, Estadual ou Municipal, que venha a restringir a liberdade de ir e vir das pessoas, desafia a ordem jurídica e por conta disso, apresenta vícios de inconstitucionalidade, o que deve ser declarado tanto pelas comissões legislativas, como pelo Poder Judiciário.

No caso comentado, ao estabelecer estacionamentos em vias e logradouros públicos, a norma disciplinadora da matéria, além de negar a utilidade pública de bens públicos de uso comum ao povo, também afronta a liberdade de ir e vir das pessoas.

Numa primeira hipótese, o estacionamento em vias públicas limita a utilização dessas vias, pelas demais pessoas que não se utilizam do estacionamento. Em segunda hipótese, restringe a liberdade do utilitário do automóvel, de permanecer parado na via pública. E em terceira hipótese, discrimina o uso das vias públicas, destinando-o somente para certa categoria de pessoas.

Por oportuno, no pertinente a matéria constitucional que envolve a liberdade de ir e vir, colacionamos os ensinamentos da José Afonso da Silva, que sobre a liberdade de locomoção assim se expressa:

“ A liberdade de locomoção no território nacional em tempo de paz contém o direito de ir e vir (viajar e migrar) e de ficar e de permanecer, sem necessidade de autorização. Significa que “ podem todos locomover-se livremente nas ruas, nas praças, nos lugares públicos, sem temor de serem privados de sua liberdade

de locomoção, dizia Sampaio Dória no regime da Constituição de 1946”.

“ O direito de circular (ou liberdade de circulação) consiste na faculdade de deslocar-se de um ponto a outro através de uma via pública ou afetada ao uso público. Em tal caso, a utilização da via “não constituirá uma mera possibilidade, mas um poder geral exercitável erga omnes. Em consequência, a Administração não poderá impedir, nem geral nem singularmente, o trânsito de pessoas de maneira estável, a menos que desafete a via, já que, de outro modo, se produziria uma transformação da afetação por meio de uma simples atividade de polícia”.

A partir desses ensinamentos, concluímos que a administração pública, salvo na hipótese de desafetação específica, mediante autorização legislativa e somente nesta hipótese, não pode, a pretexto de produzir melhorias nas condições de trânsito, transformar as vias e logradouros públicos, em estacionamentos, nem muito menos cobrar tarifas para si ou autorizar a cobrança por terceiros.

A propósito, a instituição de estacionamento em vias públicas, quer rotativos ou fixos, ao contrário do que se apregoa, dificulta ainda mais o fluxo natural do trânsito, pela simples razão de que com o estacionamento de veículos, necessariamente haverá o estreitamento da via utilizável, o que implicará na redução da utilidade da via pública, com reflexos negativos no trânsito de veículos e de pessoas.

Talvez se queira argumentar que a prática de estacionamentos em vias públicas é legal, porque verificada em todo o País. Neste particular, atinam com acerto aqueles que assim se expressão, apenas no referente à corriqueira utilização das vias públicas de forma irregular. Contudo, também não é menos certo que a prática de ilícitos penais e administrativos ocorre em todo o País, mas nem por isso perdem o caráter de ilicitude, a exigir pronta resposta por parte do Estado.

Em idêntica linha de raciocínio, se entendemos que as atividades dos “flanelinhas” é irregular, o que acontece em todo o território nacional, com muito mais razão é irregular o exercício das mesmas atividades por uma entidade pública ou empresa concessionária de serviço público.

Por derradeiro, ao entendermos que os estacionamentos em vias públicas no País, desafia o direito de ir e vir das pessoas, estamos a declarar que o objeto do contrato firmado entre empregados e empresas operadoras dos serviços de estacionamentos em vias públicas carece de idoneidade, por afronta a Constituição Federal.

Desse modo, os serviços de exploração de estacionamentos nas vias públicas brasileiras, não atendem aos pressupostos de formação do contrato de trabalho, em face da ausência de idoneidade do objeto da contratação, qual seja, a exploração das vias públicas irregularmente.

VI - Conclusão

Situada a questão nestes termos, no tocante aos estacionamentos zona azul existentes no País, concluímos:

1 – a legislação civil em vigor, contemplou as ruas e logradouros públicos, como bens públicos de uso comum do povo e como tais, somente por autorização legislativa específica para cada rua ou logradouro, a destinação destes bens pode ser modificada;

2 – quando a autorização legislativa é para a criação de estacionamentos rotativos, tais estacionamentos, ainda que fossem admitidos, somente poderiam ser operacionalizados em sistemas de rodízio ou alternância dos locais de funcionamento;

3 – se a lei autoriza a criação de estacionamentos rotativos, e este serviço é concedido a um terceiro, este também fica vinculado aos termos da lei, porquanto, não pode operacionalizar estacionamentos em locais fixos, sob pena de revogação da concessão, por desvio na execução do contrato;

4 – a utilização das vias e logradouros públicos como estacionamento é ilegal e constitui abuso do poder de polícia. No primeiro caso, por afrontar a garantia constitucional do direito de locomoção. E em segunda hipótese, por destinar a utilidade de um bem de uso comum do povo, a uma categoria específica de pessoas.

5 – o serviço em estacionamento zona azul, não atende a um dos pressuposto de formação do contrato de trabalho, qual seja, a idoneidade do objeto.

VII – Referências Bibliográficas

DANTAS, San Tiago. Clássicos da Literatura Jurídica – Direito civil – Parte Geral – Editora Rio – Rio de Janeiro – 1979;

FILHO, Evaristo de Moraes. Introdução ao Direito do Trabalho – 8ª edição – Editora LTr – São Paulo – 2000;

GOMES, Orlando e Elson Gottschalk. Curso de Direito do Trabalho – 12166 edição – Editora Forense – Rio de Janeiro – 1991;

JÚNIOR, José Cretella. Manual de Direito Administrativo – 6ª edição – Editora Forense – Rio de Janeiro – 1991;

MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro – 14ª edição – Editora Revista dos Tribunais – São Paulo – 1989;

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil – Parte Geral – 1º Volume – 36ª edição – Editora Saraiva – São Paulo SP – 1999;

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação do Direito do Trabalho - 18ª edição – Editora LTr – São Paulo – 1992;

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

A NOVA LEI DE FALÊNCIAS E O CRÉDITO TRABALHISTA¹

Cláudio Armando Couce de Menezes – Juiz Presidente do TRT da 17ª Região

Vivemos tempos confusos, conflituosos, para não dizer esquizofrênicos. De um lado um modo de sociedade que oferece e exige o consumo desenfreado para se manter, perpetuar e crescer ainda mais. De outro, milhões que apenas assistem ao espetáculo do consumo sem dele poder participar. Aliás, muitas vezes, sequer podem usufruir dos serviços básicos de saúde e de saneamento, moradia decente e um ganho necessário à sua sobrevivência. Basta uma simples mirada para a periferia de São Paulo, para os morros do Rio de Janeiro e para as cidades e bairros que rodeiam a Ilha de Vitória. Para não falarmos do Vale do Jequitinhonha, das palafitas, alagados e do interior das regiões Norte e Nordeste. O resultado desse quadro é de todos conhecido: ressentimento social, violência, inchaço dos centros urbanos, etc.

No campo laboral, constata-se a ampliação da competência trabalhista para os trabalhadores, o que permite com apoio no direito comparado, na declaração dos direitos do homem, nos princípios constitucionais e no caput do art. 7º da C.F., a criação de um direito único do trabalho para empregados e trabalhadores em geral, ao menos para aqueles cujo trabalho seja marcado pela dependência econômica, pessoalidade e permanência na atividade.

Por outro lado, verifica-se a construção de um autêntico arsenal legislativo destinado a proteger os interesses das grandes empresas, notadamente da área bancária e financeira, em detrimento de empregados, trabalhadores e da sociedade como um todo.

É o que se verifica, por exemplo, com a recente autorização legal para descontos nos salários dos obreiros, a fim de que possam saldar os empréstimos obtidos junto às entidades financeiras e bancárias(Lei nº 10.820/2003).

¹ Texto da exposição realizado no 45º Congresso Nacional do Direito do Trabalho, São Paulo, realizado nos dias 20 a 22 de junho do corrente ano.

Agora, vem à luz uma lei de falências (Lei nº 11.101/2005) que esvazia e desprestigia a proteção do credor trabalhista, limitando-a ao patamar de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos (art. 83, I, da Lei)!

SÉRGIO PINTO MARTINS² lembra que o projeto de alteração da lei de falências foi elaborado pelo Banco Mundial, visando privilegiar créditos devidos aos bancos em detrimento do trabalhista e do tributário³. E isso quando os balanços das instituições financeiras não cessam de apontar lucros cada vez maiores!

FRANCISCO ANTÔNIO DE OLIVEIRA⁴, outro juslaboralista de escol, destaca que esse plano de desprestigiar a proteção do crédito laboral encontra, desde há muito tempo, amplo respaldo no empresariado e até em setores governamentais...

Lamenta, também, que o Congresso Nacional não tenha atentado para essa inovação in pejus da situação dos trabalhadores. Não deixa, outrossim, de registrar a sua revolta com a omissão da comunidade sindical a respeito de tão relevante tema.

Adverte, por outro lado, que a presente medida ofende o princípio segundo o qual o trabalhador não deve assumir os riscos da atividade empresarial⁵.

² “A Nova Lei de Falência e suas implicações nos direitos dos trabalhadores”, *Jornal Síntese*, 03/05, ano 9, nº 97, p.4 .

³ Salienta o ilustre magistrado e professor paulista que o crédito tributário passa para o terceiro lugar na classificação dos créditos na falência (art. 83, III, da Lei nº 11.101). O interesse público, que informa a proteção do crédito tributário, bem como a ordem social que norteia o privilégio do crédito trabalhista, cede ao interesse particular, em especial do capital financeiro. Concluindo sobre este ponto, assim se pronuncia o ilustre jurista: “Não se justifica a renúncia fiscal em favor dos bancos. Parece que estamos na contramão dos fatos, na dança com os lobos que, por serem mais espertos, devoram os créditos da massa e deixam apenas os ossos para os demais”.(ob. cit., p.5).

⁴ “A Nova Lei de Falência e a Execução Trabalhista”, *Revista LTR*, vol. 69, 05 de maio de 2005, p. 584.

⁵ “...é princípio informador do crédito trabalhista que o trabalhador não corre o risco do empreendimento, mesmo porque jamais participa dos lucros da empresa; que o trabalhador não tem qualquer ingerência nos destinos da empresa, ficando a administração exclusivamente sob a direção e responsabilidade dos sócios, diretores gerentes; administração que nem sempre é conduzida a contento, e muitas vezes é conduzida com o fim adrede preparado de burlar credores e créditos trabalhistas, redundando no enriquecimento do patrimônio pessoal dos sócios e/ou diretores e o esvaziamento do fundo de comércio. A empresa, quando quebra, demonstra, quase sempre, a falta de preparo dos seus dirigentes: por ausência de tradição no ramo ou por terem sido ousados em demasia, arriscando-se além do que seria razoável. Os juros altos, os desequilíbrios determinados pela política econômica do governo, as altas taxas de juros para conseguir capital de giro, são fatores que fazem parte do risco do empreendimento, não se podendo carrear-los para o trabalhador que acreditou na empresa e entregou, sem titubear, a sua força de trabalho, força essa que torna irreversível. Como chamar o trabalhador para arcar com prejuízos de fato em que não teve qualquer participação? Como deixar de pagar imediatamente salários atrasados se estes traduzem, em última instância, a sobrevivência do trabalhador e da sua família, em país de miseráveis? Como fixar parâmetros em valor dos três meses anteriores (art. 151) sob a condição de disponibilidade? A situação do trabalhador entre a empresa e as dificuldades que a levaram à falência é de *res inter alios*. O que mais impressiona é que o Congresso Nacional não demonstrou o mínimo respeito para com o trabalhador em país de desempregados e cujo poder aquisitivo é um dos menores do mundo. Por outro lado, é de corar um monge franciscano o total desinteresse da comunidade sindical: sindicatos,

No mesmo diapasão, registre-se, posiciona-se SÉRGIO PINTO MARTINS: “Os riscos do empreendimento devem ficar por conta do empregador (art. 2º da CLT). Não podem ser socializados ou divididos com o empregado, que não dirige a empresa e não pode participar dos prejuízos. Não é possível devolver a energia de trabalho ao trabalhador depois de ter prestado serviços e pouco receber. O pólo mais fraco é que está sendo prejudicado com a mudança⁶”.

Os festejados juristas denunciam, ainda, possíveis vícios de inconstitucionalidade, no tocante ao princípio da igualdade⁶ e ao preceito que trata da proibição da vinculação do salário mínimo para qualquer fim⁷.

Nem se argumente com o pretense viés moralizador do art. 83, I, da Lei nº 11.101/05, que evitaria ou daria cobro às fraudes, supostamente existentes em processos falimentares, mediante a apresentação de créditos em favor de pessoas que não seriam de fato empregadas ou teriam supervalorizado, com a anuência do falido, valor que lhe seria devido.

Essa fundamentação moralista esconde apenas a intenção de favorecer os beneficiados com a alteração da lei de falências. Com efeito, as fraudes podem e devem ser combatidas, inclusive com o apoio do Ministério Público, através da elaboração de mecanismos adequados. O que não se justifica, à luz da lógica, da boa-fé (presumida), do bom-senso e das noções básicas de justiça é a punição generalizada de todos os empregados⁸.

federações, confederações, centrais sindicais que nada fizeram, deixando que os trabalhadores fossem imolados e entregues ao seu próprio destino, certos de que a voz rouca do trabalhador solitário não se faria ouvir”.(ob. cit.,p.584)

⁶ “O tratamento leonino imposto na lei fere o princípio da igualdade garantida a todos pela Carta Magna. Como atribuir ônus para alguém que sequer poderia ter influído no ato de quebra? A inconstitucionalidade do art. 83, I, vai ser apreciada pela ADIn 3424-DF” (FRANCISCO ANTÔNIO DE OLIVEIRA, ob. cit., p. 584).

⁷ “A fixação do valor em salários mínimos é inconstitucional, pois serve de forma de indexação, que é vedado pelo inciso IV, do art. 7º, da Constituição, que proíbe a vinculação ao salário mínimo para qualquer fim” (SÉRGIO PINTO MARTINS, ob. cit., p. 2005).

⁸ “Se existem fraudes no recebimento de verbas trabalhistas vultosas na falência por pessoas que sequer são empregados e acabam tendo preferências sobre outros créditos trabalhistas, elas devem ser combatidas. O Ministério Público do Trabalho vem ajuizando ações rescisórias contra pessoas que não são empregados e que pretendiam receber créditos fraudulentos nas falências, obtendo excelentes resultados. A exceção não pode ser tomada como regra. A fraude não pode ser presumida sempre, mas, ao contrário, deve ser provada. A boa-fé se presume e não o contrário” (SÉRGIO PINTO MARTINS, ob. cit., p.584).

Pelo exposto, concluimos pela imperiosa revisão do art. 83, I, da nova Lei de Falência, para restabelecer o superprivilégio do crédito trabalhista⁹.

⁹ Outras regras também estão a merecer uma pronta revogação (arts. 6º, § 5º; 54, parágrafo único e 83, VI, “c” da Lei 11.101/05).

DISSÍDIO COLETIVO - EC 45/2004 - INEXISTÊNCIA DE ÓBICE O EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO

Márcio Ribeiro do Valle
Juiz Presidente do TRT-MG
Professor de Direito Processual do Trabalho
no Curso de Pós-Graduação em
Direito da Empresa da PUC/MG.

Tendo em vista as alterações emergentes da recente Emenda Constitucional 45/2004, a qual, aliás, ampliou consideravelmente a competência da Justiça do Trabalho no campo do direito individual, tem-se, no que concerne ao direito coletivo, a ocorrência também de ampliação quanto à competência para as ações declaratórias de ilegalidade de greve, havendo, contudo, noutro aspecto, o do ajuizamento do dissídio coletivo em si, pelas categorias respectivas, entendimento restritivo, tanto que muitos vêm sustentando que tal ajuizamento só será possível, agora, de comum acordo entre as categorias econômica e profissional, com o intuito de tal fato forçar a eleição de árbitros pelos sindicatos na busca da conciliação, na data-base, levando à celebração de acordos ou convenções coletivas de trabalho, conforme o caso.

Ora, sabidamente, não há no direito sindical brasileiro tradição no uso da arbitragem, tanto que, em qualquer caso de arbitramento, a categoria prejudicada com o resultado, diante de suas pretensões, temos certeza de que ficará em sérias dificuldades para explicar isso aos seus componentes, sobretudo quando o pleito recusado for da profissional, o que porém não se dá, e nem se dará, em caso de decisão judicial, talvez pela tradição brasileira de aceitação do decidido judicialmente, depois de esgotada a via recursal.

Mas, na realidade, independentemente do aclarado, não nos parece jamais que hoje, após a EC 45/2004, só se possa falar em ajuizamento de dissídio coletivo de comum acordo, porque esta, segundo afirmações contidas em diversas publicações especializadas, seria a única hipótese constitucionalmente prevista.

Primeiro porque isso acabaria com o dissídio coletivo de natureza jurídica, que não está sequer referido na nova norma, mas é da tradição sindical brasileira e nitidamente indispensável à harmonia das categorias e no qual, sabidamente, o judiciário trabalhista exerce função que nada tem de poder normativo, mas é exclusivamente de prestação jurisdicional na elucidação de dúvida quanto ao alcance de preceito normativo já existente e que não será na decisão do dissídio coletivo criado, mas apenas interpretado, aclarado.

Por sobre isso, quer nos parecer estar havendo leitura equivocada da disciplina da matéria em enfoque nos parágrafos 1º e 2º do art. 114 da CF, já com as inserções da EC 45/2004, porquanto o § 1º diz que, “frustrada a negociação

coletiva, as partes poderão (e não deverão) eleger árbitros”, uma mera faculdade, pois, e não uma imposição. Já no § 2º temos uma determinante alternativa, no sentido de que “recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem (atente-se para a alternativa ou), é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica”, ou seja, novamente uma faculdade estratificada na expressão “é facultado às mesmas de comum acordo, ajuizar”. Vê-se, fácil, assim, que o ajuizamento de comum acordo é uma mera faculdade e apenas nas duas hipóteses referidas, ou seja, recusa à negociação coletiva ou à arbitragem. Aliás, por sobre isso, é de ver-se que de nenhum dos dispositivos transcritos se infere que o dissídio coletivo de natureza econômica só existirá se o ajuizamento for de comum acordo, pois isso, como visto, apenas ocorre em situações específicas, sendo, como já aclarado, uma faculdade e não uma imposição. O que está escrito, na mais real verdade, é que, recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem é que será possível e viável o exercício da faculdade (não obrigação, não imposição) do comum acordo no ajuizamento. Mas em não sendo assim, quando as partes tentarem, por exemplo, entre si ou intermediadas pelo Ministério do Trabalho, a conciliação e não chegarem a bom termo, aí, nitidamente, não teremos hipótese de recusa à tentativa conciliatória, mas sim malogro da conciliação tentada, o que é diferente. Logo, respeitosamente, quer nos parecer que nessa hipótese em que se busca a conciliação, mas não se a consegue, certificado isso, é possível o ajuizamento, sem o comum acordo, do dissídio coletivo de natureza econômica, pena, aliás, de se eliminar o direito constitucional de ação previsto, como norma pétrea, no inciso XXXV do artigo 5º. da Constituição Federal.

Renove-se, como já dito, que nada está escrito no artigo 114 e parágrafos sobre o dissídio coletivo de natureza jurídica, mas nem por isso se há falar que o mesmo acabou. Assim, também, a exceção (mera exceção, repita-se) do comum acordo não quer dizer que, sem ela, não haverá hipótese de dissídio coletivo de natureza econômica.

Registre-se, nesta matéria, que não fora o entendimento que estamos defendendo como correto, e então bastaria que a categoria econômica recusasse a conciliação e a arbitragem e também não anuísse ao comum acordo, para não mais se ter no país CCT ou ACT e mesmo decisão judicial de cunho coletivo, acabando-se de vez com quaisquer pretensões sindicais da categoria profissional. É certo que se poderia dizer que será a hora então do exercício do direito de greve. Este, porém, é viável, bem sabemos, para os sindicatos do ABC paulista, das capitais e das grandes cidades, não porém para a maioria dos sindicatos do interior do país, fadados, se não acolhido nosso raciocínio, a uma evidente extinção. Isso sem se falar que, mesmo nos grandes centros, as greves, como regra geral, se efetivadas indiscriminadamente, acabarão mesmo é punindo a população estranha ao movimento paredista, como se tem exemplo claro nas paralisações dos transportes coletivos, dos serviços bancários, etc.

E, diante do que acabamos de expor, foi que, no TRT mineiro, não estamos extinguindo, por despacho monocrático, ante a ausência de possível pressuposto processual, qualquer dissídio coletivo de natureza econômica, pela falta do citado comum acordo, deixando assim que a matéria vá sempre ao crivo da Seção Especializada de Dissídios Coletivos do Tribunal, para o seu devido exame e com o

juízo comportando os recursos próprios para poder ser efetivamente pacificada a discussão.

Cumpra registrar, ainda nesta matéria, que em São Paulo, em vários dissídios coletivos ajuizados sem o comum acordo, já nesse ano, os sindicatos patronais, em alguns casos, não têm suscitado a possível falta de pressuposto processual, com evidente receio da conseqüente greve. E, ao entendimento, quer nos parecer, da existência, nestes casos, de anuência tácita, permissiva do exame da postulação, não se tem decretado a extinção processual, como aliás da mesma forma fez o próprio TST, no DC da Casa da Moeda, no mês de fevereiro último, quando sem o comum acordo, mas também sem a oposição patronal expressa, ao pálio da ocorrência de anuência tácita, partiu-se para o regular processamento do DC dos moedeiros, sem qualquer despacho extintivo do preclaro e sabidamente competente Ministro Ronaldo José Lopes Leal, instrutor do dissídio.

Vê-se, pois, que estão surgindo reais e necessários caminhos para não se obstar, no campo do direito coletivo, o constitucionalmente assegurado direito de ação, o que nos parece oportuno e positivo.

Outros Horizontes (1)

SOBRE A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA CAUSAS DE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Guilherme Guimarães Feliciano*
Juiz do Trabalho 15ª Região – Campinas/SP
Doutor em Direito Penal pela
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

1. Introdução

Com a publicação da Emenda Constitucional n. 45/2004 em 31 de dezembro de 2004, a Justiça do Trabalho passou a ser competente para o processo e o julgamento das “ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho” (artigo 114, VII, da CRFB). Com isso, toda a matéria correspondente, que antes estava afeita à competência da Justiça Federal comum (uma vez que a fiscalização das relações do trabalho é realizada pelos auditores-fiscais do Ministério do Trabalho, donde o iminente interesse da União Federal), passa à competência da Justiça do Trabalho, independentemente de qualquer alteração no artigo 109, I, da CRFB (haja vista a ressalva no final do inciso¹⁶).

Essa novidade aparentemente singela traz consigo um arcabouço temático esplêndido, que a Magistratura do Trabalho deverá redescobrir e realinhar nos anos vindouros, carreando-lhe as suas idiossincrasias e reconstruindo-o à sua imagem. Com toda certeza, a sua construção prudencial da matéria não será a mesma esboçada pelos juízes federais, até mesmo porque a nova especialidade tende a expandir, no primeiro

* GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO, juiz do Trabalho (15ª Região – Campinas/SP), é Bacharel e Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor universitário. Membro da Comissão Legislativa e da Comissão de Prerrogativas da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA). Diretor Cultural da AMATRA-XV (Associação dos Magistrados do Trabalho da Décima Quinta Região), gestão 2005-2007. Diretor Científico do Núcleo de Estudantes Luso-Brasileiro (NELB), anexo à Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa. Membro da Subcomissão de Doutrina Internacional do Conselho Técnico da EMATRA-XV (Escola da Magistratura do TRT da 15ª Região) para a Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) e do Instituto Manoel Pedro Pimentel (órgão científico vinculado ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo), de cujo Boletim foi editor-chefe entre 1997 e 2002. Autor de monografias jurídicas (*Tratado de Alienação Fiduciária em Garantia*, LTr, 2000; *Informática e Criminalidade*, Nacional de Direito, 2001; *Execução das Contribuições Sociais na Justiça do Trabalho*, LTr, 2001). Palestrante e articulista em Direito Penal e Direito e Processo do Trabalho. Membro da Academia Taubateana de Letras (cadeira n. 18).

¹⁶ “Aos juízes federais compete processar e julgar [...] as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes, **exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho**” (g.n.).

momento, a litigiosidade imanente ao setor. Deve-se esperar, por isso, uma demanda crescente de jurisdicionados questionando a legalidade e/ou a legitimidade de sanções administrativas impostas pela autoridade fiscal do trabalho, que provavelmente se estabilizará em alguns anos.

A esse arcabouço positivo e juscientífico a doutrina estrangeira tem denominado “Direito Administrativo Sancionador”¹⁷ (expressão que preferimos), ou “Direito Administrativo Penal”¹⁸, ou ainda “Direito de Mera Ordenação Social”¹⁹. Trata-se de uma especialidade do Direito Administrativo particularmente próxima ao Direito Penal, a ponto de importar-lhe alguns elementos, como também ao Direito Processual Penal — e, já por isso, merece cuidados mais atentos de seu operador como de seu intérprete.

Mas disso trataremos em seguida, após situarmos a questão constitucional e a sua melhor exegese. Voilã.

2. A interpretação do artigo 114, VII, da CRFB: breves considerações

¹⁷ Assim, *e.g.*, no Direito espanhol. Cfr., por todos, Alejandro Garcia Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, Tecnos, 2002, *passim*.

¹⁸ Assim, *e.g.*, no Direito francês. Cfr., por todos, S. De Backer-Coche, *Le droit administratif pénal en France*, Paris, Min. Interieur/Police générale du Royaume, 1998, *passim*. Para a referência cruzada dos sistemas jurídicos francês e belga no âmbito comunal (municipal), cfr. ALAIN COENEN, secretário comunal de Beyne-Heusay e *Maître de Conférences* na *Université de Liège*: “Même s'il vient seulement d'être concédé aux communes, ce qu'on appelle en France le droit administratif pénal et, en Belgique, le système punitif administratif, n'est pas chose nouvelle” (“*Les sanctions administratives dans les communes*”, in <http://www.uvcw.be/police/poladmin/sec4-02.cfm>, acesso em 23.04.2005). Da expressão francesa, servir-nos-á, no texto, apenas o adjetivo (“*administratif-pénal*”), por mera brevidade lingüística. Não se confunda, ademais, Direito Administrativo penal com Direito Penal administrativo, que é o Direito Penal voltado à tutela da regularidade de atividade administrativa (como, *e.g.*, nos crimes contra a Administração Pública) e à proteção de outros bens jurídicos de índole administrativa (como na criminalidade econômico-financeira) — embora, na origem, GOLDSCHMIDT empregasse essa expressão para designar mesmo o sistema legal de ilícitos administrativos.

¹⁹ Assim, *e.g.*, no Direito português, inspirado pelo Direito alemão das *Ordnungswidrigkeiten* (contra-ordenações). Cfr., por todos, João Soares Ribeiro, *Contra-Ordenações Laborais: Regime Jurídico Anotado contido no Código do Trabalho*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, *passim*. A predileção portuguesa pela expressão aparece já na nota à 2ª edição (p.09): “Quanto ao mais, na senda da 1ª edição, procurou-se manter o cariz prático do trabalho, privilegiando o conhecimento e análise das normas que à Administração do Trabalho cumpre interpretar e aplicar, bem como dos princípios que dela se extraem, sem prejuízo de se assinalar num ou noutro ponto uma opinião de carácter mais reflexivo, na almejada procura do **Direito de Mera Ordenação Social Laboral**” (*g.n.*). O próprio autor, todavia, distingue o processo de contra-ordenação do “Processo Administrativo de Tipo Sancionador”, tal como o processo disciplinar dos servidores públicos e os processos de transgressões que dão origem a penas policiais, de modo que a aproximação ao Direito e ao Processo Penal ver-se-ia apenas no primeiro caso (pp.140-143). Para dizê-lo, fia-se em escólio de MARCELLO CAETANO (*Manual de Direito Administrativo*, 9ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1980, pp.834-835). Não nos parece que, à luz da Constituição da República de 1976, a distinção seja assim tão clara, já que o seu artigo 32º, 10, não distingue entre “processos de contra-ordenação” e “processos sancionatórios”, atribuindo-lhes mesmas garantias (cfr., *infra*, tópico 2). E, no Brasil, cremos que a distinção é seguramente descabida, senão pelo fato de que os processos disciplinares têm em mira a organização e a regularidade dos serviços públicos e os processos de infrações administrativas de particulares visam a acautelar interesses da coletividade; apenas por esse diverso objeto *imediato*, admitem-se distinções legais, no que for estritamente necessário. Quanto ao mais, o artigo 5º, LV, da CRFB não faz qualquer distinção entre um e outro processo administrativo.

Dentre os autores nacionais que discorreram a propósito da novel competência para a matéria administrativo-penal, talvez o melhor escólio seja ainda o de JOÃO ORESTE DALAZEN (que outrora desbastara o tema da competência material da Justiça do Trabalho em obra-referência da literatura nacional²⁰). Para o Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, trata-se de uma das mais importantes inovações introduzidas pela EC n. 45/2004, pois atraiu para o âmbito competencial da Justiça do Trabalho um conjunto importante de lides conexas às derivadas da relação de emprego, que

advém do desrespeito à legislação trabalhista, sob cuja ótica precipuamente será solucionada. Assim, não havia mesmo razão alguma para escapar à órbita da jurisdição especializada trabalhista.

O mandamento constitucional em foco rompe com tradicional entendimento sufragado pela jurisprudência consistente em atribuir tais causas à esfera da Justiça Federal²¹. Doravante, malgrado figura a União em um dos pólos da relação processual, a lide é da competência material da Justiça do Trabalho²².

Também DALLEGRAVE NETO enalteceu a mudança, já que a competência da Justiça Federal comum para essas questões

era incompreensível, sendo mais razoável atrair essa matéria para a esfera da Justiça do Trabalho, sobretudo porque tais penalidades estão previstas na CLT e se manifestam no descumprimento de normas cogentes incidentes sobre a relação de emprego. Não se pode negar que o juiz federal do trabalho (justiça especializada) se encontra mais habilitado a examinar a correta atuação e aplicação de multas trabalhistas por parte do MTE, se comparado com o juiz federal ordinário. [...] Haverá salutar e necessária uniformização hermenêutica da norma trabalhista descumprida tanto para os efeitos da sentença condenatória em prol do trabalhador, quanto para os efeitos de incidência de multas administrativas²³.

²⁰ *Competência Material Trabalhista*, São Paulo, LTr, 1994, *passim*.

²¹ E que, diga-se, perfilhávamos antes da promulgação da EC n. 45/2004, dados os termos indubiosos do artigo 109, I, da CRFB até aquele momento.

²² João Oreste Dalazen, “A Reforma do Judiciário e os Novos Marcos da Competência Material da Justiça do Trabalho no Brasil”, in *Nova Competência da Justiça do Trabalho*, Grijalbo Fernandes Coutinho, Marcos Neves Fava (coord.), São Paulo, LTr, 2005, pp.170-171.

²³ José Affonso Dallegrave Neto, “Primeiras linhas sobre a Nova Competência da Justiça do Trabalho Fixada pela Reforma do Judiciário (EC n. 45/2004)”, in *Nova Competência da Justiça do Trabalho*, *cit.*,

Para DALAZEN, a competência em questão existe para qualquer ação, seja ela a execução de título extrajudicial proposta pela Fazenda Pública federal, seja ela a demanda ajuizada pelo empregador para invalidar a sanção administrativa que lhe haja infligido a fiscalização das Delegacias Regionais do Trabalho. Ao mais, não havendo norma expressa que atribua aos Tribunais Regionais do Trabalho a competência originária para o processo e julgamento de mandados de segurança, também eles, quando impetrados contra ato de autoridade fiscal do trabalho, sujeitam-se agora às regras gerais de competência funcional e devem correr perante as Varas do Trabalho²⁴, nos termos do artigo 114, VII, da CRFB c.c. artigo 2º da Lei 1.533/51, cabendo recurso — inclusive de ofício (reexame obrigatório), se concedido o writ — para os Tribunais Regionais (artigo 12, caput e par. único, da Lei 1.533/51).

À mercê dessas ilações, convém desde logo desenvolver duas idéias e pontuar uma crítica.

A uma, convém observar que a nova competência faz soçobrar por inteiro a tese, há pouco dominante, da incompetência das Varas do Trabalho para o conhecimento de ações de mandado de segurança em primeira instância (ao argumento de que os atos perpetrados por empregadores públicos em detrimento de direitos líquidos e certos de seus empregados seriam atos de gestão, baseados no contrato, e não atos de império, baseados na potestade pública). Sem ferir o mérito da tese a se (à qual nunca acedemos²⁵), o fato é que a EC n. 45/2004 trouxe para a Justiça do Trabalho uma casuística diversa, rica e multiforme, apta a desafiar episodicamente a impetração de mandado de segurança contra ato de autoridade de fiscalização laboral (auditores-fiscais do trabalho e, no limite, a própria Delegacia ou Subdelegacia Regional do Trabalho). Tal será, por exemplo, o caso de uma interdição administrativa de estabelecimento por suposto risco grave e iminente aos trabalhadores do local (artigo 161, caput, da CLT), levada a cabo pelo delegado regional do trabalho à míngua de laudo técnico do serviço competente: à vista do que dispõem os artigos 5º, XXII e 170, caput e inciso II, da CRFB, e em face dos condicionamentos do próprio artigo 161 da CLT, a aparente lesão atual a direitos líquidos e certos do empregador (o direito de propriedade e o direito de

p.217 (g.n.). O autor ainda procurou demonstrar que, não raro, as decisões da Justiça Federal em matéria fiscal-trabalhista *contrariavam* a jurisprudência assente da Justiça do Trabalho, causando incertezas e insegurança jurídica; para tanto, referiu a Apelação Cível n. 199901000284230, da 3ª Turma Suplementar do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que invalidou multa administrativa aplicada pelo não-pagamento de FGTS sobre a remuneração de intervalos fracionados durante o dia de trabalho. Deve-se ter em conta, porém, que nesse caso o TRF não **contrariou** a tese do Enunciado 118 do C.TST (expressamente citado na ementa), mas apenas entendeu que o fracionamento do intervalo *não se subsumia* à hipótese do enunciado, porque não se tratava de “intervalo não previsto em lei”, mas de intervalo legal (artigo 71, *caput*, da CLT) regularmente fracionado. A tese de DALLEGRAVE provavelmente ficaria melhor demonstrada em outras matérias (como, *e.g.*, no que diz respeito ao caráter salarial ou indenitário de certas verbas legais de ambígua natureza jurídica — e, nessa ensanchar, a “uniformização hermenêutica” a que se refere será de fundamental importância).

²⁴ “A Reforma...”, p.171.

²⁵ E, nesse sentido (referenciando o nosso pensamento), cfr. José Roberto Dantas Oliva, *Tutela de urgência no processo do trabalho*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002, p.123. O autor admitia, conosco, uma interpretação construtiva baseada nos artigos 1º, *caput*, da Lei 1.533/51, 652, “a”, I, e 653, “f”, da CLT.

empresa), com ferimento da legalidade, autorizará a impetração da segurança, cabendo ao juiz do Trabalho decidir in concreto, na perspectiva do princípio da proporcionalidade²⁶. Diga-se que, em tais casos, o réu (= legitimado passivo) será a UNIÃO, pessoa jurídica de direito público interno, e não a autoridade coatora a quem incumbirá prestar as informações e cumprir o mandamus²⁷. O rito, por outro lado, será o sumaríssimo da Lei 1.533, de 31.12.1951, com remissão subsidiária ao Código de Processo Civil (interpretação extensiva do artigo 18 da Lei 1.533/51) e não à Consolidação das Leis do Trabalho. Ao mais, nos termos do artigo 17, caput, os processos de mandado de segurança terão prioridade sobre todos os outros atos judiciais, exceto habeas corpus (ou, em primeira instância, alvarás de soltura), cabendo observar o prazo de vinte e quatro horas para a conclusão do processo, com vistas ao disposto no artigo 7º (notificação do indigitado coator e concessão liminar do writ), a contar da distribuição do feito (artigo 17, par. único).

A duas, assiste inteira razão a DALAZEN quando ressalta a competência da Justiça do Trabalho para a execução dos títulos extrajudiciais derivados da atividade fiscal do Ministério do Trabalho. Com efeito, as execuções têm indiscutível natureza de ação, à luz da teoria geral do processo; logo, nada justifica que sejam alijadas do conceito complessivo encerrado na expressão “ações relativas às penalidades administrativas”. Entre as penalidades previstas na legislação brasileira, as multas aplicadas pelos delegados regionais do trabalho (artigos 48 e 634, caput, da CLT) são as mais recorrentes, disseminando-se por toda a Consolidação das Leis do Trabalho, desde o artigo 47 até os artigos 626 a 642, que disciplinam o processo das multas administrativas. Nos termos do artigo 642 da CLT, a cobrança judicial dessas multas obedecerá ao disposto na legislação aplicável à cobrança da dívida ativa da União (i.e., Lei 6.830/80), “sendo promovida, no Distrito Federal e nas capitais dos Estados em que funcionarem Tribunais Regionais do Trabalho, pela Procuradoria da Justiça do Trabalho, e, nas demais localidades, pelo Ministério Público Estadual, nos termos do Dec.-lei 960, de 17 de dezembro de 1938”. Ocorre, porém, que os órgãos do Ministério Público do Trabalho — e tanto menos os dos Ministérios Públicos Estaduais — já não exercem, no dia-a-dia, essa função executiva, até mesmo porque a atividade fiscal

²⁶ Assim, *verbi gratia*, se concretamente colidem os direitos de propriedade e de livre iniciativa, por um lado, e os direitos à vida e à integridade física, por outro (aqueles tismados pela ilegalidade, como se viu, e esses sob efetiva ameaça contextual). A esse respeito, confira-se, para uma visão abrangente, Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, Colex, 1990, pp.36-48 (trata-se do capítulo 3: “*El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo*”). *In verbis*: “Tras la consagración del principio de legalidad en el Derecho administrativo y el sometimiento de la actividad de la Administración al control jurisdiccional — con la excepción de contadas actuaciones de carácter «político» —, era necesario contar con instrumentos que permitiesen en todo momento impedir que los órganos encardinados en el Poder Ejecutivo se desviarán de la actuación conforme a los fines de la ley o que el ejercicio de sus funciones, aun siendo adecuado en relación con dichos fines, resultara excesivamente gravoso para los derechos de los ciudadanos, y ello incluso cuando la Administración se encontrara autorizada para desplegar potestades excepcionales” (p.37). Parece-nos que a recíproca é por tudo verdadeira: apegar-se irracionalmente à lei significará, às vezes, perpetrar injustiças e deixar perecer direitos.

²⁷ O entendimento de que o sujeito passivo é a própria autoridade coatora “deve ser afastado quando se observa que a fase recursal fica a cargo da pessoa jurídica e não do impetrado e que os efeitos decorrentes do mandado são suportados pela pessoa jurídica e não pela autoridade coatora” (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 12ª ed., São Paulo, Atlas, 2000, p.621).

estava absolutamente dissociada de seus ambientes de atuação (respectivamente, a Justiça do Trabalho e as Justiças estaduais). A execução ocorria na Justiça Federal e, por conseguinte, era promovida pela Procuradoria da Fazenda Nacional²⁸. Agora, a questão reaviva-se: tratando-se de débito inscrito na dívida ativa da União, é inegável a legitimidade ativa da Procuradoria da Fazenda Nacional; mas, à mercê do teor do artigo 642 da CLT (ainda em vigor), tampouco se pode negar legitimidade ao Ministério Público do Trabalho e aos próprios Ministérios Públicos estaduais. A nosso ver, há uma legitimidade concorrente (que, na verdade, sempre existiu, já que a Procuradoria da Fazenda Nacional foi criada em 1850, pelo Decreto n. 736, e depois reorganizada em 1934, pelo Decreto n. 24.036), que se resolverá bem, caso as Procuradorias Regionais do Trabalho exerçam, por seus procuradores, a “competência” dada pelo artigo 746, “g”, da CLT²⁹, nas sedes de Tribunais Regionais do Trabalho, e a Procuradoria da Fazenda Nacional continue a fazê-lo nas demais localidades, onde o Ministério Público do Trabalho não está instalado e os Ministérios Públicos Estaduais são tendencialmente refratários.

Quanto à crítica, de fundo sistemático, diz respeito ao fato de que a nova competência cinge-se às penalidades oriundas do desrespeito à legislação trabalhista *stricto sensu*³⁰, i.e., às penalidades impostas ao empregador. Não cabe discutir essa tese, porque — insista-se — não é sequer tese, mas fato: a EC n. 45/2004 não deixou margem a dúvidas quando outorgou à Justiça do Trabalho competência para as causas relativas às sanções administrativas impostas ao empregador, e tão-só a ele, pelos órgão de fiscalização laboral.

Nada obstante, e em inexplicável dissonância, o novel artigo 114, I, da CRFB fia-se em uma acepção ampla de “relação de trabalho”, que a doutrina unânime reconhece não se ater à relação de trabalho subordinado. Antes, alcança o trabalho eventual, o trabalho autônomo, o trabalho liberal e o trabalho gracioso, desde que presentes certos pressupostos³¹. Ora, também essas formas de trabalho sujeitam-se à fiscalização, uma vez que o Sistema Federal de Inspeção do Trabalho tem por finalidade assegurar, em todo território nacional, a aplicação das disposições legais, internacionais (ratificadas), administrativas e convencionais (convenções, acordos e contratos coletivos) relativas à proteção dos trabalhadores no exercício da atividade laboral (artigo 1º do Regulamento da Inspeção do Trabalho³²), sem distinções. Evidentemente,

²⁸ Donde a referência de DALAZEN à “Fazenda Pública federal”, sem cogitar do Ministério Público (“*A Reforma ...*”, p.171).

²⁹ “Compete à Procuradoria-Geral da Justiça do Trabalho [...] promover, perante o juízo competente, a cobrança executiva das multas impostas pelas autoridades administrativas e judiciárias do trabalho”.

³⁰ Cfr., e.g., João Oreste Dalazen, “*A Reforma...*”, p.170. Na verdade, até mesmo a legislação trabalhista *stricto sensu* por vezes se aplica a trabalhadores não-empregados; veja-se, e.g., o caso do artigo 17 da Lei 5.889/73. Imaginem-se os casos do meeiro, do parceiro e do avulso rural. Nada obstante, as ações relativas às penalidades aplicadas ao proprietário rural não serão, nessas hipóteses, da competência da Justiça do Trabalho...

³¹ Que, para nós, são a **prestação de trabalho humano** (*elemento objetivo ou fenomênico*), o **fundo consensual** (*elemento volitivo*), a **pessoalidade mínima** (*elemento tendencial*) e o **caráter continuativo ou coordenado** da atividade (*elemento funcional ou operacional*). Cfr. nosso artigo “Justiça do Trabalho — nada mais, nada menos”, disponibilizado à ANAMATRA/LTr para obra monográfica coletiva (ainda no prelo).

³² Aprovado pelo Decreto 4.552, de 27.12.2002.

finalidade tão ambiciosa, que diz com a própria dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CRFB), não se reduz à hipótese do trabalho subordinado. Assim, e.g., certo hospital poderá ser autuado pela fiscalização do trabalho se não garantir aos profissionais liberais que ali atuam condições mínimas de higiene e salubridade (a par da fiscalização sanitária, que haverá de ser igualmente acionada); da mesma forma, uma empresa tomadora de serviços pode ser autuada pelas péssimas condições de trabalho proporcionadas aos prestadores de serviço que se ativam no local sem vínculo de subordinação (e.g., trabalhadores temporários ou prestadores-cooperadores — sem prejuízo da multa que porventura se aplique ao fornecedor de mão-de-obra). E não é outra a conclusão derivada da interpretação sistemática do Regulamento da Inspeção do Trabalho. Se não, vejamos:

(a) o artigo 9º estabelece que a inspeção do trabalho será promovida em todas as empresas, estabelecimentos e locais de trabalho, públicos ou privados, estendendo-se aos profissionais liberais e instituições sem fins lucrativos, bem como às embarcações estrangeiras em águas territoriais brasileiras;

(b) o artigo 14 sujeita à fiscalização não apenas os empregadores, mas também os tomadores e intermediadores de serviços, empresas, instituições, associações, órgãos e entidades de qualquer natureza ou finalidade, estando todos obrigados a franquear, ao auditor-fiscal do trabalho, o acesso aos respectivos estabelecimentos, dependências e locais de trabalho, bem como a exibir os documentos e materiais requisitados para fins de inspeção;

(c) o artigo 18, I, diz competir aos auditores-fiscais do trabalho, em todo o território nacional, verificar o cumprimento das disposições legais e regulamentares, inclusive as relacionadas à segurança e à saúde no trabalho, “no âmbito das relações de trabalho e de emprego”.

Ora, é por isso inapelável, mormente à vista da menção dicotômica do artigo 18, I, do Regulamento, que para haver inspeção do trabalho basta ocorrer trabalho humano, i.e., atividade produtiva valorizada a se³³. Nem poderia ser diferente: do ponto de vista substancial, dizer o contrário seria restringir a tutela pública da integridade humana (física e moral) aos trabalhadores subordinados sob regência celetária; e, do ponto de vista operacional, seria deixar em suspenso a legitimidade *in tesse* da inspeção laboral até que houvesse manifestação do Poder Judiciário acerca da natureza empregatícia de relações jurídico-laborais sob controvérsia ontológica.

Tudo isso entendido, conclui-se que — conquanto mais raramente, em face da acentuada vulnerabilidade ínsita aos regimes de subordinação direta — poderão resultar, da fiscalização ordinária, penalidades administrativas a terceiros não-empregadores: ao tomador de serviços, ao intermediador de serviços, às associações (e.g., as genuínas cooperativas³⁴) e, para mais, a “órgãos ou entidades de qualquer natureza ou finalidade”

³³ Cfr. Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do Trabalho: Dogmática Geral*, Coimbra, Almedina, 2005, p. I, pp.16-17.

³⁴ Associações *lato sensu*, porque a rigor as cooperativas são, nos termos do artigo 982, par. único, do Novo Código Civil, **sociedades simples**. Em Portugal, sustentou-se já a sua natureza estrita de

(artigo 14). Seria de se esperar que a expressão “relações de trabalho”, inscrita no inciso VII do artigo 114, tivesse os mesmos sentido e alcance adquiridos no inciso I, de molde a atrair para a Justiça do Trabalho as ações relativas a todas aquelas penalidades. Mas não foi assim. Em todos esses casos (terceiros não-empregadores), conquanto se trate de fiscalização do cumprimento de disposições internacionais, legais, regulamentares e/ou convencionais de proteção de trabalhadores, as ações relativas às sanções administrativo-laborais continuarão a ser da competência da Justiça Federal. No caso do inciso I, vale a máxima latina — “ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus”. Já nesta espécie (inciso VII), houve clara e irretorquível distinção.

3. O Direito Administrativo Sancionador. Princípios retores

Quanto se cuida de litígios relativos às penalidades (sanções) impostas pelo Estado-Administração a pessoas físicas ou jurídicas, cuida-se de Direito Administrativo Sancionador.

O Direito Administrativo Sancionador pode ser definitivo como o sub-ramo do Direito Administrativo que enfoca, regula e estuda o exercício da potestade sancionatória administrativa pelo Estado-Administração, e bem assim os seus princípios, institutos e procedimentos. Como antecipado (tópico 1), não tem autonomia, inserindo-se nos quadros do Direito Administrativo; nesse âmbito, todavia, aproxima-se sobremodo do Direito Penal, com o qual faz divisas não raro tênues (como, e.g., em matéria de responsabilidade penal [?] de pessoas jurídicas³⁵). Neste, porém, é o Estado-Juiz quem exerce a potestade sancionatória penal.

Nessas bases, doutrina e jurisprudência alienígenas buscaram discrepar, com alguma segurança, o Direito Penal do Direito Administrativo Sancionador. Entre tantos escólios nesse sentido, convém reproduzir, pela importância institucional, pela relativa identidade geopolítica e também pela concisão científica, julgado célebre do Tribunal Supremo de Justicia da Venezuela, dado em março de 2001 (já sob a égide da Constitución de 1999), que naquelas plagas resolveu em definitivo o dilema. Na oportunidade, decidiu o Tribunal que

el criterio sostenido por la jurisprudencia patria asume la tesis de la dualidad del ejercicio del ius puniendi del Estado,

associação, uma vez que a não repartição de lucros impede a subsunção à *fattispecie* societária (artigo 980º do Código Civil português). É contudo indiscutível — apesar do romantismo da lei brasileira — que idealmente são **empresas**, porque em geral se destinam ao exercício profissional de atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços. Daí reputar-se-as, em boa doutrina, uma **síntese de associação e empresa** (cfr., por todos, Georges Fauquet, *Le secteur coopératif*, 4e. ed., Bale/Paris/Bruxelles, L’Union Suisse des Coopératives de Consommation *et al.*, 1942, pp.19-25).

³⁵ Que, para nós, tem natureza estritamente **penal**, desde que disposta em lei ordinária segundo o paradigma constitucional (artigos 173, §5º, e 225, §3º, da CRFB), como é o caso do artigo 3º da Lei 9.605/98. A matéria, porém, é ainda absolutamente controvertida, havendo não poucos autores que entendem se tratar de responsabilidade meramente *administrativa*, ante os princípios da personalidade e da culpabilidade penal que, nas brumas da História, engendraram a máxima “*societas delinquere non potest*”. Para uma visão panorâmica do dissídio doutrinal seguida pela afirmação juscientífica da hipótese, cfr., de nossa lavra, *Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal Ambiental brasileiro*, Tese de Doutorado, São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003, v. II, pp.188-225 (no prelo).

estableciendo como elemento diferenciador el telos perseguido por una u otra manifestación de la potestad punitiva.

Así las cosas, observa esta Sala que según el criterio establecido, la potestad punitiva del Estado corresponde al campo de estudio y aplicación del Derecho Penal, cuando la conducta antijurídica haya sido catalogada como tal, siendo necesario castigar dichas conductas a los efectos de mantener la paz social, como única herramienta para la consecución del bien común. Es justamente por esta razón que el castigo tradicionalmente y generalmente aplicado es la pena de privación de libertad.

De otra parte, el objeto de estudio y aplicación del Derecho Administrativo Sancionador, es el ejercicio de la potestad punitiva realizada por los órganos del Poder Público actuando en función administrativa, requerida a los fines de hacer ejecutables sus competencias de índole administrativo, que le han sido conferidas para garantizar el objeto de utilidad general de la actividad pública³⁶.

Com isso, a Corte suprema venezuelana filiou-se à tese da distinção qualitativa entre os ilícitos administrativos e os ilícitos penais. A construção dessa tese deve-se ao alemão EBERHARD SCHMIDT que, baseado nos estudos de GOLDSCHMIDT, procurou harmonizar, no pós-guerra, a intervenção conformadora do Estado (indispensável para a tarefa de reconstrução nacional da Alemanha ocidental) e o respeito pelo cidadão e pelos direitos humanos (à mercê do estigma impingido pelos horrores do nazismo)³⁷. Nesse diapasão, identificaram-se quatro diferenças qualitativas, duas de primeira ordem (as primeiras na seqüência) e outras duas secundárias. Quanto ao bem jurídico, ponderou-se que os ilícitos penais lesam ou põem em perigo bens jurídicos fundamentais de dignidade constitucional, enquanto os ilícitos administrativos constituem pura desobediência a comandos da Administração e, quando muito, são infrações de perigo abstrato (daí a crítica aos crimes de perigo abstrato e a paulatina despenalização das contravenções penais, passando a ilícitos de mera ordenação social, como se viu na Alemanha — com a Gesetz über Ordnungswidrigkeiten³⁸ —, em Portugal — Decreto-lei n. 232/79 e, depois, Decreto-lei n. 433/82³⁹ — e também em outros países⁴⁰⁴¹). Quanto à ressonância ética, o ilícito penal é eticamente desvalorado

³⁶ STJ, *Cervecería Polar del Centro vs. Ordenanza sobre Patente de Industria y Comercio del Municipio San Joaquín del Estado Carabobo*, Sala Constitucional, 06.03.2001.

³⁷ João Soares Ribeiro, *op.cit.*, p.26.

³⁸ “Lei de Contra-ordenações”. Na verdade, foram duas (1952 e 1987). Já em 1975, haviam desaparecido do ordenamento alemão todas as contravenções penais.

³⁹ O Decreto-lei n. 232/79 suscitou uma série de dúvidas sobre a sua constitucionalidade, sobrevindo o Decreto-lei n. 433/82, considerado a “lei-quadro” das contra-ordenações portuguesas. Nada obstante, contravenções e contra-ordenações ainda convivem no ordenamento português, notadamente em tema de ilícitos rodoviários. A isso, SOARES RIBEIRO chamou de “coabitação espúria” (*op.cit.*, p.46).

⁴⁰ Na Espanha, *e.g.*, confira-se atualmente a *Ley* n.30/1992.

(= desvalor da ação), enquanto o ilícito contra-ordenacional ou administrativo é eticamente neutro ou indiferente (o que converge, na doutrina brasileira, para o pensamento de que a mera omissão negligente de anotar a CTPS — que é infração administrativa, ut artigo 47 da CLT — não faz do empregador um criminoso⁴²). Quanto à culpabilidade, ela se dirige, no ilícito penal, ao íntimo de cada agente, para ali encontrar a consciência da ilicitude (atual ou potencial), assumindo foros estigmatizantes; já no ilícito administrativo, há tão-só um juízo de mera censura social, presumindo-se consabida a ilicitude da conduta. Enfim, quanto à sanção, entre os ilícitos penais trata-se de uma pena, que tem sentido expiatório e ressocializador; no ilícito administrativo, não há pena *stricto sensu*, mas ato de coerção administrativa sem função ressocializadora⁴³.

De outra parte, há os que sustentam que a diferença entre os ilícitos administrativos e os ilícitos penais é de mera intensidade (distinção quantitativa), assim como, entre os ilícitos penais, discrepam em intensidade o crime e a contravenção penal (que NELSON HUNGRIA chamava de “crime-anão”). Nesse sentido, HANS WELZEL sustentava haver uma linha contínua de ilicitude material que é mais forte no âmbito do Direito Penal e vai se tornando progressivamente mais fraca fora dele; mas é ainda no curso dessa linha que se situa o Direito Administrativo sancionador. Na mesma ensanxa, HELMUTH MAYER e LANG HINRICHSEN sustentaram, em crítica à tese anterior, que há realmente infrações administrativas ético-socialmente neutras, como outras existem que são providas de claro desvalor ético-social (imaginem-se, e.g., o descumprimento patronal contumaz das normas de segurança do trabalho⁴⁴), de modo que, à mercê de uma tal heterogeneidade, a distinção não poderia ser de substância, mas de intensidade⁴⁵.

Filiamo-nos a essa segunda orientação. Não raro, distinguir ontologicamente entre uma infração penal e uma infração administrativa é obra fictícia, porque as opções legislativas são feitas em contextos históricos e socioeconômicos diversos. Assim, enquanto a contratação de empregados menores de dezesseis anos é mera infração administrativa (artigo 403 c.c. artigo 434 da CLT), distribuir ornamento que utilize a cruz gamada para fins de divulgação do nazismo é crime inafiançável punido com reclusão de dois a cinco anos (artigo 20, §1º, da 7.716/89, na redação da Lei 9.459/97)

⁴¹ Convém dizer, nessa altura, que o Brasil (ainda) não passou por essa fase legislativa de “enxugamento” da legislação penal, nem tampouco desenvolveu a contento, no âmbito legislativo ou doutrinal, o Direito Administrativo sancionador e seus institutos. No campo laboral, as infrações administrativas — a que correspondem as “contra-ordenações laborais” do sistema português — historicamente *surgiram* com essa qualidade, sem jamais terem tido dignidade penal.

⁴² Para uma posição ainda mais veemente, compreendendo que mesmo a omissão *dolosa* de anotar a CTPS não configura crime, cfr. Damásio E. de Jesus, “Deixar de registrar empregado não é crime”, in RT 799/483-488 (recorrendo aos pressupostos lógicos da teoria da imputação objetiva).

⁴³ Para uma abordagem geral da tese de distinção qualitativa, cfr. João Soares Ribeiro, *op.cit.*, pp.26-27 (atentando, porém, para as adaptações do nosso texto, em face da posição dominante da **teoria final da ação** na doutrina penal brasileira).

⁴⁴ Que, no limite do artigo 161 da CLT, configurará amiúde o crime do artigo 133 do Código Penal brasileiro (*perigo para a vida ou saúde de outrem*).

⁴⁵ Cfr. João Castro e Sousa, *As pessoas colectivas em face do Direito Criminal e do chamado “Direito de Mera Ordenação Social”*, Coimbra, Coimbra Editora, 1985, pp.142-145; João Soares Ribeiro, *op.cit.*, pp.25-26.

— e, no entanto, queremos crer que o desvalor ético-social da primeira conduta supere em boa medida o dessa última⁴⁶. Ademais, em matéria de contra-ordenações laborais o certo é que, em regra, a infração administrativa traz consigo forte carga de desvalor ético, já que afeta direta ou indiretamente a dignidade da pessoa humana trabalhadora. Logo, a diferença entre o ilícito administrativo e o ilícito penal decerto não é, sobretudo em matéria juslaboral, de substância ou ontológica; mas de mera intensidade (“quantidade”), variando ao sabor da consciência coletiva e dos arroubos políticos.

E, já por isso, torna-se fácil apreender aquela proximidade básica entre o Direito Administrativo sancionador — especialmente o laboral — e o Direito Penal. Aproximação que, por sua vez, tem conseqüências inevitáveis, no plano substancial e no plano procedimental. Para percebê-las, porém, importa encontrar o que afinal deriva daquela diferença meramente “quantitativa” entre o ilícito penal e o ilícito administrativo.

Como bem obtempera SABBAD SOARES, o Direito Administrativo sancionador distingue-se do Direito Penal, em termos práticos, por três aspectos: (a) a culpa é de rigor, e não o dolo (i.e., a culpa não precisa vir expressa no tipo, diversamente do que ocorre no Direito Penal, ut artigo 18, par. único, do CP); (b) o Direito Administrativo sancionador é um Direito sumamente preventivo e não preventivo-repressivo, como é o Direito Penal; e (c) prevalece, no campo de ação do Direito Administrativo sancionador, os ilícitos de perigo abstrato e — acresça-se — os de mera desobediência⁴⁷. A par disso, aduza-se ainda que os tipos administrativos são, de regra, mais abertos que os tipos penais estritos, que vazam normas penais incriminadoras (e, no entanto, ainda assim são — ou devem ser — tipos). Quanto ao mais, porém, o Direito Administrativo sancionador segue as linhas gerais do Direito Penal, mesmo porque, a rigor,

a polícia administrativa tanto pode agir preventivamente (como, por exemplo, proibindo o porte de arma ou a direção de veículos automotores), como pode agir repressivamente (a exemplo do que ocorre quando apreende a arma usada indevidamente ou a licença do motorista infrator). No entanto, pode-se dizer que, nas duas hipóteses, ela está

⁴⁶ E, não por outra razão, há dois anos sugeríamos, em trabalho coletivo para a AMATRA-XV (“*Sugestões para reforma trabalhista e processual trabalhista da AMATRA XV*”, Campinas, AMATRA-XV, 2003), a criminalização da dação de trabalho produtivo a menor de catorze anos e da dação de trabalho degradante a menor de dezoito anos, na esteira da norma do artigo 7º, XXXIII, da CRFB. Da redação final constou o seguinte: “Tipificar o crime de exploração ilícita do trabalho infanto-juvenil, introduzindo o artigo 244-B da Lei 8.069/90, com a seguinte definição: «Submeter, favorecer, ou constranger criança ou adolescente a trabalho noturno, insalubre, penoso ou perigoso, ou a qualquer trabalho, se menor de 14 anos. Pena: 1 a 6 anos e multa. Parágrafo 1º: Se o trabalho infanto-juvenil for desenvolvido por estrita necessidade de subsistência da unidade familiar, no âmbito desta, o Juiz poderá deixar de aplicar a pena ou reduzi-la de um sexto a um terço»”.

⁴⁷ Cfr. Glênio Sabbad Guedes, “*O Direito Administrativo Sancionador e as infrações de perigo abstrata — breves considerações*”, p.01, in <http://www.bcb.gov.br/crsfn/doutrina/Artigo%20-%20Infra%C3%A7%C3%B5es%20de%20perigo%20abstrato.pdf> (acesso em 24.04.2005). O autor é procurador da Fazenda Nacional com assento no C.R.S.F.N.

tentando impedir que o comportamento individual cause prejuízos maiores à coletividade; nesse sentido, é certo dizer que a polícia administrativa é preventiva⁴⁸.

Daí que, ao cabo e ao fim, a diferença fundamental é de caráter funcional (a polícia administrativa é exercida por meio de atos administrativos dotados de auto-executoriedade, enquanto a repressão penal pressupõe a movimentação da máquina judiciária⁴⁹) e se percebe mais vivamente no que diz com os respectivos âmbitos de incidência: a primeira se rege pelo Direito Administrativo e incide sobre bens, direitos ou atividades, enquanto a segunda sujeita-se ao regramento do Direito Processual Penal e incide diretamente sobre pessoas⁵⁰.

Nada obstante, à luz da Constituição da República Federativa do Brasil, qualquer privação ou constrangimento, num e noutro caso, pressupõe garantias mínimas em favor do cidadão. Com efeito, o inciso LIV do artigo 5º da CRFB dispõe que “ninguém será privado da liberdade [pessoas] ou de seus bens [bens, direitos, atividades] sem o devido processo legal”, enquanto o inciso LV do mesmo preceito estabelece que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (g.n.). Da leitura conjunta dos dois dispositivos extrai-se que há, também na órbita administrativa, o direito fundamental ao devido processo administrativo. Note-se que, na perspectiva do Direito anglo-saxônico (de onde é originária), a expressão “due process of law” não abrange apenas as garantias processuais do cidadão, mas também os pressupostos materiais que conferem legitimidade à atividade potestativa do Estado⁵¹. Com essa visão, haveremos de tratar indiscriminadamente, doravante, os princípios de Direito e de Processo Penal que são importados pelo Direito Administrativo penal.

A exigência do devido processo administrativo (substantivo e adjetivo) é tanto mais verdadeira quando se trate de Direito Administrativo sancionador (“acusados em geral”), a ponto de, p. ex., a Constituição portuguesa ter equiparado esse sub-ramo do Direito Administrativo, para certos efeitos processuais, ao próprio processo penal (artigo 32º, 10, da Constituição da República Portuguesa). Veja-se:

Nos processos de contra-ordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa⁵².

⁴⁸ Di Pietro, *op.cit.*, p.111 (grifos no original).

⁴⁹ Já por isso, DELMAS-MARTY MIREILLE lançou monografia em França, no ano de 1998, explorando precisamente esse aspecto (sob os pontos de vista histórico e constitucional, entre outros). Cfr. [Delmas-Marty Mireille](#), *Punir sans juger: de la repression administrative au Droit administratif penal*, Paris, Economica, 1998, *passim*.

⁵⁰ Di Pietro, *op.cit.*, p.111.

⁵¹ Logo, nessa perspectiva, condenar o réu por fato à época não definido como crime fere tão mortalmente o *due process of law* como feriria condená-lo sem direito à defesa ou ao contraditório.

⁵² O artigo 32º trata das “garantias do processo criminal” e a melhor doutrina entende que, em geral, as garantias previstas nos demais itens também se aplicam ao processo contra-ordenacional e aos processos sancionatórios em geral (*e.g.*, presunção de inocência até o trânsito em julgado administrativo, direito de intervir no processo e nulidades das provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física

Dada essa premissa constitucional, que não é menos verdadeira no Brasil (se bem que menos explícita e muito menos explorada), compreende-se, em boa doutrina, que

Existe uma [relativa] identidade de princípios do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador. Como corolário dessa identidade de princípios deriva a exigência de um elemento subjectivo na infração administrativa, o que implica que a reprovação que a sanção representa só será procedente quando a conduta tipificada possa ser atribuída ao autor, a título de dolo ou culpa⁵³.

ou moral, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações — itens 1, 7 e 8 do artigo 32º). Especificamente em matéria de contra-ordenações, o artigo 41º do Decreto-lei n. 491/85 **manda** que se apliquem ao processo contra-ordenacional, em caráter subsidiário, os preceitos reguladores do processo criminal.

⁵³ Álvaro Lopes-Cardoso, *Estatuto dos Magistrados Judiciais Anotado*, Coimbra, Almedina, 2000, p.77. No mesmo sentido, na doutrina brasileira, Glênio Sabbad Guedes, “Da responsabilidade subjetiva nos domínios do Direito Administrativo punitivo”, in http://www.suigeneris.pro.br/direito_dadm_glenio.htm (acesso em 24.04.2005), *in verbis*: “Se afirmamos, logo no início, estarem os princípios do Direito Penal sendo aplicados no âmbito do Direito Administrativo Punitivo, de plano nos indagamos: **não há responsabilidade objetiva no Direito Administrativo Punitivo?** Ou, por outra, só se lhe deve falar de responsabilidade subjetiva? [...] A resposta a essas perguntas há de ser categórica: **sim, não há responsabilidade objetiva nesta área.** Em outras palavras: **culpa e dolo hão de integrar o tipo administrativo punitivo, em consonância, portanto, com nossa CF/88 e CP vigentes (o princípio da culpabilidade foi à evidência inculcado em nosso Código Supremo em sede de infrações comportamentais).** Mas, repita-se, o que a nosso pensar vem sendo objeto de confusões conceituais ou doutrinárias é o aspecto do ônus da prova. Que a culpa e o dolo sejam elementos ínsitos ao tipo administrativo, disso não há duvidar. Mas, a quem pertine ônus de provar-lhes a existência? [...] Perfilha-se, nessa questão, o seguinte ponto de vista: comprovadas materialidade e autoria, por parte do agente fiscalizador (ex.: Bacen, CVM e Agências Reguladoras), **há presumir-se o dolo** — como também o entende a Justiça Criminal e, “a fortiori”, há de entender a Administração Pública — , **e por igual a culpa**, nas modalidades “in vigilando, in ommitendo aut in eligendo”. E assim entendemos pelos motivos a seguir expostos : a. o combate ao ilícito administrativo tem por objetivo proteger os interesses da Administração Pública, punindo-se aqueles atos consistentes em embaraços ao desenvolvimento regular da ação administrativa, causadores de prejuízos à causa pública. Portanto, a pauta axiológica, continente dos bens maiores da Sociedade dá legitimidade ao entendimento suso exposto ; b. o próprio sistema legal, muitas vezes, veda a que a Administração Pública obtenha provas importantes para a prova do fato, como, v.g., o sigilo bancário ou fiscal, ou a proteção a intimidade. Daí a necessidade de inverter-se o ônus da prova, desde que satisfeitos os requisitos supra-expostos (materialidade e autoria); c. poderá o indiciado ou condenado continuar com o direito de provar não ser culpado, com a diferença de que, dessa vez, o ônus é seu, o dever de desincumbir-se da prova de inocência é seu, não da autoridade indiciante” (g.n.). Para uma perspectiva haurida dos quadros do Poder Judiciário, cfr. Edilson Pereira Nobre Júnior, “*Sanções administrativas e princípios de Direito Penal*”, in <http://www.jfrn.gov.br/docs/doutrina94.doc> (acesso em 24.04.2005); o autor é juiz Federal e docente da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) e da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Norte (ESMARN). Enfim, para uma abordagem monográfica do tema, confirma-se, na Espanha (onde os princípios retores do Direito Administrativo sancionador constam do título IX da Ley n. 30/1992, já referida *supra*), a obra de Ángeles de Palma del Teso, *El Principio de Culpabilidad en el Derecho Administrativo sancionador*, Madrid, Tecnos, 1996, *passim*. O autor inverte o raciocínio aqui perfilhado e sustenta que o princípio constitucional da presunção de inocência (artigo 24, 2, da *Constitución* espanhola) alcançaria também a **prova** do caráter doloso ou culposo dos fatos imputados no plano administrativo-penal.

Essa é a primeira ilação relevante para a nossa abordagem: o princípio da responsabilidade subjetiva — chamado “princípio da culpabilidade” nas construções fiéis à teoria causal-naturalista da ação⁵⁴ — tem aplicação mitigada no âmbito do Direito Administrativo sancionador. Ainda que não se exija, em matéria administrativo-penal, que a Administração prove o dolo ou a culpa do cidadão, é fato que o elemento subjetivo é imprescindível para a punibilidade da conduta, porque não há consagração legal, nessa espécie, da responsabilidade objetiva do indigitado infrator (sendo ab ovo inaplicável a regra do artigo 927, par. único, do NCC, porque não se trata de responsabilidade civil stricto sensu, mas de responsabilidade administrativa⁵⁵). Isso significa que a autuação administrativa gera uma praesumptio juris tantum de culpa lata, à vista do princípio da presunção de veracidade e de legitimidade dos atos administrativos⁵⁶. Nada obstante, é dado ao indigitado infrator, em ação desconstitutiva (anulatória) ou declaratória de nulidade, fazer a prova de que os atos ou omissões deveram-se ao caso fortuito, à força maior, à culpa da “vítima” ou à culpa de terceiro (assim, e.g., o empregador rural poderá demonstrar, para os fins do artigo 18, caput, da Lei 5.889/73, que não conservou em funcionamento a escola primária a que se refere o artigo 16 porque todos os professores se recusaram ao comparecimento, em face das dificuldades de acesso agravadas pelas chuvas torrenciais). Note-se, porém, que a presunção de culpa alcança as diversas modalidades da culpa (inclusive a culpa in omittendo, in vigilando e in eligendo), de modo que não bastará provar que a infração foi materialmente praticada por um empregado ou preposto, à revelia do empregador; ter-se-á de demonstrar, igualmente, que a conduta desatinada contrariou qualquer expectativa razoável e se esquivou sintomaticamente das ações ordinárias de fiscalização do proprietário (como, e.g., nos casos em que o gerente ou administrador age com a intenção deliberada de prejudicar o empregador).

No Brasil, a legislação dá indícios veementes da subjetivação da responsabilidade administrativa na matéria laboral, no sentido psicológico (atitude íntima) e no sentido social (reprovabilidade social in concreto — que é, a rigor, o sentido da culpabilidade normativa no Direito Penal). O artigo 5º da Lei 7.855/89, que

⁵⁴ Teoria penal que situa o dolo e a culpa na esfera da *culpabilidade* (= culpabilidade psicológica). Com o advento da teoria final da ação, firmou-se o entendimento de que o dolo e a culpa são *parte integrante* da própria conduta humana, porque toda ação genuinamente humana é **final** (i.e., tem um planejamento e um objetivo consciente). Logo, o elemento subjetivo — inclusive a *consciência* e a *vontade* da conduta — radicou-se no **fato típico**, restando ao plano da culpabilidade a imputabilidade penal, a consciência da ilicitude e a exigibilidade da conduta diversa (= culpabilidade normativa).

⁵⁵ Onde o interesse de se *legislar* sobre a matéria, estabelecendo um programa de princípios e regras para a disciplina geral do Direito Administrativo sancionador, em todas as esferas (laboral, econômica, sanitária, viária, biogenética, consumerista, do serviço público etc.), como já se fez na Alemanha ou em Portugal (*supra*). Quanto à aplicação de princípios de Direito e Processo Penal aos **processos disciplinares no serviço público** (contrariando a tese de SOARES RIBEIRO apresentada *supra*, na nota n. 4), cfr. por todos, em Portugal, Álvaro Lopes-Cardoso (*op.cit.*, pp.77-100), que é Juiz-Desembargador naquele país.

⁵⁶ Cfr., por todos, Di Pietro, *op.cit.*, pp.182-183: “A **presunção de legitimidade** diz respeito à conformidade do ato com a lei; em decorrência desse atributo, presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei. [...] A **presunção de veracidade** diz respeito aos **fatos**; em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração. Assim ocorre com relação às certidões, atestados, declarações, informações por ela fornecidos, todos dotados de fé pública”. Acresça-se, aos atos administrativos citados (certidões, atestados etc.), os **autos de infração**.

“altera a Consolidação das Leis do Trabalho, atualiza os valores das multas trabalhistas, amplia sua aplicação, institui o Programa de Desenvolvimento do Sistema Federal de Inspeção do Trabalho, e dá outras providências”, já o revela: as multas previstas na legislação trabalhista serão agravadas até o grau máximo nos casos de artifício, ardil, simulação, desacato, embaraço ou resistência à ação fiscal (= comportamentos indiciários da consciência atual do ilícito e da predisposição em infringir a lei) e, por outro lado, levar-se-á em conta, “além das circunstâncias atenuantes ou agravantes”, a situação econômico-financeira do infrator e os meios a seu alcance para cumprir a lei (i.e., o índice objetivo e subjetivo da exigibilidade da conduta diversa). Da mesma forma, o artigo 3º, caput, prevê a dobra da multa em caso de reincidência, que é igualmente indiciária de maior culpabilidade. É o que se vê, enfim, no artigo 2º da Portaria n. 290, de 11.04.1997, do Ministério do Trabalho (“Aprova normas para a imposição de multas administrativas previstas na legislação trabalhista”), que estabelece a graduação das multas por intermédio de vários critérios individualizadores da responsabilidade, entre os quais a “intenção do infrator” (inciso II), ut artigos 75, caput, e 351, caput, da CLT.

Diante das constatações do parágrafo anterior, termina-se por concluir que, para além do princípio da responsabilidade subjetiva, o Direito Administrativo sancionador brasileiro ainda incorporou, em matéria laboral — se bem que de forma mitigada —, o princípio da individualização da pena e o próprio princípio da culpabilidade, no que diz com a pessoa física infratora. Esses são princípios penais que a doutrina usualmente deriva dos incisos XLV e XLVI da CRFB⁵⁷.

No caso de pessoas jurídicas, a responsabilidade subjetiva afere-se “par ricochet”, consoante a construção francesa para o artigo 121-2 do Code pénal⁵⁸. Nessa esteira, tal responsabilidade pressupõe que a infração seja cometida por decisão do seu representante legal ou contratual, ou de seu preposto, ou do seu órgão colegiado, em nome da entidade, no seu interesse e/ou em seu benefício (aplicação analógica e extensiva do artigo 3º, caput, da Lei 9.605/98). Dando-se o fortuito, a força maior ou a culpa da “vítima” ou de terceiros (excluídos desse conceito os representantes, os prepostos e os órgãos de gestão, que são “parte” da pessoa jurídica), exime-se a pessoa jurídica de responsabilidade administrativa; mas o ônus da prova é sempre da pessoa jurídica. Em suma, tudo o que se disse até aqui apura-se em relação aos braços humanos da empresa (exceto no que for objetivo, como p. ex. a reincidência, que pode ser apurada objetivamente, independentemente da persecução do dado subjetivo-psicológico). Nada obsta, outrossim, que a lei ordinária crie hipóteses de responsabilidade objetiva da empresa em matéria administrativo-penal. Para tanto, contudo, deverá dizê-lo expressamente.

Mas não é apenas o princípio da responsabilidade subjetiva que é atraído para a seara do Direito Administrativo sancionador. Outros também o são — vários oriundos do Direito Processual Penal e outros tantos do Direito Penal. Passemos à menção daqueles mais relevantes (referindo, quando o caso, a legislação das inspeções laborais).

⁵⁷ Cfr., por todos, Luiz Vicente Cernicchiaro, Paulo José da Costa Júnior, *Direito Penal na Constituição*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, pp.139-140 (escólio de Cernicchiaro).

⁵⁸ *Loi 92-683, 22 juill. 92.*

O princípio da oficialidade é certamente aplicável. O processo administrativo inicia-se oficiosamente, com a participação das autoridades policiais ou de fiscalização, de ofício ou mediante denúncia particular, que sequer necessita ser identificada. Não há, portanto, qualquer vício na autuação fundada em “denúncia anônima”, visto como a autoridade pode agir de ofício⁵⁹. Em Portugal, essa característica decorre do teor dos artigos 33º e 54º do Decreto-lei 433/85. No Brasil, em matéria de inspeção laboral (à falta de uma legislação geral que planifique o Direito Administrativo sancionador), a oficialidade deflui da interpretação conjugada dos artigos 628, caput, da CLT⁶⁰ e 15 do Regulamento da Inspeção do Trabalho⁶¹, entre outros.

O princípio da oficialidade ainda se particulariza, no curso do procedimento, como princípio do impulso obrigatório, tal qual se lê no artigo 629, §2º, da CLT:

Lavrado o auto de infração, não poderá ele ser inutilizado, nem sustado o curso do respectivo processo, devendo o agente da inspeção apresentá-lo à autoridade competente, mesmo se incidir em erro.

Com amparo nesse preceito, o Ministério Público do Trabalho poderá questionar, em juízo, a abrupta interrupção de um processo administrativo infracional instaurado em face de certo empregador, colimando instar a autoridade fiscal a prosseguir com a apuração administrativa (provimento mandamental) e apurar responsabilidades funcionais na esfera civil (provimento condenatório). Fá-lo-á mediante ação civil pública, nos termos dos artigos 1º, IV, e 11 da Lei 7.347/85; e, para ambas as pretensões, será competente a Justiça do Trabalho, ex vi do artigo 114, VII, da CRFB.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa também aparece no imo do Direito Administrativo sancionador — entre nós, quicá com maior visibilidade que todos os outros, em face da norma disposta no artigo 5º, LV, da CRFB. Corresponde

ao mais elementar direito que assiste a qualquer arguido, que é o de confrontar a acusação com a posição que ele assume relativamente a cada facto, a possibilidade de questionar toda

⁵⁹ *Mutatis mutandi*, foi essa precisa característica que “institucionalizou”, na Polícia Judiciária brasileira (à qual este Autor pertenceu por alguns anos), a figura do “informante” (*al-caguete*).

⁶⁰ “Salvo o disposto nos arts. 627 e 627-A, a toda verificação em que o Auditor-Fiscal do Trabalho concluir pela existência de violação de preceito legal deve corresponder, sob pena de responsabilidade administrativa, a lavratura do auto de infração”. Trata-se, pois, de **poder-dever** que, se não exercido, sujeita os auditores a penas disciplinares e, mais, à própria responsabilidade criminal (como, *v.g.*, no caso de prevaricação).

⁶¹ “As inspeções, sempre que necessário, serão efetuadas de forma imprevista, cercadas de todas as cautelas, na época e horários mais apropriados a sua eficácia”. Veja-se que, se por um lado o preceito consagra o princípio da oficialidade (as inspeções são *incertas* e, por conseqüência, independem de provocação), por outro positiva um **mandado de surpresa** que não se concebe na órbita penal e processual penal, senão excepcionalmente (*e.g.*, nos contextos de criminalidade organizada e no chamado “Direito Penal do Inimigo”) e também nos supostos da repressão penal extrajudicial (com as sutis distinções que a acompanham, como a diferença entre “flagrante esperado” e “flagrante preparado”).

e qualquer diligência que possa pôr em causa a presunção de inocência de que beneficia até à condenação transitada em julgado⁶².

O exercício desse direito pressupõe, em bom Direito, os corolários da audiência e da defesa. Como vimos, a Constituição portuguesa os garante — inclusive o direito de audiência — mesmo em matéria administrativo-penal. E é o que se passa entre nós, no campo das infrações administrativo-laborais, embora de modo menos categórico: o direito de defesa consta do artigo 629, §3º, da CLT⁶³, precedendo a imposição da penalidade (como é de rigor⁶⁴), enquanto o direito de audiência decorre do artigo 632 da CLT, o qual garante que

Poderá o autuado requerer a audiência de testemunhas e as diligências que lhe parecerem necessárias à elucidação do processo, cabendo, porém, à autoridade julgar da necessidade de tais provas.

Admitir o direito de realizar provas orais significa admitir a fortiori o direito de audiência, porque é nela que as provas orais serão produzidas. E, é claro, de tudo lavar-se-á ata circunstanciada, não sendo lícito deixar de consignar a tese e a versão do indigitado infrator, caso acresçam àquilo que já constou da peça de defesa. É importante observar que a prerrogativa de “julgar da necessidade” das provas não é discricionária, mas vinculada: a autoridade administrativa deve motivar o indeferimento (e.g., propósito protelatório ou chicana) e, em o fazendo, condiciona a legalidade do ato administrativo à veracidade dos motivos (teoria dos motivos determinantes⁶⁵).

Nesse diapasão, imposta a penalidade sem que ao indigitado infrator se tenha o exercício adequado do direito de defesa (se, e.g., por culpa alheia não lhe chegar às mãos o auto de infração, quando enviado por meio postal — artigo 629, caput, in fine,

⁶² João Soares Ribeiro, *op.cit.*, p.156.

⁶³ “O infrator terá, para apresentar defesa, o prazo de 10 (dez) dias contados do recebimento do auto”.

⁶⁴ É importante dizê-lo porque, na esfera do Direito viário, o Código de Trânsito brasileiro (Lei 9.503/97) prevê apenas um **recurso** para o condutor ou proprietário do veículo (ou para o pedestre), sem que anteriormente à aplicação da penalidade se admita por expresse o exercício do **direito de defesa** (“defesa prévia”, tal como se dava sob a égide do código anterior). Tal procedimento fere de morte a norma do artigo 5º, LV, da CRFB e, não por outra razão, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “a autoridade de trânsito, qualquer que seja a penalidade, antes do julgamento da consistência do auto de infração e da aplicação da penalidade, deverá notificar o ainda suposto infrator da existência do auto, para que ele ofereça a defesa” (STJ, Recurso Especial n. 466836, rel. Min. José Delgado, in www.stj.gov.br). Com efeito, as autoridades de fiscalização usualmente *multam* (i.e., *penalizam*) para depois notificar o infrator com vistas à “defesa”. Absurdos como esse seriam coibidos se o Direito Administrativo sancionatório fosse objeto de uma lei-quadro de princípios e regras gerais, como já pontuamos *supra* (nota n. 40).

⁶⁵ “Ainda relacionada com o **motivo**, há a **teoria dos motivos determinantes**, em consonância com a qual a validade do ato se vincula aos motivos indicados como seu fundamento, de tal modo que, se inexistentes ou falsos, implicam a sua nulidade. Por outras palavras, quando a Administração motiva o ato, mesmo que a lei não exija a motivação, ele só será válido se os motivos forem verdadeiros”. Ou seja: “quando a Administração indica os motivos que a levaram a praticar o ato, este somente será válido se os motivos forem verdadeiros. Para apreciar esse aspecto, o Judiciário terá que examinar os motivos, ou seja, os **pressupostos de fato** e as **provas** de sua ocorrência” (Di Pietro, *op.cit.*, pp. 196 e 202).

da CLT), ou sem que lhe tenha sido concedido o direito de audiência (se, e.g., as provas testemunhais não eram protelatórias, mas a autoridade as indeferiu por esse motivo), o ato administrativo punitivo é nulo de pleno direito, por afrontar norma constitucional (artigo 5º, LV, da CRFB) e conseqüentemente violar regra fundamental atinente à forma do procedimento, que é de obediência indispensável pela sua natureza e pelo interesse público que a inspira⁶⁶. A ação declaratória da nulidade, que se julgará procedente, tramitará pela Justiça do Trabalho (artigo 114, VII, da CRFB).

É esse mesmo artigo 632 da CLT que demonstra se aplicar ao Direito Administrativo sancionatório, em seara laboral, o princípio da investigação ou da verdade material. Daí se autorizar ao indigitado infrator a produção de provas que seriam impensáveis numa concepção arcaica de processo administrativo infracional. É evidente que à autoridade administrativa não compete produzir provas da inocência do indigitado; não pode, porém, negar-se às diligências que efetivamente contribuam à elucidação dos fatos, sob pena de comprometer a legalidade e a legitimidade de um futuro ato administrativo punitivo. Na dicção de SOARES RIBEIRO, que parece servir para o Direito nacional,

Naturalmente que é o princípio da verdade material o que tem aplicação no campo do direito de mera ordenação como, de resto, no direito processual penal, onde de nada valerá uma rigorosa e impecável interpretação e aplicação dos preceitos legais se previamente não tiverem sido devidamente apurados os factos materiais a que elas têm de se subsumir⁶⁷.

Enfim, do Direito Penal proviria, ainda, o princípio da tipicidade, de modo a não permitir o exercício absolutamente discricionário da potestade sancionatória administrativa. Trata-se, porém, de um princípio de tipicidade relativa, já que não se justifica, pelo âmbito de incidência do Direito Administrativo sancionador (bens, direitos e atividades), aplicar à hipótese o princípio da fragmentariedade, tão caro ao Direito Penal. Ademais, a existência desse princípio é contestada em alguns nichos, como p. ex. no Direito Administrativo disciplinar (em cujos lindes DI PIETRO advoga, ao contrário, um “princípio da atipicidade”⁶⁸). Isso não nos parece verdadeiro, notadamente quanto à penalidade em si mesma: não pode a autoridade administrativa criar uma penalidade, ao alvedrio da lei, e tanto menos poderá fazê-lo em matéria disciplinar (e.g., transferir um juiz não-vitalício como efeito de punição, conquanto a Lei Orgânica da Magistratura Nacional não preveja, entre as sanções aplicáveis, a penalidade de transferência⁶⁹). Isso significa que viceja, in casu, o princípio “nulla

⁶⁶ Miguel Seabra Fagundes, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, São Paulo, Saraiva, 1984, pp.42-47.

⁶⁷ *Op.cit.*, p.158.

⁶⁸ *Op.cit.*, p.492: “é a autoridade julgadora que vai enquadrar o ilícito como ‘falta grave’, ‘procedimento irregular’, ‘ineficiência no serviço’, ‘incontinência pública’, ou outras infrações previstas de modo indefinido na legislação estatutária”.

⁶⁹ Ao contrário, e.g., do caso português, em que há a *pena de transferência*, consoante artigos 88º e 93º da Lei n. 21/85 de 30 de julho (Estatuto dos Magistrados Judiciais), para o caso de “quebra do prestígio exigível ao magistrado para que possa manter-se no meio em que exerce funções”.

poena sine lege”. Deixamos, porém, essa discussão para outro estudo, face às restrições de espaço.

4. Conclusões

Alfim, diante dos elementos até aqui coligidos, alinhavam-se, à guisa de conclusão, as ilações que se seguem.

1. A Emenda Constitucional n. 45/2004 conferiu à Justiça do Trabalho a competência material para o processo e o julgamento das ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho (artigo 114, VII, da CRFB), o que atrai para o seu universo litígios de cariz administrativo-penal, próprios do chamado Direito Administrativo sancionador.

2. A nova competência lança pá-de-cal sobre a tese do não-cabimento da impetração de mandados de segurança em primeira instância: são agora indelevelmente cabíveis, perante as Varas do Trabalho, contra atos de autoridade dos órgão da fiscalização laboral que malfiram direito líquido e certo do cidadão.

3. O artigo 114, VII, da CRFB também atribui à Justiça do Trabalho competência para as ações desconstitutivas (anulatórias) e declaratórias (de nulidade) que tenham por objeto ato administrativo punitivo derivado da fiscalização do trabalho e, bem assim, a execução dos títulos extrajudiciais derivados da atividade fiscal do Ministério do Trabalho. A propósito dessa execução — que se aproxima, por um lado, daquelas do artigo 876, caput, 2ª parte, da CLT (títulos extrajudiciais) e, por outro, daquelas do parágrafo único do mesmo preceito (artigo 114, VIII, da CRFB) —, convém que as Procuradorias Regionais do Trabalho exerçam, por seus procuradores, a “competência” dada pelo artigo 746, “g”, da CLT, nas sedes de Tribunais Regionais do Trabalho, e a Procuradoria da Fazenda Nacional continue a fazê-lo nas demais localidades.

4. A nova competência cinge-se às penalidades oriundas do desrespeito à legislação trabalhista stricto sensu e às penalidades impostas ao empregador, muito embora possam se dar penalidades administrativas aplicadas a terceiros não-empregadores (tomador de serviços, intermediador de serviços, associações e, em geral, “órgãos ou entidades de qualquer natureza ou finalidade”, ex vi do artigo 14 do Regulamento da Inspeção do Trabalho), que continuarão a ser da competência da Justiça Federal.

5. A diferença entre os ilícitos administrativos e os ilícitos penais é de mera intensidade (distinção quantitativa), com reflexos de caráter basicamente funcional (a polícia administrativa é exercida por meio de atos administrativos dotados de auto-executoriedade, enquanto a repressão penal pressupõe a movimentação da máquina judiciária), percebendo-se-a mais vivamente na comparação dos respectivos âmbitos de incidência (o Direito Administrativo sancionador incide prevalentemente sobre bens,

direitos e/ou atividades, enquanto o Direito Penal e o Direito Processual Penal direta e prevalentemente sobre pessoas).

6. A Constituição da República Federativa do Brasil garante, por força dos incisos LIV e LV do artigo 5º, o devido processo administrativo (substantivo e adjetivo).

7. Nessa ensancha, o princípio da responsabilidade subjetiva tem aplicação no âmbito do Direito Administrativo sancionador, mas com conteúdo mitigado, uma vez que autuação administrativa gera uma *praesumptio juris tantum* de culpa lata, à vista do princípio da presunção de veracidade e de legitimidade dos atos administrativos.

8. A legislação brasileira sinaliza claramente a subjetivação da responsabilidade administrativa na matéria laboral, no sentido psicológico (atitude íntima) e no sentido social (reprovabilidade social in concreto), consoante artigos 3º e 5º da Lei 7.855/89, artigo 2º da Portaria n. 290, de 11.04.1997, e artigos 75, caput, e 351, caput, da CLT, entre outros.

9. O Direito Administrativo sancionador brasileiro ainda incorporou, em matéria laboral, o princípio da individualização da pena e o próprio princípio da culpabilidade (artigo 5º, XLV e XLVI, da CRFB), com conteúdos mitigados.

10. No caso de pessoas jurídicas, a responsabilidade subjetiva afere-se, para fins de punição administrativa, consoante a construção francesa para o artigo 121-2 do Code penal (responsabilidade reflexa ou “par ricochet”), o que pressupõe que a infração seja cometida por decisão do seu representante legal ou contratual, ou de seu preposto, ou do seu órgão colegiado, em nome da entidade, no seu interesse e/ou em seu benefício (aplicação analógica e extensiva do artigo 3º, caput, da Lei 9.605/98). Assim é porque, no silêncio da lei, presume-se, como regra, a responsabilidade subjetiva (que assume, in casu, os contornos da “vacarious liability” dos sistemas jurídicos de raiz anglo-saxônica). Nada obsta, porém, que a lei ordinária crie hipóteses de responsabilidade objetiva da empresa em matéria administrativo-penal (“strict liability”).

11. Aplica-se ao Direito Administrativo sancionador brasileiro, em matéria laboral, o princípio da oficialidade, consoante artigo 628, caput, da CLT e artigo 15 do Regulamento da Inspeção do Trabalho, entre outros. Esse princípio particulariza-se no curso do procedimento administrativo, impondo-se aí como princípio do impulso obrigatório, ut artigo 629, §2º, da CLT.

12. Aplica-se ao Direito Administrativo sancionador brasileiro, em matéria laboral, os princípios do contraditório e da ampla defesa, com projeções concretas nos artigos 629, §3º, e 632 da CLT. Nesse último caso, a prerrogativa administrativa de “julgar da necessidade” das provas não é discricionária, mas vinculada e motivada, desafiando a aplicação da teoria dos motivos determinantes.

13. O desrespeito aos princípios referenciados induzirá à nulidade e/ou à anulabilidade dos atos administrativos conseqüentes, desafiando impugnação judicial na

Justiça do Trabalho (artigo 114, VII, da CRFB). Essas demandas virão, inexoravelmente. Da Magistratura do Trabalho espera-se, para agora e o futuro, que saiba ver além dos seus horizontes de outrora, canhestros para a sua capacidade de (re)produzir Justiça social. Há diante de si horizontes outros — novos, ignotos, ambiciosos. Há, ainda, espaço e oportunidade para produzir jurisprudência valiosa no campo do Direito Administrativo sancionador, que entre nós ainda não se produzira. Para fazê-lo, porém, impende não se amesquinhar.

5. Bibliografia

CAETANO, MARCELLO. Manual de Direito Administrativo. 9ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1980.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Direito Penal na Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

COENEN, Alain. Les sanctions administratives dans les communes. In: <http://www.uvcw.be/police/poladmin/sec4-02.cfm> (acesso em 23.04.2005).

DALAZEN, João Oreste. “A Reforma do Judiciário e os Novos Marcos da Competência Material da Justiça do Trabalho no Brasil”. In: Nova Competência da Justiça do Trabalho. Grijalbo Fernandes Coutinho, Marcos Neves Fava (coord.). São Paulo: LTr, 2005. pp.148-178.

_____. Competência Material Trabalhista. São Paulo: LTr, 1994.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. “Primeiras linhas sobre a Nova Competência da Justiça do Trabalho Fixada pela Reforma do Judiciário (EC n. 45/2004)”. In: Nova Competência da Justiça do Trabalho. Grijalbo Fernandes Coutinho, Marcos Neves Fava (coord.). São Paulo: LTr, 2005. pp.191-219.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

FAGUNDES, Miguel Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. São Paulo: Saraiva, 1984.

FAUQUET, Georges. Le secteur coopératif. 4e. ed. Bale/Paris/Bruxelles: L’Union Suisse des Coopératives de Consommation et al., 1942.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal Ambiental brasileiro. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003. v. II.

GARCIA NIETO, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Madrid: Tecnos, 2002.

GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal. Madrid: Colex, 1990.

GUEDES, Glênio Sabbad. “Da responsabilidade subjetiva nos domínios do Direito Administrativo punitivo”. In: http://www.suigeneris.pro.br/direito_dadm_glenio.htm (acesso em 24.04.2005).

_____. “O Direito Administrativo Sancionador e as infrações de perigo abstrata — breves considerações”. In: <http://www.bcb.gov.br/crsfn/doutrina/Artigo%20%20Infra%C3%A7%C3%B5es%20de%20perigo%20abstrato.pdf> (acesso em 24.04.2005).

JESUS, Damásio Evangelista de. “Deixar de registrar empregado não é crime”. In: RT 799/483-488.

LOPES-CARDOSO, Álvaro. Estatuto dos Magistrados Judiciais Anotado. Coimbra: Almedina, 2000.

MIREILLE, Delmas-Marty. Punir sans juger: de la repression administrative au Droit administratif penal. Paris: Economica, 1998.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. “Sanções administrativas e princípios de Direito Penal”. In: <http://www.jfrn.gov.br/docs/doutrina94.doc> (acesso em 24.04.2005).

OLIVA, José Roberto Dantas. Tutela de urgência no processo do trabalho. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

PALMA DEL TESO, Ángeles de. El Principio de Culpabilidad en el Derecho Administrativo sancionador. Madrid: Tecnos, 1996.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Direito do Trabalho: Dogmática Geral. Coimbra: Almedina, 2005. p. I.

RIBEIRO, João Soares. Contra-Ordenações Laborais: Regime Jurídico Anotado contido no Código do Trabalho. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

SOUSA, João Castro e. As pessoas colectivas em face do Direito Criminal e do chamado “Direito de Mera Ordenação Social”. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.

DESPLAZAMIENTO INTERNACIONAL DE TRABAJADORES EN EL ÁMBITO EUROPEO

-Estudio de la Directiva europea 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios-

Raúl Ayuso Mozas

Becario de Investigación en la Universidad de Salamanca (España) 1. ORIGEN DE LA DIRECTIVA 96/71/CE

Las deficiencias surgidas en la aplicación del Convenio de Roma de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, a la movilidad transnacional de trabajadores; los conflictos presentados ante la sede del Tribunal de Justicia Europeo⁷⁰; el objetivo comunitario de suprimir entre los Estados miembros de la Unión Europea los obstáculos a la libre circulación de personas y servicios⁷¹; la prohibición, por lo que respecta a la prestación de servicios, de toda restricción en razón de la nacionalidad o la residencia⁷²; junto con el deseo de conseguir “un clima de competencia leal y medidas que garanticen el respeto de los derechos de los trabajadores”⁷³ llevó a que el 16 de diciembre de 1996 se adoptase la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

Las Directivas comunitarias, al contrario de lo que sucede con los Reglamentos, no resultan de inmediata aplicación, es decir, no generan per se derechos y obligaciones para los ciudadanos sino que establecen la obligación de los Estados de trasponer su contenido en una norma nacional, adaptando el contenido de la Directiva a la singular realidad de cada país. Así, la misma Directiva, en su artículo 7, establecía la obligación, dirigida a todos los Estados miembros, de adoptar “las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 16 de diciembre de 1999”. Cumpliendo dicho mandato el 29 de noviembre de 1999 (apenas tres semanas antes del cumplimiento de la fecha establecida en la Directiva) se aprobó en España la Ley 45/1999, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, lo que supuso la incorporación de la Directiva 96/71/CE al ordenamiento jurídico español.

2. CARÁCTER SOCIAL DE LA DIRECTIVA 96/71/CE

⁷⁰ En especial el referido a la sentencia de 27 de marzo de 1990, Asunto Rush Portuguesa, 113/1989.

⁷¹ Considerando primero de la Exposición de Motivos de la Directiva 96/71/CE, referido a la letra c) del artículo 3 del Tratado de la Unión Europea.

⁷² Considerando segundo.

⁷³ Considerando quinto.

Un aspecto discutido de la Directiva es el referido a su fundamento jurídico y, más allá de éste, su finalidad principal. El Parlamento Europeo ha considerado, en su Resolución sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una libre prestación de servicios, de 14 de febrero de 1996, “que la definición de normas sociales comunes aplicables en caso de desplazamiento de trabajadores en el interior de la Comunidad es un aspecto de la política social de la Unión que ha de acompañar el mercado único”; a ello se une el hecho de que la Directiva fuera originariamente concebida en el programa de la Comisión de aplicación de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, proporcionando, como ha señalado la doctrina⁷⁴, una “apariencia” de Directiva de carácter social.

Sin embargo, su finalidad es predominantemente económica, al destinarse a asegurar la libertad empresarial de prestación de servicios sin obstáculos o distorsiones en la competencia; y, consecuentemente, desde una perspectiva formal, al apoyarse únicamente en los preceptos del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea reguladores de aquella libertad empresarial (es decir los (antiguos) artículos 57.2 y 66), carece de las características técnicas de las Directivas sociales⁷⁵.

Podemos por lo tanto concluir que, la Directiva 96/71/CE, pese al carácter social con el que se ha pretendido revestir, tiene ante todo un claro objetivo económico. El objetivo de facilitar, alentar o proteger la libre circulación de trabajadores queda en un segundo plano ante el objetivo principal, que no es otro que la protección de la libre competencia.

Como sabemos, el proceso de mundialización o globalización en el que nos hallamos inmersos ha supuesto la entrada dentro del mundo económico de factores desestabilizadores de los elementos que, hasta ahora, componían la estructura básica de nuestros mercados. Frente a la clásica función bidimensional oferta/demanda, en la que el empresario trataba de ampliar su beneficio a través de instrumentos tradicionales como publicidad, innovación tecnológica, recorte de gastos..., se ve ahora transformada por una tercera dimensión, la geográfica, que relativiza estos recursos habituales. Así, el empresario que quiere reducir sus costes no tiene que reducir puestos de trabajo, puede incluso aumentar el número de sus trabajadores, deslocalizando, eso sí, su actividad hacia países con mano de obra más barata; del mismo modo, no necesita realizar una inversión enorme en publicidad para competir con productos similares en un mismo mercado, sino buscar mercados geográficamente nuevos.

Uno de estos factores desestabilizadores es el denominado dumping social, el cual podría ser definido como la exportación de productos a precios artificialmente bajos conseguidos mediante la supresión de condiciones laborales básicas. La Directiva 96/71/CE lo que pretende evitar en una nueva forma de dumping, no ya entre países distintos, sino entre trabajadores dentro de un mismo país. Con anterioridad a la Directiva se daba la posibilidad de que trabajadores desplazados mantuviesen el régimen laboral propio de su país de origen, lo que, en ocasiones, generaba situaciones de desigualdad respecto a los trabajadores nacionales del país en el que se desarrollaba la actividad temporal. La Directiva, si bien no evita por completo las diferencias, sí las

⁷⁴ RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 96/71/CE, en *Relaciones Laborales*, núm. 23 (1999).

⁷⁵ CASAS BAAMONDE, M.E., *El desplazamiento de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2002.

reduce a límites aceptables a través del aseguramiento de unos mínimos en las condiciones de trabajo que conforman un núcleo duro ineludible.

Vemos, por tanto, que ambos objetivos de la Directiva 96/71/CE, el económico -defensa de la libre prestación de servicios- y el social -protección de los derechos del trabajador-, pueden en último término ser considerados compatibles. En este mismo sentido, parte de la doctrina considera que la aparentemente paradójica pretensión de conciliar la protección del trabajador con la libertad económica no es tal si pensamos que –dado el origen de esta distorsión de la libre prestación de servicios- el modo más eficaz de combatirla es unificar las condiciones laborales básicas de los trabajadores, evitando así la competencia de los mercados de trabajo que no cumplan dichos mínimos de protección⁷⁶.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA

El Artículo 2.1 de la Directiva establece que a efectos de la misma “se entenderá por trabajador «trabajador desplazado» todo trabajador que durante u periodo limitado, realice su trabajo en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en cuyo territorio trabaje habitualmente”. De esta definición se derivan tres elementos esenciales para delimitar los desplazamientos regulados por la Directiva:

- a) la movilidad nacional transnacional en el ámbito comunitario;
- b) la presencia de una relación laboral respecto del momento del desplazamiento;
- c) la temporalidad del mismo.

3.1. LA MOVILIDAD TRANSNACIONAL EN EL ÁMBITO COMUNITARIO

3.1.1. Nacionalidad de la empresa

Tanto la Directiva 96/71/CE (art. 1.1) como la Ley española 45/1999 (art. 1.2) exigen únicamente el establecimiento de la empresa en un Estado miembro de la Unión Europea o, tal como añade la norma española, signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo⁷⁷, sin precisar si el domicilio de de la empresa debe estar o no en dicho territorio, de lo cual se infiere que no es necesario tal elemento, bastando la existencia de un establecimiento en cualquiera de los Estados señalados, identificable con un centro de trabajo o factoría⁷⁸.

Lo que resulta de más interés es la ampliación que la Ley española hace del ámbito de aplicación de la norma al incluir en su Disposición Adicional Cuarta a las empresas que desplace a sus trabajadores a territorio español incluso cuando éstas se hallan establecidas en un Estado que no es miembro de la Unión Europea ni signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, como es el caso de Brasil.

⁷⁶ JUÁREZ PÉREZ, P., El desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios: la incidencia de la Directiva 96/71/CE en los convenios comunitarios de derecho internacional privado, en *Relaciones Laborales*, núm. 7 (1999).

⁷⁷ Hace referencia al acuerdo, firmado en Oporto el 2 de mayo de 1992 y ratificado por España el 26 de noviembre de 1993, entre la Comunidad Europea, los Estados miembros y Austria, Finlandia, Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suecia

⁷⁸ RIVAS VALLEJO, M.P. y MARTÍN ALBA, S.: «Los desplazamientos temporales de trabajadores en el extranjero. Efectos laborales y tributarios», en *RMTAS*, núm. 27 (2000).

Se trata de una ampliación que no hace sino recoger el mandato ya establecido en la Directiva en su art.1.4 y considerando nº18 de que las empresas que no están establecidas en un Estado miembro no deberán obtener un trato más favorable que aquellas que sí lo están. De otro modo la inaplicación de la Directiva, que en principio no hace sino generar una serie de obligaciones de las empresas respecto a sus trabajadores, no haría sino otorgar a las empresas establecidas en Estados fuera del ámbito de la libre prestación de servicios una situación de competitividad privilegiada. Nos encontramos aquí ante una nueva evidencia del original objetivo económico de la Directiva, ya que, evidentemente, el fin que justifica dicha ampliación no es la protección de los trabajadores de empresas establecidas en países ajenos a la Unión Europea, objetivo que a pesar de que pudiera resultar loable sobrepasa el ámbito de actuación de la misma, sino la protección de las empresas establecidas dentro del Espacio Económico Europeo.

3.1.2. Nacionalidad del trabajador

Ni la norma comunitaria ni la española utilizan como criterio delimitador de la aplicación de unos u otros preceptos el de la nacionalidad, a pesar de que el derecho de libre circulación de trabajadores se base precisamente en dicho criterio, sino que ambos parten del principio sentado en el artículo 6 del Convenio de Roma sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, esto es, el de la *lex loci laboris*. A tales efectos, lo que pretenden las citadas normas es conjugar el criterio de las *lex loci laboris* o ley del lugar de ejecución habitual del trabajo con el del lugar de ejecución efectiva del trabajo⁷⁹.

En cuanto a la posible incidencia de la Directiva en las legislaciones nacionales sobre inmigración, cabe señalar, respecto al caso español, como la Disposición Adicional Quinta de la Ley 45/1999 hace referencia a la no afectación de la legislación de extranjería, estableciendo que lo dispuesto en la misma “se entiende sin perjuicio del cumplimiento de la normativa sobre entrada, permanencia, trabajo y establecimiento de los extranjeros en España”.

Esta regla resultará de plena aplicación cuando el trabajador extranjero:

a) no sea nacional de un país incluido dentro del Espacio Económico Europeo, ya que, en este caso, rige el derecho a la libre circulación de trabajadores;

b) sea desplazado por una empresa establecida fuera de este mismo ámbito europeo, ya que no cabe aplicar al trabajador extracomunitario –siempre que sea desplazado a España por una empresa establecida dentro del Espacio Económico Europeo- un régimen jurídico diferente del que regiría el desplazamiento de un trabajador comunitario al servicio de la misma empresa, ni es posible exigir al empresario el cumplimiento de la legislación de extranjería del país de destino, dado que la contratación del trabajador se presupone realizada de acuerdo a la legislación propia del país de establecimiento de la empresa⁸⁰.

⁷⁹ RIVAS VALLEJO, M.P. y MARTÍN ALBA, S.: «Los desplazamientos temporales...» op.cit.

⁸⁰ En este sentido, el Tribunal de Justicia Europeo establece en su Sentencia de 9 de agosto de 1994, Asunto Vander Elst, C-43/93, que “los artículos 59 y 650 del Tratado de la CEE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que un Estado miembro obligue a las empresas que, establecidas en otro Estado miembro, presten servicios en su territorio empleando de modo regular y habitual a nacionales de

3.1.3. Medidas transnacionales de movilidad

Los supuestos de desplazamiento regulados tanto en la Directiva (art. 1.3) como en la ley de transposición española (art. 2.1) son los siguientes:

En primer lugar recoge un supuesto que podríamos denominar de subcontratación transnacional: el desplazamiento del trabajador se produce en el marco de un contrato celebrado entre la empresa de procedencia y la empresa receptora que será el destinatario final de la prestación, y manteniendo en todo momento la relación laboral entre empresa de procedencia y trabajador.

En segundo lugar se define el desplazamiento del trabajador que, sin romper su vinculación con la empresa de origen, es desplazado de ésta a otra empresa o establecimiento del mismo grupo.

El tercero de los supuestos es el desplazamiento que tiene como protagonista a la empresa de trabajo temporal (denominada por la Directiva empresa de trabajo interino o de suministro de mano de obra).

3.2. LA PRESENCIA DE UNA RELACIÓN LABORAL RESPECTO DEL MOMENTO DEL DESPLAZAMIENTO

La Directiva define al trabajador desplazado como todo aquel que, durante un tiempo limitado, realice su trabajo en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en cuyo territorio trabaje habitualmente; añadiendo que el concepto de trabajador será el recogido en el derecho del Estado miembro a cuyo territorio haya sido desplazado el trabajador.

Varias son las cuestiones que plantea esta definición: por un lado la ambigüedad de los términos “lugar de trabajo habitual” y “tiempo limitado”, lo cual será posteriormente tratado; por otro lado, la remisión a la legislación del Estado en el que el trabajador ha sido desplazado para que éste adquiera la categoría de tal.

Lo que esta remisión a una legislación nacional manifiesta es la incapacidad del derecho comunitario de elaborar un concepto de trabajador que se adapte a las diferentes realidades de los Estados miembros. No es esta una cuestión menor ya que de la inclusión o no en el concepto de trabajador se derivan derechos fundamentales, que podrán ser disfrutados o no dependiendo del país en el que se realice efectivamente la actividad.

La ausencia de un concepto comunitario de trabajador en la Directiva contrasta con declaraciones hechas por el Tribunal de Justicia Europeo a favor de una noción de trabajador formada de conformidad con el derecho comunitario, llegando a manifestar su necesidad para garantizar una real implantación de las normas comunitarias⁸¹.

Estados terceros, a obtener para estos trabajadores, un permiso de trabajo expedido por un organismo nacional de inmigración y a pagar los gastos correspondientes, bajo pena de una multa administrativa”.

⁸¹ La Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 23 de marzo de 1982, Asunto “Levin”, 53/81, entre otras, establece que “the terms «worker» and «activity as an employed person» may not be defined by reference to the national laws of the member states but have a community meaning. If that were not the case, the community rules on freedom of movement for workers would be frustrated, as the meaning of those terms could be fixed and modified unilaterally, without any control by the community institutions, by national laws which would thus be able to exclude at will certain categories of persons from the benefit of the treaty”.

De cualquier forma, ante la inexistencia de este concepto comunitario de trabajador y teniendo en cuenta que –como ha sido señalado- la regulación es aplicable a trabajadores que desarrollen su actividad fuera del ámbito europeo, parece acertada la remisión al concepto recogido en la legislación del Estado a donde el trabajador es desplazado para que la Directiva cobre efectividad, ya que ésta no hace sino garantizar unas condiciones de trabajo recogidas en esa misma legislación, evitando posibles discordancias que podrían surgir entre un concepto de trabajador y unas condiciones de trabajo provenientes de regulaciones distintas; sin olvidar que esta última posibilidad podría generar una situación de desigualdad respecto de los trabajadores del propio Estado y a favor de los trabajadores desplazados, lo cual sería un resultado excesivo para una Directiva que, más allá de proteger los derechos de estos trabajadores, lo que pretende es evitar una situación discriminatoria que favorezca la aparición de dumping social en detrimento de las empresas y los trabajadores del propio país.

3.3. LA TEMPORALIDAD DEL DESPLAZAMIENTO

A pesar de que el título de la Directiva, “sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios”, pudiera hacer pensar lo contrario, la regulación en ella contenida no es aplicable a todo tipo de desplazamiento, sino que sólo lo será a los desplazamientos de carácter temporal ya que, como el apartado primero de su artículo 2 señala, “a efectos de la presente Directiva, se entenderá por «trabajador desplazado» todo trabajador que, durante un periodo limitado, realice su trabajo en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en cuyo territorio trabaje habitualmente”. Es decir, la temporalidad del desplazamiento supone un elemento esencial dentro de la configuración del supuesto de hecho al que es aplicable la Directiva⁸².

La exigencia de temporalidad en el desplazamiento aparecía ya recogida en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de marzo de 1990, “Rush Portuguesa”, asunto 113/1989, sentencia que, como ya ha sido señalado, impulsó la posterior normativa en materia de movilidad transnacional. En ella se establecía que la libertad de prestación de servicios de la empresa, que desencadena el libre desplazamiento de sus trabajadores al Estado comunitario de la prestación, sujeta ese desplazamiento al tiempo de duración de la prestación empresarial principal; y así los trabajadores desplazados han de regresar “a su país de origen tras el cumplimiento de su misión sin acceder en ningún momento al mercado de empleo del Estado miembro de acogida”.

Por tanto, y siguiendo con la jurisprudencia comunitaria, los desplazamientos de trabajadores causados por la libertad de prestación de servicios de su empresario son siempre temporales, determinándose el carácter temporal de dicha prestación “en función de su duración, frecuencia, periodicidad y continuidad” (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 30 de noviembre de 1995, Asunto Gebhard, C-55/94).

⁸² Ya el Considerando tercero adelanta de alguna manera este requisito al señalar como uno de los motivos que justifican la adopción de la directiva el hecho de que “la realización del mercado interior ofrece un entorno dinámico para la prestación de servicios transnacional al invitar a un número cada vez mayor de empresas a desplazar a sus trabajadores *temporalmente* para trabajar en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado en que trabajan habitualmente.”

La pregunta que cabe plantearse, una vez afirmada la temporalidad del desplazamiento, es cual será, precisamente, el “periodo limitado” de tiempo al que se refiere la Directiva. Dicha determinación temporal debería venir dada por la propia Directiva, en la cual, sin embargo, no aparece referencia alguna a la duración del desplazamiento, más allá de la previsión del apartado sexto del artículo 3 que establece que “la duración del desplazamiento se calculará sobre un periodo de referencia de un año a partir de su comienzo”, incluyendo en este cálculo “el tiempo que en su caso haya estado desplazado el trabajador al que haya que sustituir”. Desde luego esta previsión no establece ningún límite a la duración del desplazamiento, sino que se limita a establecer un periodo de referencia aplicable a los apartados 2, 3 y 4⁸³ del mismo artículo. Igualmente, el art. 3.6 de la Ley 45/1999, establece una previsión casi idéntica⁸⁴ aplicable al apartado tercero (referido exclusivamente a desplazamientos de duración inferior a los 8 días), sin que quepa extraer de allí una limitación temporal al periodo de desplazamiento⁸⁵.

4. CONDICIONES LABORALES GARANTIZADAS

La remisión que, como hemos visto, hace la Directiva a la normativa nacional del Estado al que el trabajador es desplazado no se refiere a la totalidad de derechos y obligaciones que rodean una relación laboral. La propia Directiva recoge, en su artículo 3, las condiciones de trabajo y empleo establecidas en el Estado donde se realiza la prestación que deberán ser garantizadas a los trabajadores por las empresas que los hayan desplazado, configurando un núcleo duro de especial protección que, como señala el mismo artículo, podrá estar establecido tanto en disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, como en convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general. Estas condiciones laborales son las siguientes:

- a) los periodos máximos de trabajo así como los períodos mínimos de descanso;
- b) la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas;
- c) las cuantías de salario mínimo, incluidas las incrementadas por las horas extraordinarias;
- d) las condiciones de suministro de mano de obra, en particular por parte de agencias de trabajo interino;
- e) la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo;

⁸³ Estos apartados establecen supuestos en los que es posible la inaplicación de garantías referidas a ciertas condiciones de trabajo cuando la duración sea inferior a ocho días, apartado 2, o a un mes, apartados 2 y 3.

⁸⁴ “A efectos de lo dispuesto en este artículo, la duración del desplazamiento se calculará en un periodo de referencia de un año a contar desde su comienzo, incluyendo, en su caso la duración del desplazamiento de otro trabajador desplazado anteriormente al que se hubiera sustituido.”

⁸⁵ En contra de esta interpretación, M. LUQUE PARRA entiende, respecto al art. 3.6 Ley 45/1999, que “la voluntad legislativa ha sido la de tasar o concretar temporalmente el desplazamiento transnacional que regula, a semejanza de lo que sucede en el artículo 40 del TRLET con relación a las nociones de desplazamiento y de traslado de los trabajadores”. LUQUE PARRA, M.: *Actividad en la Unión Europea o en el Espacio Económico Europeo de empresas de trabajo temporal españolas*, en AAVV: *Desplazamiento de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2002.

f) las medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo y de empleo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes;

g) la igualdad de trato entre hombre y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación.

De cualquier forma, hay que tener en cuenta que este contenido mínimo de garantía recogido en la Directiva podrá ser ampliado en la norma nacional que la transponga⁸⁶, como de hecho hace la Ley española 45/1999. Así, en el caso de desplazamiento transnacional que tenga como destino España, las condiciones de trabajo a garantizar por el empresario serán, tal como recoge el art. 3.1 Ley 45/1999, las siguientes:

a) El tiempo de trabajo, incluyendo dentro del mismo las condiciones laborales reconocidas en el Estatuto de los Trabajadores español respecto a jornada (art. 34); horas extraordinarias (art. 35); trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo (art. 36); descanso semanal, fiestas y permisos (art. 37); y vacaciones anuales (art. 38), respecto de las cuales habrá que tener en cuenta la inaplicación prevista en el art. 3.3 Ley 45/1999 para desplazamientos cuya duración no exceda de ocho días;

b) cuantía del salario;

c) la igualdad de trato y la no discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, edad dentro de los límites legalmente marcados, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa, lengua o discapacidad, siempre que los trabajadores se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate;

d) el trabajo de menores;

e) la prevención de riesgos laborales, incluidas las normas sobre protección de la maternidad y de los menores;

f) la no discriminación de los trabajadores temporales y a tiempo parcial;

g) el respeto de la intimidad y la consideración debida a la dignidad de los trabajadores, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual;

h) la libre sindicación y los derechos de huelga y de reunión.

Vemos, por tanto, como algunas condiciones que en la Directiva aparecían de forma sucinta, como el caso de las “disposiciones en materia de no discriminación”, ven desarrollado y ampliado su contenido. Otras condiciones, como las relativas a “la libre sindicación y los derechos de huelga y de reunión”, que no aparecían dentro del núcleo de garantía de la Directiva, sí lo hacen en la ley española.

En cuanto a la garantía retributiva, también encontramos diferencias entre la Directiva y la ley española. Respecto a la primera es destacable como la posibilidad de

⁸⁶ En este sentido, el art. 3.10 de la directiva señala que la misma “no impedirá que los Estados miembros de conformidad con las disposiciones del Tratado, impongan a las empresas nacionales y a las empresas de otros Estados, por igual: condiciones de trabajo y empleo referidas a materias distintas de las enumeradas en el párrafo primero del apartado 1, en la medida en que se trate de disposiciones de orden público; condiciones de trabajo y empleo fijadas en convenios colectivos o laudos arbitrales de acuerdo con el apartado 8 que se refieran a actividades distintas de las contempladas en el Anexo.”

que los Estados inapliquen⁸⁷ o excepcionen⁸⁸ la aplicación de la garantía referida al salario mínimo, cuando la duración del desplazamiento no sea superior a un mes, no cabe en el caso de los desplazamientos realizados por una Empresa de Trabajo Temporal, excepción a la excepción que hemos de considerar acertada de manera especial en España, donde un gran tanto por ciento de los contratos firmados por Empresas de Trabajo Temporal tienen una duración inferior al mes⁸⁹. Del mismo modo, tampoco cabe la excepción en el supuesto de trabajos de escasa importancia recogida en el apartado sexto.

En la regulación de la Ley 45/1999, esta inaplicación de la garantía sobre las condiciones salariales se limita a los supuestos de desplazamientos inferiores a ocho días⁹⁰ y, como sucedía en la Directiva, no cabe cuando este desplazamiento sea llevado a cabo por una Empresa de Trabajo Temporal.

Finalmente, cabe señalar que toda esta regulación referente a las condiciones laborales que han de ser garantizadas al trabajador se entiende, tal como recogen la Directiva en su art. 3.7 y la Ley 45/1999 en su art. 3.5, sin perjuicio de la aplicación a los trabajadores desplazados de condiciones de trabajo más favorables derivadas de lo dispuesto en la legislación aplicable a su contrato de trabajo, en los convenios colectivos o en los contratos individuales de trabajo.

5. CONCLUSIONES

Uno de los puntos que dota a la Directiva 96/71/CE de un especial interés es su particular ámbito de aplicación. Si bien la incidencia Directiva, como la de toda norma de la Unión Europea, aparece en principio limitada a un ámbito europeo hemos visto como de facto puede afectar a empresas establecidas en países ajenos al Espacio Económico Europeo, así como a los trabajadores de éstas, siempre que sean desplazados a países miembros de la Unión Europea para llevar a cabo una actividad laboral, al establecer el mandato dirigido a las normas nacionales que la traspongan de impedir que de su regulación se derive un trato más favorable a estas empresas.

Aún más, cabría decir que la norma adquiere especial relevancia en este supuesto de desplazamiento desde un país no miembro, ya que las diferencias en la regulación de las condiciones laborales existentes entre dos Estados perteneciente a la Unión Europea serán, previsiblemente, menores que las que pueda haber con un país ajeno a la misma, especialmente en cuanto a condiciones salariales se refiere.

Con esta regulación, si bien ciertamente se dificulta la entrada en el mercado europeo de empresas provenientes de países menos desarrollados al no poder asumir éstas el coste de las condiciones laborales garantizadas, también se evita el uso fraudulento de filiales de grandes grupos, Empresas de Trabajo Temporal o figuras similares establecidas en estos países con la única finalidad de evitar la legislación europea proporcionando mano de obra barata y escasamente protegida.

⁸⁷ Apartado tercero del Artículo 3 de la directiva.

⁸⁸ Apartado cuarto del mismo artículo.

⁸⁹ En el año 2003, de los 1.759.955 contratos laborales suscritos en España por Empresas de Trabajo Temporal, 890.976 tenían establecida una duración de un mes o inferior, número al que deben ser sumados todos aquellos contratos que, teniendo una duración en principio indeterminada (743.975 en 2003), finalizaron antes de superar el mes de duración.

⁹⁰ Art. 3.3 Ley 45/1999.

OS VINTE ANOS DO TRT DA PARAÍBA

Wylka Carlos Lima Vidal
Chefe da Divisão de Pesquisa Histórica
do Memorial da Justiça do Trabalho na Paraíba

Propõe-se este artigo a traçar uma retrospectiva dos fatos marcantes do TRT da Paraíba nos últimos vinte anos. Porém, consideramos importante fazer um relato dos eventos mais significativos para a nossa história, nos setenta anos que antecederam à criação do nosso Tribunal.

A Justiça do Trabalho foi instalada oficialmente em todo o país, como órgão integrante do Poder Judiciário, em 1º de maio de 1941, durante o governo do Presidente Getúlio Vargas. Em 1943, é promulgada, também por Getúlio Vargas, a Consolidação das Leis do Trabalho. No entanto, já em 1915, partiu do jurista e Deputado Federal paraibano João Maximiano de Figueiredo, na condição de Relator da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara, a iniciativa de apresentar àquela Casa Legislativa, o primeiro Projeto de Código do Trabalho, com 107 artigos. Muitos dos princípios nele contidos vieram a integrar, mais tarde, a CLT.

Outro eminente paraibano que tem seu nome ligado à causa trabalhista é Epitácio Lindolfo da Silva Pessoa, uma vez que foi sócio-fundador da Organização Internacional do Trabalho.

De 1941 a 1985, a Justiça do Trabalho no nosso Estado esteve subordinada à Jurisdição da 6ª Região, sediada em Pernambuco, e que abrangia ainda os Estados de Alagoas e do Rio Grande do Norte.

A Junta de Conciliação e Julgamento da Paraíba, criada pela Lei nº 6.596, de 12 de dezembro de 1940, e instalada em 1ª de maio de 1941, funcionou inicialmente no 1º andar do prédio de nº 50 da Praça Anthenor Navarro e teve como primeiro Presidente o Juiz Clóvis dos Santos Lima, posteriormente Juiz togado do TRT da 6ª Região (posse em 13/04/59), e, por fim, Juiz Presidente daquela Corte nos períodos de 1964 a 1966 e de 1970 a 1974.

A partir de 10/09/1960, a Paraíba passou a contar com mais uma Junta de Conciliação e Julgamento, instalada na cidade de Campina Grande.

Em 01/03/71, é instalada a 2ª JCJ de João Pessoa, funcionando, juntamente com a 1ª JCJ, no prédio da Rua D. Pedro I, 247, que, por iniciativa do Presidente da 6ª Região, na época Juiz Clóvis dos Santos Lima, passou a ser denominado Fórum Maximiano Figueiredo, solenemente inaugurado em 05/08/72. Durante sua gestão ainda é inaugurado, em Campina Grande, no dia 22/06/1973, o Fórum Ireneo Joffilly.

O TRT da 13ª Região foi criado pela Lei 7.324, de 18 de junho de 1985, com Jurisdição sobre os Estados da Paraíba e do Rio Grande do Norte.

A criação do nosso Tribunal é resultado do empenho de autoridades e lideranças políticas, dentre as quais destacamos o Juiz Paulo Montenegro Pires, o então governador Wilson Leite Braga, o Ministro Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, à época Carlos Coqueijo Torreão da Costa, e do ex-Ministro da Justiça Abelardo de Araújo Jurema.

É interessante observar que o esforço envidado foi tão bem sucedido que, entre a publicação da lei de criação do Tribunal e a sua efetiva instalação, decorreu um período de pouco menos de quatro meses.

Em 22 de julho de 1985, foi empossada a Comissão de Instalação do TRT da 13ª Região, presidida pelo Sr. Érico Basílio Gomes, Diretor da Secretaria Administrativa do Tribunal Superior do Trabalho. Fizeram parte dessa Comissão, entre outros, Mário Ivo da Costa Leite, ainda hoje servidor do nosso Tribunal, então Diretor do Serviço de Pessoal do TRT da 10ª Região, e Carlos Antônio Santa Cruz Montenegro, atualmente juiz aposentado, e primeiro Diretor Geral de Secretaria do novo TRT.

Para abrigar o Tribunal, foram doados pelo governo estadual, o prédio situado na Av. Coremas, 66, onde funcionava o antigo Colégio Stella Maris, além do terreno anexo. Feitas algumas adaptações necessárias, a edificação de dois pavimentos, modesta para os padrões atuais, estava apta ao funcionamento da Corte.

“A Paraíba nos seus 400 anos de existência ergue-se vaidosa de si mesma ao retroceder no tempo e poder contemplar os feitos dos seus filhos, e hoje, unida mais do que nunca ao Rio Grande do Norte, regozija-se pela implantação desta Casa que agrega as esperanças das classes trabalhadoras e patronais, que visam a construção de uma nação cada vez mais digna, fundamentada no princípio de uma democracia autêntica, onde a Justiça do Trabalho, exercida em toda a sua plenitude, possa cumprir sua função judicante de assegurar o direito de todos, indistintamente, evitando tanto quanto possível a exploração do homem e buscando harmonia social no convívio entre a massa trabalhadora e a elite empresarial.”

Estas foram palavras proferidas pelo Juiz Paulo Montenegro Pires, no ato de inauguração do TRT da 13ª Região, em cerimônia realizada no dia 11 de outubro de 1985, presidida pelo Ministro Presidente do Tribunal Superior do Trabalho.

No dia 22 de outubro de 1985 foram eleitos os Juízes Paulo Montenegro Pires e Aluisio Rodrigues, respectivamente para ocuparem os mandatos de Presidente e Vice-presidente. Vale ressaltar que o Juiz Geraldo Teixeira de Carvalho retirou seu nome da condição de elegível à Vice-presidência, em prol da harmonia entre os dois Estados, diante do momento de implantação do novo Tribunal.

A posse dos primeiros dirigentes deu-se em 8 de novembro de 1985, em sessão que contou com a presença de diversas autoridades civis e militares. No entanto, destacam-se as palavras do Juiz Ruy Eloy, que na época ocupava a presidência da AMATRA XIII, lembrando aos empossandos que “jamais a imponência e a importância do cargo judiciário dominará as vossas cabeças e vos enleve tanto que vos faça acristar no alto da pirâmide o ensurdecer às súplicas que mourejam na base deste edifício judiciário, porque sempre vos lembrareis que embaixo labutam os demais artífices desta obra que administrais e que desta planície também vós saístes, alçando vôo, em direção às alturas”.

A primeira composição do Tribunal, assim ficou: Paulo Montenegro Pires (Presidente); Aluísio Rodrigues (Vice-presidente); Geraldo Teixeira de Carvalho; Tarcísio de Miranda Monte; Gil Brandão Libânio (indicado pelo Ministério Público do Trabalho); Severino Marcondes Meira (indicado pela OAB), bem como os classistas Srs. Nélio Silveira Dias (representante dos empregadores) e Espedito Félix da Cruz (representante dos empregados).

O primeiro Presidente do TRT, eleito pelo critério de antiguidade, herdou da 6ª Região a seguinte jurisdição: - na Paraíba: 1ª e 2ª JCJs de João Pessoa e JCJ de Campina Grande; - no Rio Grande do Norte: 1ª e 2ª JCJs de Natal, JCJ de Mossoró e JCJ de Macau.

Preocupado em promover a interiorização da prestação jurisdicional, o Juiz Paulo Pires lutou pela criação de mais JCJs na 13ª Região, conseguindo que fossem instaladas as JCJs de Goianinha (RN), em 1986, e Guarabira (PB), em 1987.

Visando instrumentalizar o Tribunal, possibilitando a consecução das atividades meio e fim, promoveu a elaboração do Regimento Interno e do Regulamento Geral de Secretaria e, para divulgação dos atos administrativos, instituiu o Boletim Interno.

Foi durante esta gestão que se realizou o primeiro Concurso Público para Provimento de Cargos de Juiz do Trabalho Substituto, cujo resultado foi homologado em 20/01/1987. Dentre os 318 que tiveram inscrição deferida, onze foram aprovados: os juízes Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro, Francisco das Chagas Pereira, Francisco de Assis da Silva, Carlos Coelho de Miranda Freire, Ana Clara de Jesus Maroja Nóbrega (atual Vice-Presidente), Edvaldo de Andrade, Carlos Antônio Santa Cruz Montenegro, Eridson João F. Medeiros, Eduardo Sérgio de Almeida, José Barbosa Filho e Dinah Figueiredo Pinheiro .

Merece destaque ainda na gestão Paulo Pires a criação das Medalhas de Honra e de Serviço, com diploma anexo, para homenagear personalidades civis e militares que tenham prestado relevantes contribuições à Justiça do Trabalho. Em 1987, os critérios para a concessão de honrarias foram reformulados, instituindo-se a Ordem do Mérito Epitácio Pessoa, atualmente a maior honraria concedida pelo TRT da 13ª Região a autoridades e personalidades que se destacam no cenário paraibano.

Em 13 de novembro de 1987, o Juiz Aluísio Rodrigues assumiu a Presidência do Tribunal. Lamentavelmente, passados quatro meses, sofre um acidente automobilístico, em março de 1988, quando se dirigia à V Jornada Luso-Hispano-Americana de Direito do Trabalho, que se realizava em Fortaleza – CE, razão pela qual precisou se afastar da Presidência para tratamento de saúde, assumindo o Vice-presidente, Juiz Geraldo Teixeira de Carvalho.

Não obstante, naquele mesmo ano, promoveu o I encontro de Magistrados do Trabalho da 13ª Região, em Natal – RN, entre os dias 07 e 09/12.

No mesmo período, também em Natal, promoveu, em parceria com a AMATRA XIII, o Ciclo de Debates sobre Temas Trabalhistas Pós-constituintes.

Ainda em dezembro de 1988, Aluisio Rodrigues é eleito membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho.

No ano de 1989 são instaladas mais quatro JCJs na Paraíba: Sousa (01/05), Patos (24/05) e a 3ª e 4ª JCJs de João Pessoa (14/07), estas no Fórum Maximiano Figueiredo.

A gestão do Juiz Geraldo Teixeira, como titular da presidência, iniciou-se em 03 de novembro de 1989.

Fato relevante que marca o início desta gestão é a realização do I Concurso Público para Provimento de Cargos e Empregos do Quadro e Tabela Permanente de Pessoal.

Em dezembro daquele ano, o Juiz Geraldo Teixeira de Carvalho foi eleito, por aclamação, Coordenador do Colégio de Presidentes e Corregedores dos Tribunais Regionais do Brasil.

Sua administração foi marcada pela modernização, que se traduziu no início da informatização do TRT 13ª Região, priorizando a 1ª instância, e na interligação do banco de dados do TRT ao TST.

O traço de modernização aparece também no projeto arquitetônico do novo Edifício Sede do Tribunal, cuja Pedra Fundamental foi lançada em janeiro de 1991, e inaugurado em novembro daquele mesmo ano, com o nome Fórum Juiz Clóvis dos Santos Lima.

Seguindo a mesma linha arquitetônica do Edifício Sede, foi reformado o prédio que abrigava o Fórum Maximiano de Figueiredo, sendo inaugurado também em novembro de 1991.

Outro dado relevante desta gestão, foi a criação da Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, sendo lançados os números 1 e 2, em novembro de 1991. Publicação destinada a divulgar artigos de magistrados, profissionais da área jurídica e estudantes de Direito, a Revista do TRT 13ª Região, lançada anualmente, geralmente no mês de outubro, além de já estar no seu 13º número, teve duas edições especiais, uma dedicada ao Juiz Aluisio Rodrigues e outra ao Juiz Ruy Eloy.

Em atenção à disposição da Constituição Federal de 1988, durante a gestão do Juiz Tarcísio Monte (de 14/11/91 a 11/11/93), o Estado do Rio Grande do Norte é desmembrado da 13ª Região, passando a contar com seu próprio Regional (21ª Região), instalado em 16 de junho de 1992.

Dentre as realizações desta gestão destaca-se, sem dúvida, a instalação de 13 novas Juntas de Conciliação e Julgamento: 5ª e 6ª de João Pessoa (12/11/1992), Mamanguape (06/04/1993), Itaporanga (13/04/1993), Cajazeiras (15/04/1993), Monteiro (19/04/1993), Areia (23/04/1993), Itabaiana (27/04/1993), 2ª e 3ª de Campina Grande (30/04/1993), Picuí (04/05/1993), Catolé do Rocha (em 06/05/1993) e Taperoá (11/05/1993).

Em novembro de 1992, acontecem o Encontro de Colégio de Presidentes de Tribunais Regionais do Trabalho, realizado em João Pessoa, e a inauguração da segunda etapa da construção do Edifício Sede do Tribunal.

Em 1993, no final de seu mandato, inaugura, na sede do Tribunal, duas áreas destinadas a promover integração e conagração entre os servidores: a Capela São Francisco de Assis (06/10) e a Área de Integração Cultural (11/11).

Uma das características da administração do Juiz Marcondes Meira (de 12/11/1993 a 10/11/1995) foi a construção e inauguração de sedes próprias para o Fórum Ireneo Joffilly e para a maioria das JCs do interior, todas obedecendo a um mesmo padrão arquitetônico, de linhas modernas, em conformidade com o edifício sede e o Fórum Maximiano Figueiredo.

Realizou-se também o I Congresso de Direito e Processo do Trabalho do Sertão Paraibano, nos dias 19 e 20/04/95, o I Seminário de Atualização em Processo Trabalhista, em 14/07/95, na Capital, além da 1ª Semana da Saúde, de 08 a 12/05/95.

Em 26/07/95, é firmado convênio com a UFPB para estágio de alunos do Curso de Direito no TRT. Nos mesmos moldes, firma-se convênio também com a UNIPÊ, em 07/08/1995, para estágio de alunos dos cursos de Direito e Administração de Empresas.

No período de 25 a 27/10/1995 é realizada a 1ª EXPOSEINF, evento promovido pelo Serviço de Informática, que teve, nos anos seguintes, a 2ª e a 3ª edição.

Ao final de seu mandato, o nosso Tribunal celebrou dez anos de instalação.

Com a aposentadoria do Juiz Gil Libânio, em 18.10.1993, foi nomeado para o cargo, oriundo do Ministério Público do Trabalho, o Procurador Vicente Vanderlei Nogueira de Brito, que tomou posse no TRT, em 25 de fevereiro de 1994.

Durante o mandato do Juiz Vicente Vanderlei foi realizado o II Concurso Público para Provimento de Cargos e Empregos do Quadro e Tabela Permanente de Pessoal.

A requerimento da AMATRA XIII, deu-se reconhecimento, nesta gestão, ao curso Ministrado pela Escola Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba - ESMAT como pós-graduação "lato sensu" para efeito de pontuação na prova de títulos do Concurso de Juiz do Trabalho da 13ª Região.

Em 11/10/1996, é instalado, no 3º andar do edifício sede, o Memorial da Justiça do Trabalho na Paraíba, coordenado pelo Juiz Ruy Eloy. Ocupou também aquele magistrado a Presidência da recém-criada Comissão de Eliminação de Documentos e Autos Findos – CPIDAF, posteriormente denominada Comissão Permanente de Avaliação de Documentos – CPAD, que teve ainda como Presidente o Juiz Normando Salomão Leitão e é atualmente presidida pelo Juiz Paulo Henrique Tavares da Silva.

Coube ainda ao Juiz Vicente Vanderlei a criação, nos Fóruns Maximiano Figueiredo e Ireneo Joffilly, das Centrais de Mandados Judiciais; a instituição, na Secretaria de Planejamento e Finanças, do Balcão de Informações, destinado a propiciar aos interessados o conhecimento dos gastos do Erário, realizados por este Tribunal; e, por, fim, a realização da I Semana do Judiciário do TRT, de 09 a 13/06/1997, evento destinado aos alunos da graduação, que mescla palestras com

renomados juristas e a apresentação de trabalhos acadêmicos, pré-selecionados e julgados por uma banca examinadora.

A partir de junho de 1997, o TRT da 13ª Região vivencia uma situação excepcional em razão da Resolução nº 416/97, da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho, que afastou todos os juízes que compunham a Corte, inclusive o Juiz Presidente, cujo mandato terminaria apenas em novembro daquele ano. O mesmo expediente designa o Juiz Ruy Eloy, então Presidente da 2ª JCJ da Capital, observando o critério de antiguidade, para responder como Presidente e Corregedor da Corte e convoca os Juízes Presidentes das outras cinco JCJs de João Pessoa (Edvaldo de Andrade, da 1ª JCJ; Ana Clara de Jesus Maroja Nóbrega, da 3ª JCJ; Ana Maria Ferreira Madruga, da 4ª JCJ, designada para a Vice-Presidência; Francisco de Assis Carvalho e Silva, da 5ª JCJ e Carlos Coelho de Miranda Freire, da 6ª JCJ) para substituírem os Juízes Togados afastados, bem como os suplentes de juízes Classistas para a substituição dos titulares da representação paritária.

Em 10/12/1997, Ruy Eloy toma posse com Juiz Togado da Corte, ocupando a vaga deixada pelo Juiz Tarcísio de Miranda Monte.

Num esforço concentrado, a nova equipe de Juízes convocados, julgou 5.600 processos em apenas seis meses, número equivalente ao total de processos julgados nos dois anos anteriores. Aliás, celeridade processual é a principal característica da gestão Ruy Eloy. Em 1998, o Tribunal Pleno atingiu a marca 10.373 (dez mil, trezentos e setenta e três) processos julgados, uma média de 1.481 (um mil, quatrocentos e oitenta e um) processos por Juiz, figurando em 2º lugar, dentre os 24 Regionais, em produtividade individual.

Atuando como Corregedor, Ruy Eloy também alcança números impressionantes, ao mudar a metodologia dos trabalhos de correição, costumeiramente feitos por amostragem, e passando a analisar processo por processo. No período de janeiro de 1988 a abril de 1999, examinou 37.532 (trinta e sete mil, quinhentos e trinta e dois) processos.

Dentre os eventos realizados durante sua gestão, destacam-se o 7º Encontro de Presidentes e Corregedores dos Tribunais do Trabalho; a II Semana do Judiciário, encerrada com palestra do eminente jurista Paulo Bonavides; a transferência do Memorial da Justiça do Trabalho para prédio na Praça Anthenor Navarro, onde teve início a Justiça do Trabalho em nosso Estado; a inauguração da Área de Integração Cultural no Fórum Ireneo Joffilly; e a realização do X Concurso Público para Provimento de Cargos de Juiz do Trabalho Substituto .

Em 1998, é firmado convênio entre o TRT, a AMATRA, a OAB e a UFPB, para que fosse ministrado, nas dependências do Tribunal, o Curso de Especialização em Direito do Trabalho, coordenado pelo Professor Doutor Manoel Alexandre Belo, no período de 08/09/98 a 14/12/1999.

Ainda em 1998, é disponibilizada, em definitivo, a página do TRT na Internet. Foi criado, ainda, o serviço Disque-Processo para consulta dos jurisdicionados.

Com a aposentadoria do Juiz Geraldo Teixeira de Carvalho, é nomeada Juíza Togada da Corte Ana Maria Ferreira Madruga, então titular da 4ª JCJ da Capital, em 07/04/1998.

Em 1999, o Juiz Ruy Eloy encampa a luta pela manutenção da Justiça do Trabalho no país, e, em especial, pela manutenção do nosso Regional, ameaçados de extinção, segundo Projeto do Relator da Comissão Especial da Reforma do Judiciário. A sociedade paraibana ainda guarda na lembrança da marcha realizada em João Pessoa em defesa do Tribunal, que congregou centenas de pessoas, dos mais variados segmentos, estando à frente o Juiz Presidente do Tribunal, o Presidente da Seccional da OAB local, hoje o Juiz Afrânio Melo e o Arcebispo da Paraíba, Dom Marcelo Carvalheira, dentre outras autoridades locais.

Com a aposentadoria do Juiz Paulo Pires, foi promovido o Juiz Francisco de Assis Carvalho e Silva, então titular da 5ª JCJ de João Pessoa, para Juiz Togado do TRT, em 25.10.2000. E já no dia 08 de novembro de 2000, toma posse na Presidência do Tribunal.

Em 18/12/2000, é empossado como Juiz Togado do Tribunal o Dr. Afrânio Neves de Melo, ocupando a vaga decorrente da aposentadoria do Juiz Severino Marcondes Meira, destinada ao quinto constitucional dos advogados.

Preocupado com a grave situação das dívidas trabalhistas dos municípios e do Estado, o Juiz Francisco de Assis Carvalho e Silva foi o responsável pela instalação do Juízo Auxiliar de Conciliação de Precatórios, experiência pioneira no Brasil, que serviu de modelo para outros Tribunais no país.

Também foi o responsável pela revisão e atualização do Regimento Interno e do Regulamento Geral de Secretaria do TRT.

Firmando um compromisso com a qualidade no serviço público, implantou a ferramenta de qualidade “5S”, realizando o I Encontro da Qualidade, em 05/10/2001. Implantou ainda a rede local de internet (intranet).

Na sua gestão, ainda houve mudança do Fórum Maximiano Figueiredo para o prédio da CEF, na rua Miguel Couto, Centro, nesta cidade, em 24/05/2002 .

Com o fim da representação classista, assumem como Juízes Togados do Tribunal, Ana Clara de Jesus Maroja Nóbrega, à época Titular da 3ª JCJ da Capital, em 19/06/2001, na vaga de Haroldo Coutinho de Lucena, e Edvaldo de Andrade, titular da 1ª JCJ da Capital, em 17/06/2002, na vaga de José Dionísio de Oliveira.

Ana Maria Ferreira Madruga foi a primeira mulher a assumir a Presidência do Tribunal, no dia 08 de novembro de 2002.

Seu interesse pela modernização do Tribunal, particularmente na primeira instância, foi revelado através da implantação de Sistema Unificado de Acompanhamento Processual (SUAP) por meio eletrônico, a criação do Núcleo do Processo de Qualidade e do Programa de Instrutor Interno, como também a implantação do Prêmio Aluísio Rodrigues, destinado aos servidores do Tribunal que se destacam em seus misteres, além do Projeto Sexta-feira, com palestras destinadas aos servidores dos Fóruns de João Pessoa e Campina Grande.

Foi também a responsável pela instalação da Ouvidoria do TRT, além da Agenda do Trabalhador, programa que facilita, sobremaneira, o acesso do jurisdicionado à Presidência do Tribunal.

Também na sua gestão foi instalada a 7ª Vara da Capital.

Em 23/04/2004, toma posse como Juiz Togado Paulo Américo de Andrade Maia, Titular da Vara do Trabalho de Areia, ocupando a vaga decorrente da aposentadoria do Juiz Aluísio Rodrigues.

No dia 05 de novembro de 2004, toma posse na Presidência do Tribunal, o Juiz Afrânio Neves Melo.

O eixo da nova administração passa a ser a priorização do acesso do cidadão à justiça. Nessa linha, cria-se o Projeto Conciliar, com a finalidade de compor as dívidas vencidas pelos municípios, bem como institui-se o Dia “D” da conciliação, no qual todas as unidades jurisdicionais se dedicam totalmente à conciliação dos feitos em tramitação. Estimula-se a prática da sentença líquida, bem como adota-se o sistema de pauta eletrônica, permitindo aos advogados o acompanhamento das pautas em todas as Varas espalhadas pelo Estado através da internet. Brevemente, serão instaladas mais duas Varas na Capital, duas em Campina Grande, além da Vara de Santa Rita.

Com a aposentadoria do Juiz Ruy Eloy, é empossado Juiz Togado da Corte Carlos Coelho de Miranda Freire, Titular da 7ª Vara do Trabalho de João Pessoa, em 15.08.2005.

Esse breve passeio pela história do Tribunal evidencia que o respeito e carinho que lhe devota o povo paraibano advém não só da prestimosidade com que são julgadas as causas sob sua competência, num esforço diuturno dos magistrados e servidores que compõem a Corte, mas também pelo compromisso social revelado ao longo desses anos, que fez com que o órgão sempre participasse dos eventos culturais e beneficentes voltados ao engrandecimento da população. Credencia-se assim o TRT da Paraíba para o futuro, ultrapassando os limites da composição dos conflitos individuais e coletivos, sendo um efetivo veículo da realização da verdadeira idéia de Justiça.

IMPACTO DA REESTRUTURAÇÃO PRODUTIVA NO NOVO (E PRECÁRIO) MUNDO DO TRABALHO – CRISE DO SINDICALISMO

Alessandra Danielle Carneiro dos Santos Hilário⁹¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. A questão do capital como determinante para uma nova realidade laboral; 2. A flexibilidade como instrumental do capital; 3. O toyotismo como modelo propulsor da reestruturação produtiva; 4. A captura da subjetividade operária pela lógica do capital como estratégia de coerção; 5. Conseqüências do complexo de reestruturação produtiva; 6. Crise do sindicalismo moderno e suas dimensões; 7. Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo trata da análise da ofensiva do capital, em estágio de mundialização, na organização do trabalho e da produção, explicitando a sua estratégia manipulatória conforme os interesses de lucratividade e maior produtividade. A lógica de valorização do capital e a ofensiva por ele efetivada caracteriza-se, primordialmente, pela busca de submeter a subjetividade do operário aos seus interesses, visando atingir um novo padrão de hegemonia do capital sobre a produção, principalmente e especificamente, na época da acumulação capitalista em escala mundial, em razão mesmo da globalização, além de encontrar abrigo e respaldo nas políticas neoliberais implementadas nos países capitalistas centrais e, mais especificamente, no Brasil, as quais objetivam proporcionar a desregulamentação e flexibilização das normas laborais como forma de garantir um menor dispêndio financeiro e comprometimento das empresas com os seus funcionários, e, desse modo, a redução dos direitos sociais, com o fulcro de perceber, em patamares graduais e progressivos, uma maior lucratividade na sua produção com a redução de seus custos. Os objetivos do capitalismo e a sua pressão exercida no mundo das relações de trabalho são considerados como ofensivas a esse mundo laboral, operando, progressivamente, danos e prejuízos a classe operária.

A análise da pressão do capital mundial sobre a produção e a classe operária será realizada tomando-se como base o momento predominante do complexo de reestruturação produtiva, o TOYOTISMO, que se iniciou em 1980 e, mais precisamente no Brasil, na década de 90, no Governo Collor. O Toyotismo é um modelo de gestão implementado na fábrica automobilística Toyota e que se caracterizou pela inovação e implantação de técnicas de gestão de pessoal e produção, visando aumentar a produtividade e reduzir, ao máximo, as perdas na fabricação dos produtos, como forma de garantir uma maior lucratividade da empresa.

⁹¹ Advogada e mestrandia em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba.

1 A QUESTÃO DO CAPITAL COMO DETERMINANTE PARA UMA NOVA REALIDADE LABORAL

É importante fazer um enfoque específico sobre a importância que o capital assumiu diante do novo e precário mundo do trabalho, pois, segundo Giovanni Alves⁹², as causas que debilitaram o mundo laboral e, especificamente, o sindicalismo, não têm origem apenas na luta de classes, mas, sobretudo, na provocação do capital à política sindical de esquerda e, por conseqüência, na renúncia política-ideológica do trabalho ao capital.

Desse modo, analisando a pressão e a influência do capital, conquanto considerado revolucionário constante dos meios de produção, impondo transformações nas condições produtivas, podemos enumerar alguns fatores que foram determinantes para que o capital agisse de forma manipulatória sobre a organização do trabalho, quais sejam: a reconstituição da base de valorização que se debilitou em razão da terceira revolução tecnológica, pressionando a lucratividade das corporações internacionais e da crise do welfare state, que era considerado obstáculo à usurpação capitalista; a concorrência capitalista mundial, que impulsionou, de forma vertiginosa, a busca incessante por maior lucratividade e produtividade, resultando em sérias e relevantes conseqüências para o mundo do trabalho; determinações políticas, em virtude de derrotas políticas sofridas pela classe operária nos países capitalistas centrais; políticas neoliberais, que promoveram a desregulamentação da concorrência e a liberalização comercial; e a adoção deliberada de políticas anti-sindicais.

Ainda no que concerne à influência do capital sobre todo o processo de alteração no mundo das relações do trabalho, explicitamos relevante assertiva do filósofo Claude Lefort citada por Júlio César do Prado Leite:

[...] o capitalismo atual está agindo no sentido de desmontar as conquistas sociais do Estado de Bem-Estar que vigorou em todo o mundo, mormente na Europa, nos anos 30 que se seguiram à Segunda Guerra, o que está levando a uma situação de exclusão de desfecho imprevisível. (MACCALÓZ, 1997, p. 28).⁹³

Os fatores supramencionados foram decisivos para efetivar uma forte pressão sobre a produção, surgindo a necessidade imposta pelo próprio capital, cujos agentes são as empresas, de se efetivar uma reestruturação no modelo de produção a fim de se adequar aos novos imperativos desse capital em fase global, e, desse modo, garantir a lucratividade e produtividade dessas empresas. Nesse Sentido, assevera Enoque Ribeiro dos Santos:

As empresas transnacionais e multinacionais, na verdade, têm sido os agentes ou motores do processo de globalização, no novo ciclo de expansão do capitalismo, agora sob alcance mundial... As empresas transnacionais provocaram o

⁹² ALVES, Giovanni. O Novo (e precário) Mundo do Trabalho – Reestruturação produtiva e crise do sindicalismo. São Paulo: Bomtempo, 2000. P. 18.

⁹³ MACCALÓZ, M. S. et al. Globalização, neoliberalismo e direitos sociais. Rio de Janeiro: Destaque, 1997.

embaralhamento do mapa cartográfico mundial. Elas passaram a alterar a cartografia geopolítica do globo, provocando tensões, ansiedades, rupturas, desigualdades nos e regiões e povos afetados, bem como oportunidades, alianças, crianças de blocos, etc.⁹⁴

Surge, então, um novo complexo de reestruturação produtiva, cujo momento predominante é o Toyotismo, cujo modelo se compunha das tecnologias mais modernas e de políticas e técnicas de envolvimento do operário com a empresa e a produção, visando uma intensificação da produtividade e lucratividade, além de se caracterizar pela busca de uma produção enxuta.

Através desse modelo, permitiu se atingir um novo patamar de acumulação capitalista, de forma flexível, dadas as alterações que promove na classe dos trabalhadores, em escala planetária, do qual foram e são protagonistas as corporações transnacionais, por serem consideradas as agentes do capital e condutoras do complexo de reestruturação produtiva. Toda essa conjuntura, estabeleceu uma nova dimensão de poder do capital sobre o trabalho assalariado, submetendo-o aos seus interesses e princípios, resultando na debilitação do mundo do trabalho, com a flexibilidade nas relações de trabalho em razão da sanha de valorização do capital, gerando uma conjuntura de insegurança nos contratos de trabalho (emprego, renda, etc.) e na representação como novas formas de exclusão social.

2 A FLEXIBILIDADE COMO INSTRUMENTAL DO CAPITAL

A flexibilidade é tema bastante discutido na atualidade, principalmente, no contexto que estamos vivenciando, a globalização. É concebido como instrumento utilizado pelo capitalismo e globalização para efetivar a maleabilidade ou desregulamentação jus-trabalhista, com o fulcro maior de proporcionar que as negociações concernentes aos contratos de trabalho se restrinjam entre empregadores e empregados ou seus sindicatos, e, desse modo, excluir, paulatinamente, o Estado da disciplina, fiscalização e proteção dos direitos sociais dos trabalhadores sob o pseudo argumento de conservação ou manutenção da relação empregatícia como direito maior a tutelar, desviando de foco o real interesse de implementar um maior descomprometimento sócio-financeiro da empresa com os seus funcionários, garantindo, nesse ensejo, lucratividade crescente.

Nessa vertente, o neoliberalismo vem como mola propulsora desse novo anseio de modelo, já que prega um estado não intervencionista, mas abstencionista, que outorga o poder de negociação, principalmente na área dos contratos laborais, às suas partes. Entretanto, não se pode deixar de mensurar que a flexibilidade atinge, como dito, vários setores dos contratos de trabalho, porém, no que concerne à economia formal, ou seja, às relações de trabalho estabelecidas formalmente. Contudo, quanto às relações de trabalho que circunscrevem o mundo da economia informal, é importante, destacar, que essas não têm limitações à amplitude da flexibilidade, já que se tratam de subempregos,

⁹⁴ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O Direito do Trabalho e o Desemprego. São Paulo, LTr, 1999. P. 75-76.

nos quais a insegurança laboral é bem superior, e a parte hipossuficiente busca, mais veementemente, a manutenção do vínculo empregatício, já que se insere às margens dos contratos laborais formais.

A flexibilidade se circunscreve sobre os mais variados setores. No que concerne às funções, a flexibilidade demanda a variação do trabalho, fluidez das funções, mobilidade e versatilidade do trabalhador em todos os sentidos. Quanto à intensidade de trabalho, há a diminuição da jornada de trabalho, entretanto o aumento impositivo da produtividade, intensificação da produção em curto espaço de tempo, através da exploração da mão-de-obra.

Referente à flexibilidade como estratégia de acumulação de capital, ela se dá em duas dimensões: quanto à legislação, o aspecto de discussão é a flexibilidade nos contratos de trabalho, como variação de emprego, volume, salários, horários, local de realização do trabalho, etc.; quanto à regulamentação interna, diz respeito à representação sindical interna e sistemas de remuneração e recompensas.

Ainda nessa vertente, é de bom alvitre ressaltar que os termos flexibilidade e desregulamentação têm sido empregados como se sinônimos fossem, entretanto guardam diferentes sentidos e significados entre si, pelo que passamos a evidenciar sua diferenciação básica citada por Rogério Magnus Varela Gonçalves:

Com efeito, desregular mais se amolda à retirada da normatização estatal no que toca ao disciplinamento do contrato de trabalho, ou seja, seria a abstenção do Estado no que tange ao regramento das relações jurídico-laborais.

Voltar-se-ia no tempo e seria permitido o ajuste direto entre empregado e empregado. Sim, o Estado não mais teria a função de ditar os comandos jurídicos cogentes, caracterizados pela imperatividade absoluta e pela impossibilidade de sua revogação pela vontade dos particulares.

Flexibilizar, por seu turno, seria quebrar a rigidez da norma trabalhista. Seria um abrandamento do princípio protetivo do Direito do Trabalho, que é posto em favor dos hipossuficientes da relação de emprego, tudo com vistas a permitir que a legislação trabalhista não venha a impedir uma adequação do trato empregatício às vicissitudes sociais e econômicas.⁹⁵

3 O TOYOTISMO COMO MODELO PROPULSOR DA REESTRUTURAÇÃO PRODUTIVA

O Toyotismo é o modelo de gestão de produção criado na fábrica Toyota, na década de 80, que incorporou em sua ideologia a gestão pelo controle de estoque, sistemas de qualidade total, entre outros mecanismos de racionalização do trabalho, como forma de adequar a empresa aos novos ditames de uma economia globalizada e mundializada, cujos imperativos são altas lucratividade e concorrência. Nesse sentido, o Toyotismo é considerado poder ideológico e estruturante através de suas técnicas e

⁹⁵ GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. Direito Constitucional do Trabalho: aspectos controversos da automatização. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 67.

métodos de gestão da produção, e, portanto, tido como o momento predominante da reestruturação produtiva no contexto da economia em escala mundial, conforme transcrito:

[...] o toyotismo conseguiu alcançar um poder ideológico estruturante considerável, passando a representar o ‘momento predominante do complexo de reestruturação produtiva [...]. Assumiu, a partir daí, a posição de objetivação universal da categoria da flexibilidade, tornado-se valor universal para o capital em processo.⁹⁶

O Toyotismo, enquanto modelo de gestão de produção, tem o objetivo de incrementar a acumulação de capital por meio da intensificação da produtividade do trabalho, através da captura da subjetividade operária, como forma de manipular o consentimento operário e de romper a resistência laboral à valorização do capital. Esse modelo é adequado, sob a mundialização do capital, à base técnica do capitalismo com novas tecnologias microeletrônicas e nova estrutura de concorrência, além de agregar forte e relevante valor universal para o capital, em razão das próprias exigências desse no contexto global e da concorrência, bem como pelo fato de ter-se expandido em razão da fragmentação sistêmica, através das empresas-redes. Aliadas a essas razões, o valor que os princípios e práticas do toyotismo assumiram para o capital, como via de racionalização do trabalho adequada ao capital mundial, sendo adotados por várias corporações transnacionais em diversos países, inclusive o Brasil, assim como a possibilidade de fabricar produtos variados e diferenciados, sem a economia de escala e de padronização. A adequação à nova base técnica do capitalismo – a 3ª revolução industrial com o uso de tecnologia microeletrônica – exigiu novo e maior envolvimento e disposição do operário em cooperar com a produção, por isso a introdução de nova forma de gestão da força de trabalho através da administração participativa – sindicalismo de participação, programas de qualidade total, entre outros.

4 A CAPTURA DA SUBJETIVIDADE OPERÁRIA PELA LÓGICA DO CAPITAL COMO ESTRATÉGIA DE COERÇÃO

No que se refere à relação que se estabelece entre o capitalismo e o operário, nessa fase de novo modelo de gestão da força de trabalho, e, portanto, de reestruturação produtiva, o toyotismo instaura um novo domínio do capital no que se refere à efetivação da imperatividade capitalista com o consentimento operário.⁹⁷

Essa captura da subjetividade operária não foi uma novidade implementada pelo toyotismo, pois o taylorismo-fordismo foram considerados os pioneiros na consecução da articulação entre coerção do capitalismo e consentimento operário, operando a submissão operária à lógica do capital, através do uso da força, pela tentativa de destruição do sindicalismo, e da persuasão, com oferecimento de incentivos como altos salários, benefícios sociais, etc. Entretanto, essa tentativa de submeter a subjetividade operária à lógica de produção pelo taylorismo-fordismo foi realizada de maneira formal, ou seja, foi efetivada, porém de maneira menos agressiva e que não

⁹⁶ Idem Ibidem n.2, p. 29.

⁹⁷ Idem Ibidem n. 2, p. 39.

envolvia a profundidade de mecanismos psicológicos de envolvimento e comprometimento do operário com a empresa e sua produção, o que o toyotismo buscou e busca implementar em seu modelo de gestão.⁹⁸

5 CONSEQUÊNCIAS DO COMPLEXO DE REESTRUTURAÇÃO PRODUTIVA

O complexo de reestruturação produtiva operou e impulsionou a diminuição da classe operária industrial clássica, vinculada a velhas indústrias, no centro do complexo de produção de mercadorias, tendendo a ocultar a sua expansão periférica, ou seja, nas unidades de subcontratação e de serviços.

Várias são as causas que ensejaram esse decréscimo na classe operária do centro industrial, as quais especificamos a seguir: a) a economia do trabalho vivo (produção enxuta), pois a diminuição da classe operária industrial clássica no centro do complexo produtivo tem sua razão no predomínio da lógica da produção enxuta, através da qual se eliminavam os excessos, inclusive de pessoal.

Além desse fator, temos: b) a desindustrialização de importantes países capitalistas decorrente da realocação industrial, pela qual as indústrias tradicionais mudaram-se para países do terceiro mundo, como é exemplo a têxtil, calçados, etc., em razão de mão-de-obra barata e de inexistência de sindicato de tradição. Isso fez reduzir a classe operária tradicional.⁹⁹

Desse modo, como resultado desse processo de realocação industrial, surge: c) um novo proletariado industrial. Desenvolveram-se novas indústrias nos países capitalistas centrais que possuíam novo perfil da classe operária industrial, reduzida, qualificada e polivalente e parte de um estatuto salarial e contrato de trabalho precários. Esse processo de redução classe operária industrial também ocorre no terceiro mundo, especificamente o Brasil, terceiro mundo industrializado, com a tendência de adoção do toyotismo. À medida que o proletariado industrial se reduz, assume nova forma adequada e adaptada à nova realidade do complexo produtivo cujo capital domina.

Houve uma diferenciação entre o novo proletariado e a antiga classe, ocorrendo, ainda, alterações no trabalho industrial, que se traduzem na diferença de estatutos, salários e condições dos interesses imediatos dos operários que produzem forte impacto sobre a consciência de classe. Ocorre, a partir daí, uma cisão na estrutura da classe, dividindo-a entre núcleo produtivo e demais operários industriais. O Núcleo produtivo é composto por operários polivalentes, com capacidade de autonomia, de iniciativa e de renovação contínua de seus conhecimentos. O trabalho tende a ser mais intelectualizado e menos manual. Os demais operários industriais compõem o subproletariado tardio, que ocupam a periferia da produção, em sua maioria, com empregos precários, temporários e com níveis de salários inferiores.

Outra consequência desse complexo de reestruturação produtiva foi a constituição de empresas-redes, processo de fragmentação sistêmica das corporações

⁹⁸ Idem Ibidem n. 2, p. 40.

⁹⁹ Idem Ibidem n. 2, p. 68.

transnacionais, que operou grandes e fortes impactos sobre a estrutura de classe, gerando a sua fragmentação. Essa fragmentação tem dois aspectos sociais: o desemprego estrutural e a subproletarização tardia.

No que concerne ao desemprego estrutural, várias são as razões apontadas como ensejadoras desse fato, quais sejam: a) a alteração conceitual de categoria de população excedentes, que assim não é mais considerada e sim excluída, pelos índices de desempregados e subproletariados em razão da impossibilidade de sua inserção na nova ordem capitalista; b) o crescimento de produção em oposição ao desemprego, pois o complexo de reestruturação produtiva ocasionou o crescimento vertiginoso da produção industrial, entretanto sem o incremento do emprego, em razão da crescente introdução de novas tecnologias microeletrônicas e novos padrões de organização do trabalho que tendem a ser incapazes de absorver os trabalhadores assalariados a procura de emprego. A redução do emprego é vista como rentável para empresa; c) as políticas neoliberais, através dos princípios da desregulamentação e da liberação comercial, tendem a acentuar as desigualdades sociais, demonstrando que o emprego é também um problema político e não só econômico; d) surge um novo patamar de exclusão social composto não só pelos desempregados, mas pelos subproletariados tardios com empregos precários, salários inferiores e insegurança na relação laboral.

A subproletarização tardia surge não apenas em setores tradicionais da indústria e serviços, mas em setores modernos da produção capitalista. Constitui-se por trabalhadores assalariados em tempo parcial, temporários e subcontratados, seja na indústria ou nos serviços interiores ou exteriores. Sua maior característica é a informalização nas relações de trabalho. Ainda nessa vertente, a subproletarização tardia é considerada como um aspecto dissimulado da nova exclusão social.

De maneira análoga ao que ocorre com a questão do desemprego estrutural, a subproletarização tardia também pode ser considerada, entre outros fatores, sendo esse um dos mais relevantes, como um resultado do processo de globalização, que foi responsável, como mencionado pela instauração e propagação do complexo de reestruturação produtiva com tecnologias modernas e baseado na lógica de economia de custos e busca por uma fábrica enxuta para se posicionar em um mercado internacional, sem barreiras, e por isso, extremamente competitivo. Aqueles que não se adaptaram a esse novo modelo de gestão da produção e da força de trabalho, foram descartados, passando a integrar a economia informal, sem contratos regulares de trabalho, em busca de sua sobrevivência.¹⁰⁰

6 CRISE DO SINDICALISMO MODERNO E SUAS DIMENSÕES

O Complexo de reestruturação produtiva, que fez surgir a constituição de um novo e precário mundo do trabalho sob a influência e pressão do capital global, gerou, como uma das causas principais, a debilitação estrutural do poder sindical e político da classe dos trabalhadores assalariados, ocasionando, por consequência, a crise do sindicalismo moderno.

¹⁰⁰ CORDEIRO, Wolney de Macedo. A regulamentação das relações de trabalho individuais e coletivas no âmbito do Mercosul. São Paulo: Ltr, 2000, p. 55.

Algumas causas ou razões podem ser elencadas como responsáveis pela crise e declínio do poder sindical. O novo complexo produtivo permeado pela fragmentação de classe é cada vez mais resistente às intervenções dos sindicatos tradicionais, além de, conforme já exaustivamente mencionado, instaurar uma nova manipulação e hegemonia do capital sobre a produção, promovendo a captura e submissão da subjetividade operária pelo capital, fazendo debilitar o potencial estratégico de classe e contribuindo para posturas sindicais neocorporativas de cunho apenas propositivo, representando interesses setoriais e não mais de classe, atuando em cooperação com a empresa. As negociações levadas a cabo pelos sindicatos no contexto da reestruturação produtiva, pressupõem o abandono de estratégias sindicais de classe e de críticas ao controle do capital na produção, assumindo, de modo inverso, estratégias favoráveis ao capital, conforme Wolney Cordeiro.¹⁰¹

As dimensões da crise do sindicalismo se traduzem na incapacidade dos sindicatos de “preservar o seu poder de resistência de classe à sanha de valorização, diante da nova ofensiva do capital na produção e do novo (e precário) mundo do trabalho¹⁰². São elas: dimensões socioinstitucional e político-ideológica.

A dimensão socioinstitucional da crise do sindicalismo se caracteriza pelo declínio nos índices de sindicalização e pela crise de representação de classe impulsionados pelos fatores a seguir expostos: A recessão decorrente de ajustes neoliberais levou ao corte de milhares de empregos de trabalhadores sindicalizados, levando à redução dos efetivos sindicais, bem como à limitação do poder sindical. A migração da força de trabalho dos setores industriais, decorrente da constituição de um novo (e precário) mundo do trabalho e de uma nova rígida divisão do trabalho, em que havia maior concentração sindical, para os setores de serviços, onde o sindicalismo é raro. O crescimento do subproletariado tardio e sindicalismo, que são pouco suscetíveis à sindicalização. Uma proporção crescente de mulheres na composição da força de trabalho, cujo nível de sindicalização sempre se manteve abaixo dos homens. E, ainda, a insegurança no mundo do trabalho, no emprego, na renda, na contratação e na representação, colocando os sindicatos na defensiva e enfraquecendo suas práticas reivindicativas de conflito e negociação, reduzindo, por conseguinte, os níveis de sindicalização, consoante entendimento de Giovanni Alves¹⁰³.

A dimensão político-ideológica da crise do sindicalismo se caracteriza não somente pela queda nos índices de sindicalização, mas, sobretudo, pela expansão das estratégias sindicais neocorporativas, de cunho setorial, em que se abandona a consciência de classe em detrimento de práticas sindicais direcionadas à preservação de interesses representativos da classe vinculada à atividade que desempenha.

O compromisso sindical é, nesse momento, com as regras do jogo da economia de mercado. As ações sindicais se concentram apenas nas reivindicações profissionais, negociando estritamente o preço da força de trabalho. Há, nesse contexto, uma confusão ou comunhão de interesses dos trabalhadores com os da empresa. O novo perfil dos sindicatos contribuiu para a crise dos operários e partidos socialistas, promovendo a incapacidade de ação estratégica dos sindicatos.

¹⁰¹ Idem Ibidem n. 10, p. 59.

¹⁰² Idem Ibidem n. 2, p. 85.

¹⁰³ Idem Ibidem n. 2, p. 88.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, é de se notar a grande repercussão que teve e tem a globalização no mundo laboral, conquanto inauguradora de uma nova ordem econômica, sem barreiras, caracterizada pela busca incessante pelos lucros, através das empresas transnacionais, consideradas os agentes do capital, nessa escala mundial, e fundando-se na lógica da economia de custos, cujo princípio é a eliminação de todo o supérfluo e quaisquer gastos que possam influenciar um aumento do preço do produto final e venha a embarçar o seu posicionamento no mercado competitivo internacional. A globalização também tem grande destaque, especificamente no que concerne às relações laborais, em virtude de ter sido a propagadora do complexo de reestruturação produtiva, através do toyotismo, e que incorporou, em suas diretrizes, as exigências dessa nova economia capitalista, efetivando fortes e definitivos impactos no mundo do trabalho.

Paralelamente a esses fatos e como consequência direta dos mesmos, ocorre a debilitação do poder sindical proveniente da perda gradual e substancial da consciência de classe pelos empregados, em razão da necessidade primordial de manutenção do emprego, bem como fruto dos mecanismos de comprometimento e envolvimento dos operários com as empresas, minimizando ou até eliminando os conflitos de luta de classe e efetivando uma relação de cooperação entre empregado e empregador. Essa conjuntura desencadeou a perda do poder de barganha e negociação tão duramente conquistado pelos sindicatos, levando-os a assumirem perfil diverso que antes o caracterizava, limitando a sua atuação nas reivindicações de manutenção de empregos, irredutibilidade de salários ou sua redutibilidade, esmaecendo o seu caráter de sindicatos de oposição e de contradição ao capital, atingindo a própria estrutura das entidades sindicais, significando que essa crise não teria caráter conjuntural ou de finalidade, mas estrutural, operando mudanças nas bases político-ideológicas dos sindicatos.

Diante do exposto e nesse sentido, a indagação que se faz acerca dos entes sindicais é a seguinte: qual será a tendência dos sindicatos? Os sindicatos continuarão em posição de prostração ante as investidas agressivas do capitalismo, que visa tornar, cada vez mais, domável e explorável a força de trabalho? Ou reassumirão forças e serão capazes de se reestruturarem e impor um novo perfil de ação adequado à nova realidade mundial e econômica, sendo capaz de fazer frente às estratégias do capital mundial ofensivas às relações laborais e tomando uma nova direção de luta pela categoria de empregados como classe?

REFERÊNCIAS

ALVES, Giovanni. O novo (e precário) mundo do trabalho – Reestruturação produtiva e crise do sindicalismo. São Paulo: Boitempo, 2000

CATHARINO, José Martins. Neoliberalismo e Seqüela: privatização, desregulação, flexibilização, terceirização. São Paulo, LTr, 1997..

CORDEIRO, Wolney de Macedo. A Regulamentação das Relações de Trabalho Individuais e Coletivas no âmbito do Mercosul. São Paulo: LTr, 2000.
GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. Direito Constitucional do Trabalho: aspectos controversos da automatização. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

MACCALÓZ, Maria Saete... et al. Globalização, Neoliberalismo e Direitos Sociais. Rio de Janeiro: Destaque, 1997.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O Direito do Trabalho e o Desemprego. São Paulo: LTr, 1999.

A PRESCRIÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES SINDICAIS, CONFEDERATIVA E ASSISTENCIAL*

Alexandre Henrique Zangali

ÍNDICE

- 1- Introdução
- 2- Conceituação
- 3- Da Prescrição da Contribuição Sindical
- 4- Da Prescrição da Contribuição Confederativa
- 5- Da Prescrição da Contribuição Assistencial
- 6- Conclusão
- 7- Bibliografia

1- INTRODUÇÃO

O objetivo do presente estudo é examinar a prescrição das três principais receitas sindicais, quais sejam, contribuição sindical, confederativa e assistencial. O tema é abordado pela doutrina tradicional¹⁰⁴ juntamente com as fontes de manutenção das entidades sindicais.

A prescrição é um instituto que evidencia a grande importância do tempo no direito. Seu fundamento é duplo "primeiramente, é uma punição ao titular do direito à ação que não agiu no interesse do direito, cuja proteção a ordem jurídica facultou-lhe. A segunda, mais comumente citada na doutrina, consiste em assegurar a paz e a

* Extrato da Monografia de Pós-graduação intitulada "Receita Sindical".

¹⁰⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. Receita Sindical: Contribuição Sindical Compulsória e Contribuição Confederativa. Curso de Direito Coletivo do Trabalho. Estudos em Homenagem ao Ministro Orlando Teixeira da Costa. Coordenador Georgenor de Souza Franco Filho. São Paulo. LTr, 1998, pág. 135/156.

estabilidade sociais que, de outras forma, estariam seriamente comprometidas caso os sujeitos pudessem reivindicar seus direitos indefinidamente.¹⁰⁵"

O presente artigo iniciará com uma breve conceituação da contribuição sindical, confederativa e assistencial para após abordar os efeitos da prescrição em cada uma delas.

2- conceituação

Neste momento, e para facilitar a compreensão do presente artigo faz-se necessário conceituar cada uma da contribuições.

A contribuição sindical é "a prestação pecuniária, compulsória, tendo por finalidade o custeio de atividades assistenciais do sindicato e outras previstas em lei."¹⁰⁶ CRETELLA JÚNIOR, define-a como "'prestação anual', devida por todos os membros da categoria, em favor do sindicato que a representa. É paga de uma só vez. Para a empregados, o seu valor é o da remuneração de um dia por ano, descontada em folha de pagamento no mês de março. Para os empregadores, é proporcional ao capital da empresa. Para os autônomos, é baseado em um salário de referência."¹⁰⁷

Consoante preceitua o inc. IV do art. 8º da Carta Magna, "a assembléia geral de cada sindicato tem o poder de fixar o valor de uma nova contribuição 'para custeio do sistema confederativo de representação respectivo'. Daí estar-se generalizando a denominação de 'contribuição confederativa'. Ela deve ser paga pelos empresários, empregados, agentes e trabalhadores autônomos, entre os quais se incluem os profissionais liberais, aos sindicatos representativos da correspondente categoria. Tratando-se de empregado, seja do setor urbano, seja do setor rural, a contribuição deve ser descontada na folha de pagamento dos salários e recolhida pelo empregador ao sindicato credor."¹⁰⁸

Por fim pode-se definir a contribuição assistencial como sendo aquela "normalmente estabelecida em convenções coletivas ou em sentenças normativas para

¹⁰⁵ ANDRADE JÚNIOR. Attila de Souza. Comentários ao Novo Código Civil. Vol. 1., Parte Geral, Rio de Janeiro, Forense, 2004, pág. 339.

¹⁰⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. Receita Sindical: Contribuição Compulsória e Contribuição Confederativa. Artigo publicado no Livro Curso de Direito Coletivo do Trabalho. Estudos em Homenagem ao Ministro Orlando Teixeira da Costa. *Op. Cit.*, página 144.

¹⁰⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários a Constituição de 1988, Vol. II, Rio de Janeiro e São Paulo. Forense Universitária, 3ª Ed. 1998, página 1053.

¹⁰⁸ SÜSSEKIND, Arnaldo. Instituições de Direito do Trabalho. Direito Constitucional do Trabalho. 2ª Ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, Pág. 1146.

fins educativos, para fins assistenciais, colônias de férias, ambulatórios, hospitais e obras semelhantes.^{109,110}

3- DA PRESCRIÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL

" Para todas as coisa há uma estação.

Para todos propósitos debaixo do céu há um tempo:

Tempo de nascer e tempo de morrer

Tempo de plantar e tempo de colher

.....

Tempo de calar e tempo de falar."

A preocupação do homem a respeito do tempo sempre existiu, como nos lembra a passagem acima citada de um dos livros da Bíblia Sagrada, o Eclesiastes¹¹¹.

Originariamente, praescriptio (literalmente: escrito – scriptio; antes – prae) é o que se escreve antes, uma parte da 'formula' que se antepõe à mesma para limitar-lhe o conteúdo, quer a favor do demandante, quer do demandado, como ensinava Gaius, Inst., IV, §§ 130 e ss. Praescriptiones autem appellatas esse ab eo quod ante formulas praescribuntur, plus quam manifestum est (§ 132)¹¹².

Ensina JOSÉ LUIZ FERREIRA PRUNES que o estudo "voltado para prescrição no Direito do Trabalho, parte-se do pressuposto que se tenha conhecimento de seu conceito geral aplicável a qualquer campo jurídico, notadamente no Direito Civil. Mas assim mesmo são indispensáveis algumas considerações, impondo-se a citação de Carvalho Santos ("Código Civil Brasileiro Interpretado", Rio, Freitas Bastos, 1937, 2ª

¹⁰⁹ BATALHA, Wilson de Souza Campos. Sindicatos, Sindicalismo. *Op. Cit.* Pág. 134.

¹¹⁰ A presente diferenciação também é observada na jurisprudência conforme pode ser observado no arresto a seguir transcrito:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRIBUIÇÕES DESTINADAS AO CUSTEIO DE SINDICATOS. EXIGIBILIDADE. 1. A Contribuição assistencial visa a custear as atividades assistenciais dos sindicatos, principalmente no curso de negociações coletivas. A contribuição confederativa destina-se ao financiamento do sistema confederativo de representação sindical patronal ou obreira. Destas, somente a segunda encontra previsão na Constituição Federal (art. 8º, IV), que confere à assembléia geral a atribuição para criá-la. Este dispositivo constitucional garantiu a sobrevivência da contribuição sindical, prevista na CLT. 2. Questão pacífica nesta Corte, no sentido de que somente a contribuição sindical prevista na CLT, por ter caráter parafiscal, é exigível de toda a categoria independentemente de filiação. 3. ... (STF. 2ª T. REExt. 224.885-RS – Rel. Min. Ellen Gracie, DJ. 06/08/2004)."

¹¹¹ COSTA NEVES, José Carlos de Souza. Decadência e Prescrição. Curso de Direito Tributário. Coord. Ives Granda da Silva Martins. 7ª Ed. Saraiva, São Paulo, 2000, pág. 189.

¹¹² BATALHA, Wilson de Souza Campos e RODRIGUES NETTO, Sílvia M. L. Batalha de. Prescrição e Decadência no Direito do Trabalho. 2ª Ed. São Paulo, LTr. 1998, pág. 31.

ed., vol. III, pág. 371) quando em sua clássica obra afirma: (...) "Tal prescrição pode definir-se como sendo um modo de extinguir os direitos pela perda da ação que os assegurava, devido à inércia do credor durante um decurso de tempo determinado pela lei e que só produz seus efeitos, em regra, quando invocada por quem dela se aproveita."¹¹³

A prescrição atinge a ação por consequência o direito que não pode mais ser exercido, restando ineficaz.

PONTES DE MIRANDA conceitua prescrição como "fatos de nascimento, ou terminação, ou desvirtuamento dos direitos, pretensões, ou ações, devido à continuação de exercício ou ao não exercício continuado. Daí distinguem-se, então, a prescrição aquisitiva¹¹⁴ e a extintiva."¹¹⁵

E prossegue afirmando que os "prazos prescricionais servem a paz social e a segurança jurídica. Não destroem o direito, que é; não cancelam, não apagam as pretensões; apenas, encobrimo a eficácia da pretensão, atendem à conveniência de que não perdue por demasiado tempo a exigibilidade ou a acionabilidade."¹¹⁶

Por fim, reconhece que a "prescrição não atinge, de 'regra', somente a ação; atinge a pretensão, cobrindo a eficácia da pretensão e, pois, do direito, quer quanto à ação, quer quanto ao exercício do direito mediante cobrança direta (aliter, alegação de compensação, que depois estudaremos), ou outra manifestação pretensional."¹¹⁷

Quatro são os requisitos necessários para a existência da prescrição extintiva: "a) a existência de ação exercitável; b) a inércia do titular da ação pelo seu não exercício; c) a continuidade dessa inércia por certo tempo; d) ausência de fato ou ato impeditivo, suspensivo ou interruptivo do curso da prescrição."¹¹⁸

Quanto a decadência (também chamada de caducidade) pode ser conceituada como a perda da possibilidade de obter uma vantagem jurídica e garanti-la judicialmente, em face do não exercício oportuno da correspondente faculdade de obtenção¹¹⁹. Roberto de ruggiero observa que, na caducidade, não se trata de um direito que se extingue com o decurso do tempo, mas impede-se a aquisição do direito pelo

¹¹³ PRUNES, José Luiz Ferreira. Tratado Sobre a Prescrição e a Decadência no Direito do Trabalho. São Paulo, LTr. 1998, pág. 11.

¹¹⁴ A prescrição aquisitiva tem relevância nos estudos dos direitos reais sendo prescindível seu estudo no âmbito deste trabalho.

¹¹⁵ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Tomo 6. São Paulo, Bookseller, pág. 133.

¹¹⁶ *Idem.* Pág. 136.

¹¹⁷ *Idem.* Pág. 137.

¹¹⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Parte geral. São Paulo, Atlas Jurídico, 2004, pág. 634.

¹¹⁹ Cf. DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. *Op. Cit.* pág. 245.

transcurso inútil do tempo; ou, melhor ainda, a pretensão, a cujo exercício se prefixa um termo, nasce originariamente com esta limitação de tempo, de modo que não pode ser feita valer quando haja transcorrido; na prescrição, o direito nasce com duração indefinida e só se perde quando haja negligência em usá-lo¹²⁰.

Existem as "caducidades com culpa, que se prendem ao ilícito *latu sensu*, e as sem culpa que são espécies dos atos-fatos jurídicos, há as caducidades de conteúdo, atos jurídicos *stricto sensu*, como o perdão, que é, conforme veremos, 'relicção', à semelhança do abandono da propriedade móvel."¹²¹

Distingue-se a prescrição da decadência, sendo a primeira "o direito é uma faculdade de agir atribuída ao titular, a ação é o meio judicial de proteção a esta mesma faculdade, sempre que violada ou ameaçada. Logo, se o prazo estabelecido é para a faculdade de agir, subordinando-a à condição de exercício dentro de determinado lapso de tempo, esse prazo é de decadência; mas se o prazo estabelecido se refere ao exercício da ação, uma vez ofendido o direito, esse prazo é de prescrição. A decadência extingue o direito diretamente, antes que haja se exteriorizado ou adquirido uma existência real; enquanto a prescrição só o extingue indiretamente, pela extinção da ação, depois de exteriorizada a realmente existente, mas atacada por qualquer violação. No primeiro caso, o direito não chega a ser e que contra ele surja obstáculo superveniente, que a ação tem por fim afastar, para reintegrá-lo em sua existência normal"¹²².

Conforme determina o artigo 606 da CLT¹²³, cabe as entidades sindicais de primeiro grau promover a cobrança judicial via ação executiva da contribuição sindical, valendo como título de dívida a certidão expedida pelas autoridades regionais do Ministério do Trabalho e Emprego. O § 2º do supra citado artigo defere aos sindicatos quando da cobrança da contribuição os mesmos privilégios gozados pela Fazenda Pública, nos termos da Lei nº 6.830/80, com exceção que não há foro especial.

¹²⁰ RUGGIERO, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*, Trad. Serrano Suñer & Santa Cruz Teijeiro, tomo I, p. 339.

¹²¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 2, São Paulo, Bookseller, pág. 443.

¹²² MORAES FILHO, Evaristo. *Apud*. PRUNES, José Luiz Ferreira. *Tratado Sobre a Prescrição e a Decadência no Direito do Trabalho*. *Op. Cit.* Pág. 77.

¹²³ "Art. 606. CLT. Às entidades sindicais cabe, em caso de falta de pagamento da contribuição sindical, promover a respectiva cobrança judicial, mediante ação executiva, valendo como título de dívida a certidão expedida pelas autoridades regionais do Ministério do Trabalho. (Redação dada ao caput pelo Decreto-Lei nº 925, de 10.10.69)

§ 1º O Ministério do Trabalho baixará as instruções regulando a expedição das certidões a que se refere o presente artigo, das quais deverá constar a individualização do contribuinte, a indicação do débito e a designação da entidade a favor da qual é recolhida a importância da contribuição sindical, de acordo com o respectivo enquadramento sindical.

§ 2º Para os fins da cobrança judicial da contribuição sindical são extensivos às entidades sindicais, com exceção do foro especial, os privilégios da Fazenda Pública, para cobrança da dívida ativa. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 925, de 10.10.59)."

Devido a natureza tributária do instituto os prazos de prescrição e decadência são os previstos no Código Tributário Nacional, ou seja, é de 5 (cinco) anos para constituição do crédito, como prevê o art. 173 do CTN¹²⁴ e de 5 (cinco) anos para ser cobrada a contribuição, conforme art. 174 do CTN¹²⁵.

4- DA PRESCRIÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO CONFEDERATIVA

Sob a égide do Código Civil de 1916, lecionava SÉRGIO PINTO MARTINS, que "o prazo para a cobrança da contribuição confederativa é o estabelecido no Código Civil para questões de natureza privada, ou seja, de vinte anos, pois se trata de uma ação entre pessoas, como determina o artigo 177 da referida norma, não envolvendo coisas, pois do contrário seria de dez ou quinze anos, dependendo do caso. Dessa forma, o prazo de prescrição para cobrança da contribuição confederativa é o pertinente à regra geral, correspondente, portanto, a vinte anos, pois as demais regras do Código Civil sobre prescrição contemplam hipóteses específicas. O próprio artigo 179 do mesmo diploma legal estabelece que 'os casos de prescrição não previstos neste Código serão regulados, quanto ao prazo, pelo art. 177'. Isso quer dizer que se inexistente prazo específico de prescrição no artigo 178, do Código Civil para determinado instituto, como ocorre no caso vertente, o prazo é o geral do art. 177 da mesma norma. Pode-se concluir, também, que não há prazo de decadência para a constituição do crédito relativo à contribuição confederativa, por não haver previsão nesse sentido na lei, apenas existindo prazo de prescrição. Por ter natureza privada a contribuição confederativa, há somente o prazo de prescrição de vinte anos para cobrar a contribuição não recolhida, inexistindo um prazo para a constituição do crédito e outro para cobrança, apenas um para a cobrança. Assim, o sindicato ter apenas um prazo de vinte anos a contar da data em que a contribuição poderia ser exigida, isto é, do não pagamento na data oportuna, para ajuizar a competente ação de cobrança.¹²⁶"

¹²⁴ "Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento."

¹²⁵ "Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva."

¹²⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. *Contribuição Confederativa. Op. Cit.* Pág. 189/190.

Com o advento do novo Código Civil em 10 de janeiro de 2002, os prazos prescricionais foram reduzidos pela incidência do novo art. 205¹²⁷, onde fixa prazo geral de 10 (dez) anos para cobrança da contribuição devida.

Neste momento importante fazer algumas digressões sobre a prescrição e o direito intertemporal.

A prescrição iniciada e terminada sob a vigência de uma mesma lei sujeita-se apenas a ela. São imunes a qualquer efeito modificativo advindo da nova lei¹²⁸.

Não se pode resolver pelo "direito adquirido o conflito intertemporal de leis quando o prazo de prescrição não se completou sob o império da lei anterior e a inovação da norma superveniente resultou em redução ou ampliação do referido prazo. Não se pode impor a continuidade da regência da lei anterior, porque o curso de prazo inacabado não corresponde a direito adquirido nem a situação jurídica consolidada. Enquanto não se aperfeiçoa a prescrição, a parte que dela irá se beneficiar tem apenas uma esperança ou uma simples expectativa, tanto que a mera quebra da inércia pelo credor tem a força de eliminar, por completo, o prazo transcorrido de forma incompleta."¹²⁹

A dificuldade aumenta quanto parte do prazo prescricional se passaram sob regimes de leis diversas.

PAUL ROUBIER sintetiza os efeitos da lei nova sobre o prazo prescricional em curso: "a) no caso de a lei nova ampliar o prazo para prescrever, a prescrição deve continuar até que o prazo se consume, computando naturalmente o tempo ocorrido sob a lei anterior. Se a lei nova poderia obstar à prescrição, pode com maior razão alongá-la; dá-se, simplesmente, a continuação do prazo iniciado ao tempo da lei velha, fazendo-o atingir o limite ampliado pela lei nova; b) no caso de a lei nova abreviar o prazo para prescrever, a nova disposição não poderá ser aplicada imediatamente ao prazo em curso, sem o risco de ser retroativa; com efeito, o novo prazo poderia já ter-se completado sob a lei anterior. Por isso, começa-se a contar o prazo novo (reduzido) a partir da data de

¹²⁷ Art. 205. CCB. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

¹²⁸ Neste sentido a jurisprudência a seguir:

"Se a prescrição se consumou anteriormente à entrada em vigor da nova Constituição, é ela regida pela lei do tempo em que ocorreu, pois, como salientado no despacho agravado, 'não há que se confundir eficácia imediata da Constituição a efeitos futuros de fatos passados com a aplicação dela a fato passado'. A Constituição só alcança os fatos consumados no passado quando expressamente o declara, o que não ocorre com referência à prescrição (STF, 1ª T., Ag. Em AI 139.004-3/MG, Rel. Min. Moreira Alves, Ac. de 04.08.1995, DJU 02.02.1996, P. 853)."

¹²⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Comentários ao Novo Código Civil, volume 3. T. 2. Rio de Janeiro, Forense, 2003, pág. 297.

vigência da lei nova. Todavia, sua fluência será adicionada ao tempo transcorrido durante a lei anterior e a soma não poderá ultrapassar o prazo maior, ou seja, aquele estipulado pela lei revogada. O prazo novo (menor) será interrompido no momento em que sua soma com o lapso anterior completar o tempo previsto na lei revogada. Somente correrá todo o prazo previsto na lei nova quando o seu termo se der antes de perfazer o tempo da lei velha; c) as alterações que a lei nova introduz acerca do início do prazo prescricional ou de seu termo final devem ser entendidas como ampliação ou redução da prescrição, pois é o que de fato provocam. Assim, o prazo inovado deverá ser aplicado da mesma forma prevista para as hipóteses cogitadas nas letras "a" e "b" supra; d) as causas de interrupção ou suspensão regulam-se pelas leis do momento em que se verificam; se são criadas pela lei nova, não retroagem e só interferem no prazo em curso a partir da vigência da nova regra.¹³⁰"

A regra de transição prevista no artigo 2.028¹³¹, apresenta uma 'postura' prático-normativa ao "estabelecer uma continuidade entre o momento passado e o presente, determinando condições ao cômputo do tempo para a configuração da prescrição (extintiva ou aquisitiva), e da decadência. Com o escopo de evitar conflitos ou lesões que poderão emergir do novo Código em confronto com o de 1916, esta norma intertemporal sub examine, procura, portanto, conciliar o novel diploma legal com relações relativas a prazos já definidas pelo Código Civil de 1916.¹³²"

Quanto ao "encurtamento do prazo, a regra transitória do Código de 2002 manda conservar o regime da lei revogada, sempre que ao tempo da entrada em vigor da lei atual já houver transcorrido mais da metade do tempo previsto na regra antiga. Para os casos em que houver transcorrido menos da metade do prazo da lei antiga, dar-se-á, normalmente, a submissão ao prazo novo a partir da vigência do atual Código.¹³³"

E prossegue, agora afirmando que os "dois regimes de adaptação de prazo em curso deverão ser observados, conforme a dimensão do tempo transcorrido na vigência da lei antiga, ou seja: (...) a) Se o prazo da lei velha já tiver sido consumado em mais da metade, continuará sob o comando da lei de seu início até o tempo nela estipulado. A lei nova não lhe será aplicada. (...) b) Se apenas uma porção igual ou inferior à metade tiver se passado, ao entrar em vigor o novo Código, passará a ser aplicado o prazo reduzido instituído pela disposição atual.¹³⁴"

5- DA PRESCRIÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL

¹³⁰ ROUDIER, Paul. "apud" THEODORO JÚNIOR, Humberto. Comentários ao Novo Código Civil. *Op. Cit.* Págs. 299 e 300.

¹³¹ "Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada."

¹³² DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. 9ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2003, pág. 1368/1369.

¹³³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Comentários ao Novo Código Civil. *Op. Cit.* Pág. 300.

¹³⁴ *Idem.* pág. 301.

Diverge a jurisprudência quanto a norma legal regulamentadora da prescrição da contribuição assistencial. A corrente jurisprudencial capitaneada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região afirma ser aplicável as regras do Código Civil (artigos 177 a 179 do Código Civil de 1916, e caput do art. 205 do atual Código Civil). O argumento principal seria de que a cobrança de dita contribuição não constitui crédito de natureza trabalhista, ainda que tenha origem na existência de trabalho subordinado¹³⁵.

Neste caso a prescrição da contribuição assistencial se daria da mesma forma do que a prevista para a confederativa, inclusive quanto as regras de transição.

Contudo o Tribunal Superior do Trabalho decidiu que a prescrição incidente sobre a contribuição assistencial é aquela prevista no art. 7º inciso XXIX da Constituição Federal e não a prevista no Código Civil pois o empregador é "mero repassador da parcela, que é descontada do salário dos empregados. Tem-se, portanto, que a sua exigibilidade está intimamente ligada ao próprio desenrolar da relação empregatícia, o que lhe atribui inequívoca natureza trabalhista e atrai aplicação do prazo prescricional previsto no artigo 7º, XXIX, da Constituição"¹³⁶.

¹³⁵ EMENTA: DA PRESCRIÇÃO. Ação de cumprimento. Demanda que versa sobre a existência ou não de crédito de entidade sindical perante o empregador. Inaplicabilidade do art. 7º, XXIX, da Constituição Federal. Caso em que es afasta o comando de extinção do feito com julgamento de mérito e se determina o retorno dos autos à instância de origem para exame da matéria de fundo objeto da presente ação (incidência do parágrafo 2º do artigo 515 do CPC). Recurso provido. TRT 4ª R. RO, Proc. N. 00589-2003-511-04-00-0, Rel. CARMEN GONZALEZ, DOE. 27/09/2004.

No mesmo sentido:

EMENTA: CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL. PRESCRIÇÃO. O recolhimento de contribuição assistencial postulado pelo sindicato representativo dos trabalhadores tem nítida natureza civil, o que implica na consideração dos prazos prescricionais previstos na legislação civil, e não daqueles previstos no art. 7º, XXIX, da CF e no art. 11 da CLT, que regulam os prazos prescricionais para as ações em face de créditos resultantes da relação de emprego. TRT 4ª R., RO. Proc. N. 01214-2002-251-04-00-0, Rel. MILTON VARELA DUTRA, DOE 29/03/2004.

¹³⁶ EMENTA: AÇÃO DE CUMPRIMENTO - SINDICATO - CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL - PRESCRIÇÃO. A contribuição assistencial prevista em acordo coletivo, convenção coletiva ou sentença normativa, tem como destinatária a categoria profissional representada pelo sindicato. O empregador, por sua vez, é mero repassador da parcela, que é descontada do salário dos empregados. Tem-se, portanto, que a sua exigibilidade está intimamente ligada ao próprio desenrolar da relação empregatícia, o que lhe atribui inequívoca natureza trabalhista e atrai aplicação do prazo prescricional previsto no artigo 7º, XXIX, da Constituição. Registre-se, por outro lado, que a contribuição assistencial encontra-se inclusa no rol dos direitos sociais (CF, art. 8º, IV), de modo que, por mais este fundamento, é de ser afastada a aplicabilidade da prescrição prevista no Direito Civil. Recurso de embargos provido. SÍNTESE: Tema(s) abordado(s) no acórdão: I - Preliminar de nulidade do acórdão da turma por negativa de prestação jurisdicional. - Preliminar não conhecida. II - Admissibilidade - recurso de embargos - admissibilidade do recurso de revista - violação do artigo 896 da CLT - ação de cumprimento - cláusula normativa - contribuição assistencial - prescrição. - Conhecido por violação dos artigos 896 da CLT e 7º, inciso XXIX, da CF/1988. - Mérito - embargos acolhidos. III - Admissibilidade - recurso de embargos - admissibilidade do recurso de revista - violação do artigo 896 da CLT - competência da Justiça do Trabalho - ação de cumprimento - cláusula normativa - contribuição assistencial. - Embargos não conhecidos. IV - Admissibilidade - recurso de embargos - admissibilidade do recurso de revista - violação do artigo 896 da CLT - ação de cumprimento - cláusula normativa - contribuição confederativa -

6- CONCLUSÃO

O Presente estudo teve sua preocupação voltada para os efeitos da prescrição sobre cada uma das três principais contribuições devidas as entidades sindicais.

A contribuição sindical, por ter natureza jurídica de tributo, sua prescrição obedece as regras de constituição e cobrança previstas no Código Tributário Nacional.

Já a prescrição da contribuição confederativa segue as diretrizes traçadas pelo direito civil comum.

Quanto a contribuição assistencial existe séria divergência quanto a norma jurídica regulamentadora da prescrição. A primeira corrente, capitaneada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região afirma ser aplicável as regras do Código Civil. Por sua vez o TST decidiu que a prescrição incidente sobre a contribuição assistencial é aquela prevista no art. 7º inciso XXIX da Constituição Federal. Contudo não há, atualmente, como por termos definitivos a discussão.

Os sindicatos, para serem realmente livres e representativos, necessitam obter autonomia financeira. Somente assim poderão fielmente defender e lutar pelos legítimos direitos dos representados, sejam eles trabalhadores ou empregadores. Contudo deverão atuar respeitando as normas e prazos estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

7- BIBLIOGRAFIA

ANDRADE JÚNIOR, Attila de Souza. Comentários ao Novo Código Civil. Vol. 1., Parte Geral, Rio de Janeiro, Forense, 2004.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. Sindicatos, Sindicalismo. 2ª Ed. São Paulo. LTr, 1994.

CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários a Constituição de 1988, Vol. II, Rio de Janeiro e São Paulo. Forense Universitária, 3ª Ed. 1998.

COSTA NEVES, José Carlos de Souza. Decadência e Prescrição. Curso de Direito Tributário. Coord. Ives Granda da Silva Martins. 7ª Ed. Saraiva, São Paulo, 2000.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo, LTr, 2002.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. 9^a Ed. São Paulo, Saraiva, 2003.

MARTINS, Sérgio Pinto. Contribuição Confederativa. São Paulo. LTr, 1996.

PRUNES, José Luiz Ferreira. Tratado Sobre a Prescrição e a Decadência no Direito do Trabalho. São Paulo, LTr, 1998.

MIRANDA, Pontes. Tratado de Direito Privado. São Paulo, Bookseller, 2000, tomos II e VI.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Instituições de Direito do Trabalho. Direito Constitucional do Trabalho. 2^a Ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Comentários ao Novo Código Civil, volume 3. T. 2. Rio de Janeiro, Forense, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Parte geral. São Paulo, Atlas Jurídico, 2004.

PRERROGATIVA DOS AUDITORES-FISCAIS DO TRABALHO PARA CONSTATAÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO E SEUS EFEITOS SOCIAIS

CELSON DE BARROS FILHO

Decorridos mais de dezesseis anos da promulgação da Constituição Cidadã, que adotou os valores do trabalho e da dignidade da pessoa humana, o Brasil ainda se depara com a submissão de 25 mil pessoas a condições análogas à de escravos, segundo cálculos da Comissão Pastoral da Terra citados na apresentação do Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo (2003).

Essa chaga social tem sido sistematicamente enfrentada pela Inspeção do Trabalho com ações de um grupo móvel de auditores-fiscais do trabalho. Seus componentes são recrutados em regiões distintas de onde atua a equipe. Providência para procurar resguardar sua segurança pessoal e familiar. Suas incursões recebem escolta de força policial federal e alcançam os mais inóspitos recantos do país. Já sofreram baixas em combate. Quatro vidas foram ceifadas a tiros em Unaí (MG). Três auditores-fiscais e um motorista tombaram em serviço.

Percalços assim não arrefeceram o trabalho do grupo móvel. Seus esforços já resultaram na libertação de quase 2.000 pessoas¹³⁷, no período de 1995 a 2000, e no pagamento, somente nesse último ano, de mais de meio milhão de reais em verbas rescisórias, por parte dos tomadores dessa mão-de-obra.

Noutro vértice de seu papel a Inspeção busca assegurar um meio ambiente de trabalho sadio. Empreende ações voltadas para o cumprimento das normas de proteção à saúde e segurança obreiras. Os resultados repercutem diretamente na redução dos custos sociais e financeiros dos afastamentos, incapacitações e óbitos. Estatísticas oficiais da Previdência Social¹³⁸ informam que de 1998 a 2001 caiu quase pela metade a incidência de doenças ocupacionais (- 42,7%), a taxa de mortalidade diminuiu 38,67% e o Índice de Acidentes Graves (que inclui óbitos, acidentes graves e incapacidades permanentes) decresceu consideráveis 34,02%.

As referidas condutas são expressões da atividade negativa do Estado, segundo definição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004:111). Limitam comportamentos individuais contrários ao interesse público. Correspondem ao moderno conceito de poder de polícia adotado pelo direito brasileiro, que estendeu a atuação intervencionista estatal à ordem econômica e social.

Forma-se então um antagonismo, identificado pela ilustre doutrinadora (2004:108): de um lado, o cidadão deseja exercer em plenitude sua

¹³⁷ Relatório *Trabalho Escravo*, do Ministério do Trabalho e Emprego.

¹³⁸ Divulgadas pelo Ministério do Trabalho em seu *site* na *Internet*.

liberdade constitucional e de outro, a Administração Pública tem a incumbência de condicionar o exercício desse direito ao bem estar coletivo. Deve-se entender que cidadão, no sentido mais amplo de sua acepção abrange também as pessoas jurídicas.

A Inspeção do Trabalho realiza essa adequação utilizando seu poder de polícia. Sua missão propicia inclusão social e econômica. Busca o respeito à dignidade da pessoa humana e a garantia do valor social do trabalho. Propicia o desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza.

Para esse relevante papel foram destinados meios de coação indiretos (o auto de infração) e diretos (a interdição e o embargo). Esses mecanismos, conforme explica Di Pietro (2004:114), decorrem do princípio da exigibilidade, que é consectário da auto-executoriedade. Este princípio é enunciado pela autora como a “possibilidade que tem a Administração de, com os próprios meios, pôr em execução as suas decisões, sem precisar recorrer previamente ao Poder Judiciário”.

A auto-executoriedade permeia o texto constitucional em vários dispositivos. Está evidenciada especialmente no artigo 2º. Ali são instituídos os Poderes estatais e delineada a atuação harmônica, mas independente, entre as funções administrativa e jurisdicional.

À semelhança da Inspeção do Trabalho outras funções estatais dependem da auto-executoriedade para sua eficácia. A vigilância sanitária realiza ações de saúde pública e os órgãos administrativos de defesa do consumidor intervêm nas relações de consumo partindo de constatações próprias, desvinculadas de prévio reconhecimento judicial.

A Inspeção tem origem secular no âmbito mundial. Está presente em inúmeros países. Internamente já ultrapassa sessenta anos de uma existência evolutiva. Alçada ao plano constitucional (art. 21, XXIV), foi reconhecida como carreira típica de Estado e incluída no Fisco Federal.

As atribuições de seus agentes estão bem definidas. São reguladas pela Convenção nº 81, da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Ratificada pelo Brasil, foi aprovada pelo Decreto nº 41.721/57 e revigorada pelo de nº 95.461/87. O ordenamento jurídico nacional a recepcionou com status de lei ordinária, por disposição da Carta Política. Esta adotou a Teoria Monista para os tratados ratificados pelo Brasil.

Leis internas fortaleceram e ampliaram tais competências. Disposições dos artigos 626 a 631 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) se somam à atual Lei nº 10.593/02 (art. 11). Estão disciplinadas no Decreto nº 4.552/2002, que aprovou o novo Regulamento da Inspeção do Trabalho (RIT).

O exame desse arcabouço normativo aponta que a atuação dos auditores-fiscais do trabalho está calcada na constatação do vínculo empregatício. Não obstante, uma corrente minoritária da doutrina trabalhista insiste em negar essa atribuição, sob a alegação de que seria exclusiva da função jurisdicional.

Tal conclusão atropela a lógica da ordem jurídica estabelecida para o poder de polícia brasileiro, que antes se expôs. Ademais, o reconhecimento de vínculo é prerrogativa expressamente atribuída aos auditores-fiscais do trabalho pelas leis de números 7.855/89 (art. 7º, § 1º) e 10.593/2002 (art. 11, inc. II). Permite que aqueles

agentes públicos extraíam conclusões com caráter auto-executório. Isso é essencial para que possam aplicar as medidas administrativas de coerção. O legislador as destinou para exclusiva proteção do liame empregatício.

Diversas disposições do texto consolidado confirmam essa competência. Estipulam a formalização do liame, através de registro do empregado (CLT, art. 41, caput) e assinatura de sua CTPS (CLT, art. 29, caput). Ao mesmo tempo, atribuem ao auditor-fiscal do trabalho a incumbência de sancionar o transgressor de tais normas (arts. 47, 48 e 29, § 3º). Para efetuar essas autuações o auditor-fiscal do trabalho antes terá que necessariamente concluir pela existência de uma relação de emprego e que esta não foi formalizada. Eis uma evidência de sua competência para tal matéria.

Exercendo sua tutela administrativa o Estado não se confunde com as partes envolvidas. Age em nome do interesse público. Por isso, a presunção constitucional de legalidade baliza todas as suas ações. Alcança a peça punitiva. Seu valor probante é intrínseco e por esse motivo foi desvencilhado do reconhecimento do infrator e da confirmação por testemunhas (art. 629, §1º).

A Inspeção do Trabalho alcança as relações jurídicas quando ainda estão se desenvolvendo. Isso favorece a apuração de fatos. Estes, inclusive, são os elementos da relação de emprego mais valorizados pelo princípio da primazia da realidade, vigente no Direito do Trabalho. Os agentes do trabalho podem valer-se de livre acesso aos estabelecimentos laborais, efetuar visitas sem prévio aviso e entrevistar obreiros e o tomador de seus serviços. Outros subsídios também são extraídos do meio ambiente de trabalho e confrontados com a análise de documentos, livros contábeis e substâncias. Podem ser apreendidos para análise, conduzindo a novos elementos.

São mecanismos legítimos, que permitem ser delineado o pacto laboral (CLT, art. 456). Basta que estejam presentes os elementos que legalmente o caracterizam. A feição expressa do enlace empregatício não constitui requisito para que exista, pois o ajuste pode ser meramente tácito. A CLT presume que na forma verbal do pacto está presente condição essencial à sua validade.

Medidas coativas são aplicadas por descumprimento das normas de proteção obreiras. Não apresentam caráter inquisitorial. A legislação assegura o contraditório e ampla defesa. Da autuação não decorre a imediata imposição de multa. É deflagrado um processo administrativo de controle, sujeito a duas instâncias administrativas. Regula-se pela CLT e, supletivamente, pela Lei nº 9.784/99. Consta de instruções da Portaria nº 148/96, do Ministro do Trabalho. A inafastabilidade da tutela jurisdicional também incide, garantindo o exame judicial da questão.

Híbrida é a missão da Inspeção do Trabalho, com cunho social e viés arrecadatório. Para honrá-la, os auditores-fiscais arriscam sua vida e integridade física no front, em ações permanentes. O dia da semana e o turno de sua mobilização dependem da ocasião mais propícia à realização de suas tarefas. Um dos frutos de seus esforços foi contabilizado pelo Ministério do Trabalho e Emprego: a formalização de quase três milhões (exatos 2.840.337) de vínculos empregatícios, em decorrência de ações fiscais, somente nos últimos cinco anos (2000 a 2004). É notável sua repercussão na base de contribuintes da Previdência Pública.

Essa atuação do Executivo Federal se harmoniza com a do Judiciário. O Estado trilha o bem estar coletivo por intermédio de seus Poderes. Aquela imensidão de empregos informais representava uma rusga na paz social. Sem a intervenção administrativa desencadearia novas lides em potencial. Impactariam a Justiça do Trabalho. Seriam, em média, 1.212 processos a mais, para cada um dos seus juizes de primeira instância. Atualmente são 2.342 magistrados. Cada um já tem para sentenciar 906 processos¹³⁹. Seu acréscimo individual de serviço seria de 133%.

Enfim, os diversos aspectos avaliados indicam que seria insensato privar a Inspeção do Trabalho de reconhecer a relação de emprego. Suprimiria a auto-executoriedade de suas conclusões. Tornaria ineficaz a tutela administrativa e suas medidas coercitivas. Provocaria aumento no emprego informal, com sérias implicações na ordem social e econômica. Em âmbito externo significaria uma ruptura de compromissos formais assumidos pelo Brasil diante da comunidade internacional. Ratificando a Convenção nº 81 da OIT o país se obrigou a assegurar meios para que a Inspeção do Trabalho possa exercer seu papel em plenitude.

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

Brasil. Constituição federal, consolidação das leis do trabalho, legislação trabalhista e previdenciária/organizador Nelson Manrich; obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais, com a coordenação de Giselle de Melo Braga Tapai – 5 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004.

CASTELO, Jorge Pinheiro. O direito material e processual do trabalho e a pós-modernidade: a CLT, o CDC e as repercussões do novo código civil. São Paulo:LTr, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. – 3 ed. – São Paulo: Ltr, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo - 17 ed. – São Paulo: Atlas, 2004.

MARCATO, Antonio Carlos. Breves Considerações sobre Jurisdição e Competência. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 19 de fevereiro de 2003;

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. São Paulo:Atlas, 15 ed., 2002.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Relação de emprego: estrutura legal e supostos. – 2 ed. rev., atual. e aum. – São Paulo: LTr, 1999

Brasil. Plano nacional para a erradicação do trabalho escravo. Comissão Especial do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana da Secretaria Especial dos Direitos Humanos; Organização Internacional do Trabalho. – Brasília: OIT, 2003. Endereço eletrônico:

¹³⁹ A média resulta da diferença entre o nº de processos, de 1941 a 2005, recebidos pelas varas do Trabalho (41.675.924) e julgados (39.552.527), dividido pelo número de cargos de juizes existentes em 31/12/04 (2.342). Dados do Tribunal Superior do Trabalho

<http://www.mte.gov.br/Empregador/FiscaTrab/TrabEscravo/ErradicacaoTrabalhoEscravo/Conteudo/7337.pdf>. . Consulta realizada em 18/04/05.

Ministério do Trabalho e Emprego. Estatísticas. Endereço eletrônico: <http://www.mte.gov.br/Empregador/fiscatrab/estatistica>. Consulta realizada em 26/03/05.

Ministério do Trabalho e Emprego. Estatísticas. Endereço eletrônico: <http://www.mte.gov.br/Empregador/segsau/estatisticas/Conteudo/962.pdf>. Consulta realizada em 18/04/2005.

Relatório Trabalho Escravo. Ministério do Trabalho e Emprego. Endereço eletrônico: <http://www.mte.gov.br/Empregador/fiscatrab/Publicacao/default.asp>. Consulta em 18/04/05.

Tribunal Superior do Trabalho. Estatísticas. Endereço eletrônico: <http://www.tst.gov.br>, seção Estatísticas, Subseções “JT-Juízes Togados Previstos em Lei (nº de cargos de juízes existentes em 31/12/04)” e “Justiça do Trabalho – recebidos e solucionados desde 1941 (Varas do Trabalho)”. Consulta realizada em 12/04/05.

A EMENDA 45 E O DIREITO À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO.

Eduardo Henrique Videres de Albuquerque
Advogado e pós graduando em processo civil

SUMÁRIO – 1. Considerações iniciais 2. Breve histórico 3. A duração razoável do processo 4. O papel do legislativo na busca de um processo mais célere 5. Do processo administrativo 6. Conclusões 7. Referências bibliográficas

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Atento as modernas tendências impostas pela necessidade de realizar os escopos político, jurídico e social da jurisdição, o princípio do acesso à justiça, outrora tolhido ao significado de acesso aos tribunais, sofreu uma significativa releitura na busca de conceber uma ordem jurídica capaz de, a um só tempo, garantir a ampla admissão de pessoas e causas ao processo, e submeter-se a estrita observância das regras que consubstanciam o devido processo legal, de modo a proporcionar aos litigantes o direito de influir diretamente na formação do convencimento do juiz, como forma de legitimar a atuação Estatal na esfera jurídica dos indivíduos.¹⁴⁰

Neste aspecto, dentre os principais suportes de uma ordem jurídica justa¹⁴¹, repousa a necessidade de se garantir uma tutela jurisdicional hábil, que possa proteger especialmente aquele que detém o direito subjetivo reclamado ao Estado, garantindo-lhe exatamente aquilo que conseguiria se não fosse necessário a intervenção Estatal para a solução do conflito.

Assim, a partir do momento em que o Estado despreocupa-se com o seu dever/poder¹⁴² de jurisdição, seja em que aspecto for, fatalmente estará em direta afronta a preceitos consagrados constitucionalmente ao longo dos séculos e que hoje, caracterizam verdadeiras garantias do cidadão em um Estado Democrático de Direito.

Nas palavras do Ilustre Desembargador Bedaque

¹⁴⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20 ed. São Paulo. Malheiros. 2004. p. 33.

¹⁴¹ WATANABE. Kazuo. **Tutela dos direitos difusos**. São Paulo. Limonad, 1984.

¹⁴² A expressão geralmente vem utilizada na forma de poder/dever, no entanto, entendemos que antes de ser um poder Estatal, a jurisdição, como forma de interferência imperativa do Estado na esfera jurídica de terceiros, somente se legitima em decorrência de seu inafastável dever de satisfazer certas finalidades em prol do interesse da coletividade. Na lição do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, ao comentar sobre o poder de administrar, perfeitamente aplicável ao caso, "...o uso das prerrogativas da Administração é legítimo quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados Democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. São Paulo. 2004. p. 62)

O tempo constitui um dos grandes óbices à efetividade da tutela jurisdicional, em especial no processo de conhecimento, pois para o desenvolvimento da atividade cognitiva do julgador é necessária a prática de vários atos, de natureza ordinatória e instrutória. Isso impede a imediata concessão do provimento requerido, o que pode gerar risco de inutilidade ou ineficácia, visto que muitas vezes a satisfação necessita ser imediata, sob pena de perecimento mesmo do direito reclamado.¹⁴³

Como objeto do presente trabalho, dirigiremos nosso estudo ao princípio da razoável duração do processo, buscando entendê-lo no contexto do ordenamento constitucional antes e depois da Emenda Constitucional nº 45 e, especialmente, suas nuances como princípio norteador de futuras alterações estruturais no processo civil.

2. BREVE HISTÓRICO

Podemos encontrar as raízes do princípio ora em apreço já na Magna Carta do Rei João Sem Terra de 1215, ao proclamar, em seu artigo 40, o direito contra protelações no direito de justiça¹⁴⁴.

O princípio da razoável duração do processo, em si, não é novo no ordenamento jurídico brasileiro. De fato, o artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (pacto de San Jose da Costa Rica)¹⁴⁵, já trazia em seu corpo, o direito de toda pessoa ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente. O referido pacto, passou a integrar o nosso ordenamento jurídico por força do decreto 678, de 6 de novembro de 1992.

Apesar de fortes posicionamentos em sentido contrário¹⁴⁶, o STF mantinha o entendimento de que os tratados internacionais de qualquer natureza, mesmo sobre direitos humanos, ingressariam no ordenamento interno

com caráter de norma infraconstitucional, guardando estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado Brasileiro (RTJ 83/809 e

¹⁴³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *apud* LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 8 ed. São Paulo. Método. 2005. p. 513

¹⁴⁴ 40. To none will we sell, to none deny or delay, right of justice. Artigo extraído da Magna Carta de 1215, disponível em <http://www.britannia.com/history/magna2.html>. Acesso em 26 de julho de 2005.

¹⁴⁵ Art. 8. Garantias Judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. BRASIL. **Decreto 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. DOU 09.11.1992.

¹⁴⁶ Dentre eles, podemos citar, Ada Pellegrini, Pedro Lenza e Cândido Rangel Dinamarco, ao ressaltar que “discute-se se as normas contidas em tratados anteriores à Constituição Federal de 1988 consideram-se integradas ao sistema de garantias individuais contido no art. 5º desta, ou simplesmente fazem parte do direito nacional, em nível infraconstitucional. Deve prevalecer a primeira dessas propostas, em virtude da redação do §2º do art. 5º constitucional, bem como em razão do destacado espírito garantístico da Constituição”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4 ed. São Paulo. Malheiros. 2004. p. 73)

Informativo STF n. 73 – DJ 30,5,97), podendo, por conseguinte, ser revogados (abrogação ou derrogação) por norma posterior e ser questionada sua Constitucionalidade perante os Tribunais, de forma concentrada ou difusa.¹⁴⁷

Em um quadro comparativo com o direito português, o professor Alexandre de Moraes, citando o mestre lusitano J.J Canotilho defende:

A constituição Portuguesa contém em seu art. 8º regra absolutamente semelhante em relação aos tratados e atos internacionais, sendo que Canotilho e Moreira assim concluem: as normas de direito internacional público vigoram na ordem interna com a mesma relevância das normas de direito interno, desde logo quanto à subordinação à Constituição – sendo, pois, inconstitucionais se infringirem as normas da Constituição ou seus princípios (...)¹⁴⁸

Nessa vertente, o princípio da razoável duração do processo, na qualidade de norma infraconstitucional, poderia servir como vetor de interpretação para os direitos fundamentais, entre eles o princípio do acesso à justiça, encartado no artigo 5º inc. XXXV, mas não, passar a integrar o ordenamento jurídico brasileiro como verdadeira norma Constitucional.

Frise-se igualmente que, o artigo 6º, nº 1 da Convenção Européia sobre Direitos Humanos, também traz regra semelhante à constante do Pacto de San Jose, dispondo que, qualquer pessoa tem direito a que sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.¹⁴⁹

No entanto, com o advento da Emenda Constitucional 45, toda essa discussão restou superada, por força do atual §3º do art. 5º que prevê a possibilidade dos tratados e convenções internacionais adquirirem força de emenda constitucional quando forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, pelo mesmo quorum exigido para aprovação de tais espécies normativas, ou seja, três quintos dos votos dos respectivos membros.

Além disso, ante a inserção do inc. LXXVIII no rol dos direitos fundamentais, não se discute mais a natureza constitucional do princípio da razoável duração do processo.

3. A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

¹⁴⁷ LENZA, Pedro. *op cit.* p. 111 nota 4

¹⁴⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Apud* MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 15 ed. São Paulo. Atlas. 2004. p. 591.

¹⁴⁹ Processo C-194/99 p Thyssen Stahl AG contra Comissão das Comunidades Européias. Disponível em <<http://www.curia.eu.int/pt/transitpage.htm>> acesso em 25 de julho de 2005.

Apesar de superado o embate acerca da aplicabilidade dos tratados internacionais no ordenamento jurídico interno, resta agora saber a real extensão do princípio da celeridade, em especial, no sentido de fixar-se parâmetros acerca do que se poderá vir a entender por “razoável” quanto a tramitação de um processo.

O texto constitucional tratou a matéria com a seguinte redação: LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Em um primeiro momento, já podemos adiantar que o princípio em apreço revela uma norma de ordem cogente, destinada a garantir o cidadão contra a morosidade na prestação jurisdicional ou administrativa, endereçando uma diretriz não somente ao poder judiciário e executivo, mas também ao legislativo, como poderemos verificar adiante.

Mas afinal, o que se pode entender por uma duração razoável do processo?

Não podemos aqui tratar do tema visto sob um ângulo estritamente objetivo, sob pena de estarmos incorrendo em afronta direta ao princípio da igualdade material, tão defendida pela Carta Magna. Com efeito, o que pode ser tido como duração razoável para um, pode não o ser para outro.

Basta imaginarmos uma situação onde duas ações que seguem o mesmo rito ordinário, sendo que na primeira há necessidade de larga dilação probatória, com oitiva de testemunhas, produção de prova pericial, expedição de cartas precatórias, etc. Já a segunda, demanda um julgamento antecipado da lide, nos termos do artigo 330, do CPC, por versar matéria exclusivamente de direito, e não necessitar de produção de provas em audiência. Seria até ilógico concebermos, por exemplo, um prazo padrão de 4 anos para todas as ações que seguissem o rito ordinário, pondo na mesma balança valores com pesos evidentemente diferentes. Pois o que seria célere para a primeira (na maioria das vezes impossível de cumprir), seria morosa para segunda.

É nesse sentido, que devemos buscar o conceito de razoabilidade do prazo para solução dos litígios, com base em circunstâncias específicas, apreciadas caso a caso.

Nesse sentido, a Corte Européia mantém firme o posicionamento no seguinte sentido:

Resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça, assim como da do TEDH, que há que apreciar o carácter razoável do prazo em função das circunstâncias próprias de cada processo e, designadamente, do que está em jogo no litígio para o interessado, da complexidade do processo, bem como do comportamento das partes e das autoridades (96). No entanto, visto que a razoabilidade da duração de um processo tem de ser apreciada em função das circunstâncias de cada processo mediante uma série de pontos de vista, uma comparação com outros processos - como, por exemplo, o processo *Baustahlgewebe* - pode, quando muito, ser um ponto de referência para essa apreciação (97).¹⁵⁰ (grifo nosso).

¹⁵⁰ Disponível em <<http://www.curia.eu.int/pt/transitpage.htm>> acesso em 25 de julho de 2005.

Assim, seguindo a vertente traçada pela Corte Européia, para chegarmos ao conceito do que seria razoável quanto à duração do processo, devemos analisar a importância do litígio para o interessado, a complexidade do processo, bem como o comportamento do requerente e das autoridades competentes.

No que pertine a importância do litígio para o interessado, o que se deve ter como norte é a repercussão que uma solução tardia do empasse possa acarretar na esfera jurídica daquele que pleiteia um provimento. Essa situação é vista com relação ao pelo próprio direito material em conflito, procurando analisar, caso a caso, certos fatores determinantes como o perigo de ineficácia ou ineficiência do provimento jurisdicional e a urgência do provimento.

Aliás, nunca é demais dizer que essa apreciação da necessidade ou da importância da lide já é realizada todos os dias pelos julgadores ao apreciarem a viabilidade da concessão de medida antecipatória dos efeitos da tutela ou mesmo de medida cautelar.

Haverá, portanto, por parte dos julgadores, uma verdadeira ponderação de valores a exigir uma maior diligência em determinados casos, como consequência da urgência demandada pela própria situação em tensão.

O outro requisito a ser levado em consideração é a complexidade do processo, que tanto pode relacionar-se com a matéria como com o procedimento exigido pela lide. Neste sentido, uma série de fatores pode tornar uma causa complexa tais como, a necessidade da larga instrução probatória, com oitiva de testemunhas residentes em outro foro, realização de perícia, nomeação de intérpretes; ou mesmo quando houver reunião de vários processos para julgamento simultâneo, como nos casos de conexão ou continência; intervenção de terceiros em que há uma verdadeira ampliação subjetiva da lide e em alguns casos até objetiva; necessidade de expedição de carta precatória ou rogatória para citações e diligências, etc. Quando a complexidade advier da reunião de processos, quer seja pela oportunidade quer pela necessidade, a fim de se evitar decisões conflitantes, a análise da razoabilidade quanto à duração do processo há de ser vista em consideração a todos os processos reunidos, e não somente em relação a um. Nesse sentido:

Entre outras por razões de economia processual, é por vezes permitido, e em certos casos até necessário, apensar diversos processos para serem julgados em conjunto ou para harmonizar a sua resolução (103). Por isso, a fim de analisar a questão da razoabilidade, não se pode aqui considerar isoladamente o presente processo, devendo ter-se em conta a totalidade dos processos de que o Tribunal de Primeira Instância conheceu em paralelo ou que foram parcialmente apensos.¹⁵¹

Ainda extremamente importante para o deslinde da causa em tempo razoável diz respeito ao comportamento das partes no processo.

¹⁵¹ Processo C-194/99 p – parágrafo 243, Thyssen Stahl AG contra Comissão das Comunidades Européias. Disponível em <<http://www.curia.eu.int/pt/transitpage.htm>> acesso em 25 de julho de 2005.

Ninguém nega a possibilidade das partes poderem utilizar todos os meios disponíveis no processo civil para demonstrar sua pretensão ou defesa. No entanto, há de se considerar que, essa abertura de utilização de meios processuais deve ser limitada aos deveres que as próprias partes têm de participar de um processo justo (fair process), com vistas a uma rápida e efetiva solução do litígio.

Dentro da sistemática do processo civil moderno, as partes são livres para escolher os meios mais idôneos à consecução de seus objetivos. Mas essa liberdade há de ser disciplinada pelo respeito aos fins superiores que inspiram o processo, como método oficial de procura da justa e célere composição do litígio.¹⁵²

A discussão acerca da influência da parte na protelação do processo possui maior destaque no âmbito penal, quando o apenado encontra-se preso preventivamente por um prazo superior a 81 dias no procedimento ordinário, sem que haja sido julgado.

Nessas hipóteses, é bastante comum no meio forense a tática de advogados de defesa que procuram protelar o feito, na tentativa de expirar o prazo de 81 dias a fim de fundamentar eventual ordem de habeas corpus por excesso de tempo na prisão cautelar. É evidente que nesses casos, não pode a parte que deu causa a prorrogação da instrução criminal, posteriormente alegar prejuízo por esse motivo, pois ninguém pode alegar a própria torpeza em seu proveito. Não destoa desse raciocínio, o entendimento já pacificado no STJ para o qual não é possível deferir ordem de habeas corpus por excesso de prazo quando esse mesmo excesso foi fruto da conduta da defesa.¹⁵³

Portanto, o comportamento da parte, nestes termos, é fundamental para verificar em cada caso se o processo obedece ou não a um prazo razoável.

É importante analisar ainda se houve culpa por parte do órgão julgador na demora da solução do litígio.

Cumprido ao magistrado que conduz a causa, determinar a realização apenas das providências que tenham pertinência com o caso concreto. Logo, por exemplo, se a causa versar matéria exclusivamente de direito, admitindo julgamento antecipado da lide (art. 330, I do CPC), ou se se tratar de direito que não admite transação, e mesmo assim, o juiz designar audiência preliminar, estará dando margem a uma protelação indevida do feito.

A demora, nesses casos, deve ser atribuída a uma conduta do próprio órgão julgador, judiciário ou administrativo, e.g. o excesso de prazo na prolação da

¹⁵² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 27 ed. Rio de Janeiro. Forense. 1999. p. 85.

¹⁵³ PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. INSTRUÇÃO. EXCESSO DE PRAZO. - CAUSA. HABEAS CORPUS ACERTADAMENTE INDEFERIDO NA ORIGEM, DESDE A VERIFICAÇÃO DO RETARDAMENTO DA INSTRUÇÃO MOTIVADO POR DILIGENCIAS INSISTIDAS PELA PRÓPRIA DEFESA. (HC 665/DF. Min. José Dantas. DJ 20.05.1991) disponível em <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=excesso+prazo+pris%E3o+preventiva+defesa+dilig%EAncias&&b=JUR2&p=true&t=&l=20&i=27> acesso em 28 de julho de 2005.

sentença, e não o atraso decorrente de uma conduta protelatória da parte, como seria o caso da demora na prolação da sentença ser decorrente de uma longa instrução processual causada pela parte.

Sem dúvida, a maior causa de reclamações em nosso sistema judiciário é a demora na tomada de decisões por parte dos órgãos julgadores devido ao acúmulo de processos. Poderíamos dizer sem hesitar, que por um lado isso demonstra a abertura de um poder mais acessível ao povo, participativo e efetivamente presente na realização dos direitos fundamentais da sociedade. Por outro, fica extremamente prejudicada a atuação desse poder em face da necessidade de buscar soluções mais rápidas, e com menos conteúdo, ou seja, ganha-se em tempo e perde em qualidade.

Porém, nesse contexto a própria Emenda Constitucional nº45 trouxe outro importante dispositivo, encartado no art. 93, inc. XIII da CF, ao prescrever que o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população.

4. O PAPEL DO LEGISLATIVO NA BUSCA DE UM PROCESSO MAIS CÉLERE

Já tivemos a oportunidade de verificar que o preceito constitucional do inc. LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal não é norma dirigida apenas aos órgãos julgadores, no âmbito judiciário e administrativo, mas também ao legislativo.

Realmente, o referido dispositivo, traz em sua parte final a oração “e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”.

O papel do legislativo será de suma importância na garantia de um processo célere, a quem incumbirá aperceber-se da realidade do sistema processual vigente, buscando adequá-lo a realidade brasileira, inclusive com a participação de toda a sociedade jurídica. Para isso há inúmeras possibilidades para se definirem medidas capazes de tornar o processo mais ágil, tais como a ampliação das chamadas tutelas jurisdicionais diferenciadas, aproximando o processo do direito material discutido, abrindo espaço para as ações de cognição sumária e não exauriente e por outro lado, ampliando o rol de causas abrangidas pelos juizados especiais.

Nesse sentido, Antônio Carlos Marcato sustenta:

Surge então a necessidade de adoção de técnicas adequadas à obtenção de tutelas jurisdicionais diferenciadas, que levam em conta a efetividade do resultado desejado pela parte e os instrumentos para tanto necessários, na medida em que a coincidência do resultado de um trabalho com o propósito para o qual foi desenvolvido depende sempre da adequação dos meios ao fim. Afinal, se o bom senso indica a diversidade de objetivos a serem alcançados pela prestação jurisdicional, esta, tanto quanto os instrumentos necessários à sua concretização, não podem ser unitários.¹⁵⁴

¹⁵⁴ Material de leitura facultativa do curso de pós-graduação em direito processual civil da UNISUL, elaborado pelo professor Antônio Carlos Marcato. 2005. p. 8.

Aliás o legislador já vem demonstrando sua preocupação com essa necessidade há um certo tempo, a ponto de ter introduzido no bojo do Código de Processo, algumas medidas extremamente úteis a uma rápida e efetiva solução da lide v.g o julgamento antecipado da lide; as decisões monocráticas no âmbito dos Tribunais; a desnecessidade de observância da reserva de plenário quando a matéria já houver sido apreciada pelo pleno do próprio Tribunal ou pelo pleno do STF, dentre outras.

Toda essa situação nos leva a perceber que a antiga dicotomia sustentada pelos conceitos da fase clássica do processo civil, especialmente na necessidade de se firmar como matéria autônoma em relação ao direito material, não mais comporta os mesmos absolutos. Não que se queira afirmar que o processo civil não tem autonomia.

O fato é que se impõe hoje, até mesmo pela própria realidade do judiciário brasileiro, o reconhecimento de um processo civil funcional, instrumental aos propósitos a que se destina; um processo com o objetivo maior de promover a pacificação social, onde as formas deixam de ser consideradas fins em si mesmas e passam a servir de meio legitimante da manifestação do poder Estatal de jurisdição.

O que ocorre é que a necessária aproximação dos planos do direito material e do processo definitivamente conduz o estudioso a conclusões que, muitas vezes, destoam daquelas que se habituou a saber, justamente porque as soluções "clássicas" foram lançadas em época em que o processualista precisava justificar a independência de seu objeto de estudo, distinguindo-o, separando-o, opondo-o ao direito material (4). Falar de processo civil à luz do direito material àquela época era cometer sincretismo metodológico imperdoável. Hoje, o contexto é outro, genuinamente invertido.¹⁵⁵

Ainda na lição do doutor Fredie Didier Jr.

As regras processuais são construídas a partir das características da situação jurídica substancial que venha a ser deduzida no ato postulatório. Assim, é impossível e imprestável qualquer estudo do processo civil que se faça sem que se estabeleça o devido confronto com as regras de direito substancial, que devem, sempre, ser analisadas, para que se saiba em que medida influenciaram o legislador processual. A inquestionável autonomia do Direito Processual não pressupõe a sua neutralidade em relação do Direito Material; ao contrário, há entre eles um vínculo indiscutível, eis que se integram na tarefa de criação das normas jurídicas.¹⁵⁶

Por isso é tão importante um legislativo atento à realidade, capaz de perceber as dificuldades enfrentadas pelo sistema e apontar soluções, promovendo ainda, as alterações estruturais necessárias na legislação processual a fim de melhor adequá-las ao direito material a que dão suporte.

¹⁵⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. **Partes e terceiros no processo civil**. São Paulo, Saraiva 2003. p. 3

¹⁵⁶ DIDIER JR., Fredie. **Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva**. 5 ed. Salvador. 2005. p. 22.

5. DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Não poderíamos deixar de tecer algumas breves considerações acerca do princípio da celeridade processual direcionada ao âmbito dos processos administrativos.

A emenda Constitucional nº 19, promulgada em 4 de junho de 1998 dava um importante passo na busca da efetividade da atuação administrativa, ao inserir no rol dos princípios norteadores da atividade administrativa, a eficiência.

De plano, já podemos perceber a íntima relação existente entre os dois princípios constitucionais. Com efeito, no intuito de realizar os direitos dos cidadãos, a administração não pode se desvirtuar de seu papel de gestor do interesse público, uma vez que é exatamente este que lhe dá suporte e o concebe como atividade legítima. Do contrário estaríamos diante de um Estado arbitrário, sem noções do que se pode entender por democracia.

Assim, consciente dessa realidade, torna-se imperioso exigir da administração uma atuação célere, sem formalismos, com audiência do interessado, permitindo acessibilidade aos elementos do expediente, etc, a fim de alcançar o objetivo maior da satisfação do interesse público com eficiência.

6. CONCLUSÕES

Como vimos, embora o princípio da razoável duração do processo não seja tão recente no ordenamento jurídico pátrio, certamente, sua elevação a condição de direito fundamental positivado, mudará a forma como o processo civil procurará se desenvolver.

De certo, seria de suma importância para a própria efetividade do dispositivo Constitucional a imposição de sanção aos Tribunais ou órgãos administrativos que desrespeitassem o princípio da celeridade processual, a exemplo do que vem ocorrendo com a Corte Européia, a qual vem, constantemente, impondo multa àqueles países que concordaram em se submeter ao Tribunal, e que descumprem o princípio da celeridade processual previsto na Convenção Européia de Direitos Humanos.

Por essa razão, se a Constituição passa a garantir o direito do cidadão em ver suas demandas em um tempo razoável, e em contrapartida, o corpo normativo infraconstitucional não procura densificar esse preceito, cominando-lhe sanções para o descumprimento, não há como exigir, no caso concreto, sua observância, pois sempre será cabível a desculpa do acúmulo de processos, transformando, indiretamente, o preceito em “norma programática”.¹⁵⁷

¹⁵⁷ Colocamos o termo entre aspas no intuito de criticar a denominação da forma como se vem aplicando-a no Brasil. Deveras, sempre que surge alguma situação difícil de ser cumprida por parte do estado, mesmo em total desrespeito aos direitos fundamentais, há uma tendência em atribuí-la como *norma*

Para que o dispositivo Constitucional seja efetivamente observado, será necessária uma atuação conjunta de todos aqueles que, direta ou indiretamente, se relacionem com o processo, seja por iniciativa das partes, que devem sempre agir dentro da mais estrita boa-fé processual; seja por parte dos órgãos julgadores, que deverão tomar as medidas mais eficazes na solução do litígio; seja ainda por parte do legislativo, ao estudar as principais carências e necessidades do sistema, nutrindo os aplicadores do direito com os meios capazes de dar efetividade e celeridade ao processo.

De qualquer forma, a inserção do princípio da celeridade no campo dos direitos fundamentais, servirá de parâmetro tanto para os elaboradores das regras processuais, como para os aplicadores dessas mesmas regras, no intuito de concretizar os preceitos balizadores de um processo instrumental e especialmente preocupado com a efetividade de sua atuação.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 20 ed. São Paulo. Malheiros. 2004.

WATANABE. Kazuo. Tutela dos direitos difusos. São Paulo. Limonad, 1984.

<<http://www.britannia.com/history/magna2.html>.> Acesso em 26 de julho de 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 17 ed. São Paulo. 2004.

programática, buscando, com isso, justificar a afronta à letra da Carta Magna, colocando o direito embaixo do tapete. Ademais, é bom que se diga, que na maior parte das causas pendentes de julgamento no judiciário, o Estado figura em algum dos pólos. E mais, esse mesmo Estado é quem, na maioria das vezes, se utiliza de meios procrastinatórios, levando situações já pacificadas na jurisprudência em desfavor seu, apenas no intuito de prorrogar o pagamento do débito, sem contar com inúmeras outras regalias que a lei lhe confere, como o recurso *ex officio*, o pagamento de débitos mediante precatórios, prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer, etc.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 8 ed. São Paulo. Método. 2005.

BRASIL. Decreto 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. DOU 09.11.1992.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 4 ed. São Paulo. Malheiros. 2004.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 15 ed. São Paulo. Atlas. 2004

<<http://www.curia.eu.int/pt/transitpage.htm>> acesso em 25 de julho de 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 27 ed. Rio de Janeiro. Forense. 1999.

<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=excesso+prazo+pris%E3o+preventiva+defesa+dilig%Eancias&&b=JUR2&p=true&t=&l=20&i=27>.
acesso em 28 de julho de 2005.

Material de leitura facultativa do curso de pós-graduação em direito processual civil da UNISUL, elaborado pelo professor Antônio Carlos Marcato. 2005. p. 8.

BUENO, Cássio Scarpinella. Partes e terceiros no processo civil. São Paulo, Saraiva 2003.

DIDIER JR., Fredie. Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva. 5 ed. Salvador. 2005

A ESTABILIDADE PRIVILEGIADA DO EMPREGADO PÚBLICO
DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA E
FUNDACIONAL DE ACORDO COM A LEI FEDERAL Nº
9.962/2000

Eriberto da Costa Neves

1.Introdução

O direito é uma ciência mutante por natureza. Dentre as ciências humanas, cremos ser ela a mais suscetível de mudanças. E por que é assim? Tal ocorrência se deve ao fato social, que é um dos precursores da norma jurídica strictu sensu. Em sua histórica obra “Lições Preliminares de Direito”¹⁵⁸ Miguel Reale afirma: “Ubi societas, ibi jus” e “Ubi jus, ibi societas”, ou seja, onde está a sociedade está o direito e onde está o direito está a sociedade. Segundo o Prof. José Frederico Marques, “os códigos já nascem caducos”¹⁵⁹, explicando que quando uma lei vem integrar o ordenamento jurídico, é porque o fato social desencadeador da norma positivada já está em plena mutação.

O mais interessante, contudo, é que isto ocorre em todos os ramos da Ciência Jurídica, sem exceção, tanto no direito público como no direito privado. Assim, desejamos demonstrar, nestas despretensiosas linhas, que quando se trata de leis que regem as relações dos agentes públicos com as entidades estatais, as coisas não são diferentes. Desta forma, descreveremos, neste trabalho, como antes de 1988 e depois da Carta Política, as leis que disciplinam o regime de emprego público mudaram de forma considerável.

2. Breve Escorço Histórico

Antes da Constituição de 1988, já existiam servidores públicos estatutários, regidos pelo denominado regime legal, e celetistas, regidos pelo regime denominado contratual. Desta forma, antes de 1988, podiam coexistir pacificamente, no seio da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional, servidores regidos pela Lei nº 1.751/52 (antigo estatuto dos servidores públicos civis da União) e pela CLT. Assim, uma autarquia como o INSS possuía um quadro de auditores fiscais, com a mesma jornada de trabalho, com as mesmas atribuições e prerrogativas, mas com remunerações diferentes, devido ao fato de uns serem celetistas e outros estatutários.

¹⁵⁸ Reale, Miguel. Lições Preliminares de Direito - 27ª ed. 2004. São Paulo: Saraiva

¹⁵⁹ Marques, José Frederico, Processo Penal, 8ª ed.1979. São Paulo: Saraiva

Com a Carta Política de 1988, a situação muda. Em sua redação original, o art.39 da Constituição Federal, que foi amplamente modificado pela EC nº 19/98 afirmava:

“A União, os Estados o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da Administração Pública direta, autárquica e fundações públicas” (Grifos nossos.)

Assim, o legislador constituinte deixou esta faculdade às pessoas jurídicas de direito público. Tais pessoas deveriam decidir por qual regime se relacionariam com seus servidores para o futuro.

Conforme ensina os Profs. Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo da Silva em sua obra *Direito Administrativo*¹⁶⁰: “Era possível, assim, que determinado, ente da Federação optasse por regime de natureza tipicamente estatutária, ou então, celetista, ou até mesmo um regime misto, que se mostrasse, no seu entendimento, mais adequado ao exercício de atribuições públicas”

Após 2 anos da promulgação da Constituição de 1988, a União escolheu o regime jurídico estatutário para reger a relação jurídica entre ela e seus servidores através da Lei nº 8.112/90. Assim, os empregos ocupados na Administração Direta, Autárquica e Fundacional foram transformados em cargos públicos, conforme se depreende do art.243, caput e §1º do referido diploma legal, que afirma:

Art. 243. Ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esta Lei, na qualidade de servidores públicos, os servidores dos Poderes da União, dos ex-Territórios, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas, regidos pela Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 - Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, ou pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, exceto os contratados por prazo determinado, cujos contratos não poderão ser prorrogados após o vencimento do prazo de prorrogação.

§ 1º Os empregos ocupados pelos servidores incluídos no regime instituído por esta Lei ficam transformados em cargos, na data de sua publicação” (Grifos nossos.)

A escolha do regime estatutário foi defendida pela doutrina dominante da época, sob a alegação de ser ele o regime que conferia maior independência aos agentes públicos no desempenho de suas atribuições, fazendo com que os mesmos fossem impessoais, com compromisso apenas com a técnica necessária inerente a cada cargo e a satisfação do interesse público.

¹⁶⁰ Alexandrino, Marcelo & Vicente Paulo. *Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Impetus, 2001.

3. O atual regime de emprego público na Administração Direta, Autárquica e Fundacional e a estabilidade desses empregados públicos conforme a Lei nº 9.962/2000

A Emenda Constitucional nº 19/98 alterou o caput do art.39 da Constituição Federal, como já citado anteriormente, tendo sido fulminada a obrigatoriedade do regime jurídico único. Na atualidade, o artigo supracitado está assim redigido:

“Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.”

Após o fim do Regime Jurídico Único – RJU –, a União, em 2000, editou a Lei nº 9.962/2000, que prevê que o pessoal admitido para emprego público na Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional será regido pela CLT, desde que respeitados os preceitos do diploma legal em comento.

Em primeiro lugar, convém deixar claro que esses empregados públicos são diferentes dos empregados públicos das empresas públicas e sociedades de economia mista, aos quais se refere o art.173 da Constituição Federal, ao asseverar tal que:

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;” (Grifos nossos).

Assim, vê-se claramente que os empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista não podem gozar dos direitos assegurados pela Lei nº 9.962/2000, pois estes têm de sujeitar-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas. Vale ressaltar que o direito mais importante assinalado pela já citada lei é o previsto no seu art.3º, que afirma:

“Art. 3º O contrato de trabalho por prazo indeterminado somente será rescindido por ato unilateral da Administração pública nas seguintes hipóteses:

I – prática de falta grave, dentre as enumeradas no art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT;

II – acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;

III – necessidade de redução de quadro de pessoal, por excesso de despesa, nos termos da lei complementar a que se refere o art. 169 da Constituição Federal;

IV – insuficiência de desempenho, apurada em procedimento no qual se assegurem pelo menos um recurso hierárquico dotado de efeito suspensivo, que será apreciado em trinta dias, e o prévio conhecimento dos padrões mínimos exigidos para continuidade da relação de emprego, obrigatoriamente estabelecidos de acordo com as peculiaridades das atividades exercidas.

Parágrafo único. Excluem-se da obrigatoriedade dos procedimentos previstos no caput as contratações de pessoal decorrentes da autonomia de gestão de que trata o § 8º do art. 37 da Constituição Federal. (Grifos nossos.)

Dessarte, como explicita a Lei n.º 9.962/2000, os empregados por ela regidos, empregados públicos federais da administração direta, autárquica e fundacional, têm uma garantia muito maior no emprego do que aqueles que são regidos com base no art.173 da Constituição Federal, empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista..

Além da estabilidade prevista no art.3º que concedeu segurança no emprego em patamar de igualdade com os estatutários, a referida lei concede outras vantagens que são bastante atrativas para os empregados públicos contratados sobre essa nova modalidade, pois terão direito ao FGTS, à faculdade de converter 1/3 de suas férias em abono pecuniário, nos termos do art.143 da CLT, a possibilidade de incorporar gratificações nos termos da OJ n.º 45 DA SDI-I do Colendo TST, observe-se que os estatutários perderam estas duas últimas vantagens com as alterações da Lei n.º 8.112/90.

Uma peculiaridade que não ficou bastante clara na supracitada lei é o fato de saber se os empregados regidos pela Lei nº 9.962/2000 estariam sujeitos ao regime de revisão geral dos seus vencimentos, previsto no inciso X do art.37 da Constituição Federal para os servidores públicos, ou se submeteriam a convenção ou acordo coletivo para obterem reajustes salariais.

Outra vantagem de grande monta é que os empregados regidos com base na Lei n.º 9.962/2000 estão sujeitos apenas ao contrato de experiência previsto no art. 443, §2º, alínea c, e do art. 445, ambos da CLT, ou seja, não se submetem ao estágio probatório previsto para os estatutários e a aferição da estabilidade, prevista no art.41 da Constituição de 1988. Há administrativistas de renome como Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo da Silva, que sustentam que o estágio probatório previsto na Lei nº 8.112/90 continua a existir, não se confundindo com a estabilidade do servidor, que só será aferida após 3 anos, conforme o art.41 da Constituição Federal. Desta forma, passados os 90 dias do contrato de experiência, o empregado público regido pela Lei nº 9.962/2000 só perderá seu emprego manifestadas as hipóteses do art.3º do texto legal comentado.

Por fim, nunca é demais lembrar que as hipóteses previstas no art.3º da Lei n.º 9.962/2000 são *numerus clausus*, ou seja, o caput do artigo é claro ao afirmar que aquelas são as únicas hipóteses em que o empregado público poderá perder seu emprego por ato unilateral da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional, o que gera uma tranquilidade ímpar a este tipo de empregado público. Não se deve olvidar que a própria lei também prevê, no inciso IV do art.3º, um recurso hierárquico administrativo contra a decisão que considerar insuficiente o desempenho do empregado público.

Pode parecer simplista a diferença, mas na verdade não é, senão vejamos: Um engenheiro civil que atue na área de habitação da Caixa Econômica Federal, com 20 anos de serviço, empregado público concursado, trabalhando para uma Empresa Pública Federal, pode ser demitido sem nenhuma justificativa. Basta a Caixa Econômica Federal entender que os salários dos engenheiros antigos são muito altos e que deve renovar os seus quadros com novos engenheiros pagando bem menos, que foi o que aconteceu com os famigerados PDVs – Planos de Demissões Voluntárias – elaborados na época do Presidente Fernando Henrique Cardoso. Todavia, um engenheiro civil, concursado, regido pela Lei n.º 9.962/2000, contratado por uma Fundação Pública Federal como o IBGE, que possui grande parte de seus empregados regidos apenas pela CLT, que esteja laborando desde o ano de 2000, com apenas 4 anos e alguns meses de serviço, não poderá ser demitido, exceto nas hipóteses previstas na Lei n.º 9.962/2000. Além do mais, dentro do próprio IBGE, podem existir outros engenheiros com 20 anos de serviço, que foram contratados apenas pela CLT, mas que não gozam das prerrogativas da Lei n.º 9.962/2000, que podem também ser demitidos por ato discricionário da Administração sem nenhuma garantia no emprego. Pode-se, assim, perceber como esta filigrana jurídica possui grande importância, sendo este um raro exemplo onde o trabalhador mais novo no serviço detém bem mais vantagens que os antigos.

4. Conclusão

Entendemos que não existe nada pior num arrazoado jurídico do que a falta de uma opinião definida sobre o assunto tratado. Assim, ao terminar de escrever estas despretensiosas linhas sobre o regime de emprego público trazido ao nosso ordenamento jurídico pela Lei n.º 9.962/2000, chegamos a três conclusões básicas.

Existem hoje no âmbito da Administração Pública Federal, como um todo, três regimes legais que regem os servidores públicos *lato sensu*, como ensina o mestre Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁶¹, ou seja, servidores estatutários e empregados públicos. Em primeiro lugar, temos os servidores públicos *strictu sensu*, ou seja, aqueles servidores regidos pela Lei n.º 8.112/90 e suas sucessivas alterações, onde não existe convenção coletiva entre servidores e Estado a respeito de melhorias salariais, sendo todas condições de trabalho, direitos e deveres previstos na lei que os rege pura e

¹⁶¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo, 15ª Ed.. São Paulo: Malheiros, 2002,

simplesmente. Neste regime, com a assinatura do termo de posse, o servidor adere a todas as disposições legais que passarão a reger sua relação com a Administração Pública Federal. Em segundo lugar, temos os empregados públicos das empresas públicas e sociedades de economia mista, regidos única e exclusivamente pela CLT, equiparando-se aos empregados das empresas privadas, tendo direito a negociação coletiva como uma empresa privada comum, não são detentores de estabilidade no emprego com base legal, a não ser que alcancem este benefício por meio de convenção coletiva, conforme ocorrem com as cláusulas de convenção coletiva dos bancários que asseguram a garantia do emprego destes que estiverem a dois ou três anos de suas aposentadorias. Por último, temos os empregados públicos regidos pela Lei n.º 9.962/2000, que além de terem os direitos previstos na CLT, possuem uma condição confortável quanto à estabilidade de seu contrato de trabalho por prazo indeterminado e consequentemente do vínculo empregatício.

Realmente, é de admirar as vantagens que este novo regime trouxe para os agentes públicos administrativos em nosso país, em uma época de globalização, reforma do Estado, Estado mínimo. O ex-ministro da administração e reforma do estado do governo Fernando Henrique Cardoso, ministro Bresser Pereira, precursor da reforma que sofreu o Estado Brasileiro, defendeu com veemência que o Estado deveria ser reduzido, que as despesas com pessoal deveriam ser diminuídas, que se deveria deixar para a iniciativa privada todas as atribuições que não fossem típicas de Estado. Por estas e outras considerações, chama atenção este diploma legal que assegura vantagens nunca antes vista na Administração Pública Brasileira nos últimos 15 anos.

Talvez isto tenha ocorrido porque o governo previa reformar a CLT de forma brutal, após a edição da citada lei, o que não ocorreu por problemas de conjuntura política. Agora, o governo atual também acenou com a possibilidade de reforma urgente da CLT, possibilidade que estaria mais perto de se concretizar se não fosse a crise política que assola o país pelas diversas CPI's e pelo escândalo do "mensalão"

BIBLIOGRAFIA

I. LIVROS

Saraiva
REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito - 27ª Ed. 2004. São Paulo:

MARQUES, José Frederico, Processo Penal, 8ª Ed.1979. São Paulo: Saraiva

ALEXANDRINO, Marcelo & Vicente Paulo. Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Impetus, 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo, 15ª Ed.. São Paulo: Malheiros,2002

II. TEXTOS NORMATIVOS

45/04.
1. Constituição Federal de 1988, atualizada até a Emenda Constitucional nº

2. Consolidação das Leis do Trabalho

3. Lei nº 8.112/1990

4. Lei nº 9.962/2000

Título: Assédio moral: Evolução, aspectos jurídicos, deferimento da ação.

José Roberto Dias Leite*

Goethe
"O comportamento é um espelho em que cada um mostra a sua imagem".

1. INTRODUÇÃO

O Direito é dinâmico, seja pela incorporação de novas legislações ou pelo entendimento de jurisprudências. O importante é que a aplicação do direito não fica

* José Roberto Dias Leite – Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais e Aplicadas do Vale do Jurumirim – EDUVALE – Avaré – 2005.

restrita à existência ou não de uma norma, pois, em sua falta, utilizam-se os princípios gerais do direito, os costumes, a equidade, a analogia, etc.

O direito e o processo trabalhista brasileiro não fogem à regra. Nos últimos anos foram várias as inovações acrescentadas, entre elas o banco de horas; o trabalho a tempo parcial; a exigência da comissão de conciliação prévia, etc.

Tanto no serviço público quanto no serviço privado, assédio moral surge apreciado de forma tímida; tão antigo quanto o próprio trabalho, o trabalhador está sujeito a sofrer com as formas perversas dispendida por seu superior hierárquico.

2. HISTÓRICO

As expressões *harcèlement moral* (assédio moral) da França; *bullying* (tiranizar) da Inglaterra; *mobbing* (molestar) dos Estados Unidos e *murahachibu* (ostracismo social) do Japão, no Brasil nomina-se assédio moral, forma de psicoterrorismo no trabalho, assédio psicológico. Um dos trabalhos pioneiros sobre o assunto foi denunciado pela jornalista inglesa Andréa Adams¹⁶², que faleceu de câncer em plena campanha para transformar em delito o psicoterrorismo no trabalho, como aconteceu com a questão do assédio sexual.

3. DEFINIÇÃO

Para Hirigoyen, francesa, uma das maiores autoridades no assunto:

O assédio moral no trabalho é toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, por em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho¹⁶³.

Segundo Heinz Leymann, psicólogo do trabalho pioneiro no assunto:

... a deliberada degradação das condições de trabalho através do estabelecimento de comunicações não éticas (abusivas) que se caracterizam pela repetição por longo tempo, de um comportamento hostil de um superior ou colega contra um indivíduo que apresenta, como reação de um quadro de miséria física, psicológica e social duradoura...¹⁶⁴.

¹⁶² ADAMS Andréa, CRAWFORD, Neil *Bullying at Work: how to confront and overcome it*, 1992.

¹⁶³ HIRIGOYEN, M.F. **Assédio moral**: a violência perversa no cotidiano. 5.ed. Ed. Bertrand do Brasil: São Paulo. 2002. 223p. p.65.

¹⁶⁴ *Apud In.* MENEZES, C.A C.de. **Assédio moral e seus efeitos jurídicos**. Síntese Trabalhista: Porto Alegre, n.169, p.140-150, jul. 2003.

4. CAUSA, EFEITO E EVOLUÇÃO

O assédio moral é o resultado da ação de uma chefia, que no uso de suas prerrogativas, literalmente, tortura o subordinado, seja no campo do trabalho privado ou público. São muitas as táticas utilizadas para o exercício dessa nociva atuação. Prejudicando sistematicamente a atuação laboral da vítima, ignoram-se suas sugestões ou solicitações, reduzindo-lhe o poder hierárquico ou, deliberadamente, fazendo-lhe críticas negativas, levando-o à humilhação constante, expondo a vítima a situações constrangedoras e humilhantes, por repetição e prolongamento. O que temos hoje é sua intensificação e forma de abordagens.

Existem agressores hábeis na difusão de boatos de natureza depreciativa ou pejorativa. O objetivo do agente agressor é alcançado, dependendo das circunstâncias, pois a auto-estima do ofendido não resiste e entra em processo de degradação. O ator menor do assédio moral está solitário e isolado. Dos colegas de trabalho o apoio é praticamente impossível, pelo temor de "contágio" e o conseqüente efeito, desemprego. Alguns exemplos: determina-se ao subordinado uma tarefa com dimensão ou prazo impossíveis de serem cumpridos; atribui-se a outros, geralmente colegas da vítima, idéias interessantes, antes propostas pelo assediado; passam-se ordens diretas aos demais trabalhadores, destituindo da autoridade necessária o servidor responsável; coloca-se a vítima no ostracismo ou exposta ao ridículo, repetidamente; omitem-se, de forma mascarada, informações para o melhor desempenho funcional do trabalhador.

A cada dia, na conduta anômala, acredita e tenta que os outros acreditem na correção de suas ações e na boa intenção de seu proceder. Por fim, resta ao ofendido a depressão mental, com todo o seu cortejo de sintomas e sinais, passíveis de comprovação clínica. Muitos chefes, portadores de acentuado "conservadorismo", quase imperial, creditam tais ações como "educativas" ou "disciplinadoras".

Entretanto, o assédio moral não se confunde com formas aceitáveis de "pressão", exercidas por chefias lúcidas e racionais e dotadas de liderança saudável, quando se objetiva, de maneira humana e racional, o sucesso no mundo dos negócios.

O chefe "torturador" - quase sempre tomado por uma personalidade distorcida - representa o papel de um servidor bem intencionado, fiel e preocupado, que aparenta querer o melhor para os subordinados; mostra, ao grande público, um comportamento exatamente contrário ao que pratica, diuturnamente.

Para Hirigoyen o perfil do agressor narcisista:

Os grandes perversos são também seres narcisistas e, como tal, vazios, que se alimentam da energia vital e da seiva do outro. Como sujeito megalômano, o perverso tem um senso grandioso da própria importância, é absorvido por fantasias de sucesso ilimitado e de poder. Acredita ser especial e singular, pensa que tudo lhe é devido; tem excessiva necessidade de ser admirado, e age como um vampiro. Não tem empatia, alimenta-se da energia dos que se vêm seduzidos pelo seu charme; sente profunda inveja daqueles que parecem possuir coisas que lhe faltam, ou que simplesmente sabem extrair prazer da vida. São críticos ferinos; sentem prazer em

criticar os outros, assim, provam-se onipotentes, diante da nulidade dos outros. Vazios e despossuídos de subjetividade, os perversos são seres irresponsáveis; por isso, ocultam-se, jogando os seus erros e limitações nos outros. Afinal, tudo que acontece de mau é sempre culpa dos outros¹⁶⁵.

Aparentemente, o agressor é uma pessoa que está muito satisfeita com ela mesma e raramente se questiona sobre suas atitudes. É incapaz de sentir empatia, considerada como a capacidade de colocar-se no lugar do outro, porque não estará à altura de sentir o mal que seus ataques podem fazer ao seu próximo. Mas enquanto não descoberto os seus meios de agir, o agressor persegue seu objetivo.

Segundo GUEDES, existem 13 tipos de denominações de agressores: 1. o instigador; 2. o casual; 3. o colérico; 4. o megalômano; 5. o frustrado; 6. o crítico; 7. o sádico; 8. o puxa-saco; 9. o tirano; 10. o aterrorizado; 11. o invejoso; 12. o carreirista; e 13. o pusilânime¹⁶⁶.

Entretanto, é importante frizar que o poder de chefia extingue-se na própria ação administrativa, normatizada, que dosa sanções e determina limites.

Note-se que para se denominar assédio, o agente ativo será sempre o superior hierárquico do agente passivo, vítima do dano.

O caráter continuado da tirania exercida pela empresa através de seu preposto, ainda que não configure o assédio moral, - porquanto ausentes o cerco e a discriminação vez que a prática atingia indistintamente todos os subordinados-, caracteriza a gestão por injúria, a que alude HIRIGOYEN¹⁶⁷:

Denominamos gestão por injúria o tipo de comportamento despótico de certos administradores, despreparados, que submetem os empregados a uma pressão terrível ou os tratam com violência, injuriando-os ou insultando-os, com total falta de respeito. (...) Quer tais dirigentes estejam ou não conscientes da brutalidade de suas ofensas, seu comportamento é indigno e inadmissível. Só uma ação coletiva pode dar fim a ele. Uma reação conjunta, o quanto antes, por parte dos trabalhadores para denunciar tais práticas escravagistas. Com efeito, alguns administradores manejam melhor o chicote que a carroça, submetendo o ambiente de trabalho ao império do medo¹⁶⁸.

¹⁶⁵ HIRIGOYEN, M.F. **Assédio moral**: a violência perversa no cotidiano. 5.ed. Bertrand do Brasil: São Paulo. 2002. 223p. p.143. Disponível em: <http://www.tribunalpopular.hpg.ig.com.br/her.html> - Acesso em: 09 jul 2005.

¹⁶⁶ GUEDES, M.N. **Terror psicológico no trabalho**. São Paulo, LTr, 2003, p.59-60

¹⁶⁷ HIRIGOYEN, Op. Cit. p.28

¹⁶⁸ HIRIGOYEN, M.F. **Mal-estar no trabalho**: redefinindo o assédio moral. Rio de Janeiro. Bertrand do Brasil: 2002. p.43. I Seminário Internacional Sobre Assédio Moral no Trabalho, realizado em abril 2002, São Paulo - Brasil. Disponível em: <http://www.assediomoral.org/site/eventos/Iseminario/3auditorio.php> Acesso em: 09 jul 2005.

O desabrochar do individualismo reafirma o perfil do “novo trabalhador”: flexível, capaz, competitivo, criativo, qualificado e empregável, habilidades estas que o qualificam para a demanda do mercado. Estar “apto” significa responsabilizar os trabalhadores pela formação/qualificação e culpabilizá-los pelo desemprego, aumento da pobreza urbana e miséria, desfocando a realidade e impondo aos trabalhadores um sofrimento perverso.

Entretanto, o assédio moral não se confunde com formas aceitáveis de "pressão", exercidas por chefias lúcidas e racionais e dotadas de liderança saudável, quando se objetiva, de maneira humana e racional, o sucesso no mundo dos negócios, com resultados econômicos e sociais favoráveis ao trabalhador e à sua comunidade, desde que obedecidos os limites necessários.

Para Bernardo Leite Moreira:

... é importante que façamos clara distinção entre as características de assédio moral e a pressão da chefia pelo cumprimento de prazos, metas e objetivos do negócio. Mais ainda, entendemos que a pressão da competitividade contagia a ação das chefias tornando-os exigentes e, muitas vezes fazendo-os considerar que seus subordinados podem fazer mais do que imaginam que podem. Sem dúvida não discordo desse ponto de vista. Reforço que a exigência de superação sempre está acompanhada de significativa dose de confiança e preocupação pelo desenvolvimento dos subordinados. A chefia pode, e deve, pressionar com frequência e exigir que seus subordinados se superem. Mas presumo que fique claro que não é a isso que se refere o assédio moral.¹⁶⁹

As agressões sofridas pelas vítimas no ambiente de trabalho desencadeiam distúrbios físicos e psíquicos e desenvolvimento de várias patologias. Esse processo pode levá-la à incapacidade permanente e até matá-la durante o expediente de trabalho e ou levá-la ao suicídio: o chamado bullicídio. A agressão desencadeia ansiedade e a vítima se coloca em atitude defensiva, hipervigilância, tendo sensação de ameaça, surgindo sentimentos de fracasso, baixa auto-estima, impotência e humilhação. Sentimento de ser ofendida, menosprezada, rebaixada, inferiorizada, constrangida e ultrajada pelo agressor; sentir-se sem valor, inútil, magoada, revoltada, perturbada, traída, envergonhada, indignada e com raiva. A humilhação causa dor, tristeza e sofrimento.

5. ASPECTOS JURÍDICOS NO BRASIL

A Carta Magna de 1998 preconiza que o Estado Brasileiro se fundamenta e se justifica pela garantia que oferece ao exercício da cidadania, do respeito à dignidade da pessoa humana, de reconhecimento dos meios e instrumentos de valorização social do trabalho, assegurando a prevalência do interesse social em detrimento do mero

¹⁶⁹ Moreira B. L. *Assédio Moral*, 2005 p.1 http://www.golrh.com.br/artigos/artigos.asp?COD_Tema=304

interesse particular do lucro (art. 5º, XXIII, art. 170, III), reafirmando, ainda, o art. 193 que: "A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais", cabendo ressaltar que os direitos sociais previstos no art. 6º e logo a seguir discriminados no artigo seguinte são apenas enumerativos, indicativos, comportando a existência de outros mais que visem à melhoria de sua condição social (art. 7º, Caput).

A médica do Trabalho Margarida Barreto da PUC de São Paulo, em pesquisa realizada, aponta que 36% da população brasileira economicamente ativa, passa por violência moral.

A ofensa à honra, dano essencialmente pessoal, já era prevista no Código Comercial e a CLT fez o papel de "consolidar" o dispositivo preexistente, tipificando-a como motivo de despedida motivada (artigo 482) ou de denúncia, pelo empregado, do contrato de trabalho (artigo 483). Havendo a figura da ofensa à honra, nada de novo aconteceu. A novidade ocorreu no âmbito do direito do trabalho, quando se passou a dar um tratamento jurídico próprio ao dano pessoal ocorrente no seu interior. Até então, a figura da ofensa à honra só era tratada como falta anticontratual. Uma antiga discussão, sobre o direito a indenização autônoma no acidente do trabalho, acatada pelo texto constitucional (artigo 7º, inciso XXVIII), acabou abrindo espaço para se perceber que as indenizações pré-tarifadas, pela ocorrência de "justa causa", não cobriam um dano essencialmente diverso, como o pessoal¹⁷⁰.

Paulo Eduardo Vieira de Oliveira, magistrado paulista, leciona:

As duas principais obrigações sinalagmáticas que a relação de emprego implica (prestar serviço de modo subordinado e pagamento), levaram autores a afirmar, que ela comporta, apenas, uma relação patrimonial. Não se pode negar que esta seja importante, mas a relação empregatícia cria, também, uma intersubjetividade entre empregado e empregador, seja este pessoa física ou jurídica. Se ela não existisse, ter-se-ia que apelar, como de fato se fez, para uma relação essencial e juridicamente diversa, para explicar o dano pessoal entre empregado e empregador. Pode parecer paradoxal, mas foram alguns escritos e acórdãos, tratando de aspectos processuais (a não competência do juízo trabalhista para julgar conflitos decorrentes de danos pessoais), que contribuíram para esse entendimento, enfatizando, com razão, a relação pessoal que o dano implica e, que este inexistiria na relação de emprego. Como conclusão, é importante que se frise, que há uma relação intersubjetiva entre empregado e empregador muito acentuada, que dá oportunidade, pelo trato sucessivo da relação, a uma das partes (e até a ambas em dano pessoal recíproco), de uma causar dano pessoal à outra ou, ainda, do dano acontecer reciprocamente.¹⁷¹

6. PROJETOS DE LEI EM TRAMITAÇÃO

¹⁷⁰ OLIVEIRA, P.E.V. **O dano pessoal no direito do trabalho**. São Paulo: Revista Amatra II, mar-abr, 2002.

¹⁷¹ OLIVEIRA, P.E.V. **O dano pessoal no direito do trabalho**. São Paulo: Revista Amatra II, mar-abr, 2002

A especificidade para o tema sob o prisma legal vem se dando por leis e projetos de leis, jurisprudências, sugestões para combater o assédio moral, projetos de leis e leis municipais já aprovadas em todo o país, entre eles: Americana, SP; Campinas, SP; Guarulhos, SP; Itacemópolis, SP; Jaboticabal, SP; São Paulo, SP; Cascavel, PR; Natal, RN; Porto Alegre, RS; São Gabriel do Oeste, MS; Sindrolândia, MS¹⁷².

Existem tramitando, no Congresso Nacional, diversos projetos de lei, pretendendo a normatização legal reguladora do fenômeno, dentre os quais, citamos:

a) Projeto de Lei Federal Nº 5970/2001, de iniciativa do deputado Inácio Arruda, PCdoB - CE, alterando o art. art. 483, da CLT, inserindo a prática de coação moral como motivo para que o empregado, a seu cargo, sendo vítima, possa rescindir ou não o contrato de trabalho, bem como trata de particulares indenizatórias a favor do empregado por força do ato de coação moral contra sua pessoa.

b) Projeto de Lei Nº 4591/2001, de iniciativa de Rita Camata, deputada PSDB – ES; modifica a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, proibindo a prática do assédio moral no âmbito do serviço público federal e cominando com pena que vai da singela advertência até a demissão, esta em caso de reincidência.

c) Projeto de Lei Nº 4.742/2001, iniciativa do deputado Marcos de Jesus PL-PE. introduz o artigo 136-A no Código Penal, tipificando o assédio moral com a seguinte redação:

Art. 136-A. Depreciar, de qualquer forma e reiteradamente a imagem ou o desempenho de servidor público ou empregado, em razão de subordinação hierárquica funcional ou laboral, sem justa causa, ou tratá - lo com rigor excessivo, colocando em risco ou afetando sua saúde física ou psíquica. Pena - detenção de um a dois anos

Na Câmara Federal tramita o Projeto de Lei Nº 7.124/02, do Senado Federal, que visa taxar o dano moral em valor certo e determinado, ampliando também as possibilidades de entendimento do que venha a ser o dano moral, as ocorrências relativas às ofensas ao nome, à honra, à fama, à imagem, à intimidade, à credibilidade, à respeitabilidade, à liberdade de ação, à auto-estima e ao respeito próprio¹⁷³.

O serviço público, no Brasil, é também um campo fértil para o desenvolvimento do assédio moral. E tanto é que entre nós já foram editadas algumas leis municipais sobre o assunto, destacando-se a Lei Nº 13.288, de janeiro de 2001, de São Paulo, que trata da temática no âmbito da Administração. A referida lei conceitua o assédio moral como “todo o tipo de ação, gesto ou palavra que atinja, pela repetição, a auto-estima e a segurança de um indivíduo, fazendo-o duvidar de si e de sua competência, implicando em dano ao ambiente de trabalho, à evolução da carreira profissional ou à estabilidade do vínculo empregatício do funcionário, tais como: marcar tarefas com prazos impossíveis; passar alguém de uma área de responsabilidade para funções triviais; tomar crédito de idéias de outros; ignorar ou excluir um funcionário só se dirigindo a ele por meio de terceiros; sonegar informações de forma insistente;

¹⁷² disponível em: <http://www.assediomoral.org/site/legisla/index.php> acesso em 22 jul 2005

¹⁷³ SALVADOR, L. **Assédio moral**: TRT da 17ª reconhece que violação à dignidade humana dá direito à indenização. Disponível em: <http://www.fenassec.com.br/artigos/art83.htm> Acesso em: 08 jul. 2005

espalhar rumores maliciosos; criticar com persistência, subestimar esforços” (art. 1º, parágrafo único).

Aplicar esse preceito legal aos empregados, em geral, por analogia, não nos parece possível, a não ser que enquadremos a conduta no artigo 483 da CLT. Isso porque quem legisla sobre Direito do Trabalho é a União e, segundo, porque invocar o parágrafo único do artigo 8º da CLT, ao fundamento de que o Direito Comum seria aplicável não nos parece correto, porque o legislador, quando se refere ao Direito Comum, quer significar o Direito Civil à semelhança do disposto no artigo 769 da CLT.

O ideal seria, portanto, uma norma de âmbito federal inserida na CLT combatendo o assédio, à semelhança da legislação francesa, a começar com medidas de prevenção e coibindo o assédio moral com a nulidade da dispensa, da transferência, da demissão ou da punição disciplinar nele fundada, facultando à parte prejudicada a rescisão indireta, sem prejuízo da indenização pelos danos ocasionados (material e/ou moral), já que o assunto é tratado de forma incompleta pelo legislador nacional.

Enquanto ausente a legislação, as Convenções Coletivas poderão ser um instrumento eficaz para estabelecer o conceito de assédio moral, com as infrações e sanções nesse terreno, além das medidas destinadas a evitar essa prática.

No Brasil, alguns sindicatos já começam a inserir nas convenções coletivas cláusulas dessa natureza, como se infere da 81ª cláusula da convenção coletiva celebrada pelo SEMAPI. Dispõe a referida cláusula:

Constrangimento moral: As empresas envidarão esforços para que sejam implementadas orientações de conduta comportamental aos seus respectivos supervisores, gerentes e dirigentes para que, no exercício de suas funções, visem evitar ou coibir práticas que possam caracterizar agressão e constrangimento moral ou antiético a seus subordinados.

Parágrafo único: Nos casos de denúncia por parte do trabalhador, será formada uma comissão paritária de 6 (seis) membros, SEMAPI/Entidades abrangidas, excluída a empregadora denunciada, para avaliação e acompanhamento da referida denúncia¹⁷⁴.

Há também a Portaria Nº 604, de 2000, do Ministério do Trabalho, que instituiu os Núcleos de Promoção de Igualdade de Oportunidades e de Combate à Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão. O art. 2º, II da referida Portaria atribui competência ao referido núcleo para propor estratégias e ações que visem a eliminar a discriminação e o tratamento degradante e que protejam a dignidade da pessoa humana, em matéria de trabalho. O inciso IV do art. 2º da Portaria Nº 604, de 2000, por sua vez, dispõe que compete aos Núcleos celebrar parcerias com organizações empresariais, sindicais e não governamentais, objetivando a sistematização do fluxo de

¹⁷⁴ SEMAPRI - Sindicato dos Empregados em Empresas de Assessoramento, Perícias, Informações e Pesquisas e Fundações Estaduais do Rio Grande do Sul.

informações relativas a vagas disponibilizadas e preenchidas por segmentos da população mais vulneráveis à discriminação¹⁷⁵.

A jurisprudência começa a dar os primeiros passos a respeito da temática, como se infere da ementa desse acórdão da 17ª Região, cujo teor estabelece:

Dano moral. Assédio moral. Contrato de inação. Indenização por dano moral. A tortura psicológica, destinada a golpear a auto-estima do empregado, visando forçar sua demissão ou apressar a sua dispensa através de métodos que resultem em sobrecarregar o empregado de tarefas inúteis, sonegar-lhe informações e fingir que não o vê, resultam em assédio moral, cujo efeito é o direito à indenização por dano moral, porque ultrapassa o âmbito profissional, eis que minam a saúde física e mental da vítima e corrói a sua auto-estima. No caso dos autos, o assédio foi além, porque a empresa transformou o contrato de atividade em contrato de inação, quebrando o caráter sinalagmático do contrato de trabalho, e por conseqüência, descumprindo a sua principal obrigação que é a de fornecer o trabalho, fonte de dignidade do empregado. Recurso improvido”. TRT- 17ª Região – RO 1315.2000.00.17.00.1. Ac. 2276/2001, 20.08.02. Rel. Juíza Sônia das Dores Dionízio. Revista LTr 66-10/1237¹⁷⁶.

ASSÉDIO MORAL – RESOLUÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO POR JUSTA CAUSA DO EMPREGADOR - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - CABIMENTO. O assédio moral, como forma de degradação deliberada das condições de trabalho por parte do empregador em relação ao obreiro, consubstanciado em atos e atitudes negativas ocasionando prejuízos emocionais para o trabalhador, face à exposição ao ridículo, humilhação e descrédito em relação aos demais trabalhadores, constitui ofensa à dignidade da pessoa humana e quebra do caráter sinalagmático do Contrato de Trabalho. Autorizando, por conseguinte, a resolução da relação empregatícia por justa causa do empregador, ensejando inclusive, indenização por dano moral”. TRT – 15ª Região - [01711-2001-111-15-00-0 - RO 20.534/2002](#). Relª.: Juíza Mariane Khayat F. do Nascimento. Publicado em 21.03.2003. Revista Consultor Jurídico 14 de julho de 2003.

7.A LEGISLAÇÃO VIGENTE AUTORIZA O DEFERIMENTO DA INDENIZAÇÃO

Do exame do contrato de trabalho, conclui-se ter ele natureza onerosa, sinalagmática e comutativa, sendo tutelado pelos conhecidos princípios de proteção, da

¹⁷⁵ Barros, A M. Assédio Moral: disponível em: http://www.amatra6.com.br/amatra/ed20_1.htm

¹⁷⁶ SALVADOR, L. Assédio moral: TRT da 17ª reconhece que violação à dignidade humana dá direito à indenização. Disponível em: <http://www.fenassec.com.br/artigos/art83.htm> Acesso em: 08 jul. 2005.

realidade, da razoabilidade e da boa-fé, norteadores do Direito do Trabalho. É consabido também que a principal obrigação do empregador é a de dar trabalho, pagando os salários correspondentes, sendo expressamente proibido impor a seu subordinado qualquer tipo de discriminação, pena de responsabilização por seus atos, a título de indenização pelo dano pessoal causado ao empregado. Examinando esta questão, Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, atual Presidente do STF, mesmo quando ainda era Min. do TST, assim já entendia: “A violência ocorre minuto a minuto, enquanto o empregador, violando não só o que foi contratado, mas, também, o disposto no § 2º, do art. 461 consolidado -preceito imperativo- coloca-se na insustentável posição de exigir trabalho de maior valia, considerando o enquadramento do empregado, e observa contraprestação inferior, o que conflita com a natureza onerosa, sinalagmática e comutativa do contrato de trabalho e com os princípios de proteção, da realidade, da razoabilidade e da boa-fé, norteadores do Direito do Trabalho. Conscientizem-se os empregadores de que a busca do lucro não se sobrepõe, juridicamente, à dignidade do trabalhador como pessoa humana e partícipe da obra que encerra o empreendimento econômico”¹⁷⁷. Não é a condição econômica de poder ofertar emprego, com pagamento de salários que assegura eventual direito de o empregador e ou seu preposto tratar o empregado como mera mercadoria, praticando atos discriminatórios que o atinjam inclusive em sua dignidade laboral.

Assim, o lesado por assédio moral pode pleitear em juízo além das verbas decorrentes da rescisão contratual indireta, também, ainda, a indenização por dano moral assegurada pelo inciso X do art. 5º da Lex Legum, pois que a relação de trabalho não é de suserania, é de igualdade, de respeito, de intenso respeito, cabendo frisar que a igualdade prevista no art. 5º da CF não restringe a relação de trabalho à mera dependência econômica subordinada: assegura ao trabalhador o necessário respeito- à dignidade humana, à cidadania, à imagem, honradez e auto-estima.

O Novo Código Civil corrigiu a incompletude da regra do art. 159, incluindo a expressão "dano moral", fato que vem reforçar a nova tendência jurisprudencial e doutrinária.

8. CONCLUSÃO

Apesar da pendência de aprovação no Congresso Nacional de lei expressa e específica regulamentada por inteiro desta relevante questão social, a legislação vigente no País tem permitido ao Poder Judiciário a entrega da prestação jurisdicional quando provocada, podendo a contento definir o valor indenizatório correspondente à vítima assediada moralmente, julgando-a e concedendo o valor indenizatório correspondente aos prejuízos sofridos.

¹⁷⁷ Tribunal Superior do Trabalho, 1ª T., Ac. 3.879, RR 7.642/86, 09/11/1987, Rel: Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Assédio Moral No Trabalho: Chega de humilhação. disponível em: <http://www.assediomoral.org/site/legisla/index.php> acesso em 22 jul 2005.

ADAMS A; CRAWFORD, N. Bullying at Work: how to confront and overcome it, 1992.

ALMEIDA, M.E.M. Abuso do direito e concorrência desleal. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

BARROS, A M. Assédio Moral: disponível em: http://www.amatra6.com.br/amatra/ed20_1.htm BRASIL . Leis, Decretos e etc Consolidação das Leis do Trabalho. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Leis, Decretos e etc Constituição da República Federativa do Brasil. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GUEDES, M.N. Terror psicológico no trabalho. São Paulo: LTR, 2003. 167p.

_____. Mobbing: a violência psicológica no trabalho. Revista LTR. n. 02, p. 162-165, fev. 2003.

HIRIGOYEN, M.F. Assédio Moral - A violência perversa do cotidiano. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 5. ed. 2002. 223p. Disponível em: <http://www.tribunalpopular.hpg.ig.com.br/her.html> - Acesso em: 09 jul 2005.

_____. Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral. Rio de Janeiro. Bertrand do Brasil: 2002. p.28-43. I Seminário Internacional Sobre Assédio Moral no Trabalho, realizado em abril 2002, São Paulo - Brasil. Disponível em: <http://www.assediomoral.org/site/eventos/Iseminario/3auditorio.php> Acesso em: 09 jul 2005.

MENEZES, C.A C.de. Assédio moral e seus efeitos jurídicos. Síntese Trabalhista: Porto Alegre, n.169, p.140-150, jul. 2003.

MOREIRA, Bernardo Leite. Assédio Moral. Disponível em: http://www.golrh.com.br/artigos/abre_artigo.asp?cod_tema=304 . Acesso em: 08 jul. 2005.

OLIVEIRA, E.S. Assédio Moral: sujeitos, danos à saúde e legislação. Revista Gênese, n.134, fev. 2004.

OLIVEIRA, M.L.B.R. Relação de emprego: o elemento “subordinação” no contrato de trabalho com as novas tecnologias. Síntese trabalhista, Porto Alegre, n. 164, p. 127-133, fev. 2003.

OLIVEIRA, P.E.V. O dano pessoal no direito do trabalho. São Paulo: Revista Amatra II, mar-abr, 2002.

SALVADOR, L. Assédio moral: TRT da 17ª reconhece que violação à dignidade humana dá direito à indenização. Disponível em: <http://www.fenassec.com.br/artigos/art83.htm> Acesso em: 08 jul. 2005.

SALVADOR, L. Assédio moral. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/doutrina/artigos/x/81/55/815/> Acesso em: 08 jul 2005.

SEMAPRI - Sindicato dos Empregados em Empresas de Assessoramento, Perícias, Informações e Pesquisas e Fundações Estaduais do Rio Grande do Sul.

SOUZA AGUIAR, A L. Assédio moral nas organizações: estudo de caso dos empregados demitidos e em litígio judicial trabalhista no Estado da Bahia. Dissertação de Mestrado. UNIFACS, Salvador-BA. out 2003. Disponível em: http://www.assediomoral.org/site/biblio/MD_02.php Acesso em: 09 jul. 2005.

SÜSSEKIND, A; MARANHÃO, D.; VIANNA, S. et al. Instituições de direito de trabalho. 19. ed. São Paulo: LTR, 2000. v. 1.

TARCITANO, J.S.C., GUIMARÃES, C.D. Assédio Moral no ambiente de trabalho. Disponível em: <http://www.partes.com.br/assediomoral/reflexao.asp> Acesso em: 08 jul 2005.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. 1ª T., Ac. 3.879, RR 7.642/86, 09/11/1987, Rel: Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello.

OS CRÉDITOS TRABALHISTAS NA NOVA LEI DE FALÊNCIAS **– LEI 11.101/2005**

Por Leonardo José Videres Trajano¹⁷⁸

1) Considerações Iniciais:

Hodiernamente, tem especial relevo o papel social que a empresa exerce, eis que reconhecida como verdadeiro agente do desenvolvimento e da estabilidade econômica.

Por conseqüência, interessa ao Estado a manutenção e crescimento das empresas, na medida em que, indiretamente, estará protegendo o interesse coletivo, representado pelas oportunidades de trabalho, distribuição de riquezas e estabilidade econômica.

De outro lado, até a nova lei de falências, convivia a nossa sociedade com uma legislação falimentar direcionada, tão-somente, para proteger os interesses patrimoniais dos credores.

Todavia, a atividade econômica atual, reclamava novo regramento da legislação falimentar, voltado para a proteção das empresas, sobretudo, da manutenção de seus recursos produtivos.

Sob essa égide, nasceu a Lei 11.101/2005, inserindo-se no sistema legal brasileiro, como instrumento para o saneamento, a preservação e o desenvolvimento da empresa.

2) Direito Falimentar Brasileiro na Vigência do Decreto-lei 7.661/45;

O direito falimentar, no nosso ordenamento jurídico, era regido pelo Decreto-lei 7.661, de 21.06.45, então chamado de “Lei de Falências”.

A mencionada norma, editada em plena “Era Vargas”, mostrou-se, nos dias atuais, ultrapassada, porquanto aplicava o complexo processo de falência, unicamente, como uma forma de cobrança forçada as empresas que atravessavam dificuldades econômicas.

¹⁷⁸ Advogado Trabalhista. Sócio do Nóbrega Farias e Trajano Advogados Associados

Com efeito, como sustenta Rubens Approbato Machado¹⁷⁹, “a falência (como previsão continuada do negócio) e a concordata, ainda que timidamente permitissem a busca da recuperação da empresa, no decorrer da longa vigência do Decreto-lei 7.661/45 e ante as mutações havidas na economia mundial, inclusive com a sua globalização, bem assim nas periódicas e inconstantes variações da economia brasileira, se mostraram não só defasadas, como também se converteram em verdadeiros instrumentos da própria extinção da atividade empresarial. Raramente, uma empresa em concordata conseguia sobreviver e, mais raramente ainda, uma empresa falida era capaz de desenvolver a continuidade de seus negócios. Foram institutos que deixavam as empresas sem qualquer perspectiva de sobrevivência”.

Desse modo, no período de vigência do Decreto-lei 7.661/45, deparava-se a sociedade brasileira com um processo falimentar, que acarretava um constante quadro de extinção de empresas, vale dizer, redução de fontes de produção, postos de trabalho e arrecadação de tributos.

3) A Nova Lei de Falências – Aspectos Gerais e Repercussão nos Créditos Trabalhistas:

A Situação acima apontada, evidenciava uma necessária e profunda modificação na legislação falimentar. Impunha-se alterar o viés patrimonialista do Decreto-lei 7.661/45, priorizando-se a manutenção das empresas, como fonte geradora de bens patrimoniais, econômicos e sociais.

Sob essa perspectiva, como bem aduz Celso Marcelo de Oliveira¹⁸⁰, “na nova legislação de Recuperação Judicial, a falência e a recuperação extrajudicial do empresário e da sociedade empresária foram concebidas por inspiração da teoria da importância social da empresa, onde tenciona introduzir um instituto inédito no Direito Brasileiro, denominado ‘A Recuperação da Empresa’, utilizado na legislação francesa”.

Logo, a Lei 11.101/2005 pontifica a preservação da empresa, como ente de relevante função social, com a conseqüente manutenção dos postos de emprego, a conservação da produção e circulação de riquezas, em detrimento da possibilidade de extinção do estabelecimento.

¹⁷⁹MACHADO, Rubens Approbato. Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo:Quartier Latin, 2005, p. 22

¹⁸⁰ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Comentários à Nova Lei de Falências. São Paulo:Thompson –IOB, 2005, p. 23.

De outra parte, o novel diploma legal, inova a matéria atinente ao direito falimentar, extinguindo a concordata – instituto que visava a preservação do devedor quanto à falência – criando a figura da recuperação de empresas.

Do mesmo modo, na nova lei, como acentua Fábio Ulhoa Coelho¹⁸¹, “o pedido de falência perde, em parte, a característica de medida coercitiva utilizável na cobrança de dívida”.

Ainda, quanto à nova legislação, há clara reformulação na classificação dos créditos reivindicados no processo falimentar, notadamente, no tratamento dispensado aos créditos trabalhistas, o que tem valido severas e justas críticas a mesma, configurando-se como ponto negativo da norma em comento.

Primordial, pois, situarmos, em apertada síntese, a atual posição dos créditos trabalhistas nos institutos da recuperação de empresas e da falência, para ao final, averiguar se houve ou não ofensa aos direitos trabalhistas, com a orientação da Lei 11.101/2005.

4) A Recuperação Judicial de Empresas e a Situação dos Créditos Trabalhistas:

Consoante dicção do artigo 47 da Lei 11.101/2005, “A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.¹⁸²

Por conseguinte, como aduz Lídia Valério Marzagão¹⁸³, “A premissa maior do Instituto é a reestruturação da empresa que se encontra em situação difícil, mas, não irremediável, através da elaboração de um plano de recuperação aprovado por uma Assembléia de Credores. A Lei confere, ainda, relevância à função social da empresa e às circunstâncias de produção e trabalho e, por fim, apresenta preocupação com o crédito, que é a pilastra da economia hodierna”.

Vale dizer, a recuperação de empresa, tem como princípio objetivo a manutenção da fonte produtiva, sendo certo que a Lei 11.101/2005, apresenta grande

¹⁸¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Nova Lei de Falências. São Paulo:Saraiva, 2005, p. 14.

¹⁸² Art. 47, da Lei 11.101/2005.

¹⁸³ MARZAGÃO, Lídia Valério. Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo: Quartier latin. 2005. p 80

novidade, ao sujeitar todos os credores a este procedimento, inclusive os detentores de créditos trabalhistas.

Logo, como sustenta Carlos Carmelo Balaró¹⁸⁴, “O devedor, no caso, passa a ter prazos e condições especiais para os pagamentos de suas dívidas, além de poder convocar credores para negociar a forma de pagamento das obrigações vencidas e vincendas. Verifica-se, pois, que a negociação continua sendo o grande mote da recuperação, agora com abrangência do crédito trabalhista, compulsoriamente atraído ao modelo judicial”.

Especificamente, quanto aos créditos trabalhistas, a matéria foi disciplinada no artigo 54 da Lei 11.101/2005, valendo destacar que “o plano de recuperação judicial não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da relação de trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial”¹⁸⁵

Desse modo, em que pese assegurar aos obreiros o integral pagamento dos seus créditos, o contido no artigo 54 da Lei 11.101/2005, remete-nos a verdadeira flexibilização das normas trabalhistas, na medida em que concede prazo de um ano para a quitação das mesmas, excetuando-se, unicamente, da regra exposta, as parcelas de cunho estritamente salarial, vencidos nos três meses anteriores ao pedido de recuperação judicial, limitadas a até cinco salários-mínimos.

Ainda quanto às relações de trabalho, o artigo 50 da Lei 11.101/2005, elenca como um dos meios de se obter a recuperação judicial de empresas, as hipóteses de redução salarial, compensação de horários e redução de jornada de trabalho, mediante acordo ou convenção coletiva.

Assim, indubitavelmente, ao adentrar na seara do Direito do Trabalho, cuja legislação é norteadada pelo princípio tutelar, a nova lei de falências vêm sofrendo inúmeras e pesadas críticas, como assevera Jorge Pinheiro Castelo¹⁸⁶, “A nova lei de falências, se aprovada como está, se constituirá num gigantesco instrumento de fraude à legislação trabalhista e de enorme transferência de renda às avessas dos pobres para o poder econômico”.

No entanto, malgrado as substanciosas críticas desferidas ao conteúdo dos artigos 50 e 54 da Lei 11.101/2005, notadamente, no que concerne aos créditos e

¹⁸⁴ BALARÓ, Carlos Carmelo. Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo: Quartier latin. 2005. p. 248

¹⁸⁵ Art. 54, caput, da Lei 11.101/2005

¹⁸⁶ CASTELO, Jorge Pinheiro. “A Nova Lei de Falências: Por que os Bancos Querem Intervenção Estatal Protetiva?”, Revista LTR, ano 68, agosto/2004, p. 68-08/921.

relações de trabalho, penso que o cerne da discussão deve passar pela efetiva possibilidade de recuperação da empresa e todos os benefícios inerentes a configuração deste fato, precipuamente, pela manutenção dos postos de emprego.

Nesse sentido, sustenta, com rara felicidade, Jorge Lobo¹⁸⁷, “No caso da ação de recuperação judicial da empresa, a assembleia geral de credores, primeiro, depois o Ministério Público e, por derradeiro, o juiz da causa deverão sopesar a realização dos fins – salvar a empresa, manter os empregos e garantir os créditos -, através do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, quando, então, talvez, venham a concluir que o caso concreto exige o ‘sacrifício’ de determinado fim se indispensável para o saneamento da empresa ou o ‘sacrifício’ parcial do interesse da empresa em benefício de empregados e credores, etc., pois, como ressaltam os franceses, os procedimentos coletivos são ‘procedimentos de sacrifício’ que limitam os poderes do devedor e restringem os direitos dos credores (Ives Guyion, Droit des affaires, Paris, Econômica, 1991, Tome, 2, 3e ed, p.113)”

Dessa forma, respeitando-se os direitos fundamentais dos empregados, há que se almejar, efetivamente, a viabilidade de recuperação da empresa, analisando-se, criteriosamente, o plano a ser apresentado pelo devedor, contando todo o processo com o “sacrifício” de todos os envolvidos, visando alcançar os postulados da dignidade da pessoa humana, do bem estar e com o alcance da justiça social.

4) Do Instituto da Falência e os Créditos Trabalhistas;

Noutro aspecto, quando nos deparamos com a situação em que a empresa, como sustenta Celso Marcelo de Oliveira¹⁸⁸, “cessando o pagamento de seus débitos, se mostra impotente para satisfazer os credores, deve o Juiz declará-la em falência e dar começo ao processo necessário para que o seu patrimônio seja liquidado para pagamento dos débitos, que o oneram”.

Com efeito, em decorrência do contido na Lei 11.101/2005, a falência acarreta o afastamento do devedor da administração da empresa, com o escopo precípua de conservar a utilização dos bens, ativos e recursos produtivos da mesma.

Inicia-se, por conseqüência, um procedimento de execução coletiva, em que todos os bens do falido são arrecadados e liquidados, objetivando o pagamento integral dos débitos do mesmo.

¹⁸⁷ LOBO, Jorge. “Ação de Recuperação Judicial da Empresa. Informativo eletrônico Migalhas, n. 1097.

¹⁸⁸ OLIVEIRA, op. cit., p. 331

A premissa acima deduzida, leva-nos à conclusão de que o juízo da falência é universal, sendo certo que todas as demandas que versem sobre os bens, interesses e negócios da massa falida, serão processados na unidade judiciária, perante a qual tramita a execução coletiva da falência.

Constitui uma das exceções a regra do juízo universal da falência, as ações envolvendo créditos trabalhistas, que deverão ser ajuizadas perante a Justiça do Trabalho, que detém a competência para tanto, conforme dicção do artigo 114 da Constituição Federal.

Assim, as demandas trabalhistas serão remetidas para o juízo universal da falência, tão-somente, após a sentença homologatória dos cálculos de liquidação, oportunidade em que o obreiro detentor de crédito trabalhista deverá requerer a habilitação de seu crédito.

Por outro lado, atesta-se na nova lei de falências, substanciais e lamentáveis mudanças quanto a ordem de classificação dos credores da massa falida, notadamente, do grau de preferência dispensado aos créditos trabalhistas.

Com efeito, a teor do disposto no artigo 83 da Lei. 11.101/2005, ao passo em que foram mantidos os créditos trabalhistas na mais elevada escala de preferências dos credores da falida, limitou-se, no entanto, a tal categoria, o limite de 150 salários-mínimos por credor.

Ou seja, com a nova lei de falências, nem todos os créditos trabalhistas gozam do grau máximo de preferência no concurso falimentar, assim, o empregado com crédito igual ou inferior a 150 salários mínimos, concorrerá, na classe preferencial, com a integralidade de seus direitos; enquanto que o obreiro que possui crédito superior ao mencionado teto, concorrerá na classe preferencial e entre os credores quirografários, no valor que exceder a 150 salários mínimos.

O limite estabelecido pela Lei 11.101/2005, à preferência do crédito trabalhista, tem como objetivo, segundo Fábio Ulhoa Coelho¹⁸⁹ “ impedir que se consumam os recursos da massa com o atendimento a altos salários dos administradores da sociedade falida. A preferência da classe dos empregados e equiparados é estabelecida com vistas a atender os mais necessitados, e os credores por elevados salários não se consideram nesta situação”.

Data venia, o argumento expendido para justificar o limite imposto ao grau de preferência do crédito trabalhista, não se justifica, na medida em que, como

¹⁸⁹ COELHO, op. cit., p. 217.

leciona Sérgio Pinto Martins¹⁹⁰ “mesmo o trabalhador que ganha salário mais elevado, não sendo exatamente hipossuficiente, deve receber a totalidade dos seus créditos decorrentes de seus suor, pois este trabalhador e sua família também vivem do que a empresa lhe paga”.

Ora, não há como se emprestar distinção ao valor do trabalho pelo aspecto monetário, logo, impossível se acolher pretensa intenção legislativa de proteção dos trabalhadores mais pobres.

Na realidade, no meu sentir, a limitação da preferência dos créditos trabalhistas, é ofensiva ao princípio constitucional da isonomia, previsto no caput do artigo 5º, caput e artigo 7º, XXXII, da Constituição Federal, além de contrariar, em essência o trabalho como direito social, a valorização do trabalho humano como um dos fundamentos da economia e o primado do trabalho como base da ordem social.

Dessa forma, penso que laborou em lamentável equívoco o legislador ao criar “categorias de créditos trabalhistas”, porquanto os trabalhadores, em virtude da relação de trabalho desenvolvida, deveriam ficar amparados por um privilégio, de modo tal que todos os seus créditos precedessem a outros credores não privilegiados.

7) Conclusão

A nova lei de falências traduz inegável avanço, ao consagrar a função social da empresa, dotando o nosso sistema legal do processo de recuperação judicial de empresas.

A adoção do mencionado instrumento, apto a conservar o funcionamento normal das empresas em dificuldades financeiras, indubitavelmente, oferece viabilidade para a recuperação das mesmas, além de propiciar a manutenção dos postos de emprego, da produção e de circulação de riquezas.

Todavia, a Lei 11.101/2005, ao tratar, especificamente, da prioridade dos créditos trabalhistas no instituto da falência, revela-se incompatível com os postulados do trabalho como direito social, da valorização do trabalho humano como um dos fundamentos da economia e o primado do trabalho como base da ordem social.

Portanto, no novo diploma legal, há flagrante dualismo, que deve ser enfrentado pelo Judiciário, que, ao aplicar a norma, deverá se pronunciar de forma consentânea com o almejado pelo interesse público.

¹⁹⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. Revista Carta Forense. São Paulo. Dezembro/2004, p. 4

8) Bibliografia

BALARÓ, Carlos Carmelo. Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo: Quartier latin. 2005. p. 248.

CASTELO, Jorge Pinheiro. “A Nova Lei de Falências: Por que os Bancos Querem Intervenção Estatal Protetiva?”, Revista LTR, ano 68, agosto/2004, p. 68-08/921.

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Nova Lei de Falências. São Paulo:Saraiva, 2005, pág 14.

LOBO, Jorge. “Ação de Recuperação Judicial da Empresa.” Informativo eletrônico Migalhas, n. 1097.

MACHADO, Rubens Approbato. Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo:Quartier Latin, 2005, pág 22.

MARTINS, Sérgio Pinto. Revista Carta Forense. São Paulo. Dezembro/2004, p. 4.

MARZAGÃO, Lídia Valério. Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo: Quartier latin. 2005. p 80.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Comentários à Nova Lei de Falências. São Paulo:Thompson –IOB, 2005, p 23.

A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO O MÉTODO “HERMENÊUTICO-CONCRETIZADOR” DE KONRAD HESSE

Maria Hemília Fonseca¹⁹¹

INTRODUÇÃO

O estudo dedicou-se inicialmente à análise dos fenômenos ambigüidade, vaguedade e textura aberta, cuja correlação com a interpretação em geral e, especificamente, com a interpretação do Direito é notória. Em seguida procurou destacar o papel da interpretação como um eficiente instrumento de renovação e atualização do ordenamento jurídico. Num terceiro momento cuidou dos métodos (ou espécies) de interpretação constitucional. Por fim, analisou o método desenvolvido por Konrad Hesse, dando ênfase aos princípios da interpretação constitucional, cuja missão, segundo o referido autor, é “orientar, relacionar e valorar os pontos de vista ou considerações que levam à solução de um problema concreto”.

I. OS PROBLEMAS DA LINGUAGEM NO CAMPO DO DIREITO

A linguagem é a mais rica e completa ferramenta de comunicação entre os homens, porém, nem sempre esta ferramenta funciona satisfatoriamente.

Segundo o jurista italiano Carnelutti, citado por Cesáreo Rodriguez-Aguilera, as ferramentas do operador do Direito são as palavras, pois delas são feitas as leis, como as casas são construídas com tijolos. Esta a razão porque os juristas são considerados os engenheiros das palavras¹⁹².

O jurista ao fazer uso das palavras deve ter consciência de seu caráter relativo e incerto. Carrió se refere aos vários significados impressos às palavras: significado convencional e emotivo, à ambigüidade e vaguedade que em muitos casos lhes são inerentes, bem como à sua textura aberta.

Cuidaremos brevemente a seguir dos fenômenos referidos acima, ressaltando sua ligação com a interpretação em geral e, especificamente, com a interpretação do Direito, pois a sua dimensão lingüística não pode ser ignorada.

I. 1. Os fenômenos atribuídos às palavras: ambigüidade, vaguedade e textura aberta.

a) Ambigüidade

¹⁹¹ A autora é doutoranda na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). O presente estudo teve o financiamento do *CNPq*.

¹⁹² *El Lenguaje Jurídico*, pg. 7. Todas as citações desta obra se deram sob a forma de “*Livre tradução do autor*”.

A mesma palavra, dependendo do contexto em que é utilizada, poderá traduzir significado distinto. Genaro R. Carrió, ao trabalhar esta questão, faz o seguinte questionamento: “o que é rádio?”¹⁹³.

Para oferecer uma resposta ao questionamento afirma que não há outra saída, a não ser perguntar em qual sentido a palavra está sendo utilizada, pois pode significar um aparelho elétrico que serve para escutar música e notícias ou um metal descoberto pelo casal Curie, dentre outros¹⁹⁴.

O autor se refere ainda àquelas palavras que possuem diferentes critérios de aplicação, pois possuem como significados originários e outros metafóricos ou figurativos, como por exemplo, nos referimos a “uma conferência pesada”. Obviamente, uma conferência não é pesada no mesmo sentido em que é uma caixa de ferro¹⁹⁵.

Este, portanto, é um fenômeno ou um problema lingüístico analisado sob o rótulo de “ambigüidade da linguagem natural”. Suas dificuldades práticas podem superadas quando tomamos a precaução de precisar ou delimitar, em todos os possíveis casos de dúvidas, o sentido com que estamos empregando determinada palavra ou expressão¹⁹⁶.

b) Vaguedade

Neste caso, constatamos uma situação duvidosa que não se origina da falta de informação acerca do objeto e sim, da impossibilidade de se identificar ao certo onde termina o campo de aplicação de uma determinada palavra¹⁹⁷.

Por exemplo, ao utilizarmos o termo ‘jovem’ podemos identificar claramente o seu significado (não se trata de problema de ambigüidade), entretanto, não conseguiremos precisar exatamente com que idade uma pessoa deixa de ser jovem¹⁹⁸.

Verificamos, portanto, que determinados termos possuem uma zona de incerteza, sem limites precisos, razão pela qual, será necessário um segundo momento comparativo que possa indicar o sentido em que estão sendo utilizados¹⁹⁹.

Este, portanto, é o fenômeno denominado de “vaguedade da linguagem natural”.

c) Textura aberta

Quando utilizamos uma palavra num determinado sentido, tendemos a acreditar que os seus diferentes sentidos foram totalmente excluídos do contexto ou da análise, porém esta é uma crença equivocada, pois somente podemos eliminar características que foram consideradas ou analisadas²⁰⁰.

Assim, com fundamento em Genaro R. Carrió, concluímos que esta característica de “vaguedade potencial ou textura aberta” é peculiar às palavras e

¹⁹³ Ibid., pg. 28.

¹⁹⁴ Genaro R. Carrió, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, pgs. 28/29.

¹⁹⁵ Ibid., mesma página.

¹⁹⁶ Ibid., pgs. 30/31.

¹⁹⁷ Genaro R. Carrió, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, pg. 31.

¹⁹⁸ Ibid., mesma página.

¹⁹⁹ Ibid., pg. 34.

²⁰⁰ Genaro R. Carrió, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, pgs. 35/36.

constitui uma enfermidade incurável das linguagens naturais. Todas estas variantes têm enorme importância para os problemas que os juristas enfrentam no conturbado terreno da interpretação²⁰¹.

Assim, esta primeira abordagem sobre as palavras e alguns de seus fenômenos (ambigüidade, vaguedade e textura aberta) é pertinente, pois como referido acima, os problemas de interpretação das orações lingüísticas se estendem também às orações em que são formuladas as normas jurídicas.

II. A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

Do ponto de vista lingüístico “interpretar é atribuir um sentido (um significado) determinado a um signo”. E, muitas vezes, em razão dos problemas gerados pela linguagem no campo do Direito, o operador necessita realizar uma atividade interpretativa.

Por sua vez, no entendimento clássico de Savigny interpretar é reconstruir o conteúdo da lei, de modo a operar-se uma restituição de sentido ao texto viciado ou obscuro.²⁰²

Em se tratando de interpretação constitucional Bonavides afirma: “só se pode falar de interpretação se houver uma questão ou um problema jurídico constitucional a ser respondido”²⁰³.

Não existe, rigorosamente, distinção de natureza entre a interpretação das normas constitucionais e das demais normas do ordenamento jurídico, entretanto, a interpretação das normas constitucionais, ante o caráter político de que se revestem, se diferencia em alguns pontos da metodologia empregada para a fixação do sentido das outras normas jurídicas²⁰⁴. De todo modo, os princípios constitucionais auxiliam o intérprete na busca de soluções eficazes dos casos concretos.

II. 1. Hermenêutica e Interpretação

Segundo Emílio Beti, a interpretação jurídica é uma das formas da Teoria Geral da Interpretação ao lado da exegese filosófica. Adolfo Plachy também considera a hermenêutica uma Teoria Geral da Interpretação e por esta razão, uma doutrina científica interdisciplinar²⁰⁵.

Carlos Maximiliano, ao escrever sobre o tema, fala sobre a diferença entre as palavras hermenêutica e interpretação. A hermenêutica jurídica tem um sentido teórico e mais amplo, seu objeto é o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis

²⁰¹ Ibid., pgs. 35/36.

²⁰² Anotações feita em sala de aula no curso da disciplina Direito Constitucional II, ministrada pela Profa. Dra. Maria Garcia na PUC – SP, curso de pós-graduação e Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, pg. 398.

²⁰³ Ibid., pg. 398.

²⁰⁴ Ibid., pgs. 109/110.

²⁰⁵ Autores citados por Christiano José de Andrade, *O Problema dos Métodos da Interpretação Jurídica*, pg. 7.

para determinar o sentido e o alcance das expressões do direito, aproveitando-se, inclusive, das conclusões da filosofia jurídica²⁰⁶.

Já a interpretação consiste na ‘determinação do sentido e do alcance das expressões do Direito’. Assim, “a hermenêutica pode ser entendida como a teoria da arte de interpretar”²⁰⁷.

A interpretação busca a adequação do direito às exigências histórico-sociais; ela funciona como um eficiente instrumento de renovação e atualização do ordenamento jurídico. É no âmbito do Direito Constitucional que a função atualizadora da interpretação se mostra com mais ênfase.

II. 2. A Constituição interpretada

A interpretação da Constituição é parte extremamente importante do Direito Constitucional; tem presença marcante nos ordenamentos que possuem Constituições rígidas²⁰⁸.

Quanto mais rígida a Constituição, quanto mais obstáculos são erigidos à sua reforma, maior será a importância da interpretação e dos seus métodos interpretativos (que devem ser mais flexíveis e maleáveis) para a perfeita acomodação do estatuto básico às exigências do meio político e social²⁰⁹.

Quando se faz necessária a renovação da ordem constitucional, excluída a via excepcional do golpe de Estado, esta poderá se dar por três caminhos normais: o estabelecimento de uma nova Constituição, a revisão formal do texto vigente e o recurso aos meios interpretativos²¹⁰.

O primeiro tem ligação direta com o chamado Poder Constituinte (originário). É essencialmente político (metajurídico ou extrajurídico), faz a Constituição sem se prender a limites formais.

Quanto ao segundo, utilizaremos um trecho do livro Manual de Direito Constitucional, Tomo II, do português Jorge Miranda, que é bastante esclarecedor:

“A faculdade de ‘reformular a Constituição’ é a faculdade de substituir uma ou várias regras legal-constitucionais por outra ou outras, no pressuposto de que fiquem garantidas a identidade e a continuidade da Constituição considerada como um todo. Não é a faculdade de fazer uma nova Constituição, nem de substituir o próprio fundamento da competência de revisão. (...)”²¹¹.

²⁰⁶ Ibid., pg. 7/8. O autor faz menção ao entendimento de Carlos Maximiliano, na sua obra clássica *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Refere-se, ainda, que para Miguel Reale essa distinção é destituída de significado trata-se de uma diferenciação de escolasticismo abstrato.

²⁰⁷ Ibid., pg. 7.

²⁰⁸ Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, pgs. 417/418. A relevância dos modernos métodos interpretativos cresceu sem dúvida em razão da transformação por que passou todo o constitucionalismo clássico desde o advento de princípios de natureza declaradamente social.

²⁰⁹ Ibid., mesma página.

²¹⁰ Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, pg. 418.

²¹¹ Pgs. 165/166. Neste trecho, em notas de rodapé, o autor faz menção aos seguintes autores: C. Schmitt, G. Burdeau, F. Lucas Pires.

Por derradeiro, cumpre especificar que a interpretação pode nos levar a surpreendentes resultados de alteração de sentido das regras constitucionais sem modificar-lhes o respectivo teor, preservando a Constituição e as exigências da realidade social²¹².

II. 3. A natureza política das normas constitucionais

Ao analisarmos as normas constitucionais dois aspectos de grande importância devem permear a reflexão do intérprete.

O primeiro é a superioridade hierárquica das normas constitucionais em face das demais normas; o segundo diz respeito à natureza política da norma constitucional, pois é ela quem conduz a estrutura fundamental do Estado, atribui competência aos poderes, dispõe sobre os direitos humanos básicos, fixa o comportamento dos órgãos estatais, que, conseqüentemente, não podem ignorá-la no exercício de suas atribuições²¹³.

Cada ordenamento constitucional está imerso em valores culturais específicos, indiferentes a toda atividade interpretativa absoluta, portanto, se o intérprete permanece preso somente à operação silogística não conseguirá captar o fator que confere vida à norma²¹⁴, por outro lado se conferir extrema importância ao elemento político (de que se acha impregnada a norma constitucional) correrá o risco de chegar ao extremo oposto que o levará ao sacrifício da norma²¹⁵.

Conclui-se, portanto, que a interpretação constitucional se move em dois planos, de um lado o jurídico, de outro o político. Ambos são fundamentais para viabilização da única solução possível: “o equilíbrio desses dois pratos da balança constitucional”²¹⁶.

III. OS MÉTODOS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Como se sabe, o Direito é um conhecimento prático voltado para a decidibilidade de conflitos de interesses, objetivando uma solução “justa” de casos específicos (concretos)²¹⁷.

No campo do Direito os métodos de interpretação constituem um problema de difícil solução, pois em função da interpretação ser considerada um eficiente instrumento de renovação do ordenamento jurídico os juristas, buscando alcançar seus

²¹² Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, pg. 418.

²¹³ *Ibid.*, pgs. 419/420. O autor lembra que: “Esse último dado - a constitucionalidade formal - é peculiar às Constituições rígidas. Aliás, o valor jurídico da distinção entre o formal e o material inexistente ou é de todo irrelevante nos sistemas constitucionais regidos pelo formalismo, porquanto aí idêntico é o grau de eficácia tanto das normas constitucionais materiais como formais”.

²¹⁴ Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, pgs. 420/421.

²¹⁵ *Ibid.*, pg. 421.

²¹⁶ *Ibid.*, pg. 422.

²¹⁷ Christiano José de Andrade, *O Problema dos Métodos da Interpretação Jurídica*, pg. 10. Tendo como meta esta *decidibilidade*, o operador do direito sempre se deparará com o problema do método, que, como ressaltou Descartes, “é o caminho que se deve seguir para chegar à verdade nas Ciências”.

objetivos, construíram uma grande variedade de métodos segundo os valores culturais de sua época²¹⁸.

Scheuerle, citado por Paulo Bonavides, preconiza que (...) não há método puro, sendo razoável admitir que todo método encerra elementos de outros métodos²¹⁹.

Desta forma, abordaremos a seguir de uma forma geral os métodos ou as espécies de interpretação constitucional mais comentados pela doutrina (não se cogitando a hipótese de esgotar toda a questão metodológica da interpretação constitucional) e após, desenvolveremos uma análise mais específica sobre o método desenvolvido por Konrad Hesse.

a) Método gramatical ou interpretação gramatical

O primeiro a ser considerado é o método gramatical, filológico, literal ou léxico (ou interpretação gramatical). Este método centra-se em torno do significado literal das palavras que são examinadas isoladamente ou no contexto da oração, mediante o emprego de meios gramaticais ou etimológicos²²⁰.

A interpretação gramatical, segundo von Jhering, citado por Paulo Bonavides, assenta no princípio que reconhece por legislado somente o que se disse no texto da lei, de modo direto e expresso.²²¹

Também sobre este método, Tércio Sampaio Ferraz Jr. enfatiza que “a interpretação gramatical ou literal que pretende ser capaz de extrair do texto o seu significado literal é ilusória; deve ser um ponto de partida e nunca o fim do processo”²²².

b) A interpretação lógica

Esta procura examinar uma determinada lei em conexão com as demais; investiga também as condições e os fundamentos de sua origem e elaboração, de modo a determinar a ratio ou mens legis.

Segundo Paulo Bonavides, busca “reconstruir o pensamento ou intenção de quem legislou (legislador constituinte), de modo a alcançar depois a precisa vontade da lei”²²³.

Anna Cândida da Cunha Ferraz, com fundamento em Pietro Merola Chierchia, conclui sobre o tema:

²¹⁸ Ibid., pg. 11. O autor emprega a palavra *método* no sentido de técnica ou processo de raciocínio. Sem sombra de dúvidas, a área dos chamados métodos de interpretação é um campo minado de tensão, onde a história, a política, a ideologia se mesclam com a lógica, pg. 27.

²¹⁹ Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, pg 415. O autor nos conta que “a jurisprudência constitucional, pelo menos aquela seguida na Alemanha pelo Tribunal de Karlsruhe, não proporcionou até agora uma unidade coerente na adoção de métodos interpretativos, antes, pelo contrário, se avolumam as queixas acerca da instabilidade hermenêutica ali verificada com a freqüente mudança de posições, a qual, segundo muitos, ameaça imergir toda a problemática da interpretação constitucional num verdadeiro” caos metodológico”.

²²⁰ Christiano José de Andrade, *O Problema dos Métodos da Interpretação Jurídica*, pg. 29.

²²¹ Ibid., pg. 401.

²²² *Função Social da Dogmática Jurídica*, pg. 15.

²²³ *Curso de Direito Constitucional*, pg. 402.

“ (...) três são os caminhos que, em geral, a doutrina segue para desenvolver a interpretação lógica: o histórico, o teleológico e o sistemático, segundo os quais, respectivamente, a norma é analisada quanto à sua formação e elaboração, ao fim que persegue e às suas relações com outras normas do mesmo ordenamento”²²⁴.(G.N.)

Para Pietro Merola, este critério de interpretação constitucional (sistemático), no plano metodológico, se coloca em posição superior e prioritária em relação aos demais elementos interpretativos, qualificando-o como ‘um princípio particular da interpretação constitucional, que precede e condiciona todos (sic) os outros, enquanto fornece o critério para individualiza-los e verificar-lhes a aplicação’²²⁵.

A Constituição, portanto, quando vinculada ao conceito de sistema adquire um determinado perfil ou caráter que o intérprete não deve menosprezar, sob pena de não conseguir detectar o seu verdadeiro "espírito", cujo reconhecimento é essencial para o alcance do sentido das normas constitucionais²²⁶.

c) O método histórico-teleológico ou interpretação evolutiva

Por sua vez, a interpretação evolutiva (ou método histórico-teleológico), prosperou consideravelmente na moderna hermenêutica jurídica, em função de seu emprego pelos juristas da escola da jurisprudência de interesses. Caracteriza-se por desenvolver “uma interpretação mais ou menos livre, consentida a uma autoridade, especialmente o juiz, a fim de adaptar o conteúdo da norma a exigências práticas surgidas depois da emanção da própria norma”²²⁷.

Ao analisar, de um modo geral, os métodos de interpretação J. J. Gomes Canotilho aponta os seguintes: o método jurídico ou método hermenêutico clássico, o método tópico-problemático, o método científico-espiritual, a metódica jurídica normativo-estruturante e o método hermenêutico-concretizador²²⁸.

Como visto, o primeiro método destacado por Canotilho é o hermenêutico clássico²²⁹. Do segundo em diante, o autor faz menção aos chamados “modernos métodos de interpretação da Constituição”.

²²⁴ *Processos Informais de Mudança da Constituição*, pg. 41.

²²⁵ *Processos Informais de Mudança da Constituição*, pg. 43. A autora nos informa o entendimento de Pietro na nota de rodapé 83.

²²⁶ *Ibid.*, pg. 110.

²²⁷ Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, pg. 405. O autor faz menção ainda ao método lógico-sistemático. Segundo ele, neste método a norma faz parte de um sistema – a ordem jurídica que por sua vez, compõe um todo capaz de emprestar o verdadeiro sentido; o qual será impossível de se obter se a considerarmos (a norma) individualizada, isolada, ou seja, fora do contexto das leis e das conexões lógicas do sistema. Ele nos explica ainda, com fundamento em Enneccerus, que a *interpretação lógico-sistemática* é considerada por alguns autores um bom instrumento que possibilita averiguar a mudança de significado por que passam velhas normas jurídicas. Sua atenção recai sobre a norma jurídica levando em consideração “*a íntima conexão do preceito, do lugar em que se acha e da sua relação com os demais preceitos*” até alcançar “*o lado que une todas as regras e instituições num todo coerente*”.

²²⁸ José Joaquim Gomes Canotilho, *Curso de Direito Constitucional*, pgs., 219 a 221. Por questões didáticas e metodológicas alterar-se-á a seqüência determinada pelo autor em seu livro.

²²⁹ No método hermenêutico clássico, a constituição é para todos os efeitos uma lei, portanto, interpretar a constituição é interpretar uma lei, o que corresponde à chamada tese da identidade. Para se captar o sentido da lei constitucional é necessário a utilização das regras tradicionais da hermenêutica, utilizando elementos interpretativos, tais como, o elemento filológico (literal, gramatical, textual), o elemento lógico (sistemático), o elemento histórico, o elemento teleológico (elemento racional) e o elemento genético.

d) Os modernos métodos de interpretação da Constituição.

Segundo Paulo Bonavides, a moderna interpretação da Constituição deriva de um estado de inconformismo de alguns juristas com o positivismo lógico-formal, que tanto prosperou na época do Estado liberal. Buscam um sentido mais profundo das Constituições como instrumentos destinados a estabelecer a adequação rigorosa do Direito com a Sociedade; construindo, portanto, uma hermenêutica material da Constituição²³⁰.

Neste passo, o primeiro a ser focado será o método tópico-problemático²³¹ ou o método tópico de interpretação constitucional²³² que, segundo o J. J. Gomes Canotilho, no âmbito do Direito Constitucional, tem como premissas: a) o caráter prático da interpretação constitucional em função de toda interpretação procurar resolver os problemas concretos, b) o caráter aberto ou indeterminado da lei constitucional, c) preferência pela discussão do problema em virtude da textura aberta das normas constitucionais²³³.

Para o método tópico, a interpretação da constituição constitui-se num processo aberto de argumentação com vários participantes, que procura adequar a norma constitucional ao problema concreto²³⁴.

Os intérpretes utilizam-se de vários topoi ou pontos de vistas, sujeitando-os a opiniões favoráveis ou desfavoráveis, a fim de alcançar (dentre as várias possibilidades existentes) a interpretação mais conveniente para o problema, bem como viabilizar as suas soluções²³⁵.

Contudo, conforme adverte J. J. Gomes Canotilho, “ (...) a interpretação é uma actividade normativamente vinculada, constituindo a *constitutio scripta* um limite ineliminável (Hesse), que não admite o sacrifício da primazia da norma em prol da prioridade do problema (F. Muller)”²³⁶.

O método integrativo ou científico-espiritual foi desenvolvido por juristas alemães, tendo à frente Rudolf Smend. Procura amoldar a Constituição às realidades sociais vivas, não menosprezando os chamados fatores extraconstitucionais que a interpretação formalista costumava intitular de “metajurídicos”, propõe, ainda, que a Constituição deve ser interpretada sempre como um todo, com percepção global de sentido²³⁷.

²³⁰ Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, pg. 434. O tema *hermenêutica material da Constituição* será abordado no próximo Capítulo.

²³¹ Assim denominado por J. J. Gomes Canotilho no seu *Curso de Direito Constitucional*, como nos referimos anteriormente.

²³² Denominação utilizada por Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 446.

²³³ Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 434.

²³⁴ J. J. Gomes Canotilho, *Curso de Direito Constitucional*, pg., 220.

²³⁵ J. J. Gomes Canotilho, *Curso de Direito Constitucional*, pgs. 219/220.

²³⁶ *Ibid.*, pg., 220.

²³⁷ Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, pgs. 435 a 438. Ele nos diz: “A concepção de Smend é precursoramente sistêmica e espiritualista: vê na Constituição um conjunto de distintos fatores integrativos com distintos graus de legitimidade”

J. J. Gomes Canotilho adverte que “o método científico-espiritual é desenvolvido em termos muito variados e o seu fundamento filosófico-jurídico também não é muito claro”²³⁸.

Abordaremos agora sobre o método normativo-estruturante, assim intitulado por J. J. Gomes Canotilho, também conhecido por método concretista de inspiração tópica de F. Muller²³⁹.

Segundo o autor supra referido, os postulados básicos deste método buscam (i) a investigação das várias formas de realização do Direito Constitucional, sejam legislativas, administrativas e jurisdicional, (ii) a resolução de problemas concretos, (iii) a estrutura da norma e do texto normativo, voltadas à concretização das normas tendo em vista os problemas concretos (iv) uma teoria hermenêutica da norma jurídica que diferencia a norma e o texto normativo²⁴⁰.

O autor nos fala que o método tem sido problematizado, sobretudo por F. MÜLLER e ainda, que algumas de suas premissas metodológicas foram acolhidas em seu Curso de Direito Constitucional²⁴¹.

A interpretação em Müller, tanto quanto nos demais concretistas, se qualifica como concretização e a concretização, vice-versa, como interpretação. Contrariamente do que acontece com os processos hermenêuticos tradicionais no campo do direito, a norma jurídica é algo distinto do seu texto.²⁴² Desta forma, o processo de concretização deve levar em consideração “três elementos básicos: o fato, o programa da norma e o âmbito normativo”²⁴³.

Bonavides destaca que os constitucionalistas do Estado social, nomeadamente Kriele, Hesse, Häberle, Horst Ehmke e Friedrich Müller, se valeram da metodologia tópica para restaurar o prestígio da hermenêutica jurídica no Direito Constitucional²⁴⁴.

Adverte, porém, o autor:

²³⁸ *Curso de Direito Constitucional*, pg., 221, nota de rodapé 8.

²³⁹ Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, pg, 456. Ao tratar do tema, distintamente de J. J. Gomes Canotilho, assim o denomina: método concretista de inspiração tópica (a nova hermenêutica constitucional de Friedrich Muller).

²⁴⁰ *Curso de Direito Constitucional*, pg. 221. “O texto de um preceito jurídico positivo é apenas a parte descoberta do iceberg normativo (F. MÜLLER), correspondendo em geral ao programa normativo (ordem ou comando jurídico na doutrina tradicional) e a norma não compreende apenas o texto, antes abrange um ‘domínio normativo’, isto é, um ‘pedaço de realidade social’ que o programa normativo só parcialmente contempla”.

²⁴¹ J. J. Gomes Canotilho, *Curso de Direito Constitucional*, pg. 221.

²⁴² *Ibid.*, pg. 456.

²⁴³ *Ibid.*, pg. 459.

²⁴⁴ *Ibid.*, pg. 473. Segundo o autor, neste momento houve uma emancipação da servidão à metodologia clássica de Savigny, nascida de inspirações jusprivatistas, razão pela qual, os velhos métodos, utilizados no âmbito do Direito Público tiveram duvidosos efeitos em sua aplicação desde que o Estado de moldes liberais do século XIX tomou configuração definitivamente social. Continua dizendo: “Com as mudanças e transformações operadas em quase todos os institutos jurídicos, difícil se tornou para a metodologia de bases jusprivatistas conciliar o Direito com a Sociedade, a Constituição com a realidade, a norma com o fato”.

“O bom êxito da moderna metodologia ficará, porém a depender de um não - afrouxamento da normatividade pelos órgãos constitucionais judicantes na medida em que estes fizerem uso dos novos instrumentos hermenêuticos, nascidos da necessidade de maior adequação da Constituição com a realidade, bem como do dinamismo normativo do Estado social, o Estado que constrói o futuro da sociedade democrática”²⁴⁵.

Dando continuidade, trataremos do método hermenêutico-concretizador, cuja teorização fundamental se deve a Konrad Hesse. Este método dá relevância aos seguintes pressupostos: (i) os pressupostos subjetivos, pois nele o intérprete desempenha um papel criador na obtenção do sentido do texto constitucional, (ii) os pressupostos objetivos, eis que o intérprete é um mediador entre o texto e uma situação concreta²⁴⁶.

Existe, entretanto, uma característica diferencial deste método, ressaltada por Canotilho:

“O método hermenêutico é uma via hermenêutico-concretizante, que se orienta não para um pensamento axiomático, mas para um pensamento problematicamente orientado. Todavia, este método concretizador afasta-se do método tópico-problemático, porque enquanto o último pressupõe ou admite o primado do problema perante a norma, o primeiro assenta no pressuposto do primado do texto constitucional em face do problema”²⁴⁷.

Isto posto, passemos à análise do método desenvolvido por Konrad Hesse.

IV – O MÉTODO DE KONRAD HESSE

Importante ressaltar, que em 16 de 1862 Ferdinand Lassalle em conferência sobre a essência da Constituição proclamou que as questões constitucionais não são questões jurídicas e sim, questões políticas, sob o fundamento de que a “Constituição de um país expressa as relações de poder nele dominantes: o poder militar (...), o poder social (...), o poder econômico (...) e, finalmente, ainda que não se equipare ao significado dos demais, o poder intelectual, representado pela consciência e pela cultura gerais”²⁴⁸.

E foi justamente em contraposição às reflexões desenvolvidas por Lassalle, que o Professor Konrad Hesse em sua aula inaugural na Universidade de Freiburg – RFA procurou demonstrar “que o desfecho do embate entre os fatores reais de Poder e a Constituição não há de verificar-se, necessariamente, em desfavor desta. A constituição não deve ser considerada a parte mais fraca. (...) a Constituição não significa apenas um pedaço de papel (...)”²⁴⁹.

²⁴⁵ Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, pg. 473.

²⁴⁶ José Joaquim Gomes Canotilho, *Curso de Direito Constitucional*, pg., 220.

²⁴⁷ Ibid., mesma página.

²⁴⁸ Konrad Hesse, *A Força Normativa da Constituição*, pg. 9.

²⁴⁹ Ibid., pg. 5.

Konrad Hesse, portanto, contesta a preponderância dada por Lassalle à dimensão política sobre a jurídica da Constituição, cujas conseqüências estudaremos mais adiante.

IV. 2. O método interpretativo de Konrad Hesse

O método desenvolvido por K. Hesse tem suas bases no chamado método interpretativo de concretização, também conhecido como método hermenêutico-concretizador. Lembrando que o método concretista se inspira na obra de Viehweg tanto quanto o método integrativo ou científico-espiritual é criação de Smend e da sua crítica à hermenêutica constitucional do positivismo.

A “concretização” (e a “compreensão”) somente é possível, conforme pondera Hesse, em face de um problema concreto. Ao contrário de outros métodos que fazem da compreensão da norma geral e abstrata e de sua aplicação dois momentos distintos e separados, neste a determinação de sentido da norma e sua aplicação a um caso concreto constituem um processo unitário, onde o teor da norma só se completa no ato interpretativo²⁵⁰.

A conclusão de Hesse ao justificar o método dos concretistas constitucionais é peremptória: “Não há interpretação da Constituição independente de problemas concretos”²⁵¹.

Bonavides nos explica que “o método concretista de interpretação gravita ao redor de três elementos básicos: a norma que se vai concretizar, a compreensão prévia do intérprete e o problema concreto a resolver”²⁵².

Traduz-se numa metodologia, que, sempre atenta à realidade concreta, aplica às normas constitucionais as soluções diretas dos problemas, sendo impossível contê-la em formalidades abstratas ou explicá-la pela fundamentação clássica dos silogismos jurídicos²⁵³.

Para Konrad Hesse, a interpretação constitucional em sentido estrito é a que interessa; pois através dela seremos capazes de responder a uma questão (ou a um problema) constitucional, onde a própria Constituição não apresenta respostas claras ou evidentes²⁵⁴.

Este é um fator importante em sua doutrina, pois o autor não concebe o ato interpretativo sem a existência de uma questão constitucional controvertida, ou seja, sem a existência de um problema não previsto claramente pela Constituição: “onde não há dúvidas não se interpreta”²⁵⁵.

Sob a sua ótica, a interpretação constitucional é concretização; o que não está explicitamente previsto na Constituição deve ser determinado mediante a

²⁵⁰ Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, pg. 439.

²⁵¹ *Ibid.*, pgs. 439/440.

²⁵² *Ibid.*, pg. 440.

²⁵³ *Ibid.*, mesma página.

²⁵⁴ *Escritos de Derecho Constitucional*, pg. 35. Todas as citações desta obra se deram sob a forma de “*Livre tradução do autor*”.

²⁵⁵ *Ibid.*, pgs. 35/36.

incorporação da realidade ao dispositivo legal em questão, porém, com uma ressalva: a atividade interpretativa está vinculada à norma²⁵⁶.

O intérprete busca o conteúdo da norma a partir de uma “pré-compreensão”, o que possibilitará a fixação de uma idéia do todo (do conjunto), adotando um primeiro projeto (uma primeira idéia) que necessita de comprovação, correção e revisão (através de uma análise mais profunda) até que a unidade de sentido se fixe²⁵⁷.

Em seguida, para conseguir determinar o conteúdo correto de uma norma, o intérprete deve fazer a correlação entre o problema e a norma que pretende compreender: “não existe interpretação constitucional desvinculada dos problemas concretos”²⁵⁸.

Se a Constituição não é um sistema fechado e se a interpretação de suas normas não pode ser uma simples execução de uma vontade preexistente, então será necessário um procedimento de concretização que responda a esta situação. Assim, o processo de concretização será determinado pelo objeto da interpretação (a Constituição) e pelo problema em questão.²⁵⁹.

O intérprete, através de uma atuação tópica orientada e limitada pela norma – vinculada à norma – só poderá utilizar na concretização os pontos de vista que tiverem correlação com o problema; também deverá incluir os elementos de concretização no programa normativo e no âmbito normativo, fornecidos pela própria Constituição²⁶⁰.

Partindo sempre do pressuposto de que o programa normativo é o texto da norma a ser concretizada e deve ser apreendido mediante a interpretação do referido texto vinculado à solução do problema²⁶¹.

Somente a interpretação do texto não proporciona uma concretização suficiente, o intérprete precisa socorrer-se dos dados fornecidos pelo âmbito normativo relacionados com o problema concreto a ser solucionado²⁶².

A interpretação está vinculada a algo pré-estabelecido, ou seja, ao texto normativo. O Direito constitucional não escrito (Constituição em sentido material – Teoria material da Constituição) não pode estar em contradição com a constituição escrita (Constituição em sentido formal). Esta última se mostra como um limite infalível da interpretação constitucional²⁶³, consistindo num pressuposto da função racional e restritiva do poder da Constituição.

Aqui estão, portanto, os limites que o Direito constitucional se impõem ao pensamento tópico, as possibilidades de compreensão do texto delimitam o campo de suas possibilidades tópicas. O Direito constitucional não deve ser compreendido a partir de um problema isolado, como pode ocorrer no Direito Privado²⁶⁴.

²⁵⁶ Ibid., pg. 43.

²⁵⁷ Ibid., pg. 44.

²⁵⁸ Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, pg. 44/45.

²⁵⁹ Ibid., pg. 45.

²⁶⁰ Ibid., pgs. 45/46.

²⁶¹ Ibid., pg. 46.

²⁶² Ibid., pg. 47.

²⁶³ Ibid., pgs. 51/52.

²⁶⁴ Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, pgs. 52/53.

IV.3. Os Princípios da Interpretação Constitucional

Segundo Konrad Hesse aos princípios da interpretação constitucional têm a missão de orientar, relacionar e valorar os pontos de vista ou considerações que levam à solução do problema²⁶⁵.

J. J. Gomes Canotilho nos explica que a teoria da interpretação é hoje um conjunto de métodos, e se refere também a um catálogo dos princípios tópicos da interpretação constitucional. Este catálogo foi desenvolvido a partir de uma postura metódica hermenêutico-concretizante e se tornou um ponto de referência obrigatório da teoria da interpretação constitucional²⁶⁶.

Abordaremos a seguir de uma forma geral sobre os referidos princípios trabalhados por Hesse que integram o referido catálogo: princípio da unidade da constituição, da concordância prática ou da harmonização, conformidade funcional, do efeito integrador, da força normativa da constituição, da máxima efetividade.

O último princípio não é ressaltado por K. Hesse na obra *Escritos de Derecho Constitucional*, mas é citado por J. J. Gomes Canotilho ao abordar sobre o catálogo de princípios tópicos da interpretação constitucional.

A elaboração de um catálogo de tópicos relevantes para a interpretação constitucional está relacionada com a necessidade sentida pela doutrina e jurisprudência de encontrar princípios tópicos auxiliares da tarefa interpretativa, isto é, que auxiliem na discussão de problemas constitucionais²⁶⁷.

a) Princípio da unidade da constituição

Este princípio repele a análise de uma norma da constituição isoladamente de seu contexto geral ou sistêmico e principiológico, evitando, assim, contradições com outras normas constitucionais.²⁶⁸

Sobre o princípio em questão comenta Canotilho:

“Como ‘ponto de orientação’, ‘guia de discussão’ e factor hermenêutico de decisão’, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão (...) existentes entre as normas constitucionais a concretizar (...)”²⁶⁹.

b) Princípio da concordância prática

Este princípio, em estreita correlação com o anterior, informa que os bens jurídicos constitucionais devem ser protegidos e utilizados na solução do problema coordenadamente; mesmo nos casos em que houver colisões entre determinados bens jurídicos constitucionais não será permitida a preponderância de um sobre o outro.

²⁶⁵ Ibid., pg. 47/48.

²⁶⁶ *Curso de Direito Constitucional*, pg. 232.

²⁶⁷ J. J. Gomes Canotilho, *Curso de Direito Constitucional*, pg. 232.

²⁶⁸ Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, pg. 48.

²⁶⁹ *Curso de Direito Constitucional*, pg. 232.

Neste caso, o intérprete estabelecerá os limites de ambos os bens ou valores envolvidos, a fim de que ambos alcancem uma boa efetividade²⁷⁰.

Canotilho, ao trabalhar esta idéia expõe:

“O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio está a idéia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens”.

c) Princípio da correção funcional

Segundo este princípio a Constituição delimita as funções estatais através dos órgãos. Assim, o órgão (ou órgãos) encarregado de interpretar as leis constitucionais deve permanecer dentro dos limites funcionais que a própria Constituição lhe impôs²⁷¹.

Para Canotilho, “este princípio tende, porém, hoje, a ser considerado mais como um princípio autônomo de competência do que como um princípio de interpretação da constituição”²⁷².

d) Princípio da eficácia integradora

Este princípio tem como premissa o fato de que a Constituição se propõe à criação e manutenção da unidade política, razão pela qual dar-se-á preferência às soluções que promovam e mantenham esta unidade, atendendo é claro aos limites da interpretação constitucional²⁷³.

Segundo Canotilho, “na resolução dos problemas jurídicos-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política”²⁷⁴.

e) princípio da força normativa da Constituição

Segundo este princípio o intérprete deve sempre ter em mente que a Constituição almeja a sua atualização, bem como os condicionamentos históricos permanecem em constante mutação. Justamente por esta razão, nas soluções dos problemas jurídicos-constitucionais, o intérprete deve optar por aqueles critérios ou pontos de vista que ajudem as normas da Constituição a obterem a máxima eficácia, dentro das circunstâncias de cada caso concreto²⁷⁵.

Com base neste princípio Canotilho afirma que o intérprete “deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas

²⁷⁰ Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, pgs. 48/49.

²⁷¹ *Ibid.*, pgs. 49/50.

²⁷² *Curso de Direito Constitucional*, pg. 234.

²⁷³ Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, pg. 50.

²⁷⁴ *Curso de Direito Constitucional*, pg. 233.

²⁷⁵ *Ibid.*, pgs., 50/51.

constitucionais, possibilitam a ‘atualização’ normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência”²⁷⁶.

f) Princípio da máxima efetividade

Por fim, este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, determina que “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”²⁷⁷.

Apesar de ser um princípio aplicável a todas normas constitucionais é invocado, preponderantemente, no âmbito dos direitos fundamentais, ou seja, quando o intérprete se deparar com duas ou mais hipóteses interpretativas deve optar por aquela que dê maior eficácia aos direitos fundamentais²⁷⁸.

CONCLUSÃO

Ao fazermos uso das palavras devemos ter consciência de seu caráter relativo e incerto, da diferenciação existente entre os seus significados convencionais e emotivos, bem como dos fenômenos que lhes são atribuídos: ambigüidade, vaguedade e textura aberta.

Todas estas variantes têm importância para os problemas que os juristas enfrentam no conturbado terreno da interpretação, pois problemas de interpretação das orações lingüísticas se estendem também às orações em que são formuladas as normas jurídicas.

Em se tratando de interpretação constitucional grande parte da doutrina entende que (i) a interpretação está ligada a um problema concreto que precisa ser solucionado, (ii) não existe, rigorosamente, distinção de natureza entre a interpretação das normas constitucionais e das demais normas do ordenamento jurídico, entretanto, a interpretação das normas constitucionais, ante o caráter político que se revestem, se diferencia em alguns pontos da metodologia empregada para a fixação do sentido das outras normas jurídicas, (iii) os princípios constitucionais auxiliam os intérpretes na busca de soluções eficazes para os casos concretos.

Quanto aos métodos ou espécies de interpretação constitucional, os doutrinadores defendem (i) o uso facultativo de todos os métodos que a teoria interpretativa conhece e (ii) a impossibilidade de existência de um método puro.

A teoria da interpretação, atualmente, se materializa num conjunto de métodos; refere-se também a um catálogo dos princípios tópicos da interpretação constitucional, desenvolvido a partir de uma postura metódica hermenêutico-concretizante que se tornou um ponto de referência obrigatório da teoria da interpretação constitucional.

PERSPECTIVAS SOBRE AS COMISSÕES DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA

²⁷⁶ *Curso de Direito Constitucional*, pg. 235.

²⁷⁷ J. J. Gomes Canotilho, *Curso de Direito Constitucional*, pg. 233.

²⁷⁸ *Ibid.*, pg. 233.

Nívea Maria Santos Freire

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo analisar as Comissões de Conciliação Prévia à luz do direito processual do trabalho, especificamente naquilo que pertine à solução dos conflitos trabalhistas, já que a Comissão de Conciliação Prévia intenciona-se em uma alternativa de autocomposição dos dissídios.

Em 1932, a Justiça Trabalhista eram apenas Juntas de Conciliação e Julgamento e Comissões Mistas de Conciliação, consideradas meros órgão administrativos onde suas decisões eram executadas na Justiça Comum. Porém, com o passar do tempo esta Justiça se aperfeiçoou e adquiriu um alto grau de competência para julgar a peculiar relação entre capital e labor. Foi aí então que em 1946, a Justiça Trabalhista passou a pertencer ao Poder Judiciário. A relevância do tema se enquadra nesta premissa, haja vista que a Justiça do Trabalho surgiu inicialmente como forma alternativa de composição da lide, e hoje a instituição das CCPs visam o status quo ante desta Jurisdição.

Desse modo, a pesquisa aqui proposta, se diligencia em estudar a dúvida processual que surgiu ao se implantar a Comissão de Conciliação Prévia em nosso ordenamento jurídico, mais especificamente no limite em que se pode transitar para estimular os sujeitos a adotar uma via não jurisdicional de solução de dissídio, encontrando-se um termo médio e racional entre a atuação jurisdicional e a da Comissão de Conciliação Prévia.

ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

1.1 DA AUTOCOMPOSIÇÃO DA LIDE

Conforme a clássica lição de Francesco Carnelutti²⁷⁹, a lide é “um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida”, ou seja, há um choque de forças contrárias de feição intersubjetiva (entre sujeitos), e uma vez diante da lide há de existir uma solução para ela. O nosso ordenamento jurídico contempla alguns modos de solução de conflitos, a saber: a heterocomposição, a autodefesa e autocomposição.

Na heterocomposição soluciona-se um conflito por uma fonte suprapartes, ou seja, ocorre a intervenção de um terceiro que vem a decidir a controvérsia, impondo a solução aos litigantes. A autodefesa refere-se à imposição de uma das partes, perante a outra, a solução se dá através da supressão da vontade de uma das partes.

Já na autocomposição, o conflito é solucionado pelas próprias partes, sem intervenção de terceiros e mediante um ajuste de vontades. A convenção coletiva e a transação são forma de autocomposição. Inclusive a atuação das Comissões de Conciliação Prévia.

Dentre as formas de solução de conflito, acredita-se que a autocomposição é o que mais incentiva a conveniência social, por estarem justamente os sujeitos aptos a definir pela livre disposição da vontade, a melhor “sentença” que lhes sirva ao interesse.

1.2 CONCEITO

²⁷⁹ Apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 37ª ed., 2001, v.I. p.30.

Nunca esteve tão atual a frase de Rui Barbosa, segundo o qual “Justiça tardia não é justiça”, cuja origem da Comissão de Conciliação Prévia deu-se por antigas reivindicações que objetivaram desafogar a Justiça do Trabalho quanto ao seu número excessivo de processos, onde anualmente são protocolados cerca de 02 milhões e meio de novos processos no foro laboral. A partir disso, surgiu a lei nº 9.958/2000 que acrescentava os arts. 625-A a 625-H na CLT, cuja redação estabeleceu regras sobre as Comissões de Conciliação Prévia – CCPs.

Com esta Lei, houve a busca pela adequação da norma trabalhista aos novos tempos representando um passo importante e o começo de uma nova roupagem ao Direito Trabalhista, em razão de que as soluções dos conflitos trabalhistas devem atender as necessidades trazidas com a evolução social do trabalho.

As CCPs são entidades destinadas, administrativamente (fora do âmbito judicial), à conciliação prévia de qualquer demanda trabalhista individual, podendo ser instituídas pelas empresas ou grupo de empresas (interpresarial) e pelos sindicatos isoladamente, ou ainda em cooperação intersindical.

Dessa forma, o objetivo das comissões é tentar conciliar os conflitos individuais de trabalho, sem a necessidade da intervenção ou homologação do Poder Judiciário, aliviando assim a sobrecarga de seus processos. A lei sub examine foi desejada para melhorar as relações de trabalho e, por consequência, diminuir a conflituosidade existente no ambiente de trabalho.

1.3 CONSTITUIÇÃO

A composição das CCPs é paritária (mista, duas partes), visto que terá representantes de empregados e empregadores, com número mínimo de dois ao máximo de dez membros.

As normas de criação e funcionamento serão estabelecidas em convenção ou acordo coletivo, pois existe a necessidade de ser coletiva a negociação, já que ultrapassa a esfera individual de interesse, e sim a de um grande número de empregados da empresa ou de uma categoria.

Indo-se ao caso concreto, registra-se que a nossa Paraíba, antecipando-se à maioria dos Estados da Federação, foi pioneira na instituição das referidas Comissões. Em maio de 2000, por iniciativa da Federação do Comércio do Estado da Paraíba, criou-se o NINTER – Núcleo Intersindical de Conciliação Trabalhista no Estado de Paraíba. Também a FIEP – Federação das Indústrias do Estado da Paraíba inaugurou em maio de 2001, o CINCON – Centro Intersindical de Conciliação Trabalhista do Estado da Paraíba, com atuação na região de Campina Grande.

Por último, em virtude do caráter alimentar do salário, a lei sub examine tem por finalidade a celeridade procedimental, constituindo-se em um mecanismo facilitador ao apaziguamento da demanda trabalhista através de um conjunto de atos breves e simples de assimilar.

MODO DE ATUAÇÃO

2.1 PROCEDIMENTO

As CCPs irão analisar apenas demandas de cunho trabalhista, cujo atributo “qualquer demanda trabalhista” não vale impulsionar demanda que seja inviável de apreciação pelas Comissões. Veja-se o exemplo da ação de consignação em pagamento ou a ação rescisória; estas não seriam factíveis de submissão às CCPs, por ser inútil a tentativa de conciliação prévia, bem como por uma questão bom senso. A validade de ingresso de uma demanda às CCPs rege-se pelo propósito da utilidade, ou seja, toda demanda capaz de haver conciliação, já que este é objetivo da Comissão.

No caso de haver motivo relevante que venha a impossibilitar a observância do procedimento de tentativa de conciliação prévia, a parte demandante poderá ingressar diretamente na Justiça do Trabalho, declarando tal circunstância na petição inicial da ação. Evidencia-se, porém, que a própria lei quando se vale do termo “motivo relevante”, formula um conceito de sentido amplo e indeterminado dando ensejo a uma interpretação extensiva, podendo então ser arrolado diversas situações, como por exemplo, a complexidade fática ou jurídica de determinada demanda diante da ausência de formação jurídica e contábil dos conciliadores.

Superado o aspecto da competência, cabe mencionar a forma de ingresso. Observa-se, primeiramente, que é inquestionável a gratuidade dos serviços prestados por estas comissões. A demanda será formulada por escrito ou reduzida a termo (quando verbal) por qualquer dos membros da comissão, poderá ser feita pessoalmente pelo interessado aplicando-se o princípio do “jus postulandi”, assim, não haverá a necessidade da presença de um advogado, porém é facultado o seu patrocínio.

Caso não logre êxito a conciliação, será entregue ao empregado e ao empregador declaração da tentativa frustrada com a descrição do objeto, firmada pelos membros da comissão, podendo esta ser entregue junto a uma eventual reclamação trabalhista.

Aceita a conciliação, o acordo será reduzido a termo e assinado pelo empregado, empregador ou seu preposto e pelos membros da Comissão, fornecendo-se cópia às partes. O termo de conciliação não necessita ser homologado pela Justiça do Trabalho, e ainda constitui título executivo extrajudicial e terá eficácia liberatória geral (art.625-A, da CLT), exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas.

Quando se faz menção sobre eficácia liberatória, entenda-se como a quitação passada pelo empregado em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo, não haverá eficácia liberatória daquilo que não foi pago.

Tal eficácia, portanto, só tem validade ao que for expressamente afirmado no termo de conciliação, por inteligência do enunciado nº 330 do TST.

A técnica processual dada ao “título executivo” significa dizer que caso ocorra inadimplemento deste acordo, ele poderá ser executado na Justiça do Trabalho, independente de formação de prévio processo de conhecimento, nesta hipótese, o Juiz competente será aquele que teria competência para o processo de conhecimento relativo à matéria, como dispõe o art. 877-A da CLT.

Sobrevém críticas acerca da qualidade de coisa julgada que erige o termo de conciliação nas CCPs, pois tal categoria mostra-se incompatível com a legislação vigente, haja vista que a res judicata depende, imprescindivelmente, da prestação jurisdicional, qual seja a homologação deste termo pelo Poder Judiciário. Todavia, filia-

se melhor a idéia de que o termo de conciliação nas CCPs se justifica à qualidade de ato jurídico perfeito, porque sua consumação foi válida, já que estavam presentes seus requisitos, qual seja, agente capaz, objeto lícito e possível, forma prescrita ou não proibida em lei.

Ademais, as matérias discutidas nas demandas submetidas às comissões somente podem se referir a direitos patrimoniais disponíveis, não atingindo direitos ditos irrenunciáveis, portanto, insuscetíveis de renúncia e ou pactuação, por serem justamente de ordem pública. Em outros termos, não são admissíveis conciliações prévias que tenham por conteúdo desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos no diploma celetista (art. 9º da CLT).

Destarte, é imprescindível haver a assistência ao empregado a fim de aconselhá-lo a não aceitar verbas incorretas e prestar ressalvas quanto a verbas pagas a menor. O representante dos empregados deve fiscalizar a correta quitação, para que não surjam possíveis fraudes. Essa situação é ponto de desvantagem nas CCP, pois se o demandante for desinformado e carecedor de seus haveres trabalhistas, este pode se tornar presa fácil desse novo sistema e jogar fora seus direitos, a qualquer preço.

Como forma de desestimular um possível inadimplemento assinala-se ser lícito incluir no termo do acordo, por analogia, a cláusula penal prevista no §2º do art.846²⁸⁰ da CLT.

EXIGIBILIDADE

3.1 CONDIÇÃO DA AÇÃO

A lei nº 9.958/2000 que criou as Comissões de Conciliação Prévia trouxe em seu bojo um tópico que vem gerado uma série de críticas, quando trata da condição imperativa, no sentido em que qualquer demanda trabalhista deverá ser submetida à CCP, no caso dela ser instalada na localidade da controvérsia trabalhista, nos termos do art. 625-D da CLT.

Para uma corrente a inconstitucionalidade é visível, pois veda o acesso à justiça, alegando que não é coerente a existência de órgão, que uma vez instalado, impeça que o trabalhador ingresse diretamente na Justiça do Trabalho para ter sua demanda solucionada dentro desta jurisdição especializada. Questionando-se, ainda, a ocorrência de desvio de finalidade e o aproveitamento inescrupuloso das CCP.

Acontece que o acesso à justiça não deve ser comprometido para não ferir o princípio constitucional, da inafastabilidade da jurisdição, elencado no inciso XXXV do art. 5º da Carta Constitucional.

As condições da ação são requisitos especiais ligados à viabilidade da ação, e dentre eles há o interesse de agir, referindo-se ao legítimo interesse, consistente na demonstração de que a providência jurisdicional é realmente necessária. Quando

²⁸⁰ Art. 846 - Aberta a audiência, o Juiz ou Presidente proporá a conciliação.

§ 1º - Se houver acordo, lavrar-se-á termo, assinado pelo presidente e pelos litigantes, consignando-se o prazo e demais condições para seu cumprimento.

§ 2º - Entre as condições a que se refere o parágrafo anterior, poderá ser estabelecida a de ficar a parte que não cumprir o acordo obrigada a satisfazer integralmente o pedido ou pagar uma indenização convencionada, sem prejuízo do cumprimento do acordo.

ausentes uma das condições da ação, há a previsão de extinção do processo sem julgamento do mérito, alicerçando o art.267, inc.VI²⁸¹, do Código Processual Civil.

É justamente através das condições da ação que se estabelece o ponto de conexão entre o direito material e o direito processual, portanto, elas estão atreladas e são inerentes à res iudicium deducta. Desse modo, as condições da ação jamais podem ser tidas como condições de acesso ao Poder Judiciário, haja vista que tal acesso é circunstância totalmente distinta, estranha e ad extra à pretensão material processualizada.

Ressoa os Tribunais, em seus julgados, que se a submissão da demanda à CCP fosse condição de ação deveria então expressamente prever em si uma cominação, ou seja, uma penalidade para seu descumprimento. Como o art.625-D da CLT não guarda nenhuma previsão dessa espécie, o acesso ao Judiciário não está impedido ou obstaculizado com a atuação da Comissão Prévia de Conciliação.

Em harmonia ao raciocínio supra, veja o aresto seguinte:

NÃO APRECIÇÃO DA DEMANDA TRABALHISTA PELA COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. CARÊNCIA DA AÇÃO. Com o advento da Lei nº 9.958/2000, a Justiça do Trabalho passou a contar com o auxílio das Comissões de Conciliação Prévia, como uma forma de triagem natural das lides que são submetidas à sua apreciação. Entretanto, essa arbitragem é facultativa, mesmo sendo uma alternativa para a jurisdição, cumprindo importante papel no sentido de reduzir o número de processos trabalhistas. Em nenhum momento estabelece essa lei qualquer sanção quando não cumprido o previsto no art.625-D da CLT, ou ainda que a falta de tentativa de conciliação prévia configuraria carência da ação por parte do empregado. O seu valor jurídico advém da conciliação prévia, e não da ausência desta, visto que o que for nela acordado não poderá ser tema de discussão em reclamatória trabalhista (Acórdão nº 7979/2002 – Juiz Dilnei Ângelo Biléssimo – publicado no DJ/SC em 25/07/2002).

Com a devida vênia a quem discorda desta assertiva, acredita-se que mesmo sem a submissão à comissão de conciliação, existe pretensão válida para ser processada em Juízo, já que estão presentes o interesse de agir, legitimidade e possibilidade jurídica do pedido, ou seja, a ausência deste requisito não impede que a relação processual se instaure e que tenha seu desenvolvimento regular. Além disso, a ausência de tentativa conciliatória extrajudicial é suprida pelas duas tentativas judiciais, previstas na forma da lei.

Sob o aspecto processual, reza a doutrina que o direito de ação é autônomo e abstrato, preexiste ao próprio direito material, como consequência, o interesse de agir também é abstrato. A vontade subjetiva dos indivíduos deve ser prestigiada, respeitando-se, inclusive, o direito subjetivo (facultas agendi) de tentar impor ao

²⁸¹ Art. 267 - Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito:

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

possível devedor de sua pretensão em sua integralidade, sem desejar passar pela comissão de conciliação por falta de ânimo conciliatório.

Por fim, fazendo uma analogia com o direito consumerista, já que também possui o traço comum da hipossuficiência, encontra-se no Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 51, incisos VII e VIII²⁸², a decretação como cláusula abusiva e nula de pleno direito aquela que impõe (grifou-se) conciliação prévia ou arbitragem prévia obrigatória como condição de acesso ao Poder Judiciário. Ainda no mesmo diploma, em seu artigo 6º, inciso VIII, consagra o princípio expresso da facilitação do acesso à Justiça e a ordem jurídica justa. Pergunta-se: por que então deveria ser diferente à classe trabalhadora?

3.2 LIMITAÇÕES PROCEDIMENTAIS

Em que pese o esforço do legislador ordinário em propiciar ao sistema laboral, uma ferramenta hábil como as Comissões de Conciliação Prévia houve, na prática, certos obstáculos que dificultaram a sua eficaz aplicabilidade.

Uma questão a ser ventilada é a de que a lei não obriga aos sindicatos ou à empresa dar ampla publicidade à constituição da CCP, nem define se o empregado dispensado antes da constituição da comissão deve subordinar seu litígio a ela. A lei para apresentar-se como força obrigatória, deve ser publicada para que todos a conheçam e, uma vez publicada, ninguém poderá recusar-se a cumpri-la, alegando desconhecimento do seu conhecimento (art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil).

Desse modo, se fosse considerado obrigatória tal condição, o empregado pode ser surpreendido com uma alegação de existência da CCP em juízo, da qual não tinha conhecimento até então, tendo seu processo extinto e gerando grave prejuízo à parte, depondo-se ainda contra o princípio da celeridade processual.

Se é bom, por que é obrigatória? Jamais uma conciliação pode ter início ou ser estabelecida a partir de um ato de força. Pressupõe que fica oco o conceito de “conciliação”, haja vista seu verdadeiro e único sentido jurídico se esvazia, vez que deixa de ser um ato de vontade e torna-se uma situação de sujeição.

Além disto, o art.625-A apenas dá às empresas ou sindicatos a faculdade de criação das CCPs, logo algumas localidades terão tais comissões e outras não, ou seja, empregados às vezes com trabalho idêntico porém trabalhando em localidades diversas serão tratados de forma distintas, em razão de que enquanto um deles poderá ingressar imediatamente na Justiça, o outro terá que primeiramente comprovar a tentativa de conciliação extrajudicial. Ora, a discriminação em hipótese, decorre de ofensa ao princípio da igualdade, não podendo iguais, perante a lei, ser desiguais na sua viabilidade de ingressar na Justiça objetivando receber seus direitos.

Sem mesmo querer discutir a constitucionalidade ou não das referidas CCPs como condição da ação trabalhista, compreende-se ser de maior importância a discussão quanto a inteligência ao objeto estudado, vendo que a questão do sucesso das CCPs é muito mais cultural do que legislativo. Assim sendo, faz-se imprescindível educar

²⁸² Art. 51 - São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;
VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

empregados e empregadores da efetiva capacidade que as comissões têm em prestar soluções céleres e plenas que atendam aos verdadeiros anseios da sociedade.

ENFOQUE SOCIOLÓGICO

4.1 JUSTIÇA COMUNITÁRIA

As conquistas do Estado Liberal eram fundadas nas chamadas liberdades do homem, como por exemplo, no direito à propriedade, à liberdade de pensamento e à opinião, foi justamente neste cenário que o Direito mais ganhou frutos e ideologias, contudo, remanesceria uma grande parcela da sociedade que não chegaria ascender a um nível social satisfatório: a classe dos assalariados, visto que a burguesia era a destinatária destas conquistas.

Porém, com o passar do tempo, a classe assalariada minorou obstáculos, logrando a gradual positivação de diversos direitos. O binômio patrão-empregado foi produto do capitalismo dos séculos XVIII e XIX, cujo segmento se organizou ao Estado para obter o cumprimento da promessa dos direitos fundamentais.

Em face da demanda pela efetivação dos direitos positivados, o Estado haveria de reagir em duas frentes principais: primeiro, na sua informalização, e segundo, na teoria da interpretação, ou seja, no seu modo de decidir (flexibilização das normas e princípios decorrentes da moral pública).

No primeiro caso, preleciona o magistrado Marcelo Vidal²⁸³, que o Estado quando se viu incapaz de equacionar a demanda de justiça social propugnou-se na resolução de conflitos sociais mediante processos informais, cujos custos seriam inferiores daqueles até então vigentes. Por outras palavras, o Estado está a expandir-se sob a forma de sociedade civil (leia-se participação social), como meio de recuperar a legitimidade que escapa entre os dedos.

O tema Comissões de Conciliação Prévia faz-nos defrontar com um dilema fundamental das práticas sociais no Brasil, cujo diagnóstico aponta para a preponderância de uma cidadania passiva, pois o Estado agora propõe através das CCPs uma justiça comunitária, solicitando a colaboração ativa dos cidadãos na resolução dos dissídios.

Portanto, as CCPs funcionam como mecanismo de aplicação descentralizada da Justiça, ou seja, cria-se o papel da instância substitutiva ao monopólio estatal da solução dos conflitos trabalhistas, fazendo então contrapartida a forte índole corporativista de nosso Estado tutor que se apresentava como a única via em “dizer o direito”.

A solução judicial tem sido eleita como preferida em nosso país, devendo ser tomado em conta este traço marcante em nossa cultura. Porém, a cultura não é algo imutável, o direito deve acompanhar os fatos e os anseios da sociedade, foi por isso que criaram as Comissões de Conciliação Prévia.

4.2 EDUCAÇÃO COLETIVA

Reafirmam-se aqui as impressões que foram consignadas em uma dissertação de mestrado, elaborado de forma magnânima pela Prof^a Alba Lúcia Diniz de

²⁸³ VIDAL, Marcelo Furtado. *Comissões de conciliação prévia*. Revista Trabalhista. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.77-87.

Oliveira²⁸⁴, acerca do CINCON, centro de conciliação extrajudicial situado em Campina Grande/PB. Nesta obra, dentre outros aspectos, foi feita uma pesquisa de campo, procurando saber quem são os empregados que procuram à CCP e como eles se comportam diante da sessão conciliatória.

Através de respostas fornecidas pelos participantes desta pesquisa, ficou claro que alguns empregados não faziam a conciliação de forma consciente e segura, mas apenas levada pela precisão e urgência de suprir suas necessidades básicas, bem como pelo medo de não encontrar outro emprego, se insistisse no litígio.

Desse modo, está demonstrado que a maioria dos trabalhadores desconhecem seus direitos, não se encontrando prontos para negociar e muitas vezes transacionar direitos.

Este “defeito” poderia ser saneado se, no momento da sessão conciliatória, lhe fosse mostrado todos os direitos do seu contrato de trabalho e ainda seus valores correspondentes, orientando-o a apenas conciliar verbas controversas, não devendo aceitar quantias irrisórias, e que melhor ajustasse a uma conciliação equânime, sem prevalecer nenhuma das partes.

Outra sugestão é a questão da educação coletiva, de forma a induzir todos os cidadãos ao estudo e compreensão da relação de emprego e assim para melhor exercício da cidadania.

Se houver a devida orientação aos trabalhadores quanto aos seus direitos, não haverá conseqüentemente acordos a qualquer preço, nem as CCPs funcionarão à margem da Justiça. A idéia de deixar o conflito individual por conta das partes pode dar certo, desde que os sujeitos envolvidos tenham o pleno discernimento do que está sendo conciliado.

Portanto, além de obter a conciliação, há outro propósito a ser seguido pelas CCPs, qual seja a função pedagógica de esclarecer às partes sobre os direitos e obrigações resultantes do contrato de emprego, bem como sobre os riscos de uma demanda trabalhista.

5. CONCLUSÃO

A proposta de criação da Lei nº 9.958/00 é inegavelmente válida, eis que se apresenta a estancar o dissídio em seu nascedouro, por via de acordo, antes mesmo que a questão alcance o Judiciário.

Porém, as Comissões de Conciliação Prévia é um tema que enseja várias discussões na seara jurídica, principalmente pelo fato de afrontar possíveis normas e princípios, dando a entender que tal instituto é uma boa idéia sendo mal utilizada por haver nela um desvio de finalidade, cuja questão paritária na qual patrões e empregados deveriam harmonizar interesses. Há na prática a classe patronal se aproveitando da situação aviltante dos trabalhadores. Destarte, incumbe ao Poder Judiciário, preservar a aplicabilidade da lei supracitada, inclusive quanto a seus fins sociais.

²⁸⁴ OLIVEIRA, Alba Lúcia Diniz de. *A Conciliação Extrajudicial no âmbito do Centro Intersindical de Conciliação Trabalhista – CINCON*. Mestrado Interdisciplinar em Ciências da Sociedade. Universidade Estadual da Paraíba –UEPB, 2003.

Conforme explanado, verificou-se a dúvida que paira quanto à obrigatoriedade de se tentar extrajudicialmente a conciliação. Antes de se discutir o mérito de sua constitucionalidade, é necessário saber que a lei das CCPs deve satisfazer à razoabilidade, onde o atingimento da intenção legislativa passa, antes de tudo, pela própria vontade subjetiva dos sujeitos envolvidos. Daí deduzir-se que a referida norma é em si controvertida, merecendo uniformização com a Lei maior.

Ora, ninguém pode ser obrigado a participar “na marra” de um procedimento conciliatório, sob pena de fugir da condição sine qua non para legitimar a própria conciliação a ser realizada. Posta assim a questão, é de se dizer que como mecanismo extrajudicial de composição dos dissídios trabalhistas, as CCPs oferecem à Sociedade uma nova forma de pensar e de agir, pois pressupõe um alto grau de consciência das partes envolvidas.

Mas enfim, nem tudo são flores. Há problemas sérios a serem solucionados, para que as CCPs ganhem eficácia prática no meio social, devendo assim ser feitas modificações substanciais.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legbras/>>. Acesso em: 24 mar. 2005.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 24 mar. 2005.

_____. Lei nº 9.958, de 12 de janeiro de 2000. Altera e acrescenta artigos à Consolidação das Leis do Trabalho –CLT, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, dispondo sobre as Comissões de Conciliação Prévia e permitindo a execução de título executivo extrajudicial na Justiça do Trabalho. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legbras/>>. Acesso em: 24 mar. 2005.

CASTELO, Jorge Pinheiro. Comissões de Conciliação Prévia. In Revista do Direito do Trabalhista, Consulex, nº 05, maio de 2000.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003.

FONSECA, Vicente José Malheiros da. Conciliação Prévia. In Revista do Direito Trabalhista, Consulex, nº 03, março de 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Alba Lúcia Diniz de. A Conciliação Extrajudicial no âmbito do Centro Intersindical de Conciliação Trabalhista – CINCON. Mestrado Interdisciplinar em Ciências da Sociedade. Universidade Estadual da Paraíba –UEPB, 2003.

PASSOS, Nicanor Sena. Prática das Comissões de Conciliação Prévia. 4. ed. São Paulo: LTr, 2002.

SAAD, Eduardo Gabriel. Consolidação das Leis do Trabalho Comentada. 37. ed. São Paulo: LTr, 2004.

SALVADOR, Luiz. Direito de ação: a controvertida natureza jurídica da submissão da demanda ao sistema prévio conciliatório. Jus Navigandi, Teresina, a.6, n.58, agosto 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3130>>.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

VIDAL, Marcelo Furtado. Comissões de conciliação prévia. Revista Trabalhista. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DO DANO MORAL DECORRENTE DO ACIDENTE DE TRABALHO E A COMPETÊNCIA PARA SUA AFERIÇÃO

Renato Evaristo da C. G. Neto

Sumário: 1. Introdução; 2. Conceituação de Dano Moral; 3. Do Dano Moral Decorrente do Acidente de Trabalho; 4. Da Problemática da Competência da Aferição do dano Moral Decorrente do Acidente de Trabalho; 5. Conclusão; 6. Referências

1. INTRODUÇÃO

A temática do dano moral, dada a sua complexidade, e considerados os bens e valores que lhe dizem respeito, recebeu, ao longo da trajetória percorrida pela teoria da responsabilidade civil, as mais variadas interpretações doutrinárias e jurisprudenciais, as quais revelam, na sua história, diferentes matrizes: conservadores, liberais, moderados e radicais.

Hoje, muito se discute acerca da necessidade de reparabilidade dos danos causados aos direitos da personalidade, sendo que a maior parte dos doutrinadores concorda com a questão.

Vê-se que é na relação laboral que podemos encontrar mais evidente a importância e gravidade do dano moral, mesmo porque, para muitos trabalhadores o reconhecimento e o respeito ao seu trabalho torna-se gratificante.

A Constituição Federal de 1988, no Capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (artigo 5º, V e X), garante direito à indenização pelos danos causados para aqueles que são ofendidos no seu bem juridicamente tutelado,

Mas, permanecia nebulosa a questão afeta à fixação da competência material para processar e julgar tal questão antes da vigência da Emenda Constitucional de nº 45/2004. E poucos são os que se atrevem a enfrentar diretamente, de forma sistemática, o caminho a ser percorrido.

Na formulação do problema sobre o qual gravita a competência do dano moral decorrente da relação laboral, parte-se da nova percepção do artigo 114 da Constituição Federal de 1988, na redação dada pela novel Emenda Constitucional de nº 45, e da necessidade de se estabelecer um embasamento capaz de proporcionar ao Magistrado o caminho a ser trilhado na árdua tarefa que, apesar de lhe impor o ordenamento jurídico pátrio, muitos Tribunais ainda não entendiam desta forma.

A importância da discussão a respeito é plenamente justificada ante as dificuldades encontradas pelos nossos julgadores em estabelecer, com segurança, o foro competente para o processamento da ação, de forma a atender com propriedade a função

da reparação do dano moral, diante da total impossibilidade da fixação do foro competente, capaz de observar fielmente os reclamos reais da justiça.

É notável a falta de uniformidade na fixação desses critérios, tanto na doutrina, quanto na legislação, é evidente um gravame no exame da matéria. Desta forma, pretende-se demonstrar que, tanto na teoria como na prática, é possível, embora difícil, alcançar o equilíbrio almejado.

Evidentemente, neste estudo, não se pretende esgotar o tema escolhido, tampouco dar tratamento exaustivo aos seus aspectos incontroversos. A expectativa a respeito é que o presente ensaio se preste a incentivar a promoção de propostas mais completas e originais, capazes de possibilitar, de vez, a solução de tão relevante matéria.

2. CONCEITUAÇÃO DO DANO MORAL

Para dar início a este estudo, necessário se faz uma breve conceituação acerca do Dano Moral. A tese da admissibilidade do dano moral no ordenamento jurídico brasileiro se enraizou com o advento da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu o reconhecimento do direito de personalidade. Este é um dos temas mais polêmicos do Ordenamento Jurídico Brasileiro, dada a sua complexidade e resistência imposta por parte dos operadores do direito, que formam correntes divergentes em relação à matéria.

O termo dano tem a seguinte conceituação, segundo Aurélio Buarque de Holanda:

“DANO. [Do lat., damnu.] S.m. 1. Mal ou ofensa pessoal; prejuízo moral: Grande dano lhe fizeram as calúnias. 2. Prejuízo material causado a alguém pela deteriorização ou inutilização de bens seus. 3. Estrago, deteriorização, danificação: como o fogo, o prédio sofreu enormes danos. Dano emergente. Jur. Prejuízo efetivo, concreto, provado. [Cf. Lucro cessante] Dano infecto. Jur. Prejuízo possível, eventual, iminente.”²⁸⁵

O dano Moral é fundamentado no Direito Civil, porém tem sua aplicabilidade em todos os ramos do direito, inclusive nas relações laborais. Segundo Humberto Theodoro Júnior :

“No convívio social, o homem conquista bens e valores que formam o acervo tutelado pela ordem jurídica. Alguns deles se referem ao patrimônio e outros à própria personalidade humana, como atributos essenciais e indisponíveis da pessoa. É direito seu, portanto, manter livre de ataques ou moléstias de outrem os bens que constituem seu patrimônio, assim como preservar incolumidade de sua personalidade.”²⁸⁶

²⁸⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2ª ed., Rio de Janeiro, editora Nova Fronteira, 1986, p. 519.

²⁸⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano Moral*. 3ª edição, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000, P. 01.

Desta forma, vê-se que o dano moral é o prejuízo não patrimonial sofrido por alguém, ou seja, o dano que atinge a alma, a honra do ser humano, ou seja, é um dano extrapatrimonial que incide na estrutura psíquica do homem, fere seu íntimo, sua alma, sua honra.

3. DO DANO MORAL DECORRENTE DO ACIDENTE DE TRABALHO

O Acidente de Trabalho consiste no fato do trabalhador que sofre lesões físicas de toda ordem, principalmente nos casos em que ocorrer deformação física irreversível. A dificuldade enfrentada pelo trabalhador, está na resistência do empregador em fornecer ao acidentado a ficha de acidente, burlando a legislação e assim, evitando que o trabalhador se beneficie da estabilidade.

A Lei 8213/91 conceitua acidente de trabalho como:

“aquele que corre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou perda ou redução , permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.”²⁸⁷

Na visão de Anníbal Fernandes “há conceitos de acidente laboral e de eventos que se equiparam a ele. Caracteriza-se, pelo trabalho por conta alheia, pela subtaneidade, violência e exterioridade e, ainda, pela aleatoriedade”.²⁸⁸

Acidente de trabalho é algo que ocorre ao acaso, mas que ao mesmo tempo pode ser evitado, desde que observadas as normas de segurança tanto pelo empregado quanto pelo empregador, evitando assim, para ambos, prejuízos tanto econômicos quanto morais.

Assim, independente da reparação concedida pela Previdência Social, o empregador deverá indenizar o empregado, conforme determinação da Súmula 229 do STF, que estabelece que “a indenização acidentária não exclui a de direito comum, em caso de dolo ou culpa grave.”

Para Francisco Ferreira Jorge e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante, “todo empregador é obrigado a zelar pela segurança, saúde e higiene de seus trabalhadores, propiciando as condições necessárias para tanto, bem como zelando para o cumprimento dos dispositivos legais.”²⁸⁹

²⁸⁷ BRASIL. Lei n.º 8213/91 – Dispõe sobre os Planos de Benefício da Previdência Social e dá outras providências.

²⁸⁸ FERNANDES, Annibal. *Os Acidentes do Trabalho – Do Scrifício à Prevenção e à Reparação*. 2ª edição, São Paulo: Editora LTr, 2003, p. 29.

²⁸⁹ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Manual de Direito do Trabalho – Tomo I*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004, p. 03.

“Há culpa do empregador quando este não observa as normas legais, convencionais ou contratuais ou as técnicas de segurança, higiene e saúde do trabalho” segundo observa Sebastião Geraldo de Oliveira.”²⁹⁰

No âmbito da Responsabilidade Civil do empregador, aplica-se “a teoria da responsabilidade subjetiva, como prevista no art. 186 do Código Civil, bastando para tanto a ocorrência da culpa ou do dolo.”²⁹¹, conforme também descrito pela Súmula 229 do STF.

Segundo Amauri Mascaro Nascimento, “o dano moral trabalhista (...) tem sido causa de pedidos de indenizações de valores elevados na Justiça do Trabalho. Pensamos que o conceito de dano moral é um só e o mesmo, no Direito Civil e no Direito do Trabalho, não existindo um conceito de dano moral trabalhista, que, assim, vai buscar no Direito Civil os elementos da sua caracterização. O fundamento legal é também, o mesmo do direito comum.”²⁹²

Rodolfo Pamplona Filho, lembra que

“o Brasil, lamentavelmente, tem se notabilizado como um dos campeões mundiais na infortunistica do trabalho, sendo que as lesões decorrentes dos acidentes de trabalho enquadram-se, sem sombra de qualquer dúvida, em hipóteses de lesões aos direitos personalíssimos dos trabalhadores, seja o direito à vida, à incolumidade física ou a integridade psíquica correspondente.”²⁹³

O dano moral decorrente de acidente de trabalho pode ocorrer, por exemplo, no caso do trabalhador vir a sofrer lesões físicas, principalmente nos casos em que ocorrerem deformações físicas irreversíveis.

É importante lembrar que o dano moral está relacionado ao maior bem que o homem possui que é sua honra. Decorrentes do acidente de trabalho, podem ser muitas as conseqüências de ordem moral, conforme lembra Roberta S. Westphal.

“como a perda de um membro, supressão de órgão, lesão deformante, deteriorização psíquica, como, por exemplo, uma crise esquizofrênica. Trabalhadores com essas características, infelizmente, são objetos de gozações, olhares atravessados, discriminações, e tantos outros adjetivos, não só tendo denegrido sua imagem como restando evidenciada sua capacidade de produzir”²⁹⁴.

²⁹⁰ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*. São Paulo: Editora LTr, p. 186.

²⁹¹ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa, *Ob. Cit*, p. 805.

²⁹² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Ob. Cit*, p. 510/511.

²⁹³ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Ob. Cit*, p. 105.

²⁹⁴ WESTPHAL, Roberta Shneider. *O Dano Moral e o Direito do Trabalho – O novo Código Civil e a Caracterização do Dano Moral nas Relações de Trabalho*. Florinópolis, Editora Momento Atual. 2003. p. 79.

Assim, é dever do empregador reparar não só o dano material, mas também compensar o dano moral da vítima.

“As lesões decorrentes de acidente de trabalho deixam seqüelas inevitáveis para o trabalhador. A dor psíquica, moral, em função da intensidade das agressões físicas, refletem danos que podem ser superiores aos prejuízos materiais. O empregado que se torna inválido pelo acidente deixa de um momento para outro de ser uma pessoa produtiva, presente no meio da comunidade, consciente de suas aptidões profissionais, enclausurando-se no seu íntimo, em prejuízo de seu convívio social e familiar. Torna-se pessoa fechada, solitária, pois, a perda de sua capacidade laborativa, às vezes, representa a perda de um referencial dentro da família e da sociedade. O dano desta natureza, além do material, deve ser ressarcido.”²⁹⁵

As conseqüências psicológicas do acidente de trabalho refletem, portanto, não só no trabalhador lesado, mas também em todos que com ele convivem, como a família e os amigos.

Em razão da amplitude das conseqüências que decorrem do acidente de trabalho, a observação das condições de trabalho por parte do empregador é de extrema importância, pois, conforme conclui Rodolfo Pamplona Filho “a preservação de boas condições de trabalho configura-se, portanto, como um interesse de todos, de caráter transindividual, conformado em um direito indivisível, cujo titular é um sujeito indeterminado e indeterminável.”²⁹⁶

4. DA PROBLEMÁTICA DA COMPETÊNCIA PARA AFERIÇÃO DO DANO MORAL DECORRENTE DO ACIDENTE DE TRABALHO

Este tema, até pouco tempo atrás, configurava controvérsias em relação à competência em razão da matéria, a qual dizia respeito à apreciação do Dano Moral, quando submetido no âmbito das relações de trabalho, chegando em muitos casos, advirem decisões contraditórias entre Cortes Superiores.

O principal argumento daqueles que sustentam a competência da Justiça Comum, para a apreciação do Dano Moral, ocasionado em contrato de trabalho, é que tal violação está relacionada à intimidade e a honra, atributos da personalidade do ser humano. E, devido a isto, a ofensa recebida por um dos contratantes não está figurado no plano das relações obrigacionais, que tal contrato vincula e, sim, no bojo do atributo personalíssimo que possui o ofendido. Assim, como a personalidade é tema tutelado pelo Direito Civil, a questão somente poderia ser da competência da Justiça Comum.

Entendimento da celeuma criada acerca da questão da competência para processar e julgar o dano decorrente de acidente de trabalho, hoje a doutrina, jurisprudência predominante, bem como o nosso Excelso Pretório, já convergem para o entendimento no sentido de que a indenização por dano material e moral, embora de

²⁹⁵ JORGE NETO, Francisco Ferreira e CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Ob. Cit.*, p. 819.

²⁹⁶ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Ob. Cit.*, p. 120.

natureza civil, é de competência da Justiça do Trabalho, se decorrente da relação de trabalho.

Em caso de ação de indenização por dano moral ajuizada por empregado ou ex-empregado, a Justiça do Trabalho tem avocado para si a competência para conhecê-la e decidir, no pressuposto de fato gerador inserto na relação de trabalho, compreendida no comando constitucional: a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar dissídio entre empregado e empregador concernente ao recebimento de indenização por dano moral ou patrimonial desde que a hipótese geradora do pleito seja decorrente da relação de trabalho havida entre as partes, mesmo que para a solução do litígio seja imperiosa a busca do subsídio em instituto de natureza civil, conforme interpretação conjunta que se faz dos arts. 5º, X e 114 da CF.

Em caso de acidente com funcionário, em virtude das condições de trabalho inadequadas no curso da contratualidade e da omissão da empregadora, que não tomou nenhuma providência no sentido de observar as normas relativas à segurança do trabalho, é da Justiça do Trabalho a competência para conhecer do pedido de danos morais e patrimoniais ora em questão e para julgá-lo.

Valentin Carrion ressalta que não há razão para afastar o dano moral do direito do trabalho, posto que este ramo do direito sempre valorizou a dignidade do trabalhador e compartilha da opinião de que a circunstância de ter-se que recorrer ao direito civil para fundamentá-lo não afasta a competência da Justiça do Trabalho, quando a relação material a ela pertença.

Vejamos, ainda, o entendimento do doutrinador ROLAND HANSSON:

“A interpretação do artigo 114 da Constituição Federal de 1988 é, praticamente, isenta de grandes divergências no meio doutrinário. Abstratamente, entende-se que cabe à Justiça do Trabalho o julgamento dos conflitos decorrentes do relacionamento havido entre empregados e empregadores.”²⁹⁷

Hodiernamente, segunda a nova redação dada ao artigo 114 da Constituição da República, na qual, diz expressamente, que a justiça do trabalho tem competência para apreciar as demandas em que o empregado reclama a compensação moral ou patrimonial por dano originado de qualquer ato relacionado à relação de trabalho, elimina de vez, a problemática da competência para aferição do dano moral decorrente do acidente de trabalho

Com efeito, o legislador constituinte derivado, após a vigência da prefalada Emenda Constitucional, dirimiu a controvérsia do tema, determinando que é da competência da justiça laboral para o julgamento e processamento das ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho, ainda que sujeitos à aplicação de normas de outras esferas do Direito.

²⁹⁷ HANSSON, Rolland. *Acidente de Trabalho & Competência. Pensamento Jurídico* – Volume VI. Curitiba: Editora Juruá, 2002, pág. 101

Segundo Cândido R. Dinamarco, escrevendo sobre os critérios para estabelecer a competência, dispõe:

“É um dos mais arredios a um tratamento científico satisfatório; a doutrina não conseguiu, ainda, armar uma estrutura harmoniosa e coerente deste instituto, nem apresentar, para os inúmeros problemas atinentes a ele, soluções tais que exprimam a mesma maturidade lógica e científica alcançada em outros quadrantes do direito processual. Reflexo dessa situação, todas as legislações apresentam falhas a respeito, falhas que trazem perplexidade ao intérprete, insegurança aos profissionais, vacilações à jurisprudência.”²⁹⁸

O artigo 652, inciso IV, da CLT, por sua vez, atendendo a previsão constitucional, fixa a competência material das Varas do Trabalho, compreendendo de forma abrangente todos os dissídios concernentes do contrato individual de trabalho. A intenção do legislador certamente não foi a de exaurir taxativamente os casos de competência da Justiça do Trabalho.

Apesar da questão está praticamente encerrada, a discussão acerca da competência para julgar o dano moral decorrente de acidente do trabalho, não estava pacificada, pois não existia um consenso entre os nossos Tribunais pátrios, e principalmente, pela nossa Corte Suprema, que a partir de análise de diversas situações concernente sobre o tema, vinha exteriorizando o seu entendimento no sentido de que as ações reparadoras de danos morais, fundadas em acidente do trabalho (ainda que movidas pelo empregado contra seu empregador), eram da competência da justiça comum dos Estados.

Foi o que o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria dos votos, quando do julgamento do RE de nº 438.639, sessão do dia 09/03/2005.

O Ministro Celso de Mello em seu voto afirmou que “assiste, ao Poder Judiciário do Estado-membro, e não à Justiça do Trabalho, a competência para processar e julgar as causas acidentárias, ainda que tenham sido instauradas, contra o empregador, com fundamento no direito comum, tal como sucede na espécie ora em exame”.

No presente caso, o artigo 109, I, da Constituição Federal serviu de base para formação da convicção do Supremo.

Todavia, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, reformulou o referido entendimento e declarou que a competência para julgar ações de dano moral e material decorrente de acidente de trabalho é da justiça Trabalhista. A decisão unânime foi tomada durante análise do conflito negativo de Competência (CC 7204), suscitado pelo Tribunal Superior do Trabalho contra o Tribunal de Alçada de Minas Gerais.

²⁹⁸ DINAMARCO, Cândido, R, APUD, LAMARCA, Antônio. *O livro da competência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 4.

Os Ministros acompanharam o voto do relator, Ministro Carlos Ayres Brito, que considerou “que o inciso I do artigo 109 da Constituição Federal não autoriza concluir que Justiça Comum Estadual detém a competência para apreciar as ações que o empregado propõe contra seu empregador, pleiteando reparação por danos morais e patrimoniais”.

Nesse passo, o artigo 109, inciso I, da Constituição Federal, não tem a abrangência que lhe foi conferida. A norma constitucional excepciona as ações de acidente de trabalho da competência da Justiça Federal. Com certeza, as ações de acidente de trabalho a que se refere o mencionado inciso I do artigo 109 são aquelas em que a autarquia for parte interessada.

Em se tratando de pedido de indenização por danos morais ou físicos dirigidos ao empregador a quem é imputada a culpa pelo infortúnio, a competência desloca-se obrigatoriamente para a Justiça do Trabalho. Isso porque o alegado fato gerador do pedido do reclamante, sem nenhuma controvérsia, nasceu no ambiente de trabalho e decorre da relação jurídica de trabalho desenvolvida entre ele e o empregador.

Por muito tempo os Tribunais Brasileiros, bem como os doutrinadores tinham dúvidas no que concerne à competência em relação ao dano moral decorrente de acidente de trabalho.

Roland Hasson, lembra que “os tribunais não aceitam as ações acidentárias sejam intentadas perante a justiça laboral. Contudo, o seu comportamento diante da ofensa à honra é outro, que se coaduna com o primeiro.”²⁹⁹

Rodolfo Pamplona Filho complementa ao dizer que “se a lesão é intentada contra a pessoa, enquanto cidadão, a competência será, inquestionavelmente, da Justiça Comum. Se, de outra forma, o dano é praticado contra a pessoa, enquanto empregado ou empregador, sendo, portanto, decorrente do contrato de trabalho, a competência será da Justiça Laboral.

Atualmente, em razão das inúmeras ações desta natureza, a jurisprudência tem chegado a um consenso.

“Compete à Justiça do Trabalho as questões não apenas patrimoniais mas também morais decorrentes da relação de trabalho, por inexistência de restrição neste sentido pelo artigo 114 da Constituição Federal, conforme posicionamentos do Colendo Superior Tribunal Federal e diversos Tribunais do Trabalho, sem haver restrição de estar a causa fundada em legislação trabalhista ou civilista, se o direito postulado decorre de fato ocorrido no âmbito do contrato de trabalho.”³⁰⁰

Nota-se, que pouco importa o tipo de relação de emprego (aqui abrangendo relações empregatícias urbanas, rurais, domésticas, temporárias, a domicílio, entre

²⁹⁹ HANSSON, Roland. *Acidente do Trabalho & Competência. Pensamento Jurídico* – Vol. VI., Curitiba: Editora Juruá, 2002, p. 112.

³⁰⁰ OLIVEIRA, Alexandre Nery de. *Dano Material, Dano Moral e Acidente de Trabalho na Justiça do Trabalho*. Internet – Site <http://www.jusnavegandi.com.br>.

outras). Basta estar diante de relações de trabalho para a questão situar-se no âmbito da competência material da Justiça do Trabalho.”³⁰¹

Não pode restar dúvida quanto a competência, pois é a própria Constituição Federal que determina a competência da Justiça Especializada.

Apesar da grande divergência doutrinária a respeito da competência para julgar o dano moral decorrente de acidente de trabalho, os tribunais, e especialmente o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Conflito de Competência de nº 7.204-1 – MG, têm, ultimamente entendido, que a competência é da Justiça do Trabalho, por se tratar de causa referente a relação de trabalho entre empregado/empregador.

Após a Emenda 45/2004, até mesmo o Tribunal de Justiça de São Paulo (Antigo Segundo Tribunal de Alçada Cível) que sempre defendeu a competência da Justiça Comum, rendeu-se ao novo Texto:

“Nos termos do inciso VI do art. 114 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, a competência para o julgamento de ações relativas a acidente do trabalho fundadas no Direito Comum é da Justiça do Trabalho”. São Paulo. STACivSP, 10ª Câmara. AI 878972-0/6, Rel. Des. Soares Levada, julgado em 26 jan. 2005.

“A competência em razão da matéria é absoluta. O art. 114, inciso VI da Constituição da República, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, promulgada em 08/12/2004 e publicada em 31/12/2004, define competir à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações de indenização por dano moral ou patrimonial decorrentes da relação de trabalho. Com a vigência do novo sistema, a competência em ações desse jaez - caso em apreço - migrou para aquela esfera. Em face do exposto, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil, nega-se seguimento ao recurso, porque manifestamente improcedente”. São Paulo. STACivSP, AI 882.724-0/9, Rel. Des. Irineu Pedrotti, julgado em 27 jan. 2005.

“Desde a vigência da Emenda Constitucional n. 45/2004, passou a competir à Justiça do Trabalho o julgamento das ações por indenização material ou moral decorrente de acidente ou doença do trabalho”. São Paulo. STACivSP, 4ª Câmara. AI 877474-0/0, Rel. Des. Celso Pimentel, julgado em 31 jan. 2005.

“Acidente do trabalho. Ação de indenização movida em face da empregadora. Competência da Justiça do Trabalho. Inteligência do art. 114 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004. A Competência para processar e julgar as ações de indenização por acidente do trabalho movidas em face da empregadora é da Justiça do Trabalho, de acordo com o art. 114 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004”. São Paulo. STACivSP, 2ª Câmara. AI n. 875135-0/6, Rel. Des. Gilberto dos Santos, julgado em 31 jan. 2005.

“A partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, ocorrida em 31 seguinte, compete à Justiça do Trabalho apreciar as ações indenizatórias por acidente laboral segundo o direito comum”. STACivSP, 4ª

³⁰¹ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Ob. Cit.* p. 130.

Câm, Ap. c/ revisão n. 864316-0/8, Rel. Des. Rodrigues da Silva, julgado em 31 jan. 2005.

5. CONCLUSÃO

O contrato de Trabalho, adquiriu status constitucional, a partir da Constituição Federal de 1988, resultante das conquistas constitucionais dos artigos 5º e 7º, que impôs aos empregadores novas responsabilidades - além do salário – devendo, agora, oferecer ao trabalhador, um local seguro, que haja respeito à sua dignidade, personalidade e honra. E, ao ser demitido, esteja em perfeito estado de saúde física e mental para seu retorno ao mercado de trabalho, sob pena de responder indenizações previstas, decorrentes ou não de infortúnios acidentários ou mesmo de dano moral.

O Dano Moral ocorre na esfera da subjetividade ou no plano dos valores pessoais e deriva de práticas atentatórias à personalidade, resultando em um sentimento íntimo de pesar do ofendido, ou seja, no patrimônio ideal da pessoa.

Das muitas possibilidades de caracterização de violação dos direitos tutelados, o Magistrado encontra uma grande dificuldade para identificar o dano moral reclamado na demanda, devendo então se amparar nas circunstâncias e peculiaridades trazidas pelo fato ocorrido.

No campo do direito do Trabalho, a doutrina não é escassa no que diz respeito à possibilidade de reparação por dano moral nas relações entre patrão e empregado, ou delas decorrentes, pairando até mesmo a controvérsia quanto ao órgão competente para examinar e decidir este tipo de litígio.

Alguns juristas entendem que a competência é da Justiça do Trabalho para ação de perdas e danos inclusive morais, se causados por empregador a empregado, porém se ambos agirem na esfera contratual.

Existe uma parcela doutrinária que diverge de tal opinião, atribuindo a competência à Justiça Comum, sob o argumento de que o ato ilícito (civil ou criminal) não constitui decorrência de obrigação implícita do contrato de trabalho, servindo apenas de meio, instrumento ou facilitação para a ocorrência do fato.

Segundo a corrente que devendo ser da Justiça do Trabalho à competência em ação de indenização por dano moral, ocorrido nas relações empregatícias, se por ventura o empregador utilizar expressões caluniosas, difamadoras ou injuriosas ao empregado, no exercício de sua função, ou em razão dela, será a competente a Justiça Especializada, pois há conflitos de interesses entre patrão e empregado, que aliás é uma qualidade jurídica.

Assim, além dos dissídios envolvendo prestações tipicamente trabalhistas, o art. 652, IV da CLT, também atribui competência material à Justiça do Trabalho, genericamente, “para os demais dissídios decorrentes ao contrato individual do trabalho”, sendo inafastável a ação por perdas e danos morais trabalhistas.

Como se não bastasse, há a possibilidade de se conjugar tal artigo, com o inciso VI do art. 114 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda

Constitucional nº 45, que confere à Justiça Especializada a competência para julgar os dissídios relacionados com o dano moral e patrimonial oriundos da relação de trabalho.

Considerando ainda, o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal que declarou a competência da Justiça Trabalhista para julgar ações por dano moral e material decorrente de acidente de trabalho no julgamento do Conflito de Competência de nº 7204-1 em 29/06/2005.

Vale ainda ressaltar que, as indenizações trabalhistas têm por finalidade o ressarcimento do prejuízo de cunho material, decorrente da perda injustificada do empregado, sem contudo, repor a perda de ordem moral que tenha sofrido o trabalhador.

A partir disto, se torna incontestável afirmar ser competente a Justiça do Trabalho para julgar matéria pertinente a dano moral trabalhista decorrente de acidente de trabalho, uma vez que, como é cediço, trata-se do ramo do Poder Judiciário que é conhecido pela aplicação, com primazia, dos princípios da celeridade, informalidade e economia processual na solução dos litígios que lhe são submetidos.

Se for entendido desta maneira, por todos os Julgadores, será dado um passo decisivo para melhoria do relacionamento entre patrões e empregados, no que pertine à ocorrência de dano moral, por qualquer dos integrantes da relação empregatícia, na medida em que, se a solução rápida do conflito intersubjetivo de interesses não coibir tal prática, poderá servir pelo menos para minimizar o surgimento deste tipo de infração a direito personalíssimo, como forma de contribuição.

6 . REFERÊNCIAS

1. LIVROS

BAPTISTA, Silvio Neves. Teoria Geral do Dano: de acordo como novo código civil brasileiro. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. O dano moral no direito do trabalho. São Paulo: Editora LTr, 2003.

CAHALI, Yussef Said. Dano Moral. 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999.

CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 28ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

CARVALHO, Milton Paulo de. Notas sobre o dano moral no processo. Revista do Processo, n.º 66, Atualidades Nacionais.

DINIZ, Maria Helena. Responsabilidade Civil Volume 7. 16ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

DOS SANTOS, Enoque Ribeiro. O Dano Moral na Dispensa do Empregado. 3ª edição, São Paulo: LTr, 2002.

FERNANDES, Annibal. Os Acidentes do Trabalho – Do Sacrifício à Prevenção e à Reparação. 2ª edição, São Paulo: Editora LTr, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 2ª edição, Rio de Janeiro, editora Nova Fronteira, 1986.

FLORINDO, Valdir. O Dano Moral e o Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1995.

HANSSON, Roland. Acidente do Trabalho & Competência. Pensamento Jurídico – Vol. VI., Curitiba: Editora Juruá, 2002.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. Manual de Direito do Trabalho – Tomo I. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004.

LAMARCA, Antônio. O livro da competência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil; Tradução e Notas de Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Estudos Sobre o Processo Civil Brasileiro, com notas da Dra. Ada Peregrine Grinover. São Pulo: Bushatsky, 1976.

LOMBREGART, Marcus Vinícius. Dano Moral nas Relações Individuais do Trabalho. São Paulo: LTr: 2001.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, Tomo XXII, 2ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1994.

NETO, José Salen. Acidentes do trabalho na teoria e na prática. 2ª edição. São Paulo: Editora LTr, 2001.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato; CALDEIRA, Mirella D'Angelo. O Dano Moral e sua interpretação jurisprudencial. São Paulo: Saraiva, 1999.

OLIVEIRA, Eduardo V. Oliveira. O Dano Pessoal no Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2002.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhado., São Paulo: Editora LTr.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O dano moral na relação de emprego. 3ª edição. São Paulo: Editora LTr, 2002.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. A liquidação da reparação do dano moral trabalhista. Revista do Curso de Direito das Faculdades Jorge Amado, Ano I, n.1, vol.1 - 2001

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil, Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. III: arts. 270 a 331. 8ª edição: Forense, 1998.

PELLEGRINE, Luiz Fernando Gama . Ação sumária de acidente do trabalho. 1ª edição. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 1999.

SANCHES, Gisele A. Dano moral e suas implicações no direito do trabalho. 1ª edição. São Paulo: Editora LTr, 1997.

SANTOS, Enoque Ribeiro. O dano moral na dispensa do empregado. 3ª edição. São Paulo: Editora LTr, 2002.

SILVEIRA, Paulo Fernandes. Devido Processo Legal. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

STOCCO, Rui. Responsabilidade Civil e sua Interpretação, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.

SAAD, Eduardo Gabriel. Constituição e Direito do Trabalho. 2ª edição. São Paulo: Ltr, 1989.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Dano Moral. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Avaliação do Dano Moral, 4ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

WESTPHAL, Roberta Shneider. O Dano Moral e o Direito do Trabalho – O novo Código Civil e a Caracterização do Dano Moral nas Relações de Trabalho. Florinópolis, Editora Momento Atual. 2003.

2. LEGISLAÇÃO

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Novo Código Civil Brasileiro, 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Código de Processo Civil, 6ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

BRASIL. Lei n.º 8213/91 – Dispõe sobre os Planos de Benefício da Previdência Social e dá outras providências.

3. SITES

<http://www.dji.com.br/comercial/prescricao.htm>.

<http://www.jusnavegandi.com.br>

<http://www.stf.gov.br>

<http://www.trt13.gov.br>

<http://www.tst.gov.br>

<http://www.senado.gov.br>

A LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA GENÉRICA DA AÇÃO CIVIL COLETIVA E O JUÍZO DE COMPETÊNCIA PARA A EXECUÇÃO INDIVIDUAL NO ÂMBITO DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Rodrigo Montenegro de Oliveira³⁰²

I – INTRODUÇÃO

Nesses últimos anos, é notório o fato de que muitas discussões têm sido travadas sobre a necessidade de uma reforma processual no sistema brasileiro. O mais interessante é que, entre tantas teorias e opiniões, desde o processo comum às ramificações especiais (trabalhista, penal, eleitoral, dentre outras), há sempre um ponto de convergência ao qual todos se voltam: a efetividade da tutela jurisdicional.

É consabido, e não é de hoje, os esforços despendidos por juízes, promotores, advogados, doutrinadores e demais operadores do Direito para dar às normas legais interpretações cada vez mais inclinadas para uma prestação jurisdicional mais acessível, célere e concreta; nem que para isso seja indispensável a conjugação de dispositivos legais de ramos distintos do Direito, a fim de preencher as lacunas muitas vezes existentes na legislação, sobre a qual se deitam remendos e enxertos decorrentes de um modelo legislativo complexo e descompassado com a realidade e evolução da sociedade.

No entanto, não cabe, aqui, tecer elogios ou críticas a respeito do sistema vigente. Intenciona-se apenas, dessa perífrase, enfatizar a preocupação e a dificuldade que tem o intérprete jurídico de conjugar dispositivos processuais, respeitando-se a limitação por eles impostas, na eterna busca pela efetividade na prestação das tutelas jurisdicionais e a garantia dos bens jurídicos por elas protegidos, em especial, no que concerne a defesa de interesses sociais, comumente pleiteados na Justiça do Trabalho.

Enfim, o foco desta modesta contribuição restringir-se-á a tutela dos direitos individuais homogêneos e a utilização do juízo de competência da liquidação e execução como forma de garantir uma efetiva prestação jurisdicional, fazendo-se, assim, uma análise curvada à concretização do bem jurídico protegido por meio de uma sentença condenatória genérica – decorrência peculiar da ação civil coletiva –, de modo que possibilite a plena reparação individual das vítimas que sofreram danos oriundos de uma situação fática comum, de formas acessível, célere e satisfatória.

II – ALGUMAS CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E DA AÇÃO CIVIL COLETIVA

³⁰²Assessor Jurídico da Procuradoria Regional do Trabalho da 13ª Região – PRT/13ª Região, Pós-graduado em Ciências Jurídicas pela Universidade Potiguar.

Para melhor firmar as idéias à frente delineadas, não é ocioso lembrar a definição de direitos ou interesses individuais homogêneos e as peculiaridades que os fizeram integrar a classificação de direitos ou interesses coletivos.

Sempre partindo do dispositivo legal que introduziu os direitos individuais homogêneos no ordenamento jurídico pátrio – art. 81, parágrafo único, III, do Código de Defesa do Consumidor –, muitos são os conceitos dados pela doutrina e pela jurisprudência. No entanto, numa visão pessoal, destaca-se a lição dada pelo Ministro Yves Gandra Martins Filho, em acórdão proferido nos autos do Processo nº TST-RR-971/2002-067-03-00.1, in verbis:

“Finalmente, quanto aos interesses individuais homogêneos, a lei singelamente os define como aqueles decorrentes de origem comum (CDC, art. 81, parágrafo único, III). Essa definição, substancialmente distinta das demais, pois não traz em seu bojo a característica da indivisibilidade, denota que, nessa hipótese, a lesão não é potencial mas efetiva (empregados aidéticos dispensados por esse motivo; empregados que não receberam horas extras e que efetivamente as prestaram, quando a empresa não admite a realização de sobrejornada), a demandar uma reparação determinada.

Ora, justamente porque a lesão aos interesses individuais homogêneos não é apenas potencial do grupo, mas efetiva de alguns de seus membros, o CDC, ao criar essa nova categoria jurídica (já que os interesses difusos e coletivos já gozavam do foro de cidadania com a Lei 7.347/85 e com a Constituição Federal de 1988), também criou o instrumento idôneo para defendê-los em juízo, que é a ação civil coletiva (CDC, art.91), que supõe a habilitação dos lesados, para percepção da indenização a que fazem jus (CDC, arts. 98 e 100)”.

Desse modo, pode-se dizer que os direitos individuais homogêneos não deixam de pertencer a esfera particular de cada indivíduo que integram um determinado grupo, pois repousa divisibilidade de seu objeto, de tal sorte que cada membro da coletividade atingida pode, por si próprio, buscar a tutela individual de seu interesse. Contudo, estando eles reunidos por uma mesma circunstância de fato e pela relevância social que adquirem, tornam-se coletivos, facilitando a defesa em juízo.

Nos dizeres do Doutor Carlos Henrique de Bezerra Leite, “interesses individuais homogêneos nada mais são do que um feixe de direitos individuais, de origem comum, cujos titulares são perfeitamente identificáveis sem maior esforço. Mas, por questão de política judiciária, no afã de atender às novas demandas e o acesso à Justiça e à uniformização das decisões judiciais nos conflitos de massa produzidos em larga escala pela própria sociedade, o legislador criou a possibilidade de tutela coletiva dessa categoria de interesses ou direitos”³⁰³ (Destaques acrescidos).

Nessa linha de raciocínio, têm-se, ainda, as considerações do festejado processualista Nelson Nery Júnior³⁰⁴, que, assim, discorre:

³⁰³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *O Ministério Público do Trabalho – doutrina, jurisprudência e prática*. São Paulo: Ltr., 1998, p. 109.

³⁰⁴ Cf. NERY JÚNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil e legislação processual civil extravagante em vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

“Esses direitos são individuais que podem ser defendidos em juízo a título individual ou coletivo (CDC 81 caput e par. ún. III). Assim, quando a lei legitima, por exemplo, o MP, abstratamente, para defender em juízo direitos individuais homogêneos (CF 127 caput e 129 IX; CDC 1.º e 82, I), o Parquet age comum substituto processual, porque substitui pessoas determinadas. Apenas por ficção jurídicas os direitos individuais são qualificados de homogêneos, a fim de que possam, também, ser defendidos em juízo por ação coletiva. Na essência, eles não perdem a sua natureza de direitos individuais, mas ficam sujeitos ao regime especial de legitimação do processo civil coletivo (CF 127 caput e 129 IX; LACP 5.º; CDC 81 caput, par. ún. III e 82), bem como ao sistema da coisa julgada do processo coletivo (CDC 103 III)”.

Inserida nesse contexto, a ação civil coletiva, espécie do gênero ação civil pública, se apresenta como o instrumento processual destinado à defesa de tais interesses individuais homogêneos, onde se exalta a sua natureza reparatória concreta, ou seja, visa à obtenção de reparação de danos sofridos individualmente pelas vítimas lesadas, mediante reconhecimento genérico da obrigação de indenizar – característica inerente à sentença coletiva proferida em sede de direitos individuais homogêneos (inteligência dos arts. 81, III, e 95 do CDC).

Consoante ensinamento do Procurador Regional do Trabalho, Raimundo Simão de Melo³⁰⁵, essa ação foi criada no sistema processual brasileiro a partir da Lei nº 8.078/90 – Código de Proteção e Defesa do Consumidor (art. 91) – e da Lei Complementar nº 75/93 – Lei Orgânica do Ministério Público da União (art. 6º, inciso VII, letra d) –, por influência do direito norte-americano, nas chamadas class actions for damages, já experimentada a mais de 30 anos por aquela civilização, “cujo pressuposto é a reunião de uma pluralidade de pessoas determinadas, todas integrantes da class, para defesa em juízo e num único processo de interesses que lhe são comuns”.³⁰⁶

Abre-se pequeno espaço para ressaltar que aplicação da LACP (Lei nº 7.347/85) e do CDC (Lei nº 8.078/90) – normas que disciplinam as ações coletivas no sistema processual vigente – no processo trabalhista é algo sedimentado na doutrina e jurisprudência, dispensando maiores discussões, no momento, quanto a sua compatibilidade com a CLT³⁰⁷.

Desse pequeno escorço de informações, pode-se extrair, sem receio de dúvida, que a finalidade trazida com a implementação da ação civil coletiva no ordenamento jurídico pátrio foi a de potencializar o acesso à justiça e efetividade da prestação jurisdicional através da defesa de forma coletiva, pois, como bem observa a

305

MELO, Raimundo Simão de. Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho. São Paulo: LTr, 2002.

306

AGUIAR, Leandro Katscharowski. Tutela Coletiva de Direitos Individuais Homogêneos e sua Execução. São Paulo: Dialética, 2002.

³⁰⁷ Aliás, conforme salientado pelo Professor Otávio A. Calvet, em artigo divulgado no site www.ielf.com.br, a hipossuficiência do consumidor que inspirou o CDC sempre foi o mote da legislação trabalhista.

Professora Ada Pellegrini Grinover, co-autora intelectual do CDC³⁰⁸, “é evidente que, diante de violações de massa, o indivíduo, singularmente lesado, se encontra em situação inadequada para reclamar contra prejuízo pessoalmente sofrido. As razões são óbvias: em primeiro lugar, pode até ignorar seus direitos, por tratar-se de campo novo e praticamente desconhecido; sua pretensão individual pode, ainda, ser por demais limitada; e as custas do processo podem ser desproporcionais a seu prejuízo econômico. Não se pode olvidar, de outro lado, o aspecto psicológico de quem se sente desarmado e em condições de inferioridade perante adversários poderosos, cujas retorsões pode temer; nem se pode deixar de lado a preocupação para com possíveis transações econômicas, inoportunas exatamente à medida que o conflito é ‘pseudo-individual’, envolvendo interesses de grupo e categorias. Daí porque seguem, como titulares naturais, em juízo, dos interesses metaindividuais, os corpos intermediários, as formações sociais, os entes associativos, privilegiando-se sua legitimidade para a causa. Nesse enfoque, a titularidade das ações coletivas por parte de órgãos público – inclusive do MP – é subsidiária, necessária até enquanto a sociedade não se organiza, mas destinada a retroceder quando as formações sociais assumirem plenamente seu papel, numa democracia verdadeiramente participativa”.

III – LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA GENÉRICA NO ÂMBITO TRABALHISTA: PECULIARIDADES E PROCEDIMENTO

Partindo da premissa de que a sentença coletiva proferida em sede de interesses individuais homogêneos sempre será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados, ante o disposto no art. 95 do Código de Defesa do Consumidor, conclui-se, de logo, que o provimento jurisdicional será impreciso (ilíquido), impondo-se necessário realizar a liquidação para que esse título judicial tenha eficácia executiva, e, finalmente, venha-se concretizar o fim reservado à ação civil coletiva – a reparação individual dos danos sofridos.

Elton Venturini, citado por Leandro Katsharowski Aguiar in “Tutela Coletiva de Direitos Individuais Homogêneos e sua Execução”³⁰⁹, comenta que, “diferentemente do ocorrido no âmbito das ações coletivas para tutela dos direitos genuinamente transindividuais, nas quais se pretende que a sentença condenatória já imponha, para além da obrigação de reparar o dano, a fixação efetiva do montante indenizatório que se destinará a um Fundo para a recomposição do direito violado, a pretensão deduzida na ação coletiva que visa a tutelar direitos individuais homogêneos, quando condenatória, diz respeito somente à fixação genérica do dever de ressarcir (an debeat)ur.”

Tal generalidade ocorre tendo em vista o pedido formulado pelo autor, que, obrigatoriamente, restringi-se à fixação também genérica do dever de reparar, pois, como já dito em linhas acima, se destina à defesa do interesse de uma coletividade, unida por uma situação de fato comum, abrindo-se, dessa forma, a possibilidade de atingir, inclusive, outros indivíduos que, no decorrer do processo ou posterior a ele,

³⁰⁸ *Apud* MELO, ob. cit.

³⁰⁹ AGUIAR, ob. cit.

venham a ser prejudicados (sofrer dano) por aquela mesma circunstância fática que serviu para impulsionar a ação coletiva.

Desse modo, repita-se, a condenação sentencial se faz de forma genérica, apenas condenando o réu pelo dano globalmente causado, o que requisita a utilização posterior de um processo liquidatório a fim de individualizar e quantificar os danos sofridos.

Ponto de relevo do presente estudo reside na descrição e análise desse diferenciado processo de liquidação, pois cada liquidante – vítima atingida pelo ato causador do dano –, individualmente, deverá provar a existência do seu dano pessoal e a relação de causalidade (nexo causal) com o dano globalmente ocorrido, além de quantificá-lo.

Considerando tais requisitos peculiares, pode-se ousar em dizer que a liquidação individual proceder-se-á de uma forma diferenciada da ocasionalmente vista no processo trabalhista – liquidação por cálculos –, sobretudo porque será indispensável a obediência ao princípio constitucional do contraditório, a medida em que nova relação processual se formará, desta vez integrada pela vítima direta, e também, em virtude da cognição exauriente que se realizará, quando do colhimento e análise das provas da efetiva ocorrência do dano e sua relação de causalidade com o dano global albergado pela sentença condenatória coletiva, devendo se permitir ao réu, além da oportunidade delas tomar conhecimento, a de refutá-las, desde que não discuta de novo a lide originária ou modifique a sentença que a julgou.

Observando-se que a Consolidação das Leis do Trabalho não traz no seu elenco normativo regras que disciplinem procedimento de liquidação³¹⁰ dessa escala, aplica-se, assim, por omissão e congruência, as normas do processo civil comum (CLT 769), levando o intérprete aos arts. 608 a 610, que tracejam a liquidação por artigos.

Não há de se cogitar questionamentos quanto à possibilidade do particular individualmente liquidar o seu dano, vez que previsto, de forma expressa, nos arts. 97 e 103, § 3º, parte final, ambos do CDC. Diga-se, de passagem, que a liquidação e conseqüente execução coletiva, para a obtenção da indenização global (fluid recovery) somente poderá ser promovida em caso de inércia dos interessados, depois de decorrido o prazo de um ano do trânsito em julgado (CDC 100). Tem-se, portanto, como regra, a execução individual.

IV – CRITÉRIO DE FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO TRABALHISTA PARA A LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO INDIVIDUAL – APLICAÇÃO DA NORMA PREVISTA NO ART. 98, § 2º, I, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR CONJUGADA COM A INTERPRETAÇÃO DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM O PROCESSO MODERNO.

³¹⁰ Afasta-se, aqui, a aplicação do art. 889 da CLT, onde a norma supletiva seria a Lei nº 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais, pelo fato de se conservar a opinião de que a liquidação é fase preparatório da execução trabalhista, compondo a estrutura final do processo de conhecimento, consoante entendimento manifestado pela doutrina predominante. Nesse sentido: TEIXEIRA FILHO, Manuel Antônio. *Execução no Processo do Trabalho*. 6 ed. São Paulo: LTr, 1998, p. 305/306.

Aberto o caminho do procedimento e das normas que regem a liquidação individual, sobeja conhecer e firmar convicção a respeito do juízo competente para procedê-la no âmbito trabalhista.

O tema ainda é pouco discutido no cenário doutrinário do direito processual do trabalho, mas existem parâmetros a serem tomados pela processualística comum, no entanto, existe ainda polêmica quanto à fixação da competência territorial, em razão do veto ao parágrafo único do art. 97 do Código de Defesa do Consumidor, que possibilitava ao vitimado o ajuizamento da liquidação no juízo do seu domicílio.

Em lucidez que lhe é peculiar, a Professora Ada Pellegrini Grinover³¹¹, participante da elaboração do Código de Defesa do Consumidor, tem argüido que o veto presidencial ao parágrafo único do art. 97 do citado diploma legal foi por todo equivocado, ao passo em que “permaneceu íntegro o §2º, inc. I, do art. 98 – que se refere ao juízo da liquidação da sentença ou da ação condenatória, para a execução individual. Assim, fica claro que diversos podem ser o foro e o juízo da liquidação da sentença e da ação condenatória, nas ações coletivas de que trata o Capítulo II do Título III”.

Nesse embalo, aproveitando o ensinamento deixado pela renomada doutrinadora, do qual se toma por esteio, a interpretação do mencionado § 2º do artigo 98 do CDC³¹², que deixa no ar a incógnita da existência de outro juízo competente para proceder a liquidação, além do juízo da ação condenatória, entende-se como mais prudente tomar por analogia o art. 101, I, daquele mesmo diploma legal para desvendar tal ministério, que possibilita firmar, no domicílio do autor, a competência para a propositura da ação de indenização civil do fornecedor de produtos e serviços.

Tal posicionamento, inclusive, adotado por Hugo Nigro Mazzilli³¹³, que, ao comentar o predito veto ao parágrafo único do art. 97 do CDC, profere o seguinte ensinamento:

“...mesmo suprimida essa forma de competência, continuam válidas e prevalentes as razões que a determinaram. Com efeito, os incs. I e II do parágrafo único do art. 98 do mesmo estatuto são claros em dissociar o juízo da liquidação da sentença do juízo da ação condenatória, e estes dispositivos foram regularmente sancionados. E mais. No caso de execução individual, diz a lei ser competente o juízo da liquidação ou da sentença condenatória. Isso significa que a lei está permitindo ao credor liquidar a sentença em foro diverso do da ação condenatória, assim contrariando a regra geral. Se a lei assim o fez, é porque desejava favorecer o credor, permitindo-lhe liquidar a sentença em seu domicílio. Ademais, a aplicação analógica do art. 101, I, do CDC,

³¹¹ *Apud* AGUIAR, ob. cit.

³¹² Art. 98. A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o artigo 82, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiveram sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções.

§ 1º. (...)

§ 2º. É competente para a execução o Juízo:

I – da liquidação da sentença ou da ação condenatória, no caso de execução do juízo individual;

³¹³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva,

conforta o reconhecimento da competência em favor do foro do domicílio da vítima ou sucessores. Foi inócuo, portanto, o veto aposto ao parágrafo único do art. 97 do CDC.”

Agrega e reforça o ensinamento doutrinário acima exposto, que possibilita ao lesado promover a liquidação no juízo de seu domicílio, por aplicação analógica do art. 101, I, do CDC, o fato de existir uma coincidente similitude entre o consumidor e o trabalhador: a condição de hipossuficiente na relação jurídica a que estão sujeitos, o que respalda ainda mais a adoção dos princípios e procedimentos que visam a favorecer a parte que se encontra em plano de desigualdade.

Não bastasse isso, inclina-se cada vez mais a doutrina e jurisprudência à posição de que o processo é apenas meio de obtenção da tutela material, quebrando com o excesso de formalismo e buscando otimizar o acesso ao judiciário e a celeridade, voltando-se sempre para o fim maior que é a efetiva prestação jurisdicional, in casu, a reparação dos danos causados a membros de uma coletividade, ou melhor, satisfazer, à custa do responsável, o direito subjetivo de cada lesado que o ato ilícito violou.

Desse modo, importante é conjugar ao raciocínio até agora apresentado os princípios do acesso à justiça, ou, utilizando a expressão mais correta de Kazuo Watanabe, “acesso à ordem jurídica justa”, previsto no art. 5º, XXXV, da CF, além do da tempestividade da tutela jurisdicional, previsto no mais recente inciso inserido no mencionado art. 5º por meio da Emenda Constitucional nº 45/04, LXXVIII, princípio este que melhor traduz a necessidade de celeridade na prestação jurisdicional.

Destacam-se, ainda, os princípios próprios do processo trabalhista, como o princípio da proteção, que busca compensar a desigualdade existente na realidade entre empregado e empregador, além do princípio da finalidade social, que permite ao juiz atuar de forma mais ativa, na medida em que auxilia o trabalhador, em busca de uma
314
solução mais justa.

Todos os princípios acima mencionados contribuem para aplicação do art. 101, I, do CDC, pois não há dúvida de que o domicílio do liquidante seja o juízo de competência mais favorável para o trabalhador lesado. Além de garantir o pleno e efetivo acesso à justiça, viabiliza a distribuição das ações de liquidação individuais entre vários juízos, não sobrecarregando um único que julgou a ação coletiva, onde se pode atrelar centenas ou até milhares de liquidações individuais e as execuções delas decorrentes.

Exemplo que retrata bem tal problemática é a hipótese de uma ação civil coletiva movida pelo Ministério Público do Trabalho em face de uma determinada agroindústria, que possui várias fazendas espalhadas por todo o Estado da Paraíba, cuja sentença foi proferida pela 5ª Vara do Trabalho de João Pessoa, determinando à condenação genérica da ré à reparação de danos causados a trabalhadores pelo uso de fertilizante proibido que ocasionara a formação de úlceras na pele, em decorrência de sua utilização freqüente. No caso em tela, não só os elementos de prova lhe estarão mais próximos dos vitimados para comprovar o dano pessoal e a relação de causalidade com

a condenação genérica – dano global –, como também evitará que os simples agricultores, de baixa renda familiar, domiciliados em longínquo município do Estado, tenham que arcar com as despesas da viagem e hospedagem para propor a sua liquidação individual no foro de João Pessoa.

Entendimento contrário levaria a nítida inviabilidade do acesso à justiça dos referidos trabalhadores e à prestação de uma tutela jurisdicional em tempo não-razoável, pois, esvaziando-se o objetivo da ação coletiva, restaria àqueles ajuizar, individualmente, novas ações de conhecimento para reconhecer os danos por eles sofridos, discutindo-se novamente todas as matérias fática e jurídica, o que poderia, inclusive, ocasionar a produção de decisões díspares e, ainda, arguições de outras como litispendência, coisa julgada ou, até mesmo, falta de interesse de agir do indivíduo face o disposto no art. 103, § 3º do CDC³¹⁵.

Por todas essas razões, não se demonstra plausível qualquer entendimento em sentido contrário, como o proposto por alguns estudiosos de que o juízo competente para a liquidação e execução individual da sentença coletiva seria o destacado para as reclamações trabalhistas, previsto art. 877 da CLT – o que tiver conciliado ou julgado originariamente o dissídio.

A execução, nesse contexto, se vê como o arremate final da prestação jurisdicional, a concretização efetiva do direito declarado na fase de conhecimento, portanto, deve proceder no local que seja mais favorável a sua obtenção. No caso da execução individual de sentença coletiva, uma vez que atrelada ao juízo da liquidação (art. 98, § 2º, I, do CDC), deverá correr no foro do domicílio do liquidante, pelas considerações já expendidas.

Se se imperasse a regra da aplicação da norma processual trabalhista a todo custo, numa visão restritiva, poder-se-ia aproveitar, ainda, a norma que disciplina a execução dos dissídios coletivos, onde o trabalhador, através de certidão de julgado, provoca o juízo para efetivar o cumprimento da decisão, demonstrando, da mesma forma que na liquidação da sentença condenatória genérica da ação coletiva, cognição exaustiva, o descumprimento pelo empregador da sentença coletiva, acordo ou convenção coletiva de trabalho (ação de cumprimento – art. 872 da CLT).

Vê-se, pois, que, em idêntico intuito, ambas obstinam viabilizar o vitimado individualmente a reparação do dano em juízo diverso daquele que proferiu a decisão coletiva, como forma de otimizar o acesso à justiça pela classe menos favorecida – operária – e potencializar o cumprimento da decisões coletivas que têm repercussão econômico-social³¹⁶.

Tanto pela aplicação do art. 101, I, do CDC quanto pela regra destinada à ação de cumprimento, de forma indubitável se impõe o foro de competência do domicílio do vitimado para proceder a liquidação e execução da sentença coletiva, como melhor caminho de obtenção da finalidade reservada à ação reparatória coletiva.

³¹⁵ Observações destacadas do Professor Otávio Cavet no artigo “A liquidação da sentença coletiva trabalhista” – extraída do site www.ielf.com.br

³¹⁶ Nesse sentido Nelson e Rosa Maria Nery, ob. cit, p. 1311.

V – CONCLUSÃO

De tudo que foi visto, conclui-se que o acesso à ordem jurídica justa, onde se preze pela concretização da tutela jurisdicional, prestada dentro de um prazo razoável, respeitando-se, sobretudo, à condição de hipossuficiência do trabalhador e das normas de proteção que o cercam, assim como a observância à aplicação dos dispositivos legais CPC, LACP e CDC, como suplemento da omissão existente na Consolidação das Leis do Trabalho quanto à competência e ao procedimento da liquidação e execução individual de sentença condenatória genérica proferida em ação civil coletiva, levam a crer que o foro do domicílio do vitimado perfilha melhor congruência com o sistema processual então vigente para tornar efetiva a prestação jurisdicional.

VI – BIBLIOGRAFIA

AGUIAR, Leandro Katscharowski. Tutela Coletiva de Direitos Individuais Homogêneos e sua Execução. São Paulo: Dialética, 2002.

CALVET, Otávio Amaral. A liquidação de sentença coletiva trabalhista. Disponível em: <http://diex.com.br/liquidacao_12_03_05.pdf>. Acesso em: 25/07/2005.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. O Ministério Público do Trabalho – doutrina, jurisprudência e prática. São Paulo: Ltr, 1998.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 15. ed. São Paulo: Saraiva.

MELO, Raimundo Simão de. Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho. São Paulo: LTr, 2002.

NASSIF, Elaine. Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho – ementário de jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil e legislação processual civil extravagante em vigor. 3. ed. São Paulo: RT. 2003.

TEIXEIRA FILHO, Manuel Antônio. Execução no Processo do Trabalho. 6 ed. São Paulo: LTr, 1998.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Ação Civil Pública. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

REFLEXÕES SOBRE O DIREITO, O JUIZ E A FUNÇÃO DE JULGAR

Sergio Coelho Junior

Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho – RJ, Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Cândido Mendes - RJ (Programa A Vez do Mestre)”, Analista Judiciário do TRT- 1ª Região

Rua Barão de Itambi, 65 – apt. 202
Rio de Janeiro – RJ - CEP 22 231 000
Tel: 0__21-2553-1342 0__21-2102-5173
scoelhojr@tutopia.com.br
jrlapin@uol.com.br

§ 1. Introdução

A relação entre o julgador e a lei representa um problema fundamental no ponto de interseção dos grandes princípios do Estado de Direito, da democracia e da divisão dos poderes.³¹⁷

Por essa razão, poucos temas revestem-se da importância que o papel do juiz assumiu nas constituições e no pensamento jurídico contemporâneos.

As presentes reflexões têm por objeto a atribuição de uma nova dimensão à função de julgar, que impõe um novo olhar sobre a figura do magistrado, tal como tradicionalmente concebida.

Tais indagações se impõem ao estudioso do Direito Processual, na medida em que a disciplina, diferentemente do que pode sugerir sua denominação, tem na jurisdição, e não no processo, seu instituto central. Com efeito, o processo é apenas o instrumento de que se vale o Estado para realizar a atividade jurisdicional, havendo mesmo processos não jurisdicionais (legislativo, administrativo e outros) que não constituem objetos desse ramo da enciclopédia jurídica.

Daí porque qualquer tentativa de repensar o Direito Processual e sua contribuição para a consecução de uma sociedade justa e de uma ordem jurídica efetiva estará fadada ao fracasso se descurada desse novo locus ocupado pelo julgador nas sociedades democráticas.

³¹⁷ KLAUS STERN, O Juiz e a Aplicação do Direito *In*:EROS ROBERTO GRAU e WILLIS SANTIAGO GUERRA. *Direito Constitucional: Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, S.Paulo: Malheiros, 2001, p.505

§2. Causas da preeminência do juiz na sociedade contemporânea

Vivencia-se, a partir da década de sessenta do século XX, um novo ambiente econômico e social. As certezas acerca dos fundamentos e das premissas que os sustentavam esboroaram-se com a pós-modernidade, fazendo abrir nova Caixa de Pandora, de onde transborda tudo de bom e tudo de mau.

Os prodígios da bioengenharia são capazes de salvar vidas desenganadas, mas podem também propiciar o odioso comércio de órgãos extirpados de criaturas adrede fabricadas.

As maravilhas das telecomunicações e dos transportes virtualmente encolheram o orbe, no qual informações e bens circulam com facilidade jamais imaginada, mas fazem com que os contrastes entre ricos e pobres se tornem mais evidentes, além de ensejar o alastramento do crime organizado, do terrorismo e da lavagem internacional de dinheiro.

O reconhecimento e afirmação de direitos fundamentais permitem o desenvolvimento da pessoa humana e sua compreensão do mundo, mas esfacela o consenso moral em que se baseava o tecido social, rompendo antigos laços e despertando tensões sublimadas pela tradição.

Tais fenômenos se articulam de modo complexo e vão desaguar no plano jurídico, formando os vetores a seguir alinhados, os quais conferem ao magistrado, antes bouche de la loi, o papel ativo de garante de direitos que não se encontram necessariamente expressos na lei, ou nela se encontram abstratamente, à espera de que se lhes dê um conteúdo.

a) A todo momento, emergem conflitos das mais variegadas naturezas, para os quais o legislador não pode dar resposta. Trata-se de uma “explosão de litigiosidade”, que não se manifesta somente em termos quantitativos.;

b) O advento da sociedade de massa, orientada pelo e para o mercado, o qual no terreno jurídico tem por colunas os institutos do contrato e da responsabilidade. É o mercado, e não mais a lei, que faz funcionar as engrenagens da sociedade. Prova disso são a onipresença das relações de consumo, a aplicação analógica de seu estatuto às mais variadas situações e a flexibilização das relações de trabalho (prevalência do pactuado sobre o legislado);

c) A dissolução de um consenso moral, especialmente no que tange à relações de família, profundamente alteradas (sob muitos aspectos em boa hora) pelo reconhecimento da união estável, pela vedação de distinção entre os filhos havidos ou não na constância do matrimônio dos pais, pela emancipação da mulher, pelo reconhecimento dos direitos da criança e do adolescente;

d) A disseminação da Jurisdição constitucional, mediante a qual se rompe o dogma rousseauísta da soberania do legislador;

e) A universalização³¹⁸ da justiça e dos direitos fundamentais, máxime com o advento do direito comunitário, veio contribuir para a preeminência do julgador. E não se está somente falando da jurisdição das próprias cortes comunitárias, mas sobretudo dos juízes internos que fundamentam suas decisões em normas de direito supranacional ou na jurisprudência daqueles tribunais, de que é exemplo a Corte de Estrasburgo;

f) A tutela coletiva dos novos direitos, envolvendo questões relativas ao meio ambiente, ao consumidor, à informação, à livre concorrência, ao patrimônio genético etc., sempre a exigir do juiz soluções que não raro desconhecem tratamento nos textos legais, seja no aspecto material, seja no instrumental, onde as categorias clássicas forjaram-se sob a ótica dos direitos individuais. Destarte, não são apenas os indivíduos, que dele se socorrem como último recurso, mas a sociedade ela mesma transfere suas incapacidades à instituição judiciária.³¹⁹

Tudo isso está a conferir ao Poder Judiciário um locus bem diverso daquele que lhe reservou a clássica doutrina da separação de poderes, tal como concebida por Montesquieu.

A formulação de uma nova Teoria Geral do Estado, identificando as causas profundas desse deslocamento e fixando os limites de atuação dos diferentes agentes políticos de nosso tempo, constitui tarefa inacabada e desafiadora para todos os que pensam a Ciência Política e o Direito.

A crise³²⁰ daí advinda reforça o Poder Judiciário, cuja porosidade o constitui no único poder do Estado que se pode mobilizar a qualquer momento e exigir que exerça sua função típica, reconstruindo o social mediante o processo. O juízo não pode eximir-se de examinar a pretensão, não conhece hierarquia no exercício da jurisdição e não pode delegar.

³¹⁸ Sustenta ROBERT ALEXY, em palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, em 10 de dezembro de 1998, ultrapassarem os direitos fundamentais os sistemas nacionais, gozando “*de validade universal, independentemente de qualquer positivação*” e prossegue: “*Uma importante contribuição para sua aplicação universal foi conferida e continua a ser conferida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem*”.

³¹⁹ JACQUES VAN COMPERNOLLE, *Le rôle du juge dans la cité: vers un gouvernement des juges*. Atas do colóquio de 12/10/2001, organizado pelo Centro de Direito Judiciário da Université catholique de Louvain e pelo Séminaire interdisciplinaire des Facultés universitaires Saint-Louis. Bruxelas: Bruillant, 2002, pp. 8-22.

³²⁰ Neste passo é de toda pertinência explicitar o que aqui se entende por **crise**, sob pena de comprometer-se as conclusões do estudo. Para tanto, invoca-se o magistério de CASTANHEIRA NEVES, “Entre o ‘legislador’, a ‘sociedade’ e o ‘juiz’ ou entre ‘sistema’, ‘função e problema’ - os modelos atualmente alternativos de realização jurisdicional do direito”. In: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, v. LXXXIV. [Separata], p. 2, para quem o vocábulo “*não traduz apenas o negativo substancial, a quebra anômica que se sofre e lamenta, mas sobretudo a consumação histórico cultural de um sistema, a perda contextual de sentido das referências até então regulativas - o paradigma que vigorava esgotou-se, um novo paradigma se exige.*” (grifou-se).

§ 3. Ainda a lei

No atual estágio da ciência jurídica, não mais se pode confundir lei e Direito. A superação dessa identidade vai refletir na função de julgar mediante a transição do legiscentrismo para o juriscentrismo.

É preciso, portanto, superar visão da dogmática tradicional, que sustenta haver no Direito um senso posto que deve ser descoberto pelo juiz, mediante uma série de silogismos encadeados, orientada para a solução abstratamente prevista na lei.

A realidade de nosso tempo impõe ao juiz casos concretos (premissas menores) para os quais a lei (premissa maior do silogismo) levará a uma decisão (conclusão necessária) absolutamente contrastante com o senso de justiça que permeia o meio social.

CASTANHEIRA NEVES³²¹ ensina que a atual praxis caracteriza-se fundamentalmente pela “transformação irreversível do sentido das leis e pela assunção deliberadamente programática de uma estratégia político-social no todo da realidade social”, não mais se admitindo o juiz que não fala, somente emite sons com as palavras do legislador.

Nada obstante, ainda é a lei a fonte principal do Direito. Reconhece-o o precitado pensador luso, aduzindo:

“Não que o legalismo esteja de todo abandonado e não se mantenha como uma referência comum e um modo da juridicidade ainda concorrente ou alternativo, como veremos, mas são também muitos os fenómenos jurídicos da sua superação e com directa repercussão nas tarefas da função jurisdicional.”³²²

Do mesmo alvitre, MARGARIDA LACOMBE DE CAMARGO³²³, para quem

não obstante a flexibilidade e a liberdade de interpretar a norma, conforme demonstram o resultado da doutrina e da jurisprudência, a lei ainda é a base principal da razão jurídica.

As palavras de ANTOINE GARAPON³²⁴ prestam-se à feição para finalizar este tópico:

³²¹ *Op.cit.*, p.13.

³²² *Op.cit.*, p.4

³²³ *Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito*, 2ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.260.

Poder-se-ia, com efeito, descrever a situação contemporânea como uma inversão de sentido: enquanto a cidadania tinha um projeto de incorporar cada um dos grandes corpos coletivos, agindo em nome de todos, o direito é hoje investido de um papel inverso, a saber, o de prevenir uma tal incorporação, vivida doravante como um desenrolar de força em uma unidade coletiva ignorante da particularidade de cada um.

§ 4. O modelo jurisprudencial: a preeminência dos princípios

O modelo de jurisdição – sustenta CASTANHEIRA NEVES³²⁵ – determina-se pelo modelo de juridicidade que lhe é contemporâneo. Assim, com o esgotamento do paradigma positivista, dando lugar à compreensão do direito como um sistema aberto de valores princípios e regras interagentes³²⁶, inaugura-se um modelo de jurisdição que se pode averbar de jurisprudencial.

O elemento distintivo entre os modelos de jurisdição cotejados está sem dúvida no ponto de que se divisa o Direito. Enquanto que no normativismo e no funcionalismo, dominam as perspectivas do legal e do social, no jurisprudencialismo a perspectiva é a do homem-pessoa convivente e assim do homem no seu direito e no seu dever e sua responsabilidade³²⁷.

Neste novo paradigma, revestem-se de especial importância os princípios, mandamentos que guardam estreita relação com os direitos fundamentais, porquanto estes – para serem operativos e permitirem o desenvolvimento reclamado pelas transformações sociais – precisam estruturar-se sob tal forma normativa.³²⁸

³²⁴La démocratie à l'épreuve de la justice. In: *Ce qui a Changé dans la Justice Depuis Vingt Ans*. Paris: Dalloz, 1999, p.44.

³²⁵*Op.cit.*, p.4

³²⁶Com o final da Segunda Guerra Mundial, torna-se o Direito objeto de profundo questionamento ético. O Estado nazista mostrou de forma inequívoca a insuficiência do normativismo jurídico descolado de preocupação axiomática, de que foi vítima o próprio Kelsen, perseguido pelo *Reich* e suas leis anti-semitas, que o obrigaram a emigrar para os Estados Unidos (T. FERRAZ JUNIOR, Prefácio, In Fábio Ulhoa Coelho, *Para Entender Kelsen*, 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 17). Assim é que o pensamento jusfilosófico abre-se aos valores, com inegável influência dos neokantistas alemães do início do século XX, entre os quais merece especial referência Rudolf Stammler, em virtude do reflexo de sua obra na de Larenz. A locução *Direito Justo*, sobre a qual trabalharia Larenz, décadas após, surge com Stammler em 1902.

³²⁷CASTANHEIRA NEVES, *Op.cit.*, p.18.

³²⁸I.M.COELHO, *Interpretação Constitucional*, 2 ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 33.

Preleciona PAULO BONAVIDES³²⁹ que trilharam os princípios em três fases distintas.

Na primeira - jusnaturalista - habitavam uma esfera por inteiro abstrata, sendo sua normatividade nula ou duvidosa.

Numa segunda fase, restringiu a dogmática positivista, a aplicação dos princípios (a que amiúde se atribuía o predicativo gerais de direito, como se vê no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro) à solução dos casos de lacuna da lei. Cuidava-se de integração do Direito, a qual realizava-se mediante a derivação – por indução, a partir de dispositivos contidos no ordenamento positivo – de regras gerais a aplicarem-se dedutivamente sobre o caso, método que faz lembrar a genealogia dos conceitos de Puchta.

A terceira fase é a do pós-positivismo, em que os princípios têm reconhecido seu caráter normativo e frequentemente ganham assento no texto das constituições e dos tratados de Direito Internacionais e Comunitário, vinculando a conduta humana e os julgamentos judiciais.

Como observa LUÍS ROBERTO BARROSO³³⁰, as normas constitucionais são espécie do gênero norma jurídica, e, como tal, revestem-se de imperatividade. Existem para serem cumpridas, e ao jurista cabe formular estruturas lógicas e prover mecanismos técnicos aptos a dar-lhes efetividade.

Eis porque sustenta INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO³³¹ produzirem-se os princípios jurídicos “em dois tempos e a quatro mãos: primeiro são formulados genérica e abstratamente pelo legislador; depois se transformam e se concretizam, naturalmente, em normas de decisão que, a partir deles, são criadas pelos intérpretes e aplicadores do direito.

Não foi estreme de esforço a busca de um conceito de princípio empreendida pela ciência jurídica³³². Trazer à colação os diversos caminhos por ela trilhados refoge absolutamente ao escopo do presente estudo. Destacar-se-ão a seguir, em virtude de sua adequação ao tratamento da problemática aqui versada, os conceitos de Karl Larenz, de Ronald Dworkin e de Robert Alexy.

Define KARL LARENZ³³³ os “princípios jurídicos como os pensamentos diretores de uma regulação jurídica existente ou possível”. Quando remetem a um

³²⁹ *Curso de Direito Constitucional*, 10 ed. rev. at. amp.. São Paulo: Malheiros, 2000, p.232-238. Semelhante construção, aplicada aos direitos fundamentais pode-se encontrar em BOBBIO (*A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1996, p. 28-29).

³³⁰ *Interpretação e aplicação da Constituição*, 4 ed. rev. e atual., 2 tir.. São Paulo: Saraiva, 2002, p.246-247.

³³¹ *Op. cit.*, p. 98.

³³² Veja-se, por todos, P. BONAVIDES., *op.cit.*, pp.228-226, que apresenta uma cópia de conceituações dos mais variados carizes.

³³³ *Derecho Justo: fundamentos de ética jurídica*, Barcelona: Civitas, 1993, *Op.cit.*, p.34

conteúdo intelectual que conduz a um a regulação, são princípios materiais, ainda que lhes falte o caráter formal das proposições jurídicas, representado pela conexão entre um pressuposto de fato e uma consequência jurídica. Para o autor, constituem um primeiro passo para a obtenção da regra, determinando os passos seguintes. Assim, contêm uma predecisão valorativa, com a qual todo o seu desdobramento regulador deverá guardar congruência. Partindo-se dessa exigência de adequação, apresentam os princípios uma função positiva, consistente no impulso diretor que exercem sobre as posteriores regulações e decisões, e uma função negativa, que tange à exclusão dos valores contrapostos e das normas neles fulcradas. É bem de ver que a primeira função padece, com efeito, de uma certa indeterminação, que se afasta somente quando se condensam os princípios em regras. O mesmo não ocorre com a função negativa, razão pela qual – observa Larenz ressaltando apenas os hard cases – é mais fácil dizer que isso ou aquilo é absolutamente injusto, inadequado ou desproporcionado, do que dizer o que é precisamente o justo o adequado e proporcionado.³³⁴

Ao opor os princípios às diretrizes políticas, entende-os RONALD DWORKIN³³⁵ como “padrão a observar, não porque favoreça ou assegure uma situação econômica, política ou social, mas porque é uma exigência da justiça, da equidade, ou alguma outra dimensão da moral.” (grifou-se).

Na medida em que integram os princípios o próprio Direito, não há falar em arbitrariedade do juiz ou de julgamento segundo norma *ex post facto*. A inteligência de um tal sistema de princípios e regras tem o inegável mérito de oferecer uma solução para a tensão entre justiça e segurança jurídica.

A teoria de Dworkin revela-se notavelmente promissora nos chamados hard cases, em que diferentes disposições normativas do sistema levam a soluções contraditórias. Nessas situações, o juiz, comparado ao semideus Hércules, há de construir um esquema baseado nos princípios, que proporcione uma justificação coerente para sua decisão. Reclama, assim, a função judicial especiais qualidades morais e intelectuais de seus executores.³³⁶

Para ROBERT ALEXY:³³⁷

os princípios são mandados de otimização, que se caracterizam pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e de que a medida devida de seu cumprimento não depende apenas das possibilidades reais existentes, mas também das jurídicas.

³³⁴ *Op.cit.*, p.50-51

³³⁵ *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel, 1997, p.72. A importância do pensamento de Dworkin é ainda mais notável no Direito anglo-saxônico, profundamente influenciado pelo utilitarismo. Conforme se depreende deste excerto desvia-se o foco da coletividade para assentá-lo no homem. Veja-se sobre o tema o Prefácio da obra citada, escrito por A. CASAMIGLIA.

³³⁶ *Op. cit.*, pp-177-208.

³³⁷ *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p.86.

E prossegue ensinando que “o âmbito das possibilidades jurídicas é determinado por princípios e regras opostos”.

Parece-nos de toda procedência e felizmente sintético – razão pela qual com ele encerramos este tópico – o pensar de WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO³³⁸, para quem

É assim que se desenha a ordem jurídica formada por dois tipos de normas: regras, reportando-se diretamente a condutas ou situações determinadas, e princípios, que positivam juridicamente certos valores. Daí resulta uma ordenação em que as primeiras são entendidas e validadas pela sua referência aos últimos, os quais por sua vez, possuem graus diversos de relevância para atingir a finalidade maior de um sistema jurídico democrático: legalidade, com respeito à dignidade humana.

§ 5. O Princípio da Proporcionalidade: princípio interpretativo

São identificados por INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO³³⁹ os seguintes princípios interpretativos das normas constitucionais: da unidade da constituição, da concordância prática, da correção funcional; da eficácia integradora, da força normativa da constituição, da máxima efetividade, da proporcionalidade ou razoabilidade, da interpretação conforme a constituição, da presunção de constitucionalidade das leis, resaltando que esse três últimos não se destinam exclusivamente à exegese constitucional.³⁴⁰

Para LUIS ROBERTO BARROSO³⁴¹, origina-se o princípio da proporcionalidade da prática dos tribunais norte-americanos, onde se associa com a idéia de razoabilidade e com a cláusula do *due process of law* em sua versão substancial.

De tal pensar não compartilha WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO³⁴², que aponta a origem germânica do princípio em tela, para ele inconfundível, com o da razoabilidade, proveniente do direito anglo-saxão. Volta-se este a evitar absurdos perpetrados na elaboração do Direito, ao passo que se destina aquele à sua interpretação e aplicação racionais, em uma ambiência de Estado de Direito e democracia.

³³⁸ Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: Eros Roberto Grau; Willis Santiago Guerra Filho [org.]. *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p.268.

³³⁹ Op. cit., p. 125-126.

³⁴⁰ Não discrepa essencialmente desse pensar LUÍS ROBERTO BARROSO (*Op.cit.*, p.290.) que enumera como de interpretação os princípios da supremacia da Constituição, da presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, da interpretação conforme a Constituição, da unidade da Constituição, da razoabilidade-proporcionalidade e da efetividade.

³⁴¹ Op. cit., p. 211-215.

³⁴² Op. cit., p. 283.

Fato é que o princípio da proporcionalidade reveste-se de magna importância na jurisdição constitucional alemã e ganha com a doutrina daquele país sólido tratamento analítico.³⁴³

Atualmente marca presença em todo o contencioso, sendo de notar a importância que assume nas chamadas tutelas de urgência, onde cada vez mais se impõe ponderar qual das partes está mais apta a suportar a demora do provimento jurisdicional (*periculum in mora inverso*).

Cinde-se em três elementos parciais ou subprincípios, a saber:

a) pertinência, aptidão ou adequação. Os meios de que se vale o Estado para a consecução de um fim por ele visado hão de ser aptos a produzi-lo. Note-se que o fim em questão deve basear-se no interesse público, pelo que este subprincípio diz também respeito à legitimidade e à vedação do arbítrio;

b) necessidade ou exigibilidade. A medida não deve exceder os limites indispensáveis à conservação ou atingimento do fim que se almeja, em outras palavras entre dois males, escolhe-se o menor e

c) proporcionalidade *stricto sensu*. A escolha é de recair sobre o meio ou os meios que, dadas as circunstâncias do caso concreto, levarem mais em conta os interesses em jogo.³⁴⁴

Do que se expôs, depreende-se que o princípio *sub oculi* somente poderá vicejar em um Estado de Direito, não na acepção de Estado-de-Legislação (*Gesetzgebungsstaat*), mas na de Estado-de-Constituição (*Verfassungsstaat*)³⁴⁵.

Sustenta BONAVIDES que, embora o princípio não esteja expressamente consagrado no texto da Carta de 1988, flui do espírito que anima em todo sua extensão e profundidade o parágrafo 2º segundo de seu artigo 5º.³⁴⁶

Consagrou-o – referindo-se à vedação ao excesso – a carta constitucional portuguesa de 1974, ao estatuir em seu artigo 18 que “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

Confere WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO³⁴⁷ ao princípio da proporcionalidade a dignidade de constitutivo e fundamental do Estado Democrático de Direito, revelando como sua função hermenêutica a de hierarquizar, em situações concretas de conflito, todos os demais princípios a serem aplicados, fornecendo ao

³⁴³ BONAVIDES, P. Op. cit., pp. 370-374.

³⁴⁴ BONAVIDES, P.. Op. cit., pp. 360-361; BARROSO, L.R. .Op. cit., pp. 222-223; COELHO, I. M., Op. cit., pp. 139-140; GUERRA FILHO, W. S. . Op. cit., p. 270

³⁴⁵ CASTANHEIRA NEVES, op. cit., p. 11 e BONAVIDES,P.. Op. cit., p.362.

³⁴⁶ *Op.cit.*, p. 396.

³⁴⁷ Op. cit., p.271

intérprete unidade e consistência. Cuida-se, para o citado jurista, do princípio dos princípios, de verdadeira norma fundamental, embora em um sentido do que lhe atribuiu Kelsen, e também de norma de reconhecimento, nos moldes preconizados por Hart.

Para ALEXY³⁴⁸ mais acertadamente falar-se-ia de máxima da proporcionalidade. Não se trata de um princípio, no sentido empregado em sua obra: A adequação, a necessidade e proporcionalidade em sentido estrito não são ponderadas diante de algo diferente, tendo precedência em alguns casos e em outros não (diferença especializante em relação às normas). O que se afere é se as sub-máximas foram satisfeitas ou não. Ostenta portanto a qualidade de regra.

Da sub-máxima da proporcionalidade em sentido estrito segue que os princípios são mandados de otimização com relação às possibilidades jurídicas. As sub-máximas da necessidade e da adequação, por seu turno, levam à natureza de mandamentos de otimização com relação às possibilidades fáticas.

Deste pensar compartilha, cum grano salis, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO³⁴⁹ ao aduzir que os princípios de interpretação da constituição – entre eles o da proporcionalidade – são desapercibidos de caráter normativo, eis que não encerram interpretações de antemão obrigatórias, valendo como simples topoi ou marcos interpretativos, articuláveis como argumentos, voltados para a solução de problemas de interpretação, mas inábeis a valorar ou eleger argumentos utilizáveis em dada situação hermenêutica.

§ 6. Governo de juízes? Judicialização da Política? A delicada questão da legitimidade do juiz como agente político

A crítica frequentemente endereçada a essas posturas hermenêuticas é a de que o juiz exorbitaria suas funções, usurpando o legislador, este eleito pelo povo. A questão é ainda mais delicada nos países em que não se submetem os magistrados a processo eletivo.

Assim é que LUÍS ROBERTO BARROSO³⁵⁰ recomenda ao julgador redobrada prudência e parcimônia na aplicação do princípio da proporcionalidade no controle dos atos emanados da administração ou do legislativo, pois não conta o Poder Judiciário com “o batismo da representação popular.”

Para INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, todavia, é possível romper o bloqueio representado pelo “coeficiente de voluntarismo que remanesce como resíduo incômodo” de todo ato de aplicação do direito, mediante: a) do ponto de vista substancial, a avaliação pela consciência jurídica geral constituída por critérios objetivos (princípios contidos nas próprias leis e acolhidos e desenvolvidos pela jurisprudência, valores éticos reconhecidos na comunidade jurídica etc. e b) do ponto de vista formal, as garantias fundamentais do processo (devido processo legal em sentido

³⁴⁸ *Op.cit.*, p.112, nota 84.

³⁴⁹ *Op.cit.*, p. 126.

³⁵⁰ *Op. cit.*, p. 225.

amplo (juiz natural, contraditório e ampla defesa, publicidade e motivação dos julgamentos, duplo grau de jurisdição etc.).

Com efeito, a legitimidade dos julgados haure fundamento da capacidade de o magistrado fundamentar convincentemente sua decisão. No dizer de MARIO PIMENTEL DE ALBUQUERQUE³⁵¹, se a legislação pressupõe sensibilidade do legislador para encarnar a vontade popular no ato de criação do direito, mediante a elaboração de normas gerais, a jurisdição exige do órgão titular de seu exercício, para ser legítima, o requisito da jurisdição, cabendo-lhe velar pela exata equivalência normativa das instâncias criativa e aplicativa, por ocasião da composição judicial de conflitos intersubjetivos.

As demandas que chegam quotidianamente aos tribunais, resultantes dos vetores apontados no item 2.1 supra, constituem, indício clamoroso de que a sociedade fez do juiz representante e intérprete de uma soberania originária, não delegável ao Poder Legislativo e que diz respeito ao homem-pessoa destinatário da norma.

Eis o que sustenta ANTOINE GARAPON:³⁵²

Porque a legitimidade do juiz é plural – nomeação pelo poder político, reconhecimento de sua competência técnica, confirmação por sua experiência profissional – mas também, e isso é novo: interna. A legitimidade é não somente pensada em termos orgânicos, mas se prova pela exibição que faz de si mesma, dando-se a esta palavra seu significado pleno.

Assume, destarte, o magistrado, “uma tarefa não somente jurídica , mas também política, a de harmonizar a ordem jurídica de origem legislativa com as idéias dominantes sobre o que é justo em um dado meio”.³⁵³

Tudo isso está intimamente ligado à exigência de fundamentação das decisões , que constitui importante garantia processual fundamental, na medida em que é mediante a fundamentação do julgado que o magistrado demonstrará ter observado outras garantias titularizadas pelas partes ou por terceiros.

A legitimidade das decisões judiciais – conclui-se – decorre em larga medida do devido processo legal, do processo justo, com todas as garantias decorrentes do princípio da participação democrática, entre as quais avultam o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, a imparcialidade e a independência do julgador.³⁵⁴

³⁵¹ Op. cit., p. 182.

³⁵² Op. cit., p.52.

³⁵³ CHAIM PERELMAN, *Logique Juridique. Nouvelle Rhétorique*, Paris: Dalloz, 1976, p.84.

³⁵⁴ Quanto à relação entre contraditório e democracia, NICOLÒ TROCKER, *Processo civile e costituzione*, p. 114-115, registra que uma parte autorizada da doutrina alemã (Scheuner, Simson) concebe o princípio democrático como princípio estrutural que se refere exclusivamente ao ordenamento político em sentido estrito e à forma de governo, com o que

O PAPEL DO PODER JUDICIARIO TRABALHISTA NA DEFESA DOS DIREITOS DO PORTADOR DO HIV/AIDS

TATYANE GUIMARÃES OLIVEIRA

1. SURGIMENTO DA AIDS E SUAS CONSEQUENCIAS

Atualmente uma das questões que mais crescem relacionadas à saúde pública no país é a questão da AIDS. Seu surgimento e suas conseqüências ecoam até os dias atuais. Quase 25 anos depois, ainda presenciamos o preconceito e a intolerância com os portadores do vírus HIV.

A reação ao surgimento da doença foi de temor e intolerância. Diversos meios de comunicação e profissionais de saúde fizeram divulgações imprudentes e preconceituosas, a exemplo, alguns médicos atribuíram à doença o comportamento sexual dos primeiros infectados pelo vírus: os homossexuais e, sem nenhum respaldo científico, denominaram a doença de “câncer gay”, gerando assim medo e preconceito. RUDINICK (2004) afirma que alguns governantes chegaram a ponto de decretar quarentenas, adotando políticas de isolamento e ferindo os direitos humanos.

A AIDS foi diagnosticada pela primeira vez no Brasil, na década de 80 (GALVAO, 2002) e disseminou-se com incrível velocidade. Segundo o Boletim Epidemiológico do Ministério da Saúde, em 1982 foram notificados 10 casos de infecção pelo HIV, em 1985 esse numero já estava em quinhentos e setenta e três e no ano seguinte já havia dobrado (GALVAO, 2002).

Segundo o relatório do Programa de AIDS das Nações Unidas (UNAIDS, 2004), divulgado em seis de julho de 2004, cerca de 38 milhões de pessoas em todo o mundo tem o vírus da AIDS e atualmente, existem no Brasil cerca de seiscentas e sessenta mil pessoas com o vírus HIV.

Junto à disseminação do vírus veio a discriminação e o preconceito, as manifestações preconceituosas aumentaram e se alastraram para outros tipos de pessoas, que não os homossexuais: prostitutas, presos, drogados, moradores de rua etc. Esses segmentos foram vítimas de atitudes degradantes e desumanas em virtude da associação da AIDS com o comportamento desregrado.

não se pode concordar, pois num Estado de Direito deve fundamentar todas as relações entre Estado e cidadão. Isso porque – diz – “sob o plano histórico e teórico o princípio democrático nasce e se desenvolve da transposição do processo judicial ao processo político (de formação da lei) e encontra no *audiatur et altera pars* (filtrado da exigência de representação) sua regra fundamental.”

Segundo o Dr. Jonathan Mann, da Organização Mundial de Saúde, podemos indicar pelo menos três fases da epidemia de AIDS (...). A primeira é a epidemia da infecção pelo HIV que silentemente penetra na comunidade e passa muitas vezes despercebida. A segunda epidemia, que ocorre alguns anos depois da primeira, é a epidemia da própria AIDS: a síndrome de doenças infecciosas que se instalam em decorrência da imunodeficiência provocada pela infecção pelo HIV. Finalmente, a terceira (talvez, potencialmente, a mais explosiva) epidemia de reações sociais, culturais, econômicas e políticas à AIDS, reações que, nas palavras do Dr. Mann, são “tão fundamentais para o desafio global da AIDS quanto a própria doença” (DANIEL; PARKER, 1991, p.13).

O mundo sempre presenciou, no decorrer de sua história, guerras e batalhas sangrentas, injustiças e maldades, todos os tipos de crueldades e violências. E tudo isso volta a se repetir com o surgimento da AIDS. Pessoas menos favorecidas foram os alvos principais, pois não tinham, e não tem, como se defender sozinhas. Essas pessoas tornaram-se alvo de medidas restritivas e compulsórias de controle da AIDS, gerando uma urgente necessidade de associar a AIDS a um amplo trabalho sobre direitos humanos (MANN; TARANTOLA; NETTER, 1993).

Uma atenção especial foi dada à pelo menos três características da doença: sua natureza contagiosa, sua incurabilidade e seu desfecho fatal. Tomadas em conjunto, essas três características tornaram-se essencialmente uma definição mínima do que é a AIDS, uma definição que representava dados científicos, mas que finalmente levou ao desrespeito dos direitos humanos (DANIEL; PARKER, 1991).

Diferentemente do que acontece com outras enfermidades, tem sido repetidamente enfatizado que a AIDS não oferece às suas vítimas nenhuma esperança de cura e sua incurabilidade tornou-se um ponto central em praticamente todas as concepções populares mais básicas da doença como um todo. Desse modo, quanto mais a discussão sobre a epidemia é dominada pelas conseqüências finais de uma morte definitiva, cada vez menos atenção é dada àquilo que podemos descrever como a qualidade de vida das pessoas com AIDS (DANIEL; PARKER, 1991, p. 20).

A luta pela igualdade e pela dignidade do portador do vírus HIV e do doente de AIDS tem sido travada desde seu surgimento até os dias atuais, pois ainda hoje presenciamos constantes demonstrações de discriminação e preconceito. “A sociedade tenta a todo custo afastar-se de uma realidade que a rodeia, visto que ninguém está livre de contrair o vírus. Em todo esse contexto, a informação e a educação são as únicas formas de humanizar a sociedade e prevenir futuras infecções” (OLIVEIRA, 2004).

2. A IMPORTANCIA DO PODER JUDICIARIO NO CONTEXTO DA AIDS

O Estado Democrático de Direito pressupõe justiça e igualdade. É fundado na vontade soberana do povo e visa a proteção do homem, sua dignidade e seus direitos. “O povo, detentor do poder soberano, decide por organizar a sociedade em princípios fundamentais, estabelecendo as proteções jurídicas aos seus direitos e determinando como seus representantes exercerão em seu nome o poder que a eles delega” (GONÇALVES, 2003).

E um dos alicerces que sustentam o Estado Democrático de Direito, além da soberania popular é a distribuição equitativa dos poderes, ou seja, a famosa Teoria da Tripartição de Poderes de Montesquieu. A tripartição de poderes pressupõe tripartição de funções: a legislativa, a executiva e a judiciária. A importância da obra de Montesquieu está no fato de que essas funções deveriam ser divididas e exercidas por órgãos distintos, a idéia era criar um sistema de compensação, não permitindo que todo o poder do Estado se concentrasse nas mãos de uma só pessoa (ARAUJO, 1999).

Assim, de forma sucinta, os Poderes do Estado estão divididos entre o Executivo, que administra o Estado; o Legislativo, que cria as leis e o Judiciário, que aplica as leis ao caso concreto.

Afirmo, sem medo, que dos três Poderes existentes hoje no Estado Democrático de Direito, o mais importante, quando se trata da defesa e eficácia dos direitos fundamentais, é o Poder Judiciário, pois controla os demais poderes; pode fazer valer as leis justas e pode não aplicar leis injustas e abusivas. Não é a fundação única da Democracia, mas é um dos grandes alicerces que a sustentam. A liberdade experimentada pelo atual sistema jurídico, ou seja, a superação do legalismo severo, do apego à norma pura e objetiva está fazendo nascer um direito mais justo e honesto. A aplicação dos princípios de direito na interpretação da norma tem possibilitado a efetividade da justiça nas decisões do Poder Judiciário.

MORAES (2002) ensina que a doutrina consagra e prevê o Poder Judiciário como um dos três poderes mais autônomo e independente e de grande importância no Estado de Direito, pois sua função não consiste somente em administrar a justiça, sendo mais, pois seu mister é ser o verdadeiro guardião da Constituição, preservando seus princípios e garantindo sua eficácia. Afirma ainda que:

Não se consegue conceituar um verdadeiro Estado Democrático de Direito sem a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente para que exerça sua função de guardião das leis, pois a chave do poder do judiciário se acha no conceito de independência. Assim, é preciso um órgão independente e imparcial para velar pela observância da Constituição e garantidor da ordem na estrutura governamental, mantendo em seus papéis tanto o Poder Federal como as autoridades dos Estados Federados, além de consagrar a regra de que a Constituição limita os poderes dos órgãos da soberania.

A importância do Poder Judiciário traduz-se de forma essencial, e até mesmo vital, no contexto da AIDS. A luta pelos direitos dos portadores iniciou-se com

aqueles que eram diretamente afetados pela doença, tanto no sentido biológico, como no sentido moral. MANN; TARANTOLA e NETTER (1993) atentam para o fato de que o medo do contágio não só foi usado para discriminar pessoas soropositivas, ou que supostamente o seriam, mas também os indivíduos associados a elas, o que gerou uma nova justificativa para a discriminação: a possibilidade de estar infectado – os infectados pela doença no sentido moral.

A associação da AIDS com o comportamento promíscuo fez com que diversos segmentos da sociedade fossem excluídos do convívio social. Pessoas foram expulsas de suas casas, proibidas de frequentar escolas e universidades, tiveram o acesso a clínicas e hospitais vetados e perderam seus empregos.

Algumas pessoas chegaram até a pensar em construir campos para concentrar os indivíduos portadores do vírus. Por mais paradoxal que seja, isso aconteceu numa época em que, de modo nunca antes visto, a humanidade primava por defender e assegurar, nas ordens jurídicas nacionais e internacionais, os direitos humanos (VALENTIM, 2003, p. 13).

Neste mister, a presença do Estado se fez necessária para a proteção dos direitos dos portadores do HIV. Varias medidas foram tomadas no âmbito do Executivo e do Legislativo à época da explosão da epidemia, como o Programa Nacional de Direitos Humanos e a Lei Federal nº 7.670/88, que incluiu a AIDS no rol de doenças que justificam benefícios previdenciários, como o auxílio-doença, aposentadoria ou auxílio-reclusão, assim como o saque dos valores correspondentes ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), independentemente de rescisão do contrato de trabalho.

VALENTIM (2003) atenta para o fato de que essa lei não deve ser usada como forma disfarçada de discriminação, excluindo o portador do trabalho. Se o trabalhador ainda possui capacidade para o trabalho, este deve ser mantido e de preferência com o apoio e o incentivo dos colegas.

Como conseqüência dessas medidas, a atuação do Judiciário tornou-se imprescindível para a efetivação dos direitos do portados do HIV. Ao aplicar o direito ao caso concreto e ao determinar o cumprimento da legislação pelas autoridades, o Poder Judiciário propicia ao doente de AIDS a vitória de saber que, apesar de árduo e penoso, o caminho da justiça pode ser percorrido e alcançado. Cabe, contudo, salientar a atuação do Poder Judiciário no que diz respeito à matéria trabalhista.

3. AIDS E O DIREITO DO TRABALHO

O trabalho propicia o sustento material e a satisfação pessoal, é onde o ser humano se sente útil, capaz e produtivo. É onde objetiva sua transformação para algo melhor, e por isso a importância de sua regulação através de normas e institutos.

O direito do trabalho cuida de questões sociais e econômicas, assim como da dignidade do ser humano. Estabelece normas de proteção ao trabalhador que, no

decorrer da história, sempre se viu a mercê dos empregadores. Estes com suas grandes fábricas e indústrias exploravam os trabalhadores, que eram a parte mais fraca social e economicamente, na relação.

GIGLIO (1997) afirma que o direito do trabalho tem natureza profundamente diversa dos demais ramos do direito, pois é imbuído de idealismo e não se limita a regular a realidade da vida em sociedade, mas busca transformá-la, visando uma distribuição de renda nacional mais equânime e a melhoria da qualidade de vida dos trabalhadores e de seus dependentes. Ensina ainda, que o direito do trabalho pressupõe a desigualdade das partes e que, na tentativa de equiparar-las, outorga superioridade jurídica ao trabalhador para compensar sua inferioridade econômica e social diante do empregador.

Souto Maior apud VALENTIM (2003) conceitua direito do trabalho como o “conjunto de normas e princípios que regulam as relações de trabalho, servindo de instrumento para a justiça social”.

Logo o direito do trabalho é chave fundamental para o fim das desigualdades, para que finalmente a justiça social se realize a fim de oferecer ao ser humano uma melhor condição social de trabalho e de vida. Nas palavras NASCIMENTO (2001): “o direito do trabalho é expressão de humanismo jurídico e arma de renovação social pela sua total identificação com as necessidades e aspirações concretas do grupo social diante dos problemas decorrentes da questão social”.

A AIDS pode ser vista sob dois aspectos: o aspecto objetivo, que inclui cuidados médicos, higiene adequada e perigo de contaminação; e o aspecto subjetivo que trata da situação psicológica do portador, do medo da morte, da incurabilidade da doença e da discriminação. Os dois aspectos da doença envolvem a dignidade da pessoa humana, prevista como fundamentos do Estado Democrático Brasileiro.

Em vários ramos do direito esses aspectos podem ser tomados isoladamente, por exemplo, no campo do Direito Constitucional, tem-se o direito à saúde, que é dever do Estado (art.196), o que envolve o aspecto objetivo da doença; no campo do Direito Civil temos a reparação por danos morais, o que envolve o aspecto subjetivo. Mas é no Direito do Trabalho que esses aspectos se confundem, se entrelaçam, tornando a matéria de grande importância quando se fala de AIDS.

Quando relacionamos a AIDS ao Direito do Trabalho podemos vislumbrar seus dois aspectos presentes intensamente. O trabalho propicia condições materiais, para que o aspecto objetivo da doença seja concretizado e condições morais para que o aspecto subjetivo seja satisfeito. “O trabalho pode ser um dos elementos de estabilização da enfermidade. Destaque-se, ainda, que estar trabalhando propicia à pessoa a condição necessária para prover seu sustento, a sua alimentação, tão importante para o tratamento da enfermidade” (VALENTIM, 2003).

Para que se entenda claramente a importância do trabalho para o portador do HIV/AIDS, é preciso compreender as necessidades e os desafios impostos pela AIDS.

A AIDS traz ao portador a sensação da morte próxima e o medo do estigma e do preconceito. Os doentes têm que lidar diariamente com a ingestão de medicamentos e com a luta pela sobrevivência. Cabe ainda ao portador, ter de aceitar a

doença e aprender a viver com ela. Uma tarefa difícil, mas que pode ser realizada se houver compreensão e solidariedade por parte da sociedade.

VALENTIM (2003) afirma que a evolução da doença depende de vários fatores, como por exemplo, da capacidade de reação à infecção de cada organismo; do acesso ou não aos tratamentos e aos medicamentos anti-retrovirais, bem como da adaptação do organismo a esses medicamentos; da seriedade e persistência do paciente em seguir corretamente os tratamentos prescritos e do ambiente social no qual o doente vive, se acolhedor, solidário, sensível ou não as suas necessidades. [grifos nossos].

Assim, estando o portador num ambiente em que se sinta confortável, útil e querido, sua reação à doença pode ser positiva, chegando até mesmo a não desenvolvê-la, permanecendo somente como portador assintomático do vírus. O trabalho proporciona a sensação de utilidade, o que reflete na auto-estima do portador e em sua estabilidade emocional, que é fundamental para a reação à AIDS.

Por essas razões o trabalho, como direito social fundamental, deve ser assegurado pelo Poder Público, que deve combater todas as arbitrariedades e todas as formas de discriminação contra o trabalhador soropositivo.

4. O PODER JUDICIÁRIO TRABALHISTA NA DEFESA DOS DIREITOS DO PORTADOR DO HIV/AIDS

Dentre as mais diversas formas de discriminação contra o portador do vírus HIV na esfera trabalhista, a mais freqüente é a despedida arbitrária ou sem justa causa.

A grande maioria das pessoas associa a AIDS a uma imediata incapacidade para diversas atividades, dentre elas o trabalho, assim como acreditam que pode ocorrer a contaminação pelo vírus através do simples relacionamento social. Contudo, não há porque excluir o portador do convívio social por medo do contágio, a AIDS só é transmitida por troca de fluidos e não através do abraço, beijo, toque, uso de talheres e pratos ou do convívio social.

Porém, não obstante as informações sobre as formas de contágio, a associação da AIDS com a promiscuidade e o comportamento desregrado tem gerado intolerância e preconceito, fazendo com que as pessoas soropositivas sejam segregadas da vida social e comunitária. Esses preconceitos refletem diretamente no campo do trabalho através das despedidas arbitrárias e sem justa causa.

A Organização Mundial de Saúde e a Organização Internacional do Trabalho reconhecem na Declaração Consensual sobre a AIDS no Local de Trabalho que na imensa maioria dos meios laborais e dos ofícios e profissões, o trabalho não propicia nenhum risco de adquirir ou de transmitir o HIV/AIDS de um trabalhador para outro, de um trabalhador para um cliente ou do cliente ao trabalhador (VALENTIM, 2003).

Assim, o Poder Judiciário Trabalhista tem decidido em favor do trabalhador soropositivo, considerando que o portador do HIV não pode ser dispensado arbitrariamente, determinando assim a sua reintegração ao emprego.

São duas as teses jurídicas que tem prevalecido nos Tribunais: a primeira considera nula toda dispensa que tiver por fundamento o fato de o empregado ser soropositivo ou doente de AIDS e determina a reintegração ao emprego, declarando algumas vezes ser ele estável; a segunda proíbe a dispensa do empregado doente de AIDS, por considerá-la obstativa do direito de acesso aos benefícios previdenciários, ao tratamento médico de saúde e à aposentadoria, determinando a reintegração do empregado às suas funções (PRADO, 2002).

Os tribunais, por falta de norma legal que assegure a estabilidade do trabalhador soropositivo, têm utilizado a analogia, a equidade e os princípios gerais de direito. E como já afirmado anteriormente, o desapego ao formalismo exacerbado por parte dos magistrados no atual sistema jurídico tem possibilitado uma maior efetividade dos direitos fundamentais.

Essas interpretações evoluíram no decorrer dos anos, desde o surgimento da doença até os dias atuais, pois as primeiras decisões da Justiça do Trabalho declaravam sua incompetência para julgar a matéria. Atualmente os tribunais reconhecem sua competência e tem julgado as causas relacionadas ao tema (VALENTIM, 2003).

Essa conquista na seara Judicial deve-se aos próprios portadores e as pessoas ligadas a eles, e que desde o início lutam e reivindicam seus direitos, assumindo sua condição sem medo da intolerância e da discriminação e com a distribuição de solidariedade.

Nesse sentido afirmam Herbert Daniel e Richard Parker que apesar das várias demonstrações de incompreensão e intolerância frente à epidemia de AIDS, pode-se vislumbrar alguma esperança no fato de a doença não ter evoluído sem ter sido questionada. Um grande número de voluntários e organizações vem se empenhando no combate à discriminação e ao preconceito e ao fornecerem informações e expressarem solidariedade, tais organismos provam que essas são as únicas respostas verdadeiramente eficientes para barrar o avanço da AIDS (DANIEL; PARKER, 1991).

Contudo, devemos encarar essa evolução, não como uma conquista isolada dos portadores do HIV/AIDS, devemos encará-la, também, como uma conquista do Poder Judiciário, pois através dessas decisões os Tribunais estão fazendo valer o significado de justiça, contribuindo assim com a humanização do mundo jurídico.

Em uma palestra no dia 22 de outubro de 1987, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Herbert de Souza (Betinho) terminou seu discurso³⁵⁵ com as seguintes palavras:

“Creio que podemos transformar a tragédia da AIDS, da enfermidade e da doença num desafio, numa oportunidade, numa possibilidade de recuperar na nossa sociedade, em nós mesmos, em cada um de nós e em todos nós o sentido da vida e da dignidade. E, com esse sentido da vida e da dignidade, seremos capazes de lutar pela construção de uma sociedade democrática, de uma sociedade justa e fraterna”.

Ao coibir a discriminação, anulando as demissões arbitrárias, os Tribunais estão ensinando a população que a AIDS não é um mito, mas uma doença como

³⁵⁵Disponível em: www.abiaids.org.br.

qualquer outra e que apesar de não ter cura, não transforma seus portadores em parias e nem os condena imediatamente à morte.

A esperança é de que no futuro os empregadores compreendam o que é a AIDS, e assim passem a respeitar o portador. Se conseguirmos fazer que haja respeito (voluntário), de todos os que convivem com o portador do vírus HIV no local de trabalho, essa atitude se estenderá para outros lugares, como o lar, as escolas e os hospitais, e finalmente presenciaremos o respeito à dignidade da pessoa humana e a consolidação da justiça..

REFERENCIA BIBLIOGRAFICA

ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES JR., Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 3.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DANIEL, Herbert; PARKER, Richard. AIDS, a terceira epidemia: ensaios e tentativas. São Paulo: Iglu, 1991.

GALVÃO, Jane. 1980-2001: uma cronologia da epidemia de HIV/AIDS no Brasil e no mundo. Rio de Janeiro: ABIA, 2002.

GIGLIO, Wagner D.. Direito Processual do Trabalho. 10. ed. Rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997.

GONÇALVES, Antonio, Fabrício de Matos (org.). Lições de Cidadania. Brasília: OAB Editora, 2003.

MANN, Jonathan; TARANTOLA, Daniel J. M.; NETTER, Thomas W. (Org.). A AIDS no mundo. Rio de Janeiro: Relume Dumará: ABIA: IMS, UERJ, 1993.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 27ª ed. São Paulo: Ltr, 2001.

OLIVEIRA, Tatyane Guimarães. AIDS e discriminação: violação dos direitos humanos. 68 p. Monografia (Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas). Centro Universitário de João Pessoa-UNIPÊ, João Pessoa. 2004.

PRADO, Moema (org.); CUNHA, Maria Beatriz (coord.). HIV/AIDS no mundo do trabalho: as ações e a legislação brasileira. Brasília: OIT, 2002.

RUDNICKI, Dani. AIDS e direitos humanos. Jus navigandi, Teresina, a. 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1875>>. Acesso em: 19 mar. 2004.

UNAIDS - PROGRAMA DE AIDS DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: <http://www.unaids.org/en/geographical+area/by+region/latin_america.asp>. Acesso em: 7 jul. 2004.

VALENTIM, João Hilário. AIDS e relações de trabalho: o efetivo direito ao trabalho. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

TRABALHOS PREMIADOS

SEMANA DO JUDICIÁRIO

DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: LIMITES E **CONTROLE JURISDICIONAL**

Alinaldo Guedes Campos
Acadêmico de Direito da UFPB

1 - Introdução

Neste trabalho trataremos de um tema que, além ser de bastante interessante do ponto de vista jurídico, muito mais o é dentro de uma perspectiva social, pois a falta de aprofundamento qualitativo sobre o assunto é demonstrada na maneira como se aplica esse instituto da Ciência Jurídica.

Pretendemos responder algumas indagações no desenvolvimento do presente estudo, tais como: a Discricionariedade é Poder ou Prerrogativa conferida pela norma jurídica ao administrador público?; Quais os limites existentes à Discricionariedade?; Que papel desempenha o Judiciário no controle dos atos discricionários?

Com efeito, antes de adentrarmos ao cerne do trabalho faz-se necessário perquirir aspectos históricos, jurídicos, principiológicos e, principalmente, doutrinários, enfatizando, sobretudo, o caráter teórico da análise aqui feita. Todavia, não pretendemos esgotar tudo aquilo que diz respeito ao assunto, pois será um estudo propedêutico, tendo em vista ser o mesmo muito vasto.

Assim sendo, dentro da limitação que sabemos ser sujeitos, buscaremos dar respostas satisfatórias às perguntas aqui formuladas, fundamentando os nossos argumentos em aspectos objetivos, e, acima de tudo, críticos.

Inicialmente delinearemos uma breve noção conceitual do que seria a Discricionariedade na Administração, depois nos referiremos às espécies de atos administrativos, bem como faremos uma rápida evolução histórica sobre o objeto do estudo. Em seguida, esboçaremos uma análise crítica sobre os limites à Discricionariedade existentes na Lei, enfatizando os princípios da Legalidade e da Juridicidade. Após, sem sermos redundantes, traçaremos, num tópico específico, considerações acerca do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, sendo estas indispensáveis para a nossa apreciação crítica.

Por fim, e sem mais delongas, manifestaremos nossa posição em relação ao importante tema, buscando apontar alternativas práticas que servirão para orientar como deverão a sociedade e as funções estatais se posicionar, após obterem a correta e definitiva noção sobre a Discricionariedade no exercício da Administração Pública.

2 – O conceito de Discricionariedade

Discricionariedade é à margem de “liberdade” que remanesce ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente³⁵⁶.

A noção de Discricionariedade, ou “atribuição discricionária” envolve um aspecto liberal, de autonomia em face de uma determinada autoridade. Logo, atuar discricionariamente significa proceder no exercício de uma atividade, sob aspectos racionais e proporcionais, dentro do âmbito estabelecido pelo ordenamento jurídico, optando pelo melhor procedimento que irá satisfazer o bem comum, diante de conceitos ambíguos trazidos pela norma posta.

Neste diapasão, Discricionariedade implica uma escolha entre muitas possíveis, em atendimento ao interesse público próprio de sua atribuição e competência, com uma função finalística perante o fato real. Seria, pois, a determinação do sentido de uma noção deixada na norma. A opção da melhor atitude a ser tomada pela autoridade dentre inúmeras, deve ser entendida diante de um aspecto de liberdade sempre relativa, limitada e contrastável pelo Judiciário, caso este venha a ser acionado.

3 . Breve Evolução Histórica do Conceito de Discricionariedade

A noção de Discricionariedade no ordenamento jurídico traz na história marcos recentes, principalmente a partir dos séculos XIX e XX. Analisaremos brevemente como se deu esta evolução em países europeus, até a inserção de tal conceito no Brasil.

Na Alemanha, em meados do século XIX, a Administração era tida como poder do Estado, livre, discricionário, nos limites da norma. Esta função estatal inicialmente agia mediante lei prévia, passando paulatinamente a vincular-se a normas específicas, e ao lado disso, percebeu-se a necessidade de se reconhecer à existência de uma atuação discricionária, deixando-se às autoridades a prerrogativa de escolher os pormenores, as condições de sua atividade.

Na França, com a Revolução de 1789, e, posteriormente com a Constituição de 1791, a supremacia da norma jurídica surgiu como expressão da vontade geral do Estado, numa busca pelo controle dos atos arbitrários por parte daqueles que administravam a nação. Antes disto, porém, a força da Discricionariedade na Administração prevalecia ante o controle jurisdicional, com atos discricionários sendo praticados por autoridades incompetentes para tal e, ainda, indo estes de encontro à forma preceituada.

Por último, a Itália recebeu fortes influências das instituições administrativas francesas, e, mesmo após a reforma administrativa de 1865, o Poder Judiciário não invadia o campo da atividade própria da administração, não reduzindo o seu poder discricionário, atuando esta independentemente de uma fiscalização de outro poder.

³⁵⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed. Malheiros. São Paulo: 2003, p. 831.

Nesse momento, a função social do Estado, passa a ter cada vez mais destaque, assumindo o direito público grande importância no atuar livre da Administração. Uma segunda reforma administrativa ocorreu em 1899, trazendo com ela, maior controle por parte da legislação e do Judiciário quanto aos atos discricionários. Todavia, o poder discricionário continuou necessário diante da impossibilidade de a norma prever e regular tudo. Daí, o Judiciário estendeu seu âmbito de controle sem prejudicar as atividades da Administração, e isso se fazia necessário, na medida em que a norma jurídica não fixava precisamente um campo de atuação. Por fim, a idéia predominante sobre o tema no nosso país é a de que Discricionariedade traduz-se em Poder atribuído pelo Direito ao agente público.

4 . Ato Vinculado e Ato Discricionário

Conforme leciona Meirelles: Ato Administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria³⁵⁷.

Sem adentrarmos na análise de seus elementos constitutivos, verificamos que dentro da esfera dos atos administrativos, a doutrina, dentre outras classificações, agrupa-os em atos “vinculados” e “discricionários”. Os primeiros possuem uma prévia tipificação legal. Já nos demais discricionários, a Administração utilizando-se de certa liberdade atribuída pela norma, decide sobre a conveniência ou oportunidade de sua prática.

Nos atos vinculados, o legislador ao criar a norma antecipa qual a possível conduta a ser posta em exercício pelo administrador, restringindo ao máximo, portanto, a extensão de liberdade no atuar da Administração.

De outro lado, nos atos praticados no desempenho das prerrogativas discricionárias pelo administrador público, a lei põe à disposição deste uma margem de liberdade, a fim de decidir qual a melhor forma de se atingir o interesse coletivo por ela previsto diante de um fato determinado.

Neste diapasão, o ato vinculado encontra-se intimamente ligado aos preceitos de uma norma, ou seja, esta determina, desde seu nascedouro, a situação fática e o conteúdo do mesmo, não permitindo à Administração Pública diversa conduta.

No tocante à outra modalidade de atos administrativos, não podemos vislumbrar propriamente um ato discricionário, mas discricionariedade na sua execução. Devemos nos lembrar que este tipo de ato pressupõe legalmente tanto uma finalidade, qual seja, um interesse público, como competência ou atribuição de algum agente público no seu manuseio. Dentro destes dois aspectos temos, na verdade, um ato vinculado, porém de natureza discricionária própria, ou seja, vinculado quanto à finalidade e à competência, mas discricionário quanto ao momento de sua prática.

Isto significa que, ao praticar um ato discricionário, o juízo de conveniência e oportunidade do mesmo será feito quanto ao momento de sua prática, seu conteúdo, forma,

³⁵⁷ Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27ª ed. Malheiros. São Paulo: 2003.

motivo e finalidade. O grau de Discricionariedade vai variar de acordo com a existência desses elementos legalmente existentes.

A própria norma jurídica é quem indica, através de conceitos fluidos e muitas vezes indeterminados, a existência ou não da margem de liberdade no atuar da Administração. Será a partir da análise que se fará desses conceitos, que se visualizará uma faculdade ou obrigação de agir por parte daquele a quem é atribuída a competência para tal.

No fenômeno da vinculação a vontade da lei só se satisfaz ao revelar claramente se, quando e como deverá a autoridade agir. Por outro lado, aquilo que é de natureza discricionária, o é exatamente por falta de exatidão nos conceitos que determinam o seu modo de se exteriorizar.

Neste plano, o comportamento administrativo discricionário não possui uma situação “pré-vista”. Todavia, quando o fato é prenunciado, os conceitos que o delimitam são volúveis, sem objetividade. É exatamente aí que entra em cena o desprendimento do agente público, ao proferir um juízo de valor sobre o que é oportuno e conveniente no caso concreto. Daí o mérito do ato administrativo discricionário: o ato é bom ou ruim, atende ou não o interesse público? Só quem irá responder este questionamento será a autoridade pública, sem esquecer claro, os princípios da moralidade, razoabilidade e eficiência, todos previstos na Constituição da República (art. 37, caput).

Ocorre que, o fato de haver uma norma atribuindo certa liberdade na prática de determinado ato, não o caracteriza como sendo necessariamente um ato discricionário. É preciso que se analise caso a caso. Assim sendo, essa liberdade deve ser vista como limitada até certo ponto, uma vez que, o uso dela é atribuído pela norma para ser realizado de forma prática, racional, proporcional e, antes de tudo, moral, pois o objetivo maior é atingir o interesse público.

Contudo, a existência tanto de atos administrativos vinculados quanto daqueles praticados no exercício de atribuições discricionárias, tem uma razão de ser, qual seja, o meio de se atingir o interesse de vários membros do corpo social. Neste sentido, a Discricionariedade de certos atos, concedida pela norma positiva aos administradores públicos, não deve ser utilizada de forma arbitrária, sem limites, nem controle.

É exatamente aí que se encontra a importância da atividade judiciária quando da invalidação de atos administrativos viciados ou utilizados com abuso de poder. Podemos assim dizer que, ato vinculado é reflexo de respeito ao princípio da legalidade, e, ato praticado no exercício de atribuições discricionárias, quando bem utilizado, é instrumento para a construção de um Estado Democrático de Direito.

5 . Discricionariedade: Poder ou Prerrogativa?

5.1 Considerações Iniciais:

A idéia que se tem do termo em análise, não é muito bem delineada pela maioria dos doutrinadores, aplicadores e exegetas do Direito.

O que se prega atualmente é a idéia de que o ordenamento jurídico confere Poderes ao administrador público para agir com Discricionariedade diante de um determinado

caso cotidiano. Esta forma de atuar se dá porque a norma prevê conceitos confusos, indeterminados, dando margem à autoridade competente para simplesmente decidir, de acordo com sua livre vontade, entre alternativas múltiplas, a que melhor irá atender ao interesse público.

5.2 Análise Crítica:

Primeiramente, deter Poder, significa dispor de força ou autoridade para praticar, decidir, algo idealizado. Desde já, não vemos a Discricionariedade administrativa como uma manifestação de Poder por parte do ente representante da Administração, até porque não vivemos num Estado sob regime autocrático.

Ao delinear o alcance do significado do termo em questão, devemos proceder de acordo com a noção de faculdade atribuída pela norma jurídica, ou seja, um privilégio concedido por ela a alguém. Ter a prerrogativa de discricionariedade é, acima de tudo, ter capacidade de discernimento e sensatez.

O atuar do administrador com certa margem de liberdade, só existirá se a própria regra de Direito assim o conferir, ou seja, a prerrogativa discricionária é, necessariamente, prevista pela lei, ou pela Constituição vigente. Do contrário, não haverá Discricionariedade na Administração Pública. Isto tudo se dá porque a atividade administrativa deve se basear, fatalmente, na lei.

É impossível que a regra legal traga em seu cerne a previsão de todos os possíveis fatos e problemas pelos quais poderão passar os administrados. Leis específicas poderiam causar consequências danosas aos membros de uma sociedade, pois estariam em jogo as garantias individuais previstas pela Carta Maior do Estado. Portanto, na prática, ocorrem situações em que a norma jurídica deixa espaços para que se decida a melhor alternativa diante do caso concreto, ou seja, ela concede à autoridade pública a possibilidade de construir um juízo de valor diante do caso concreto, porém limitado pelo alcance da mesma.

Neste ínterim, importante é que o caráter abstrato da norma jurídico-positiva seja realmente utilizado, a partir do momento em que os conceitos fluidos sejam nela empregados, a fim de não beneficiar pequenos grupos de indivíduos. Isto, portanto, reflete exatamente o caráter de prerrogativa e não de poder conferido pelas leis e pela própria Constituição ao gestor público para que este atue em busca da eficiência dos serviços públicos. Trata-se de um poder-dever conferido explicita ou implicitamente pela norma a quem tem competência para manuseá-lo através de atos administrativos.

O legislador no exercício de suas funções, ao construir uma norma, traduz um determinado princípio. Neste jaez, ele sabe que, quem irá administrar, executar, estabelecer um critério de como por em prática os preceitos estabelecidos nela será uma pessoa que atuará razoavelmente, sob um estado de prudência, ponderação, probidade, e que, acima de tudo, irá respeitar a Legalidade.

O preceito estabelecido na regra jurídica que prevê a execução de um determinado ato administrativo praticado no exercício das prerrogativas discricionárias confere uma certa margem de liberdade ao talante do gestor dos negócios públicos, pois,

presume-se que é este quem mantém contato direto com os problemas sociais, tomando as decisões mais corretas e adequadas ao caso concreto.

Portanto, o atuar deste não deve encontrar-se fundado em aspectos arbitrários, tão pouco sem controle. Pelo contrário, ao agir diante de um caso concreto, para os quais a norma prescreveu conceitos obscuros, não-objetivos, o administrador tem a obrigação de respeitar um dos princípios norteadores da construção do Estado Democrático de Direito, qual seja, o Princípio da Separação das Funções Estatais.

Como salientam Canotilho e Moreira:

um sistema de governo composto por uma pluralidade de órgãos requer necessariamente que o relacionamento entre os vários centros do poder seja pautado por normas de lealdade constitucional (*Verfassungstreue*, na terminologia alemã). A lealdade institucional compreende duas vertentes, uma positiva, outra negativa. A primeira consiste em que os diversos órgãos do poder devem cooperar na medida necessária para realizar os objetivos constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema com o mínimo de atritos possíveis. A segunda determina que os titulares dos órgãos do poder devem respeitar-se mutuamente e renunciar a prática de guerrilha institucional, de abuso de poder, de retaliação gratuita ou de desconsideração grosseira. Na verdade, nenhuma cooperação constitucional será possível, sem uma deontologia política, fundada no respeito das pessoas e das instituições e num apurado sentido da responsabilidade de Estado. (*statesmanship*)”.³⁵⁸

A essência da atividade administrativa é a realização de um *múnus público* por parte de quem a desempenha. Portanto, não é dado à autoridade inquirir as proposições que alicerçam a harmonia entre as Funções de Estado, utilizando-se das prerrogativas a ela atribuídas pela norma jurídica, de forma desvirtuada, indo de encontro ao interesse da atividade pública, ou seja, dizendo que pode agir com “Poder” que lhe confere o ordenamento jurídico. Assim, o gestor público deverá proceder de acordo com os parâmetros da lei, sem ultrapassar, inescrupulosamente, as margens de competência conferidas por tal preceito jurídico.

É preciso salientar que a idéia de discricção não se encontra no ato, nem muito menos é uma qualidade dele. Assim, errado é pensar que discricionário é o ato. Porém, nele ela se revela.

Ao estabelecer critérios de governabilidade, a Constituição da República indicou os meios através dos quais a autoridade pública deveria guiar os caminhos de seu atuar. Como sabemos, o ideal de moralidade, consequência e reflexo do Princípio da Legalidade, tão esquecido e desprezado em nosso meio social, parece estar cada vez mais distante das sórdidas consciências da maioria de nossos gestores públicos, voltados apenas a interesses particulares e eminentemente antiéticos. Estes governam pisando e escarrando na Constituição. Pior, dizem que governam de acordo com a lei.

Daí a nossa grande preocupação: a atual concepção de Discricionariiedade está totalmente desvirtuada do seu real conteúdo. A norma jurídica não estabelece poderes, mas sim prerrogativas.

³⁵⁸ Joaquim José Gomes Canotilho e Vital Moreira. *Os poderes do Presidente da República*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 71.

Como claramente aduz Celso Antônio Bandeira de Mello:

Tendo em vista os interesses que lhe cumpre proteger, realizar e assegurar, a Administração está adornada de prerrogativas que lhe são conferidas pelo sistema normativo a fim de que sua atuação possa objetivar eficazmente os escopos consagrados como próprios da coletividade.³⁵⁹

Esse mesmo doutrinador chama atenção em sua obra monográfica sobre a seguinte questão:

embora seja comum falar-se em ‘ato discricionário’, a expressão deve ser recebida apenas como uma maneira elíptica de dizer ‘ato praticado no exercício de apreciação discricionária em relação a algum ou alguns dos aspectos que o condicionam ou compõem.’³⁶⁰

Por fim, o que se vê é que os legisladores “lavam suas mãos” ao criar a norma para que o administrador através dela atue, sem se preocuparem como a mesma será aplicada. Sendo assim, as atividades de fiscalização e controle necessárias à continuidade de harmonia entre as Funções de Estado, torna-se mera fantasia, uma vez que até o Judiciário resta impotente para encontrar soluções a lides a ele propostas, porque sua função por natureza é imparcial.

Devemos ter em mente a idéia de que, a presente situação do atuar da Administração Pública em suas mais diversas formas de manifestação, encontra-se desvirtuada de seu real objetivo. Faz-se mister, de uma vez por todas, deixar bem claro que administrar a máquina estatal deve ser uma atividade subordinada à lei, aos seus princípios e limites, e que o abuso de direito deve ser combatido constantemente, começando com a correta criação e aplicação da norma jurídica.

A moralidade administrativa precisa continuar presente nas mais diversas atividades públicas, principalmente no proceder por parte do administrador público no tocante aos atos praticados no exercício de prerrogativas discricionárias conferidas a ele pela norma jurídica.

Não podemos permitir que princípios constitucionais como o da Legalidade e Moralidade se apresentem apenas como utopia, até porque, só é possível a norma ser superior, se houver quem a obedeça, neste caso, a autoridade pública.

5.2.1 Limites à discricionariedade na lei: o princípio da legalidade e o princípio da juridicidade.

Ao nos referirmos aos limites à atividade discricionária da Administração, precisamos ter em mente que a autoridade, no exercício de suas funções deve, necessariamente, atuar de acordo não só com a norma jurídica posta, mas com o ordenamento jurídico como um todo. Por isso, a Discricionariedade deve ser, em qualquer ocasião, relativa.

³⁵⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit., 381.

³⁶⁰ *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, Malheiros Editores, 2 ed.. 5ª tir. 2001, p. 18.

O já citado, Celso Antônio Bandeira de Mello preleciona que:

(...) não há como conceber nem como apreender racionalmente a noção de Discricionariedade sem remissão lógica à existência de limites a ela, que defluem da lei e do sistema legal como um todo – salvante a hipótese de reduzi-la a mero arbítrio, negador de todos os postulados do Estado de Direito e do sistema positivo brasileiro (...).³⁶¹

Com efeito, os princípios norteadores do regime jurídico administrativo estabelecem limites à atividade da administração pública, a qual utiliza-se de prerrogativas discricionárias na edição de determinados atos de sua competência estabelecida por lei. Mister lembrar que, alguns destes princípios são antes de tudo constitucionais e regem toda a atividade legislativa, bem como a administrativa.

Na verdade, o exercício da atividade discricionária, previamente estabelecida pela norma jurídica, está circunscrita por vários limites. Estes, quando não observados, conduzem à arbitrariedade.

Através da margem conferida pelo Direito ao administrador, no que tange à Discricionariedade, o mesmo está vinculado aos ditames estritamente legais. Além disto, o alcance da liberdade conferido pela norma, relaciona-se apenas com os pontos específicos estabelecidos por ela própria. Importante que o exercício dessa liberdade seja praticado na dimensão e no aspecto caracterizado previamente pela regra de direito.

Nesse mesmo norte, a atividade discricionária deve buscar um único fim, qual seja, o interesse público, mesmo que os conceitos existentes na norma sejam imprecisos, vagos. Todavia, ainda que na presença destes, tal atividade jamais deverá desvirtuar-se da essência contida na intenção dos mesmos, ou seja, importante que ela seja sempre fulcrada em princípios da maior relevância para o atuar da Administração, como eficiência, moralidade, razoabilidade, publicidade, legalidade, etc.

O Princípio da Legalidade, mola mestra de um Estado Democrático de Direito, serve de alicerce para que certos atos administrativos não extrapolem as fronteiras do razoável, ou melhor, não sejam praticados sem nenhuma restrição. Portanto, acompanha esse raciocínio o fato de que todo ato administrativo editado no exercício de prerrogativas discricionárias encontra-se, em todo caso, adstrito pela vinculação. Logo, o administrador público tem seus atos sempre vinculados aos mais diversos princípios limitadores de sua atividade discricionária.

A liberdade da atuação discricionária ainda pode ser considerada restritiva, na medida em que a norma atribui ao agente público a faculdade de decidir qual a melhor alternativa para solucionar dada situação, porém o próprio caso concreto poderá não possibilitar essa escolha. Ou seja, mesmo a norma atribuindo certa margem de Discricionariedade à autoridade pública, possivelmente nenhuma conduta irá atingir a finalidade contida na lei. Assim sendo, é possível que exista um determinado comportamento discricionário no plano da norma, todavia, haverá casos em que tal conduta não poderá ser empregada, sob pena de burla ao princípio da segurança jurídica.

Isto, portanto, denota a seguinte situação: ao conceder uma prerrogativa ao administrador para que este busque soluções para determinados fatos, a norma jurídica não

³⁶¹ Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit., 832.

“libera” aquele para escolhê-las indiscriminadamente, quer dizer, qualquer solução para qualquer caso. O que o agente público deve fazer é aplicar o comportamento cabível, sensato e idôneo ao caso a ele apresentado.

O fenômeno da Discricionariedade não deve ser compreendido apenas através da perquirição da lei, mas sim, desta em função do caso concreto. Por conseguinte, o correto conceito deste instituto jurídico deve ser difundido a fim de que, diante de certas ocasiões a autoridade possa bem aplicá-lo, com o intuito de que não ocorram maiores dissabores nem prejuízos para toda uma coletividade de administrados, os quais vivem não só na expectativa, mas, antes de tudo, atentos cada vez mais à forma com que se conduz a coisa pública.

Entendemos que a possibilidade de transposição da fronteira da Discricionariedade situa-se não só na norma jurídica, mas também nos fins estabelecidos pelos princípios constitucionais difusos, sem nos esquecermos dos Princípios Gerais do Direito. Daí a necessidade de ampliação dos limites hodiernamente dados ao princípio da legalidade.

Como afirma Mello Neto: indiscutivelmente o princípio constitucional capital da legalidade deve servir de referencial maior para a Administração Pública. Entrementes, entendemos que muito mais que a mera conformação do atuar da Administração Pública com a norma posta, o dito princípio deve ser visto, a bem da cidadania, como um instrumento de verificação da conformidade do funcionamento da máquina estatal com o Direito³⁶².

De algum tempo, autores pátrios iniciaram a discussão científica objetivando ampliar o espectro de incidência do princípio da legalidade, visando dotá-lo de maior eficácia.

Neste sentido Juarez Freitas defende que:

Assim, a própria noção de controle, excessivamente limitada a juízo de mera conformação às regras, haverá de experimentar dignificação e realce em termos de efetividade, máxime na tarefa de outorgar concretização aos princípios superiores estatuídos na Constituição. Em outras palavras, o critério decisivo para estimar uma adequada atuação controladora reside, justamente, no zelo pela íntegra dos princípios regentes da Administração Pública, sobretudo quando se mostrar justificável a preponderância episódica de um, sem exclusão ou supressão recíproca dos demais.

....

Em tudo, é mister apontar novas perspectivas e cobrar soluções melhores no interior do sistema, o mais axiologicamente aptas a garantir a eficácia conjunta dos princípios e das normas juspublicistas à luz desta subordinação à lei e ao sistema que a transcende em intensidade e extensão.³⁶³

³⁶² José Baptista de Mello Neto, *O Tribunal de Contas no Exercício do Controle dos Atos de Admissão de Pessoal: um instrumento de garantia dos direitos do cidadão. Dissertação não publicada: UFPE/CCJ/FD, 2003, p, 16.*

³⁶³ Juarez Freitas. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.* – São Paulo: Malheiros, 1999. pp. 19/22.

Corroborando esta idéia, Germana de Oliveira Moraes³⁶⁴ e Carmem Lúcia Antunes Rocha³⁶⁵, sustentam que a máquina estatal deve mesmo atuar, antes de tudo, em conformidade com o Direito. Segundo aquela:

Ao ordenar ou regular a atuação administrativa, a legalidade não mais guarda total identidade com o Direito, pois este passa a abranger, além das leis – das regras jurídicas, os princípios gerais de Direito, de modo que a atuação do Poder Executivo deve conformidade não mais apenas com a lei, mas ao Direito, decomposto em regras e princípios jurídicos, com superação do princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade.

...

A assunção pelo princípio da legalidade desses novos conteúdos: de legalidade constitucional, ao ordenar e regular o Poder Legislativo, e de juridicidade, ao ordenar e regular o Poder Executivo, repercutirá, diretamente sobre a compreensão teórica da Discricionariedade e a amplitude do controle jurisdicional da atividade administrativa,...

...

A noção de legalidade reduz-se ao seu sentido estrito de conformidade dos atos com as leis, ou seja, com as regras – normas em sentido estrito.

A noção de juridicidade, além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que sua produção (a desses atos) observe – não contrarie – os princípios gerais de Direito previstas explícita ou implicitamente na Constituição³⁶⁶.

O alcance dado pelos jusadministrativistas acima citados, ao princípio da legalidade faz com que a atividade administrativa estatal sofra uma nova e salutar forma de controle, estendendo as hipóteses de incidência principiológica a todo o Direito, e não mais, como de regra se interpretava, com a norma posta³⁶⁷.

Incontestavelmente, a Administração dispõe de atribuições para poder fazer valer a sua autoridade. Todavia, o uso dessas, em caso de atos discricionários, deve ser limitado, a fim de que não ocorra abuso ou desvio de poder, ciente de que o fim a que se destina o Direito é a efetivação da justiça.

O simples fato de haver conceitos na norma, sejam estes imprecisos ou não, sem objetividade ou simplesmente fluidos, indica que eles, por si só, possuem limites. Portanto, a aplicação deles deverá estar sempre pautada pela moralidade, razoabilidade, e, sobretudo, pela legalidade.

Como é sabido, a ação administrativa traduz a idéia de função subordinada aos interesses públicos, melhor dizendo, ela encontra um limite insuperável no ordenamento jurídico. Isto ocorre porque a administração pública deve fazer apenas aquilo que o Direito

³⁶⁴ Germana de Oliveira Moraes. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999, pp. 21/5.

³⁶⁵ Carmem Lúcia Antunes Rocha. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, pp. 79/87.

³⁶⁶ Germana de Oliveira Moraes. Ob. cit. pp. 23/4.

³⁶⁷ Trabalhando o *princípio da legalidade* como mera conformação com a lei, Gasparini o sintetiza como: *suporta a lei que fizeste*. Diógenes Gasparini, *Direito Administrativo*, 5ª ed, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 6

consente, traduzindo o ideal de “poder-dever” da atividade gestora dos interesses difusos e coletivos.

O real significado da expressão “poder-dever” traduz a concepção de que através deste instrumento, a autoridade competente pratica aquele, ou seja, o poder é apenas o meio por meio do qual se deve atingir o interesse de toda uma coletividade, uma vez que é a própria norma que assim estabelece. Já dizia Cirne Lima³⁶⁸: o fim – e não a vontade – domina as formas de administração.

Sendo assim, sempre que um determinado ato for praticado com certa margem de Discricionariedade, mas não for o mais adequado ao fim previsto na norma jurídica, deverá, mesmo possuindo limites anteriormente previstos, ser controlado pelo Judiciário.

Ademais, como já foi dito, o Judiciário é o Poder/Função que pode “controlar” a legalidade dos atos mais conhecidos como “discricionários”, isto porque, a Discricionariedade administrativa assegurada à Administração, dentro dos limites do ordenamento jurídico, deve ser respeitada. Logo, para alguns, o mérito do ato administrativo não pode ser ultrajado pelo órgão jurisdicional, opinião que vemos com reservas. Sobre este assunto, nos deteremos mais adiante.

Todavia, se a autoridade afrontar o princípio constitucional da Legalidade, ou transpor o âmbito de suas prerrogativas discricionárias, possivelmente terá como invalidado o instrumento ensejador de tal abuso. Ocorre que, a condição primordial para a eficácia e validade do ato administrativo é exatamente a adequação aos princípios jurídicos exteriorizados na norma.

Importante frisarmos que o princípio constitucional da Separação das Funções Estatais não será afrontado se o órgão do executivo tiver seus atos, de natureza discricionária, vigiados pelos demais “Poderes” e vice-versa, principalmente no que tange à observância da legalidade. Lembremos, também, que a publicização destes atos administrativos é ponto fundamental para que a Discricionariedade seja corretamente aplicada, limitada e respeitada pelos órgãos de controle.

O que se resguarda nas democracias hodiernas é a inclusão da sociedade no processo moralizador da gestão da coisa pública. Limitar o âmbito de atuação das autoridades públicas é, antes de tudo, fazer valer o direito adquirido. Isto porque, a época de autoritarismo deixou no passado, marcas nas mais diversas nações e sociedades, as quais assistiam impotentes o desrespeito de seus governantes na manipulação imoral e ilegal do desvirtuado conceito atribuído à Discricionariedade dos atos administrativos.

Entendia-se outrora que, o simples fato de a norma atribuir uma margem de liberdade ao administrador para que ele, mediante juízo de oportunidade e conveniência escolhesse a melhor opção aplicável para a satisfação do interesse público, implicava na desnecessidade de motivação daquele ato mais conhecido como “discricionário”. Hoje, inobstante opiniões contrárias, a necessidade de motivação dos atos administrativos editados no exercício de prerrogativas discricionárias, se apresenta como mais uma via de limitação da Discricionariedade por parte da Administração, ou seja, como um dever, e não mais como poder.

³⁶⁸ In: *Princípios de Direito Administrativo*. 5ª ed. Ed. Revista dos Tribunais, 1982, p. 22.

Essa necessidade se dá porque, nós administrados, cada vez mais conscientes de sua função na sociedade exigimos explicações sobre o porquê, e para que a prática de tal ato, ou seja, quais os benefícios que o mesmo irá trazer-nos. Importante salientar que essa motivação deve ser contemporânea ao ato, para que só assim o mesmo passe a produzir efeitos e, então, possa ser controlado.

A própria Constituição da República, em seu art. 1º, parágrafo único, aduz que “Todo o poder emana do povo que o exerce por meio de seus representantes (...)”, traduzindo, assim, a idéia de que a autoridade administrativa não é detentor de poderes arbitrários, nem muito menos proprietário da coisa pública. Por isso seus atos, necessariamente, são limitados.

Ainda nesse mesmo horizonte de idéias, importante que nos reportemos ao inseparável ingrediente de uma séria administração, o Princípio da Moralidade Administrativa, ao qual tantas vezes já nos referimos, e que foi notavelmente elevado à categoria de Princípio Constitucional. Lamentável vemos que ainda seja confundido com outro importante, o Princípio da Legalidade. Porém um antigo brocado já dizia: “non omne quod licet honestum est”³⁶⁹. Portanto, licitude e probidade são conceitos diferentes e inconfundíveis, apesar de que a aplicação concreta da moralidade se apresenta, em muitos casos, como mera utopia.

A moralidade deve sempre estar na intenção do agente ao utilizar-se de meios que levarão à consecução do bem comum, ou seja, a Administração precisa pautar-se, continuamente, pela ética. Este princípio é mais um dos componentes que delineiam uma das bordas da esfera limitativa da discricção administrativa como uma prerrogativa, jamais como mera tradução de “Poder”.

Ser moral é acima de tudo agir com lhanza para com os administrados. Isso significa que, no momento em que a autoridade encontra-se diante de um caso concreto, passível de Discricionariedade, a escolha dentre várias alternativas jamais deve ser para prejudicar ou agravar a situação de qualquer pessoa, ou seja, é preciso que se proíba todo o arbítrio pessoal do administrador público, pois infelizmente, o que muitas vezes ocorre é o mau uso da Discricionariedade por parte da função Executiva estatal.

5.2.2 Controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários

Ab initio, entendemos ser melhor tecermos considerações sobre o mérito do ato administrativo. Isto porque, para alguns se trata de questão das mais tormentosas, no que diz respeito ao controle jurisdicional dos atos da Administração Pública.

Assim, ‘Mérito’ do ato administrativo é o produto de um juízo de valor realizado pela autoridade pública, quanto às vantagens e conseqüências, as quais deverão ser levadas em conta como pressuposto da atividade administrativa. O professor Hely Lopes Meirelles traz o seguinte conceito:

O mérito do ato administrativo consubstancia-se, portanto, na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar. Daí

³⁶⁹ “nem tudo o que é legal é honesto”

a exata afirmativa de Seabra Fagundes de que ‘o merecimento é aspecto pertinente apenas aos atos administrativos praticados no exercício de competência discricionária’.³⁷⁰

Sendo assim, a idéia de mérito envolve a discussão sobre a oportunidade, conveniência, escolha dos motivos, utilidade do ato, finalidade e objetivo psíquico visado pelo administrador. Logo, entram na construção de um ato administrativo todos esses ingredientes da mais alta relevância, sobretudo, quando nos referimos aos atos praticados no exercício de faculdades consideradas discricionárias.

Trocando em miúdos, o mérito está intimamente envolvido com o objeto (causa, conteúdo e adequação) e a vontade (motivo e fim). Desta feita, mediante um caso concreto, o administrador público utilizará todos esses meios para tentar atingir o objetivo do ato, que é solucioná-lo, acolhendo da melhor maneira possível os anseios do maior número de interessados, respeitando assim o princípio da igualdade.

Como vemos, aparentemente, tudo que diz respeito ao ato administrativo “discricionário” envolve apenas competência e interesse da Administração. Daí, indaga-se: pode haver controle jurisdicional de um ato praticado quase que exclusivamente sob o domínio do psíquico do administrador? Melhor: é possível o controle da legalidade do ato administrativo através do exame de seu mérito, ou ele é imune a qualquer fiscalização?

Responderemos a estas capciosas indagações começando por repetir o que já anteriormente dissemos: a administração pública deve fazer apenas o que a lei, e aí entendemos o Direito, permite. Logo, o Direito nunca deve se subordinar ao administrador público, assim como, o mérito do ato administrativo deve se amoldar aos ditames do ordenamento jurídico, pouco importando o que quis a autoridade no seu íntimo, quando da feitura de qualquer ato administrativo praticado com atribuições discricionárias previamente estabelecidas, uma vez que se subentende que aquilo por ele pretendido é o melhor para todos os administrados.

Vários remédios processuais e seus inúmeros legitimados ativos previstos na própria Constituição de 1988 seriam considerados letra-morta, se continuássemos com a idéia de que o mérito do ato administrativo é intangível.

Aí está a importância da atuação imparcial do Poder Judiciário. Este sim deve refletir, quando suscitado, sobre o mérito do ato sempre dentro do prisma da legalidade. É de fundamental importância que esta Função Estatal continue velando pela continuidade da Moralidade Administrativa, a qual, muitas vezes, é vítima da inescrupulosa maneira com que se vê manipulado o mérito de muitos atos.

Tem-se a idéia de que, como a norma jurídica confere a possibilidade à autoridade para utilizar-se de faculdades discricionárias diante de determinados casos, a análise do mérito de determinado ato é livre e totalmente incondicionada a qualquer controle. Isto, como já vimos é mera ilusão.

O simples fato de não existir adequação entre o motivo e o fim do ato, ou ainda, não ser verdadeira a razão do mérito, dá ensejo para que ele seja controlado, pois, legalmente foi editado erroneamente. Infelizmente, esta não é a opinião da doutrina e jurisprudência

³⁷⁰ Hely Lopes Meirelles, op. cit., 152-153.

dominantes, as quais defendem única e exclusivamente o exame para saber se os aspectos formais do ato foram observados ou não.

De outro lado, estas mesmas fontes formais do Direito defendem veementemente o combate ao abuso e desvio de poder. Mas como se poderá evitá-los sem perscrutar o mérito, ou seja, o juízo de oportunidade e conveniência elaborado quando da feitura do ato? Ou melhor, como o Judiciário saberá se os interesses públicos, estabelecidos a nível constitucional, foram verdadeiramente atingidos?

Não pretendemos aqui defender uma radical e incontrolável usurpação de atribuições das funções estatais, pelo contrário, queremos mostrar que pode existir real harmonia entre elas, começando pela forma como as atribuições de cada uma são exercidas sem afrontarem o texto da Lei Maior, que rege todas elas. Logo, não se concebe a idéia de que pode o juiz, substancialmente adentrar a razão meritória do ato, nem tampouco a de que o administrador deverá utilizar-se da discricção para, através do mérito, desvirtuar a finalidade do ato administrativo.

O que na verdade vemos nos dias atuais é que, mesmo o texto constitucional de 1988 tendo inovado em vários conceitos pertinentes ao Direito Público como um todo, ao tema referente ao estudo do mérito do ato administrativo ainda não foi dado o seu valor devido. Isto pode ser constatado através da jurisprudência pátria. Esta continua a entender ser proibido o exame meritório, senão vejamos:

Compete ao Judiciário apreciar a motivação de ato administrativo, no que não for estritamente discricionário (oportunidade e conveniência da medida) e desde que necessário à aferição da própria legalidade do ato.³⁷¹

Pensamos que este entendimento está um pouco ultrapassado, ante a contínua evolução da sociedade atual, principalmente nos temas referentes à democracia. Por outro lado, uma nova corrente de pensamento se consolida cada vez mais com uma idéia mais voltada à realidade. O próprio STJ assim já se posicionou:

o exame da legalidade, além do aspecto formal, compreende também a análise dos fatos levados em conta pelo Executivo.³⁷²

E ainda:

É lícito ao Poder Judiciário examinar o ato administrativo, sob o aspecto da moralidade e do desvio de poder. Como o princípio inscrito no art. 37, a Constituição Federal cobra da Administração, além de uma conduta legal, comportamento ético.³⁷³

O Supremo Tribunal Federal, corte excelsa do Judiciário nacional, por sua vez, traz o seguinte aresto:

³⁷¹ TRF, 4ª Região, Ac. 14.643. Rel. Juiz Rivalvo Costa, *DJU* DE 28/12/92, parte 2, p.44.831

³⁷² STJ, Recurso Especial 4.526, *DJU* de 1/10/90, p. 10.443-444

³⁷³ Resp. 21.923.5, Rel. Min. Gomes de Barros, *DJU* de 13/10/92, p.17.662

a legalidade do ato administrativo, cujo controle cabe ao Poder Judiciário, compreende não só a competência para a prática do ato e de suas formalidades extrínsecas, como também os seus requisitos substanciais, os seus motivos, os seus pressupostos de direito e de fato, desde que tais elementos sejam definidos em lei como vinculadores do ato administrativo.³⁷⁴

De uns tempos para cá, com uma nova leitura que se fez do Princípio da Legalidade, este passou a ser compreendido não mais apenas no sentido “formal”, mas também, e principalmente, numa lógica “material”. Isto trouxe conseqüências práticas das mais positivas, pois hoje as pessoas cada vez mais exigem eficiência dos órgãos estatais na defesa de seus direitos, bem como na aplicação da efetiva observância da legalidade dos atos da Administração.

Dentro desta óptica está a vontade de ver os Poderes/Funções sendo controlados(as) reciprocamente, sem a utilização de artifícios para tentar mascarar a realidade. Logo, o exame do mérito do ato administrativo pelo Judiciário, deve ser corolário de uma boa administração, ou seja, trata-se antes de tudo, da observância de um princípio cada vez mais vinculante na atividade da Administração Pública, o Princípio da Moralidade Administrativa. Esta é uma realidade observada nos países de tradição positivista do Direito, como Itália e Alemanha, e que deveria ser uma tendência no Brasil.

A nossa Constituição prevê expressamente que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito (individual, coletivo, difuso, público ou privado) não deixará de ser passível de apreciação pelo Poder Judiciário. Neste ínterim a Discricionariedade administrativa também está, claramente, sujeita ao controle jurisdicional, mesmo no caso de atos administrativos discricionários em que o mérito venha a afrontar a ilegalidade, a moralidade, a impessoalidade, a eficiência, etc, uma vez que não há imunidade para quem viola o direito.

Dentro deste raciocínio, já se pronunciara o Des. Nery da Silveira, do Tribunal de Justiça de Goiás:

Não há imunidade legal para quem infringe direito. O poder discricionário não está situado além das fronteiras dos princípios legais norteadores de toda iniciativa da administração e sujeita-se à regular apreciação pela autoridade judicante.³⁷⁵

Ademais, a motivação do ato administrativo, prevista constitucionalmente, e a exigência desta, faz com que todos integrem o campo da legalidade, pois ninguém iria motivar ato ilegal. Assim, fica patente a necessidade de intervenção do Poder Judiciário com um caráter principalmente preventivo no tocante ao abuso de direito e desvio de poder, dentre outras ilegalidades possivelmente presentes em atos praticados pela Administração no exercício de faculdades discricionárias.

Se assim não for, não se poderá sequer reconhecer a existência de violação ou ameaça de direitos, fragilizando-se ainda mais o preceito contido no art. 37, caput da Constituição Federal. Daí poderão surgir também inúmeras indagações, tais como: Como

³⁷⁴ STF, *RDA 42/227*.

³⁷⁵ RT 721/212

seria possível o Judiciário anular ato administrativo pelo fato de o mesmo não possuir motivos ou por apresentar desvio de finalidade?

Devemos assinalar que, existe uma perspectiva crescente de uma atuação cada vez mais efetiva do controle jurisdicional dos atos administrativos, principalmente quanto à sua legalidade, exigindo-se acima de tudo, probidade e ética por parte do administrador público. Tudo isto é fruto de uma atividade voltada à concretização do interesse público, bem como à progressiva conscientização da população com relação aos direitos que ela possui.

À luz da nova redação do art. 37 da Carta Magna, o Judiciário possui legitimidade para realizar o controle externo da atividade administrativa, levando em consideração sempre a legalidade, moralidade e eficiência dos atos desta. Desta feita, ele irá coibir os excessos e erros destes atos, quando os mesmos infringirem tais princípios. O que ele não pode é praticar atos privativos da Administração, mas, deverá se pronunciar no sentido de dizer se ela agiu com observância na norma jurídica, bem como de acordo com sua competência. Como vimos também, a própria norma jurídica é quem estabelece limites e, portanto, meios para o controle externo da Discricionariedade administrativa.

A sociedade como um todo reivindica um Judiciário mais forte, mais preocupado com os problemas sociais, e menos neutro quanto à onda de corrupção e impunidade relativas às fraudes aos bens públicos e à imagem nacional publicada lá fora. Uma população acordada para a realidade, mas com um Poder Judiciário em marcha lenta nas soluções dos problemas mais urgentes, é um doente que pede a um médico ainda mais enfermo, para curar uma dor resultante de uma epidemia.

O juiz deve guardar sempre em mente a manifestação do poder estatal presente em suas ações. Não deixará de ser jamais um político, posto que, deve indeclinavelmente, amoldar a norma aos anseios de toda uma sociedade com seus valores intrínsecos, sendo também espelho do interesse comum que se reflete no seio social. Dessa forma, todos os administrados tem nele um meio de se concretizar aqueles valores.

O próprio Montesquieu³⁷⁶ definiu o Judiciário como sendo “a boca que pronuncia as palavras da lei”, sendo que o mesmo evoluiu, graças à plena superação da idéia de um poder limitado, passando a obter, na prática, “status” de Poder, cuja função estava, dentre outras, na capacidade de decidir imperativamente e impor decisões, a partir de conflitos interpessoais.

Finalmente, é necessário fortalecermos a ideologia de que, tanto a atuação discricionária da Administração, quanto o controle desta atividade, são legítimos e fundamentais ao atual Estado de direito, desde que os fins dos atos praticados no exercício de prerrogativas discricionárias sejam observados e concretizados, dentro do prisma da Legalidade e demais princípios que dela derivam.

6. Considerações finais

Diante da explanação do estudo respondemos a todas as indagações inicialmente colocadas, ou seja, a Discricionariedade administrativa é, definitivamente, uma prerrogativa

³⁷⁶ “O Espírito das Leis” Trad. e Anot. pelo Des. Pedro Vieira Mota, nota 55, p. 26, Ed. Saraiva. S/D.

conferida pelo Direito ao gestor da máquina estatal; os limites existentes a ela são não só os princípios legais, mas os constitucionais, bem como o próprio interesse coletivo, e, o papel da Função Jurisdicional no controle dos atos emanados da atividade estatal discricionária é a aplicação correta e precisa do espírito da lei criado pelo legislador quando de sua feitura, além de ser obrigação de qualquer Estado Democrático de Direito.

Logo, a importância de se estudar esse conjunto de idéias relativas à Discricionariedade na Administração, encontra-se exatamente na solução dada aos problemas aqui colocados em discussão, principalmente diante de tamanho alcance social, ético e moral que os mesmos possuem.

Desta feita, a partir do momento em que o administrado toma consciência do seu verdadeiro papel como membro de uma coletividade, o conhecimento firme do que é Discricionariedade torna-se uma ferramenta sempre à disposição contra os desvios de finalidade daqueles que administram os bens e interesses públicos. Por outro lado, mais facilmente se provoca o Judiciário, uma vez que se sabe quais os limites que o Direito impõe a toda e qualquer autoridade pública no exercício de prerrogativas discricionárias.

Enfim, a conquista de soluções para temas desta natureza, faz aumentar cada vez mais a segurança jurídica nas relações sociais, principalmente naquelas em que o interesse coletivo deve predominar, pois, administrar é, antes de tudo, pautar-se no que é legítimo e legal.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Alexandre C. de. Excesso de Poder e Discricionariedade: Controle Judicial. Revista de Direito Público, São Paulo, Revista dos Tribunais. n. 92 . p. 147-149, 1989.

FERRAZ, Sérgio. Controle Jurisdicional do Mérito do Ato Administrativo. Perspectivas do Direito Público (Estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes). Belo Horizonte: Editora Livraria Del Rey, 1995.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo. Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Relatividade” da Competência Discricionária. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Renovar. n.º 212. p. 49-56. 1998.

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 (Mestrado) não publicada: UFPE/CCJ/FD, 2003, 167p.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002

PEREIRA, César A. Guimarães. Discricionariedade e Apresiações Técnicas da Administração. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Renovar. n. 231. p. 217-267, 2003.

PIETRO, Maria Silvia Zanella di. Direito Administrativo. 15ª ed. São Paulo. Atlas. 2003.

POLTRONIERI, Renato. Discricionariedade dos Atos Administrativos e a Ambigüidade da Norma Jurídica Positiva. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

REALE, Miguel. Limites da Discricionariedade Administrativa. Revista de Direito Público, São Paulo, Revista dos Tribunais. n. 84, p. 75-80, 1987.

TELLES, Antonio A. Queiroz. Introdução ao Direito Administrativo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TELETRABALHO EM DOMICÍLIO

Michelle Barbosa Agnoletti

Introdução

“Sociedade Pós-Capitalista” (DRÜCKER)³⁷⁷, “Terceira Onda” (TOFFLER)³⁷⁸, “Sociedade Pós-Industrial” (BELL)³⁷⁹: o mundo atualmente encontra-se no olho do furacão de uma Revolução Industrial sem precedentes, que vem reformulando costumes e individualidade. Irrefragável que sua ciência de maior destaque é a Informática, a qual vem catalisando profundas e irreversíveis transformações na estrutura do mundo moderno.

Relações jurídicas estabelecidas via Internet evocam grande fascínio, pela novidade que representam, pela estupefaciente rapidez com que se processam, e, principalmente, pelas transformações que ensejam. Com a globalização da economia, em que pese a otimização da comunicação, o rompimento de fronteiras e o encurtamento das distâncias entre os envolvidos numa relação jurídica virtual tornaram-se ícones da revisão de conceitos tradicionais à luz da nova tecnologia.

Para garantir progresso e competitividade, empresas reformulam seus modelos de gestão, descentralizando a produção para maximizar lucros, muitas vezes através da precarização das condições do trabalhador.

A par do desenvolvimento tecnológico, estabelecem-se novas formas de prestação laboral, daí ser premente a necessidade de se ponderar o Direito do Trabalho e a proteção jurídica que lhe é devida. Vários dos caracteres constitutivos da relação de emprego refletem as novas tendências, sofrendo mutações, mas não desmonte. Tal estado de transição, reconfiguração, se justifica na medida em que a tecnologia determina tipos de trabalho antes inimagináveis.

Nesse contexto é que ganham campo as discussões em torno do teletrabalho, "trabalho exercido fisicamente fora da sede da empresa e com o uso sistemático de serviços telemáticos para a comunicação com a empresa"³⁸⁰. O contato entre os envolvidos na relação de trabalho prescinde da proximidade física, sem contudo afastar a estrutura hierárquica e o poder diretivo que a caracteriza como tal. Entrementes, sob determinados aspectos, o teletrabalho não requer uma regulamentação legal específica, posto que, em geral, configura-se na regra materializada no artigo 6º. da CLT.

³⁷⁷ Peter F Drucker. *Sociedade Pós-Capitalista*. 3ª. Ed. Trad. de Nivaldo Montigelli Jr. São Paulo: Pioneira, 1993.

³⁷⁸ Alvin Toffler. *A Terceira Onda*. 20ª. Ed. Trad. de João Távora. Rio de Janeiro: Record, 1995.

³⁷⁹ Daniel Bell. *O Advento da Sociedade Pós-Industrial*. Trad. de Heloísa de Lima Dantas. São Paulo: Cultrix, 1977.

³⁸⁰ Sérgio Coutinho. *A prova da relação de emprego no tele-trabalho*. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2895>>. Acesso em: 27 set. 2004.

Deve ser aplicada, no estudo do tema, interpretação extensiva do raciocínio lógico tradicional, não importando o meio, mas sim a essência, dentro dos paradigmas jurídicos atuais, a saber, norma, doutrina e jurisprudência, numa busca do ponto de convergência entre as antigas e as novas relações laborais. O objetivo é reconhecer, no sistema jurídico vigente, as relações de trabalho à distância firmadas por meios de telecomunicação. A jurisprudência é ainda insipiente, dada a relativa novidade dos conflitos apresentados à apreciação do Judiciário, mas denota um esforço sistemático de acompanhar as transformações sociais em curso. A doutrina vem ganhando corpo face às discussões geradas em torno do assunto, e cada vez mais surgem obras de qualidade. A analogia prestar-se-á, não a sanar omissão da lei, mas a harmonizá-la com a realidade em estudo. O presente trabalho discorrerá sobre uma das formas de trabalho à distância, qual seja aquele prestado no domicílio do empregado: antecedentes, condicionantes, especificidades e impacto sobre o ordenamento jurídico.

Globalização

Roberto Campos³⁸¹ afirma que a globalização não representa um episódio de todo novo, sendo o atual estágio a quarta manifestação desse processo (precederam-na as seguintes “globalizações”: a ocorrida durante o Império Romano; a das grandes navegações dos séculos XIV e XV; e por fim, a das guerras napoleônicas, ascensão do liberalismo e da democracia política, no século XIX). Seu diferencial está na superação dos modelos de produção estanques para outros mais flexíveis, a dizer, transição dos modelos Ford/Taylor (organização científica do trabalho e produção em série) para o Nike/Toyota (mais horizontal, descentralizado, especializado), na qual a empresa redefine seu papel na promoção do desenvolvimento social; conglomeração de mercados financeiros, promovendo a circulação de investimentos; superação do conceito de multinacionais pelo de transnacionais, expandindo os ativos, volatilizando o capital e internacionalizando operações; desmaterialização das riquezas; integração regional do comércio, com as reavaliações dos mercados comuns e das chamadas zonas de livre comércio; desestatização e busca de estabilidade econômica; resgate do individualismo liberal do séc. XVIII com a retórica neoliberal aplicada às relações econômicas.³⁸² Não se trata mais de ampliar fronteiras, mas de aboli-las.

Todo esse processo tem um referencial ideológico (leia-se utópico), pautado no princípio da solidariedade e da justiça social: a produção da riqueza e do conhecimento, o fruto do trabalho, resultando na partilha, na inclusão social, fortalecimento da dignidade da pessoa humana, através de uma ampla promoção do bem-estar social; por meio desta promoção, a empresa dará azo a uma atuação melhor de seus trabalhadores, assim ampliando a produtividade e a concorrência, tendo como

³⁸¹ Roberto Campos. *A Quarta Globalização*. Folha de S. Paulo, 11.05.97, pp. 1/4

³⁸² Yves Dezalay; David M. Trubek. *A Reestruturação Global e o Direito*. In FARIA, José Eduardo (coord.) *Direito e Globalização Econômica*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 29 *apud* Lucimara dos Santos. *Globalização e Relações Individuais de Trabalho*. In Dorotee Susanne Rüdiger (coord.). *Tendências do Direito do Trabalho para o Século XXI*. São Paulo: LTR, 1999.

resultado a obtenção de um valor agregado que redundará em benefício dos trabalhadores, da empresa e da sociedade³⁸³.

Novas Tecnologias

A transformação das relações de trabalho se processa através de adaptações à realidade na qual elas se desenvolvem³⁸⁴. Assim, as normas trabalhistas refletem as mudanças em curso, de caráter social, político, cultural, tecnológico e econômico.

A criação dos computadores e a difusão do seu uso foram fatores decisivos para o surgimento de novas formas de trabalho. A popularização da rede mundial de computadores permitiu uma maior disseminação, e, por assim dizer, democratização do conhecimento e da técnica que dão o necessário suporte à descentralização produtiva que se distingue contemporaneamente nas empresas. É a Terceira Revolução Industrial, capitaneada pela informática, que incrementou o desenvolvimento de vários campos da ciência, rompendo os limites de sua área de atuação específica; de acordo com ROMITA, tal conflagração vem “(...) abrangendo o mais significativo conjunto de mudanças de toda a história e eclipsando todas as experiências anteriores da vida econômica” e “(...) com maior precisão semântica, deve ser denominada revolução tecnológica”³⁸⁵.

A informática enseja assim profundas transformações na comunicação, na informação, na educação, justificando duas conjecturas mutuamente excludentes, a depender da política econômica e social adotada: a primeira, mais pessimista, é a de que ela se imporá como fator de desequilíbrio fortalecedor da hegemonia de grupos privilegiados detentores dessa tecnologia; a outra hipótese, mais alentadora, é a de que alavancará o resgate da cidadania, se for utilizada na criação e difusão de uma vasta base de conhecimento, essencial para uma revolução nos campos da cultura e da ciência³⁸⁶.

O Estado, nessa conjuntura, deve atuar de modo a não impor entraves, mas assegurar o equilíbrio entre o desenvolvimento e a proteção do trabalhador, empreender esforços no sentido de viabilizar a produção, dando mais competitividade à indústria nacional através de incentivos, para que assim a tecnologia seja implementada para instrumentalizar o ambicionado crescimento econômico; para se inserir nesse processo evolutivo, é de fundamental importância fomentar pesquisa e o avanço da tecnologia.

³⁸³ Arturo Martinez. *Flexibilização de Normas e Novos Rumos do Direito do Trabalho* [trad. Yone Frediani e Domingos Sávio Zainaghi]. In Domingos Sávio Zainaghi; Yone Frediani (coord.). *Novos Rumos do Direito do Trabalho na América Latina*. São Paulo: LTR, 2003, p. 135.

³⁸⁴ No século XXI, a Internet deixa de ser um processo de inovação para ser um processo de expansão e inovação de atividades tradicionais, segundo Max Gehringer e Jack London, dois dos maiores especialistas brasileiros na área.

³⁸⁵ Arion Sayão Romita. *Globalização da Economia e Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 1997, pág. 19.

³⁸⁶ Myriam Becho Mota; Patrícia Ramos Braick. *História: das Cavernas ao Terceiro Milênio*. São Paulo: Moderna, 1997, p.627

Entretanto, apesar desses imperativos de progresso econômico, cabe-lhe a missão de resguardar ao trabalhador um conjunto mínimo de garantias frente à nova realidade social imposta pelo progresso tecnológico, uma vez que a valorização do trabalho humano fundamenta a ordem econômica, que objetiva assegurar a todos existência digna (CF, art. 170, caput), e que o primado do trabalho é base da ordem social, que tem por fim o bem estar e a justiça sociais (CF, art. 193). Valores fundamentais humanos do trabalhador precisam ser priorizados dentro do contexto das relações laborais a qualquer tempo. É necessário refletir sobre a importância do trabalho e sobre o papel que sua disciplina encontra no campo do Direito, não se devendo deixá-lo à deriva, orientando-se unicamente pelas transformações do mercado.³⁸⁷

Retórica Neoliberal no Atual Modelo de Gestão de Empresas

A ordem econômica que norteia o novo panorama mundial afasta um modelo de gestão de empresas rígido, centralizado, vertical, fulcrado sob os moldes fordistas/tayloristas (racionalização da produção em massa, no qual a empresa deveria se dedicar a um único produto, concentrando todas as etapas de sua fabricação, além de controlar as fontes de matéria-prima / aumento da produtividade através do rígido controle dos movimentos das máquinas e dos empregados³⁸⁸, método criticado com maestria por Chaplin no clássico “Tempos Modernos”). Nesse diapasão, aclama-se a flexibilização das relações de trabalho, que também pode ser compreendida como flexibilização dos sujeitos dessas relações e do capital nelas envolvido, dos meios de produção que detêm ou operam, exibindo uma outra face do desemprego gerada pela reorganização do trabalho.

Nos anos 80, desencadeou-se um amplo processo de terceirização (da qual o Brasil se tornou paradigma no cenário mundial), que intenta reduzir o trabalhador a mero prestador de serviço, sem as garantias que a lei lhe assegura; subcontratação, contratos sociais, cooperativas sociais surgiram como alternativas de compensação às privatizações. Essas transformações se sedimentaram, no cenário nacional, nos anos 90, por força da política neoliberal do governo de então, que ensejava a circulação de mercadorias e valores, mas em contrapartida afastava regras protecionistas. Com o desiderato de preservar a ordem e a harmonia dessa política, buscou-se o caminho da regionalização da economia, através da criação de blocos de países empenhados em alcançar a circulação de bens e capital e incentivar conjuntamente a evolução da tecnologia.

Na persecução de desenvolvimento e competitividade, as empresas se tornam cada vez mais enxutas, horizontais; potencializar o binômio qualidade-produtividade é meta a ser alcançada a qualquer custo - mesmo que seja um altíssimo custo social; para tanto, se propala o mito da parceria capital x trabalho, que em verdade vela uma situação que no mais das vezes compreende uma ampla exploração do trabalhador, através da desconfiguração das relações de emprego, que redundam no corte

³⁸⁷ Nelson Mannrich. *A Modernização do Contrato de Trabalho*. São Paulo: LTR, 2003.

³⁸⁸ Cláudio Vicentino. *História Geral*. 8^a. ed. atual. e ampl. São Paulo; Scipione, 1997, p. 287

dos direitos sociais e das conquistas trabalhistas. Manter um número mínimo de empregados e burlar leis trabalhistas/previdenciárias têm sido prática freqüente no cotidiano das empresas modernas.

Outra face cruel desse processo é o resgate do individualismo liberal do século XVIII. A expressão de riqueza, que outrora se fundava em fatores materiais e objetivos, se baseia cada vez mais no conhecimento, no domínio da informação; novas tecnologias, ao invés de promoverem a integração através do aniquilamento de fronteiras na comunicação, acabam isolando, ao alimentarem ambições e uma agressiva competição na detenção e manipulação do conhecimento³⁸⁹, e esse tipo de atitude acaba lançando seus reflexos sobre as associações representativas dos trabalhadores na luta coletiva por seus direitos.

O panorama que se descortina é baseado na concorrência desmesurada pelo poder advindo da ciência, pela evolução de meios de produção pautados em cada vez mais avançadas tecnologias, na irretroativa marcha da globalização, na sublimação do capital. O notável avanço das telecomunicações marca um século de grandes mudanças, no qual a informática provocou uma maior difusão do conhecimento, celeridade no estabelecimento de novas relações, no processamento de informações e superação de fronteiras.

Nesse ínterim, a relação capital x trabalho configurada nos moldes celetistas vai assumindo novas feições, mas isso não a descaracteriza. Surgem novos meios de prestação de trabalho que ensejam interpretações mais criativas e ambientadas na realidade, não desprezando porém os princípios que regem os dispositivos legais em vigor.

O Teletrabalho

Numa conceituação puramente etimológica, o teletrabalho seria trabalho exercido à distância. Entretanto, o termo foi adotado para designar-lhe um tipo peculiar. Trata-se de atividade produtiva que permite a apreensão da força de trabalho (essencialmente intelectual) à distância por meio do uso da tecnologia telemática. O trabalho é executado fora do ambiente regular da empresa através de redes de telecomunicações.

Através das novas tecnologias, fronteiras foram superadas, distâncias atenuadas, e um exemplo bem claro dessa transformação é o teletrabalho, que pode ser prestado das seguintes maneiras:

³⁸⁹ Neste sentido, Arion Sayão Romita afirma que “novas atitudes individuais perante o trabalho também influem no processo. O desenvolvimento dos meios de comunicação e acesso às fontes de informação ampliam as ambições individuais, em detrimento dos meios de ação coletiva utilizados pelos sindicatos. Busca-se incessantemente a melhoria dos níveis de qualidade de vida, com tendência a desprezar as formas associativas de ação sindical”. *Direito do Trabalho – Temas em Aberto*. São Paulo: LTR, 1998, p. 44.

- "home work": computador do trabalhador ou da empresa no domicílio do trabalhador;
- "mobile work": aparelhos portáteis, como palmtops, handhelds, laptops, notebooks, telefone celular;
- escritórios satélites: matrizes produtivas fisicamente descentralizadas, conectadas à sede por meio de redes;
- escritório virtual: terceiro dispõe de um espaço devidamente estruturado para a realização de atividades profissionais de empresas dos mais diversos segmentos produtivos;
- tele-empresa: serviços por rede telemática ("telemarketing", internet);
- sistemas distribuídos: computadores interligados em rede acessam documentos e aplicativos armazenados em um computador central, de acordo com a atribuição dos trabalhadores que neles operam.

Dentre os tipos sucintamente descritos supra, o presente trabalho limitar-se-á à análise do chamado "home work", por sua conformidade ao artigo 6º. da Consolidação das Leis Trabalhistas, aprovada pelo Decreto – lei de nº 5452, de 1º de maio de 1943, in litteris:

Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego.

Como tal artigo preceitua a equiparação do trabalho executado na empresa àquele empreendido no domicílio do empregado, cumpre caracterizar a relação de emprego, tarefa das mais árduas, posto que, no afã de afastar a incidência das normas trabalhistas e suprimir encargos previdenciários, as empresas tendem a atribuir-lhe o caráter de prestação de serviço, de pequena empreitada. Pode ser pior: a regra costumeira geral é a ausência de regras, a carência do liame contratual é trivial, denotando uma forte tendência à desregulamentação, dada a dificuldade de fiscalização oriunda da própria natureza do trabalho assim prestado e de uma cultura individualista que repudia a sindicalização como alternativa de fortalecimento da luta através da conjugação de esforços na busca de um objetivo comum dos trabalhadores, a defesa de seus direitos. Vale destacar o disposto no artigo 9º. da CLT:

Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Trabalho em Domicílio

O trabalho em domicílio é figura anômala de relação de trabalho prevista no ordenamento jurídico brasileiro, e o trabalhador que nele se engaje é empregado para todos os efeitos. Sua origem remonta ao trabalho artesanal, para o qual se exigia pouca qualificação técnica, em virtude de ser desenvolvido fora da imediata e direta fiscalização do empregador, inviabilizando assim a possibilidade do monitoramento da qualidade na produção por parte deste. Hoje, a realidade é outra, e compreende um aperfeiçoamento das técnicas e uma maior possibilidade de controle da produção através de modernas tecnologias. A qualidade é regida por padrões de excelência, aprimorados por meio de uma crescente e acirrada competitividade.

No trabalho subordinado, o contrato recai sobre o trabalho humano, a força laborativa, e no trabalho autônomo, avança-se o resultado da atividade desenvolvida pelo trabalhador, conforme as acepções de *locatio operarum* e *locatio operis*, do direito romano³⁹⁰. Na prática, o trabalho em domicílio prestado de forma subordinada e aquele exercido de forma autônoma são comumente de intrincada diferenciação.

Essencial é a verificação da presença da figura do empresário a intermediar o prestador do trabalho e aqueles que adquirem seus resultados. O custo de contratação da mão-de-obra se converte em salário, o resultado do trabalho já não é percebido de forma imediata por quem o executa, sendo ele utilizado em proveito do comitente; este determina as tarefas, cominando recomendações ou instruções, fornecendo o material e as informações necessárias, podendo também prover os equipamentos; outrossim, fixa prazos e se investe da prerrogativa de se desobrigar do pagamento de produtos fora das especificações de qualidade técnica exigidas.

O trabalho em domicílio é equiparado ao trabalho prestado no estabelecimento do empregador para efeitos de aplicação da lei aos sujeitos da relação por ele ensejada. Destarte, constatados todos os elementos característicos da relação de emprego, invocam-se ao empregado por equiparação constituído direitos e garantias inerentes a essa condição: salário [mínimo (exigível mesmo que ele receba por tarefa ou peça quando o valor a elas relativo não lhe alcance a importância), ou piso da categoria equivalente estabelecido em norma coletiva]; indenização por acidente de trabalho, proteção da higiene e segurança, férias, aviso prévio, repouso remunerado, dentre outras vantagens prescritas nas leis trabalhistas brasileira³⁹¹. Mesmo assim, elementos como a jornada, e o eventual pagamento de horas extraordinárias, restam afastados pela particularidade de tal modalidade de prestação laboral, no qual, via de regra, cumprem-se atividades, não horários, (desde que não haja forma de controle sobre o tempo de execução do trabalho, através de sofisticados programas de monitoramento do tempo, por exemplo). Há de se observar que a execução das tarefas num ritmo exigível ao trabalhador médio, dentro do prazo previsto não deve extrapolar oito horas diárias, trabalhando o empregado no horário que melhor se ajusta às suas conveniências. Se o empregado trabalha de madrugada por determinação do empregador para diminuir os custos de acesso à Internet por meio de conexão discada, v.g., é também devido o adicional noturno.

³⁹⁰ Amauri Mascaro do Nascimento. *Curso de Direito do Trabalho*. 16ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 407-408.

³⁹¹ Orlando Gomes; Elson Gottschalk. *Curso de Direito do Trabalho*. 13ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 454.

Sendo o trabalho prestado por pessoa física, em caráter não-eventual, e mediante remuneração, o requisito mais controverso que definição legal brasileira atribui à figura do empregado é mesmo o da subordinação. A personalidade característica dos contratos de trabalho comuns, no trabalho em domicílio se transmuta em obrigação de resultado, responsabilidade pela boa execução do trabalho, inobstante possa haver cláusula de infungibilidade do empregado.³⁹² Os demais são de mais simples constatação, ou pelo menos de menor relevância, uma vez que eles dizem respeito ao modo como o trabalho é exercido, não ao fim por ele alcançado, o produto final submetido ao crivo do empregador.

Teletrabalho em domicílio

Com a globalização e a ampla difusão das modernas tecnologias informáticas, surge o teletrabalho como autêntica expressão da chamada “Era Pós-Industrial”.

Atônitos e surpresos com a nova “realidade virtual”, doutrinadores e pesquisadores empreendem intenso esforço de ajuste do campo jurídico às essas novas relações de trabalho e à proteção devida ao teletrabalhador, buscando sempre que possível conformá-las em institutos análogos, arquétipos já consagrados no Direito do Trabalho.

A priori, todas as formas de prestação laboral cuja consecução dependa da qualificação intelectual do trabalhador a ponto de colocá-lo nos níveis de decisão sob o aspecto técnico do resultado visado são compatíveis com o teletrabalho.³⁹³

No empenho de conceituar e amoldar o teletrabalho dentro dos paradigmas jurídicos atuais, o jurista se depara com o precedente do trabalho em domicílio. Cumpre anotar, porém, que nem todo trabalho em domicílio é teletrabalho, como também nem todo teletrabalho é trabalho em domicílio; ambos são espécies do trabalho à distância, mas tais formas de prestação do labor podem se conjugar.

Antes de se invocar a tutela do teletrabalhador, é necessário definir sua posição jurídica dentro do Direito do Trabalho. Independente do meio e das circunstâncias em que ocorre a prestação do trabalho, a fórmula tende a se manter, não se podendo refutar a incidência da CLT, por não restar desconfigurada a relação de emprego, muito embora essa descaracterização seja prioridade da maioria das empresas, em detrimento mesmo de suas atividades-fim, numa busca alucinada e obsessiva de maximizar lucros, através de uma redução descriteriosa de custos. Assim, figurando o trabalho dentro dos requisitos exigidos para a caracterização da relação de emprego, a proteção jurídica será devida ao teletrabalhador em domicílio, observando as

³⁹² Idem, *ibidem*. p. 455.

³⁹³ José Augusto Rodrigues Pinto. *Curso de Direito Individual do Trabalho*. 4ª ed. São Paulo: LTR, 2000.

particularidades e as circunstâncias de sua prestação. Tal caracterização pautar-se-á principalmente na constatação da subordinação do prestador ao apropriador do trabalho.

Novos meios de trabalho afetam as circunstâncias de sua prestação, e características que os distinguem. A subordinação é o calcanhar de Aquiles no enquadramento do teletrabalhador na definição legal de empregado, com as garantias que a essa condição pertinem. Bem poucos visionários seriam capazes de prever, há não muito tempo, o desenvolvimento que a informática e as telecomunicações, a tecnologia de uma forma geral, experimental, que ocorre numa velocidade que deixa estupefato mesmo quem com essa realidade lida cotidianamente. E é nesse contexto que a subordinação experimenta uma fase de revisão estrutural, na medida em que o advento de inovadoras tecnologias determina tipos e meios de trabalho cuja presciência era há alguns anos vista como delírio futurista de entusiastas da Informática. A subordinação fiscalizada não se aplica ao trabalho à distância, e foi concebida para um modelo de gestão mais centralizador. A descentralização do ambiente de trabalho e da produção promove uma subordinação mais relaxada. Entretanto, essa flexibilização do conceito de subordinação não determina autonomia, posto que os dois conceitos são antagonicos entre si. O empregador por conta de quem o teletrabalhador exerce sua atividade, mesmo não determinando o *modus faciendi*, decide metas, e é o beneficiário imediato dos lucros da produção, suportando também os seus riscos. O poder diretivo do empregador possibilita-lhe definir os meios e / ou os resultados; o teletrabalhador possui o domínio das técnicas que utiliza no desenvolvimento do seu ofício, mas adota as determinações e diretrizes técnicas do empregador, que por sua vez segue as determinações do cliente que intermedia. Muitas vezes, o empregado possui um conhecimento superior ao do empregador, e isso lhe permite uma maior participação no planejamento do trabalho, e uma maior liberdade no desenvolvimento deste, não podendo, entretanto, fugir das especificações e dos padrões técnicos determinados pela empresa. Onde se percebe que a subordinação subsiste, incorporando novas características, prescindindo da proximidade e supervisão direta do empregador. No âmago do teletrabalho está o conhecimento, motor da nova sociedade constituída sobre os alicerces da globalização e do desenvolvimento tecnológico.

Na ausência de contrato, situação comum no teletrabalho, impõe-se a adoção dos princípios universais do Direito do Trabalho, notadamente o da primazia da realidade e o da proteção ao trabalhador, o qual, ao sintetizar todos os outros, ensejará o triunfo da lei sobre uma realidade de aviltamento das condições do empregado, conferindo-lhe o devido respaldo da tutela jurídica. O empregador muitas vezes busca descaracterizar a relação de emprego para se desobrigar das responsabilidades e dos encargos nela intrínsecos, o que no trabalho à distância não é tão complicado, em virtude da dificuldade de fiscalização que a própria circunstância distintiva desse tipo de trabalho apresenta. Ainda assim, é absoluta a nulidade de qualquer ação ou omissão que objetive corromper, obstar ou frustrar a incidência dos preceitos justralhistas.

Benesses e Riscos do Teletrabalho em Domicílio

Quaisquer discussões que versem sobre as vantagens e as desvantagens do teletrabalho só darão a dimensão do seu alcance dentro das especificidades do caso concreto. As possibilidades são variadas. O emprego de sofisticadas tecnologias para prestação do trabalho trouxe diversas comodidades, mas paralelamente a essa facilidade caminha o risco, na mesma proporção.

Como circunstâncias favoráveis, há de se ressaltar a relativa flexibilidade de horários (afastado o uso de softwares de monitoramento e outras formas de controle, como horário de envio do trabalho pronto, determinação de horários de pulso único, recolhimento ou entrega dos instrumentos de produção); eliminação dos gastos e riscos do percurso até a empresa, o que também resulta em diminuição da poluição e dos congestionamentos viários; aumento das condições de articular a vida privada com o trabalho, propiciando o convívio familiar; promoção da inclusão de pessoas com dificuldades de locomoção, e de mulheres, que passam a poder conciliar afazeres domésticos, criação dos filhos e trabalho; redução do desemprego, na medida em que não limita o número de trabalhadores à estrutura do espaço físico da empresa; agiliza a circulação de atividades e informação; Incremento da produção e diminuição dos seus custos, dentre outras.

Há também desvantagens, como o isolamento do trabalhador (que pode ser compensado através de encontros periódicos promovidos pela empresa contratante), com a conseqüente inviabilização de formas associativas de ação sindical ; certa dificuldade de padronização da produção; aumento da incidência de problemas ergonômicos advindos da má postura, esforços repetitivos, o que no ambiente da empresa seria mais facilmente prevenido por um técnico em segurança do trabalho; ampliação da possibilidade de desídia, concorrência ao empregador e quebra de sigilo profissional quando o trabalhador tem ciência de códigos de acesso e senhas do sistema da empresa; a diminuição de contratação da mão-de-obra pouco especializada, o que pode e deve ser combatido através da promoção de cursos profissionalizantes que proporcionem uma maior capacitação para a nova realidade laboral; dificuldades de fiscalização, derivados da própria natureza do teletrabalho, o que enseja fraudes, informalidade e exploração do trabalhador.

Todos esses fatores devem ser considerados na celebração de contratos de teletrabalho em domicílio, devendo os sujeitos dessa relação observância aos limites estabelecidos pela lei e aos princípios que a norteiam, dentro de padrões éticos de conduta, e de boa-fé na elaboração, execução e extinção do contrato de teletrabalho.

Considerações Finais

Traçar as linhas evolutivas do teletrabalho fatalmente redundaria em mero exercício de futurologia, porque, em última análise, seria buscar antever a própria evolução tecnológica sobre a qual ele se pauta e os rumos da política e da economia que orientam a globalização vital à sua existência.

As transformações que ensejaram o seu surgimento e crescente utilização não liberam a inferência do afastamento da regulação das relações de trabalho configuradas sob seus moldes ou da elisão dos preceitos trabalhistas clássicos. Assim, é possível falar-se em flexibilizar para adaptar, mas essa flexibilização não pode resultar em desregulamentação ou desmonte, na autonomia de uma vontade abrandada pelo desemprego, pela generalizada falta de capacitação para as formas atuais de trabalho, pelo isolamento que gera individualismo e afasta a sindicalização, pela falta de fiscalização que gera insegurança e viabiliza situações de exploração, orientadas pela ganância de elevação da produção com diminuição drástica e descriteriosa de custos.

Formular conclusões a respeito do teletrabalho seria petulante. No máximo, é possível cogitar hipóteses partindo de seu grau de desenvolvimento atual. Nesse sentido, é de fundamental importância a interação com a realidade. O conhecimento daí advindo produz-se por meio de um esforço metodológico sistemático e disciplinado de análise dos elementos que compõem tal realidade, desvendando-lhe a lógica, tornando-a inteligível. Fazer ciência é continuamente retificar ou alargar o saber, ampliando as perspectivas do conhecimento - julga-se e condena-se o pretérito, estrutura-se sobre a compreensão das faltas históricas, pensa-se a experiência como reflexão dialética sobre o diferencial posto entre o antigo e o novo, o passado e o porvir, trabalhando-se na fronteira do desconhecido. Imprescindível é interpretar os elementos que a compõem, não simplesmente para elucidar textos doutrinários e normativos, mas sim revelar o significado mais apropriado; deve-se procurar captar os meandros do real e aproximar a realidade concreta não só das condições implícitas nos textos, mas das soluções que estes ligam às mesmas. Somente o futuro será capaz de ratificar ou retificar tais conjecturas.

Há de se ressaltar, entretanto, que qualquer esforço que designe explicar a realidade nunca estará concluso, hermeticamente fechado, encerrado - jamais bastará à construção do conhecimento a partir da lógica apreendida da realidade. Ou melhor, de fragmentos dela. Será, em sua essência, apenas mais um desprezioso e simples ponto de partida.

Bibliografia

LIVROS

BELL, Daniel. O Advento da Sociedade Pós-Industrial. Trad. de Heloísa de Lima Dantas. São Paulo: Cultrix, 1977.

BARROS, Cassio Mesquita. Teletrabalho. In GRECO, Marco Aurélio e MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). Direito e Internet: Relações Jurídicas na Sociedade Informatizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

CAMMILERI, Kátia de Macedo Pinto. Terceirização: os Diversos Aspectos do Mercado de Trabalho Brasileiro. In RÜDIGER, Dorotee Susanne (coord.). Tendências do Direito do Trabalho para o Século XXI. São Paulo: LTr, 1999.

DELGADO, Maurício Godinho. Introdução ao Direito do Trabalho. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999.

DRUCKER, Peter. Sociedade Pós-Capitalista. 3a. Ed. Trad. de Nivaldo Montigelli Jr. São Paulo: Pioneira, 1993.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Globalização & Desemprego: Mudanças nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTr, 1998.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. Curso de Direito do Trabalho. 13ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MANNRICH, Nelson. A Modernização do Contrato de Trabalho. São Paulo: LTr, 2003.

MARTINEZ, Arturo. Flexibilização de Normas e Novos Rumos do Direito do Trabalho [trad. Yone Frediani e Domingos Sávio Zainaghi]. In ZAINAGHI, Domingos Sávio; FREDIANI, Yone (coord.). Novos Rumos do Direito do Trabalho na América Latina. São Paulo: LTr, 2003.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. - 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MELLO, Ana Lúcia de Almeida e. O Princípio da Proteção do Trabalhador e o Direito do Trabalho. In RÜDIGER, Dorotee Susanne (coord.). Tendências do Direito do Trabalho para o Século XXI. São Paulo: LTr, 1999.

MOTA, Myriam Becho; BRAICK, Patrícia Ramos. História: das Cavernas ao Terceiro Milênio. São Paulo: Moderna, 1997.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. Curso de Direito do Trabalho. 16ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. Flexibilização do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1991.

PINTO, José Augusto Rodrigues. Curso de Direito Individual do Trabalho. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2000.

ROMITA, Arion Sayão. Direito do Trabalho: Temas em Aberto. São Paulo: LTr, 1998.

_____. Globalização da Economia e Direito do Trabalho. – São Paulo: LTr, 1997.

RUBERT, Maria Belén Cardona. Las Relaciones Laborales y el Uso de las Tecnologías Informáticas. El Caso Español. In MORENO, Guillermo Palao; RUBERT, Maria Belén Cardona; JIMENES, Emiliano Borja. Justiça, Trabalho e Criminalidade na Tecnologia Informática. João Pessoa: Editora do UNIPÊ, 2004.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O Direito do Trabalho e o Desemprego. São Paulo: LTr, 1999.

SANTOS, Lucimara dos. Globalização e Relações Individuais de Trabalho. In RÜDIGER, Dorotee Susanne (coord.). Tendências do Direito do Trabalho para o Século XXI. São Paulo: LTr, 1999.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. Instituições de Direito do Trabalho, V.I. 18ª ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 1999.

TOFFLER, Alvin. A Terceira Onda. 20a. Ed. Trad. de João Távora. Rio de Janeiro: Record, 1995.

VICENTINO, Cláudio. História Geral. 8ª. ed. atual. e ampl. São Paulo: Scipione, 1997.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Relação de Emprego: Estrutura Legal e Pressupostos. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999.

ARTIGOS

COUTINHO, Sérgio. A prova da relação de emprego no tele-trabalho . Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2895>>. Acesso em: 27 set. 2004.

ROBORTELA, Luiz Carlos Amorim. A Flexibilização do Direito do Trabalho. Crise Econômica, Novas Tecnologias e Política Social do Estado. In Revista LTr. Vol. 54, nº 04, 54-04/90. São Paulo: LTr, abr. 1999, pp 67/79.

ROCHA, Ibraim José das Mercês. Justiça do Trabalho. Breve reflexão sobre a sua crise e apontamentos sobre novos rumos para um sistema judiciário do trabalho. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 41, mai. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1244>>. Acesso em: 28 set. 2004.

SILVA, Frederico Silveira e. O teletrabalho como novo meio de laborar e sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro . Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 382, 24 jul. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5499>>. Acesso em: 28 set. 2004.

ESTUDOS E COMENTÁRIOS

AGNOLETI, Michelle Barbosa. Responsabilidade Civil das Lojas Virtuais. Trabalho apresentado ao Departamento de Direito Privado do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba para o Programa de Monitoria da disciplina Direito Civil. João Pessoa, 2003.

_____. Dano Moral nos Sites de Leilão. Trabalho apresentado ao Departamento de Direito Privado do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba para o Programa de Monitoria da disciplina Direito Civil. João Pessoa, 2004.

JORNAIS

CAMPOS, Roberto. A Quarta Globalização. Folha de São Paulo, 11.05.97.

PALESTRAS

BUONFIGLIO, Carmela. Reestruturação Produtiva e Perspectivas do Direito do Trabalho. Painel exposto no dia 30 de janeiro de 2002 durante o I Seminário de Direito Internacional da Universidade Federal da Paraíba – As Transformações do Direito numa Sociedade Global de Risco.

SÚMULAS DE JURISPRUDÊNCIA

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.

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 irrecorrível. Por consequência, 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.
ARREMATÇÃO. 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 QUINQUÍDIO 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 constrangido 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 tríplice 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 CONTRIBUTIVA 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;

**DEPÓSITÁRIO 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 recusar 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 ineficácia 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. Conseqüentemente, 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 PREVIDENCIARIO
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
O B R E I R O . E S T A B I L I D A D E
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 omissivo 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 exeqüente 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.

GARÇON
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
FREQÜÊNCIA 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. NÃOCONFIGURAÇÃO.

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, arditosamente, 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 ateve-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
LIQUIDO 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 sonegados 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, evidenciandose 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 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).

ACÓRDÃOS PROFERIDOS
PELO TRIBUNAL REGIONAL
DO TRABALHO DA 13ª REGIÃO

PROC. NU.: 00265.1998.012.13.00-0

AGRAVO DE PETIÇÃO

AGRAVANTE: FRANCISCO JÁCOME NETO

AGRAVADO: MUNICÍPIO DE LASTRO/PB

E M E N T A

CREDOR PORTADOR DE MOLÉSTIA GRAVE E DE PROGNÓSTICO SOMBRIO. CONFLITO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. SISTEMÁTICA DE PRECATÓRIO. EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREPONDERÂNCIA DESTES. EXECUÇÃO DIRETA QUE SE IMPÕE. A sistemática de precatórios pode ser considerada como autêntico princípio constitucional apto a reger situações nas quais a Fazenda Pública está obrigada a adimplir obrigação imposta por título executivo judicial, mediante gozo do privilégio da execução indireta. Evidencia-se a existência de zonas de tensão entre princípios que encontram abrigo constitucional quando se chocam as sistemáticas do precatório e a imposição de efetividade da tutela jurisdicional, de respeito à dignidade da pessoa humana e ao direito à vida, que se vêem ameaçados de vulneração pela tardança no pagamento ao credor que experimenta deterioração de seu estado de saúde em razão da moléstia grave e de prognóstico sombrio. Nesses casos, têm lugar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, “que impõem ao juiz ponderar os interesses e direitos em conflito, para adotar a solução mais justa e adequada ao caso concreto”, harmonizando e integrando-os, ainda que estabelecendo preponderância de uns em relação a outros, “mas sempre buscando a paz social e a preservação dos direitos e garantias constitucionais”. A regra do precatório não é absoluta, impondo a razoabilidade que prepondere, em razão do maior vulto que assumem, os princípios da efetividade da tutela jurisdicional, da dignidade da pessoa humana e do direito à vida. Os trajetos percorridos nos campos do Direito não estão balizados apenas pela lei. Ausência desta não significa carência de plausibilidade jurídica. Execução direta determinada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo de Petição, provenientes da Vara do Trabalho de Sousa/PB, sendo agravante FRANCISCO JÁCOME NETO e agravado MUNICÍPIO DE LASTRO/PB.

Inconformado com o despacho de fls. 106, que indeferiu o seu pedido de pagamento antecipado de precatório, o agravante pleiteia a reforma daquele, a fim de que seu requerimento de fls. 102 seja deferido.

O Município agravado apresentou contraminuta, às fls. 145/150.

O Ministério Público do Trabalho, às fls. 157/160, pronuncia-se pelo não-conhecimento do Agravo de Petição e, acaso superada a prefacial, opina, no mérito, pelo seu não-provimento.

É o relatório.

V O T O

PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO DO AGRAVO SUSCITADO PELO AGRAVADO

O agravado, em sua contraminuta de fls. 145/150, entende que o ordenamento jurídico pátrio não concebe o direito de ser proposto tal recurso contra despachos interlocutórios.

Corroborando a sua tese, a douta representante do parquet, às fls. 157, diz que a decisão impugnada, ou seja, o despacho de fls. 106 é de natureza interlocutória, não decorrendo de incidente de embargos à execução pretensamente opostos, razão pela qual é irrecurável o decisum combatido.

Contudo, não acompanho tal raciocínio, pois a CLT, em seu art. 897, “a”, é clara e expressa em dispor que cabe Agravo de Petição de todas as decisões de Juiz ou Presidente nas execuções.

Ademais, bem salienta Valentin Carrion, em sua obra Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho – 29ª edição, às fls. 774/775, verbis:

"O agravo de petição é o recurso específico contra qualquer decisão do juiz na execução, após o julgamento de embargos do executado (art. 884). Com base no art. 893, §1º, da CLT, que somente admite recurso das decisões definitivas, pretendeu-se limitar sua interposição apenas a essa espécie de sentenças; mas tal restrição não tem apoio na lei, decisão definitiva ou sentença definitiva, na terminologia do CPC de 1939, art. 820, quando nasceu aquele parágrafo da CLT, equivale a sentença de mérito ou terminativa sem ser de mérito (Pontes de Miranda, Coment. ao CPC de 1939); porém, o processo de execução não visa a uma sentença, mas a atuação de uma sanção já declarada, a satisfação do direito do exequente: se for pagamento (hipótese mais comum aqui), a rigor, o processo de execução aponta para o momento em que o exequente receberá em seu patrimônio a importância monetária; assim parece forçado querer ver uma

sentença definitiva, após cada um dos atos cruciais da execução(...)".

Com base nesses argumentos, conheço do Agravo de Petição de fls. 109/111, eis que preenchidos os requisitos legais de admissibilidade.

PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA

Suscita, o agravante a prefacial em epígrafe, sob o argumento de que apesar de ter prioridade, legalmente assegurada, no pagamento de precatório, o seu pedido de antecipação foi erroneamente indeferido pelo Juízo a quo.

Ora, essa questão de ser ou não legal a prioridade na antecipação de precatório possui claro conteúdo meritório, descabendo, pois, seu exame em sede de preliminar. Desse modo, desloco sua apreciação para o momento oportuno.

Rejeito a matéria argüida em forma de preliminar.

MÉRITO

Insurge-se, o reclamante, contra a decisão de 1º grau, que julgou improcedente o seu pleito.

Alega que, em virtude do seu delicado estado de saúde grave, tem direito ao pagamento de seus haveres, independentemente da ordem de apresentação de precatório, nos termos da Conciliação ocorrida em vários Processos, encabeçados pelo de nº 318/98.

Ab initio, em relação ao aduzido Provimento TRT/SCR nº 001/2005, às fls. 140, ele dispõe sobre a tramitação preferencial dos processos em que figura como parte pessoa portadora de doença grave, o que não implica em antecipação de pagamento de precatório.

Outrossim, vê-se que o termo de acordo acostado aos autos, às fls. 127/131, no qual também se ampara, para ter direito de preferência, não tem qualquer relação com o processo de execução originário, consoante bem esclareceu o Juízo a quo, às fls. 143.

Por outro lado, do exame acostado às fls. 115, vê-se que realmente o agravante é portador de uma doença grave, câncer, o que foi corroborado pelos atestados de fls. 113 e 114, expedidos, pelo Hospital Napoleão Laureano, onde constam que ele estava em acompanhamento ambulatorial pelo CID C-67, que diz respeito a "Neoplasia maligna da bexiga".

É bem verdade que, neste processo, não há nenhuma prova de que houve qualquer irregularidade no estabelecimento do precatório. Tampouco se pode cogitar de autorização legal expressa para o pleito do agravante.

Sucedem que os trajetos percorridos nos campos do Direito não estão balizados apenas pela lei. Ausência de lei não significa carência de plausibilidade jurídica.

Esse é o caso dos autos, onde se evidencia, claramente, a existência de zonas de tensão entre princípios jurídicos que encontram abrigo constitucional.

Se a sistemática de precatórios pode ser considerada como autêntico princípio constitucional apto a reger situações como a dos autos — onde a Fazenda Pública está obrigada a adimplir obrigação imposta por título executivo judicial, mediante gozo de privilégio constitucionalmente estipulado —, chocam-se ele com os princípios da efetividade da tutela jurisdicional, da dignidade da pessoa humana e, indubitavelmente, do direito à vida, que se vêem ameaçados de vulneração, ante à tardança no pagamento do que é devido ao agravante e, principalmente, pela deterioração de seu estado de saúde, em razão da grave moléstia que o aflige.

A temática não é nova no âmbito dos Tribunais e, como razões de decidir, *mutatis mutandis*, transcrevo voto da lavra de Sua Excelência o Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz, integrante da 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, proferido nos autos do Processo n.º 2002.04.01.04255-9/PR, e acompanhado à unanimidade em julgamento proferido em 27.02.2003, com publicação no DJU de 19.03.2003, Pág. 635. Verbis:

"Pretende o autor, com o presente recurso, obter tutela antecipada em sede de execução, para o recebimento direto de seu crédito, ou seja, sem submeter-se ao regime de precatório, o qual já foi expedido, sob o argumento de estar seriamente doente e em estado de necessidade que não lhe permite aguardar o pagamento pela via legal do precatório.

É certo que o valor objeto da execução excede o limite de dispensa legal do precatório (R\$12.000,00).

A primeira questão que surge diz respeito à possibilidade de se antecipar a tutela em sede de execução. Embora de ordinário a tutela antecipada deva ocorrer em processo de conhecimento, não existe vedação legal à sua concessão no processo de execução. As hipóteses são restritas, e, dentre elas, na execução contra a Fazenda Pública, pode-se referir o pagamento antecipado do débito, com dispensa parcial ou total do precatório requisitório. Com efeito, da expedição do precatório, até o efetivo pagamento, transcorre um lapso de tempo razoável, durante o qual pode o credor deparar-se com situação que recomende a imediata satisfação do débito.

Se no processo de conhecimento, o autor, que ainda não teve reconhecido seu direito, pode ser favorecido com a antecipação da tutela, no processo de execução, com muito mais razão, pois o exequente já teve reconhecido seu direito e se está diante de um título executivo líquido e certo.

A demora na efetiva satisfação do direito violado e, em conseqüência, na entrega do bem da vida ao seu titular poderá representar violação ao princípio da efetividade da prestação jurisdicional.

A regra do precatório, que constitui verdadeiro princípio aplicável às execuções promovidas contra a Fazenda Pública, não é absoluta. Eventualmente, diante de situações verdadeiramente caracterizadas pela excepcionalidade, poderá ceder em benefício da eficácia da prestação jurisdicional. Este me parece o caso concreto. Estamos diante de uma evidente colisão de princípios constitucionais.

A propósito do tema colisão de princípios fundamentais, *mutatis mutandis*, pode-se invocar considerações que fiz no livro *Manual da Tutela Antecipada* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 117/119):

'Ao enfrentamento do tema, é preciso não perder de vista que a Constituição impõe um sistema aberto de princípios, admitindo, portanto, a existência do que Canotilho chamou de fenômenos de tensão entre os princípios. Para o mestre de Coimbra, a pretensão de validade absoluta a certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a conseqüente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental. Por isso, o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios e a necessidade de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflitos, a uma lógica do 'tudo ou nada' (all-or-nothing), antes, podem ser objeto de ponderação e concordância prática, consoante o seu 'peso' e as circunstâncias do caso.

A solução para o que a doutrina denomina de antinomias jurídicas impróprias entre princípios constitucionais não leva necessariamente à aniquilação de um dos princípios em tensão. A escolha pelo intérprete, ao privilegiar, no caso concreto, um dos princípios, não representa a desatenção ou total desobediência ao outro, que não resta, de rigor, sacrificado ou

extirpado do sistema, isto porque se poderá dele lançar mão em outra situação ou em outro momento. Para Eros Roberto Grau, isto representa que, 'em cada caso, armam-se diversos jogos de princípios, de sorte que diversas soluções e decisões, em diversos casos, podem ser alcançadas, umas privilegiando a decisividade de certo princípio, outras a recusando'. É certo, porém, que a solução de toda a colisão entre direitos fundamentais (ou princípios) pressupõe limitações ou sacrifícios.

Teori A. Zavascki, em sua magistral obra *Antecipação da Tutela*, trespassando para o processo civil a teoria dos princípios de Robert Alexy, explica que os provimentos provisórios, gênero em que está compreendida a tutela antecipatória, são exatamente os instrumentos destinados a harmonizar e dar condições de convivência simultânea aos direitos fundamentais da segurança jurídica (art. 5º, LIV e LV) e da efetividade da jurisdição (art. 5º, XXXV). Justifica-se a existência de regras que limitam o exercício de direitos fundamentais, para que não se sacrifiquem outros (colisão de direitos fundamentais sob tensão). Diante dos efeitos negativos do tempo no processo, muitas vezes resta vulnerado o princípio da efetividade da jurisdição. A solução sugere que ambos os direitos sobrevivam, ainda que limitados, pela outorga de medidas de caráter provisório tendentes a superar situações de risco de perecimento de qualquer um destes direitos. Uma das técnicas que se coloca à disposição do juiz é antecipação da tutela (a outra é a cautelar). Todavia, a técnica de antecipação da tutela cobra observância a determinados princípios, que são os seguintes: a) princípio da necessidade (existência real da colisão de direitos), b) princípio da menor restrição possível (proibição de excessos), e c) princípio da salvaguarda no núcleo essencial (preservação da substância elementar do direito fundamental).

Da conjugação das regras antes citadas, que são singularmente explicitadas por Teori Zavascki, pode-se chegar à indispensável e imperiosa atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. São estes princípios que impõem ao juiz ponderar os interesses e direitos em conflito, para adotar a solução mais justa e adequada ao caso concreto, quer seja harmonizando e integrando-os, quer seja atribuindo a uns preponderância em relação a outros, mas sempre buscando a

paz social e a preservação dos direitos e garantias constitucionais. Em caso de conflito, diz Karl Larenz, 'se se quiser que a paz jurídica se restabeleça, um ou outro direito (ou um dos bens jurídicos em causa) tem que ceder até um certo ponto perante o outro ou cada um entre si. A jurisprudência consegue isto mediante uma 'ponderação' dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo conforme o 'peso' que ela confere ao bem respectivo na respectiva situação'.

Diante da colisão de princípios, já se disse, é preciso verificar qual dos princípios possui maior peso diante das circunstâncias concretas. Avulta, no que se convencionou chamar de ponderação, a importância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. A razoabilidade, num primeiro estágio, vai apontar qual o princípio deve ser privilegiado, com base na axiologia constitucional, ou seja, nos valores que a Constituição preza. A proporcionalidade, em uma segunda operação, vai atuar no sentido de evitar que a mitigação de um dos princípios imponha sacrifício de seu enunciado capaz de impedir a sua realização. Irá definir os critérios de delimitação da relação meio-fim, assegurando a restrição na exata medida do necessário e evitando excessos. Vai salvar o núcleo essencial do direito tutelado pelo princípio que sofre a intervenção.

Alexy trabalha com o que convencionou chamar de 'máxima de proporcionalidade', que compreende três máximas parciais: a da adequação, a da necessidade (postulado do meio mais benéfico) e da proporcionalidade em sentido estrito (postulado da ponderação propriamente dito). As duas primeiras estão relacionadas com as possibilidades fácticas, e a outra com a possibilidade jurídica de realização da norma de direito fundamental.

O mesmo Robert Alexy, em outra obra, assinala: 'É a grande vantagem da teoria dos princípios que ela pode evitar um tal correr no vazio dos direitos fundamentais sem conduzir ao entorpecimento. Segundo ela, a questão de que uma intervenção em direitos fundamentais esteja justificada deve ser respondida por uma ponderação. O mandamento da ponderação corresponde ao terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade do direito constitucional alemão. O primeiro é o princípio da idoneidade do meio empregado para o alcance do resultado com ele pretendido; o segundo, o da necessidade

desse meio. Um meio não é necessário se existe um meio mais ameno, menos interventor'.

O exercício dos direitos fundamentais não é absoluto, podendo sofrer restrições. Portanto, quando seu exercício se encontra em conflito com outros, ameaçados de perecimento, obedecidos os princípios antes citados, mas especialmente observadas as medidas da necessidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, admite-se que possam sofrer restrições ou intervenções. Daí dizer-se que a tutela antecipada visa exatamente evitar que o direito fundamental da efetividade da prestação jurisdicional seja aniquilado, diante de situações de direito evidente e de urgência, que justificam a mitigação do direito fundamental da segurança jurídica. Neste sentido o escólio de Jairo Schäfer: 'Em verdade, a admissibilidade teórica das restrições a direitos em um regime democrático é impositivo de caráter lógico, uma vez que a necessária convivência prática de diversos direitos determina limitações recíprocas, evitando, com isso, que o exercício absoluto de pretensões possa gerar o próprio aniquilamento das esferas constitucionalmente protegidas. Os direitos fundamentais embora sejam detentores da característica de imprescritibilidade, não são direitos absolutos, pois no ordenamento jurídico, como sistema que é, todos os direitos são limitados, por se encontrarem em relação próxima entre si e com os outros bens constitucionalmente protegidos'.

A regra do precatório não é absoluta e o princípio da razoabilidade impõe que se prestigie, no caso concreto, por seu maior peso, o princípio da efetividade da prestação jurisdicional, e, porque não dizer, o princípio da dignidade da pessoa humana. O valor do débito (R\$ 42.159,28), como se disse, excede o limite tolerado para dispensa do precatório (sessenta salários mínimos). Comprovado o risco de dano irreparável a que se submeterá o exequente se tiver de aguardar o pagamento pela demorada via do precatório, porquanto se encontra acometido de doenças graves (câncer de pele e hipertensão arterial) e em estado de necessidade irrefutável, seja para o tratamento de suas patologias, seja para a manutenção de seu sustento, deverá a regra do precatório ser mitigada. Não fosse só a gravidade inequívoca da doença, o requerente conta 68 anos de idade, fator

que faz ainda mais premente a necessidade de obtenção do provimento antecipatório.

A solução que melhor atende ao princípio da proporcionalidade, em especial às regras da necessidade, da idoneidade dos meios, da manutenção do núcleo essencial do princípio mitigado e da menor intervenção possível na esfera patrimonial do afetado pela medida antecipatória, sugere que a medida autorize apenas o pagamento imediato do valor equivalente ao que poderia ser pago independentemente da expedição de precatório, tomado como parâmetro operativo, no caso, a Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001), que permite o pagamento direto de valor correspondente a 60 (sessenta) salários mínimos. A propósito do tema, convém lembrar que a autorização legal de dispensa do precatório encontra fundamento no § 3º do art. 100 da Constituição Federal, o qual, de sua vez, constitui exceção à regra de que os débitos fazendários serão satisfeitos mediante procedimento requisitório dirigido ao Tribunal respectivo. Não se alegue, portanto, a necessidade de prévia dotação orçamentária, quando o próprio legislador constituinte, com a regra de exceção, acabou por afastá-la nas hipóteses de débitos de pequeno valor.

Evidentemente que não se aplicará ao caso o disposto no § 5º do art. 128 da Lei nº 8.213/91 – com a redação da Lei nº 10.099/2000 -, segundo o qual a 'opção exercida pela parte para receber os seus créditos na forma prevista no caput implica a renúncia do restante dos créditos porventura existentes e que sejam oriundos do mesmo processo'. O dispositivo legal em questão pressupõe livre manifestação da vontade do titular do direito, o que não é o caso dos autos. Aqui o pedido antecipatório tem fundamento, para fazer uso de linguagem superlativa, na urgência urgentíssima do segurado. As condições dramáticas geradas pela doença grave e pela idade avançada é que o impeliram à formulação do pedido antecipatório. Sem medo de cometer qualquer exagero, pode-se afirmar que a realidade o compeliu a pedir a tutela antecipada. De alguém que atua desse modo pressionado pelas circunstâncias desfavoráveis, não se pode dizer que agiu livremente. A hipótese de renúncia do valor excedente, portanto, fica desde logo descartada. Se o exequente não está renunciando ao saldo remanescente – e isso resulta evidente do fato de ele ter pedido o pagamento

imediatamente do valor integral inscrito em precatório -, não se há de invocar também a regra do § 4º do art. 100 da Constituição Federal – acrescentado pela EC nº 37 -, que veda o 'fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, afim de que seu pagamento se faça, em parte, na forma estabelecida no § 3º deste artigo e, em parte, mediante expedição de precatório', regra que, de resto, repete dispositivo idêntico da Lei dos Juizados Especiais (art. 17, § 3º). O dispositivo, que tem por objetivo evitar a subversão do regime que instituiu o pagamento direto das obrigações de pequeno valor, não vai ao ponto de impedir que se defira, como no presente caso, a antecipação da tutela executiva que tenha por objeto parte do valor devido pela Fazenda. Aqui, a regra geral cede lugar ao regime de exceção que fundamenta os provimentos antecipatórios, e o 'fracionamento' torna-se plenamente justificável."

Aliás, em recente decisão em Processo de nº AG nº 80-2004-000-22-40-0, o TRT do Piauí decidiu em mesmo sentido, verbis:

"PRECATÓRIO – CREDOR PORTADOR DE DOENÇA GRAVE – QUEBRA DA ORDEM CRONOLÓGICA – EXCEPCIONAL. PROCEDÊNCIA DO AGRAVO REGIMENTAL. Dá-se provimento a agravo regimental no sentido de priorizar a liberação de precatório, com quebra da ordem cronológica, em favor de credor portador de doença grave, cuja perspectiva de vida poderá ser ampliada com os recursos oriundos do processo, dando a este a utilidade que o ideal de justiça lhe confere."

Inclusive, com absoluta propriedade o Exmo. Relator daquele processo – Francisco Meton, quando explicitou naqueles autos, *ipsis litteris*:

"(...) as tutelas de urgência destinam-se a salvaguardar situações extremas, como no caso relatado nos autos. No estado em que se encontra o requerente, o cumprimento da ordem cronológica do precatório, na ordem em que se encontra – 64º, torna-lo-á inútil, ao passo que, se for dada a prioridade requerida, melhorarão as perspectivas de vida do credor."

"(...) a cronologia numérica constitui critério lógico, o qual deve ceder à cronologia axiológica, quando esteja em sacrifício um valor superior, no caso, a própria vida. Por fim, o Ordenamento Jurídico brasileiro não alberga nenhuma decisão injusta.

Justo, pois, que se abra a exceção à ordem cronológica dos precatórios, até porque são as exceções que justificam as regras."

Ademais, em situações análogas, o Juízo a quo já tinha anteriormente concedido esse privilégio de pagamento preferencial a outras pessoas, bem como, ao próprio recorrente, noutro acordo que fez perante o Juízo da Vara do Trabalho de Sousa, conforme informação de fls. 133.

Em assim sendo, entendo que merecem amparo as alegações recursais, e, portanto, há de ser-lhe concedido o pagamento antecipado do precatório, conforme pleiteado.

Logo, conheço do Agravo de Petição e dou-lhe provimento para determinar o pagamento do devido ao agravante, relativo ao acordo firmado nestes autos, sem necessidade de sujeição à execução indireta.

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Terceira Região, com a presença da Representante da Procuradoria Regional do Trabalho, Exma. Sra. Dra. Francisca Helena Duarte Camelo, por unanimidade, rejeitar a preliminar de não conhecimento do agravo suscitado pelo agravado; por unanimidade, rejeitar a preliminar de nulidade do processo por cerceamento do direito de defesa; Mérito: por maioria, com o voto de desempate da Exma. Sra. Juíza Presidente dos trabalhos, dar provimento ao agravo de petição para determinar o pagamento do devido ao agravante, relativo ao acordo firmado neste autos, sem necessidade de sujeição à execução indireta, vencido o Exmo. Sr. Juiz Revisor e contra os votos dos Exmos. Srs. Juízes Ana Maria Ferreira Madruga e Francisco de Assis Carvalho e Silva que lhe negavam provimento.

João Pessoa, 20 de julho de 2005

CARLOS COELHO DE MIRANDA FREIRE
JUIZ RELATOR

CIENTE

FRANCISCA HELENA DUARTE CAMELO
REPRESENTANTE DO MPT

PROC. NU.: 00336.1992.011.13.00-2
AGRAVO REGIMENTAL
AGRAVANTE: UNIÃO FEDERAL
AGRAVADO: JUIZ RELATOR DO AG Nº 00336.1992.011.13.00-2
PUBLICADO NO DJ/PB EM 20/06/2005

EMENTA:

AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO QUE INDEFERE RETIFICAÇÃO DOS CÁLCULOS. INADMISSIBILIDADE. O agravo regimental não constitui meio processual idôneo à desconstituição de decisão que indefere pedido de refazimento dos cálculos em sede de precatório, sobretudo quando se trata de matéria já decidida na fase de execução da reclamação trabalhista.

Vistos etc.

Trata-se de Agravo Regimental interposto pela UNIÃO FEDERAL por não se conformar com a decisão proferida nos autos do Processo nº 14719/2004, que negou seguimento ao Agravo Regimental nº 00336.1992.011.13.00-2.

Alega a União Federal que o agravo regimental é o recurso cabível para atacar as decisões proferidas pela Presidência do Tribunal em sede de precatórios. Cita o artigo 70, inciso I, do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho em abono a sua tese, afirmando que a relação constante do artigo 155, inciso IV, do Regimento deste Egrégio Tribunal não é exaustiva.

Acrescenta que a competência para os Tribunais elaborarem seus regimentos foi conferida pela Constituição Federal, que determina expressamente a observância das normas de processo e das garantias processuais das partes e a interpretação exaustiva do supracitado dispositivo da norma interna deste Regional, viola as garantias previstas no artigo 5º, incisos LIV e LV da Carta Magna.

O Ministério Público do Trabalho, às fls. 102/104, opina pelo conhecimento e não provimento do agravo regimental.

É o relatório.

VOTO

Conheço do agravo regimental, eis que aviado a tempo e a modo.

Antes de enfrentar o âmago do problema, convém registrar que o agravo regimental também constitui o meio processual idôneo para atacar decisão monocrática que nega seguimento a agravo regimental, conforme artigo 155, inciso IV, do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal.

A agravante insurge-se contra decisão do relator que negou seguimento ao agravo regimental por ela interposto, contra o indeferimento da elaboração de cálculos em requisitório de precatório.

Sustenta a União Federal que o agravo regimental é o recurso cabível para atacar as decisões proferidas pela Presidência do Tribunal em sede de precatórios. Cita o artigo 70, inciso I, do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho em abono a sua tese, afirmando que a relação constante do artigo 155, inciso IV, do Regimento deste Egrégio Tribunal não é exaustiva.

Acrescenta que a competência para os Tribunais elaborarem seus regimentos foi conferida pela Constituição Federal, que determina expressamente a observância das normas de processo e das garantias processuais das partes e a interpretação exaustiva do supracitado dispositivo da norma interna deste Regional, viola as garantias previstas no artigo 5º, incisos LIV e LV da Carta Magna.

Sobre a matéria disciplina o Regimento Interno desta Casa:

“Art. 155. Cabe agravo regimental para o Tribunal, no prazo de 08 (oito) dias a contar da ciência ou intimação:

I – das decisões do Presidente:

- a) que trancar o andamento do processo ou de recurso em que não caiba recurso específico;
- b) que deferir ou indeferir pedido de seqüestro em precatório”.

Assim, à luz da norma interna corporis, o agravo regimental não é meio idôneo para atacar decisão que indefere pedido de refazimento dos cálculos em sede de precatório.

Não cabe aqui a interpretação ampliativa pretendida pela agravante. O texto do Regimento Interno é claro e taxativo.

Talvez não tenha ocorrido à agravante que a ausência de previsão de oposição de recurso neste caso deveu-se à natureza administrativa do procedimento. Presume-se que quando o valor do crédito do empregado já é objeto de precatório, encerrada está a discussão acerca do quantum devido, travada em sede de execução, na qual foi assegurada às partes todas as garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, tal como previsto no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Carta Magna.

Esta certeza é maior em se tratando de débito da União Federal, que possui um quadro de brilhantes advogados, sempre atentos aos procedimentos e prazos processuais aplicáveis à execução trabalhista.

Não é justo, portanto, que além das oportunidades deferidas às partes na fase de execução, e neste ponto a União já goza de privilégios, uma interpretação ampliativa venha possibilitar a rediscussão de matéria exaustivamente debatida, com flagrante prejuízo ao credor, face a demora da efetiva prestação jurisdicional, e a própria imagem da Justiça do Trabalho em nossa sociedade.

De outra parte, a invocação do artigo 70 do Regimento Interno do TST não socorre a agravante.

Diz o citado dispositivo:

“Art. 70. Compete ao Tribunal Pleno dar posse aos Membros eleitos para os cargos de Direção e aos Ministros nomeados para o Tribunal e:

I – em matéria judiciária:

(...)

julgar os recursos ordinários opostos a agravo regimental e a mandado de segurança que tenha apreciado despacho do Presidente de Tribunal Regional em sede de precatório;”

Ao contrário do que afirma a agravante, o artigo 155 do nosso Regimento Interno, já citado, está em perfeita consonância com o Regimento Interno do TST, porque prevê o manejo do agravo em sede de precatório, a exemplo do caso de seqüestro. Assim, a possibilidade de recurso ordinário oposto a agravo regimental contra despacho do Presidente do Tribunal Regional em sede de Precatório não está afastada.

Por outro lado, o que pretendeu a agravante foi afastar o cômputo dos juros de mora em Precatório Complementar, matéria já exaustivamente discutida na fase de execução da reclamação trabalhista, consoante acórdão de fls. 31/36, já transitado em julgado. Perfeitamente aplicável à hipótese, pois, a Orientação Jurisprudencial nº 02 do Tribunal Pleno do TST, que assim dispõe:

ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO TRIBUNAL PLENO 2. PRECATÓRIO. REVISÃO DE CÁLCULOS. LIMITES DA COMPETÊNCIA DO PRESIDENTE DO TRT. DJ 09.12.03 O pedido de revisão dos cálculos, em fase de precatório, previsto no art. 1º-E da Lei nº 9.494/97, apenas poderá ser acolhido desde que: a) o requerente aponte e especifique claramente quais são as incorreções existentes nos cálculos, discriminando o montante que seria correto, pois do contrário a incorreção torna-se abstrata; b) o defeito nos cálculos esteja ligado à incorreção material ou à utilização de critério em descompasso com a lei ou com o título executivo judicial; e c) o critério legal aplicável ao débito não tenha sido objeto de debate nem na fase de conhecimento, nem na fase de execução (grifo nosso).

Em face do exposto, não conheço do agravo regimental por inadequação da via eleita.

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, com a presença do Representante da Procuradoria Regional do Trabalho, Exmo. Sr. Dr. Márcio Roberto de Freitas Evangelista, por unanimidade, não conhecer do Agravo Regimental por inadequação da via eleita.

João Pessoa, 10 de maio de 2005.

ANA MARIA FERREIRA MADRUGA
Juíza Relatora

CIENTE EM

MÁRCIO ROBERTO DE FREITAS EVANGELISTA
Representante do MPT

PROC. NU.: 00775.2003.008.13.01-9
PUBLICADO NO DJ/PB EM 17/03/2005

AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVANTE: BANCO ABN AMRO REAL S.A

AGRAVADO: ANTÔNIO AUGUSTO CAROLINO DE MELO FILHO

E M E N T A:

INTIMAÇÃO DO ADVOGADO DA PARTE PARA AUDIÊNCIA – DESNECESSIDADE – CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO – Havendo norma expressa na CLT que permite a intimação da parte ou de seu representante, não se pode reconhecer nulidade por cerceamento de defesa, diante da falta de intimação do advogado, se o reclamante foi regularmente notificado para a audiência a que deveria comparecer. Exegese do art. 852 da CLT. Recurso desprovido.

Vistos etc.

Agravo de instrumento oriundo da 2ª Vara do Trabalho de Campina Grande/PB, interposto em face do despacho à fl. 137, pelo qual se denegou seguimento, por intempestivo, ao recurso ordinário oferecido pelo BANCO ABN AMRO REAL S.A, nos autos do processo em que contende com ANTÔNIO AUGUSTO CAROLINO DE MELO FILHO.

O agravante pugna pelo destrancamento do recurso, alegando irregularidade e nulidade da notificação expedida à fl. 96, para ciência da sentença, porque dirigida diretamente ao reclamado, sem indicação do seu procurador, violando expressamente os artigos 39, I, 125, I, 236, § 1º, e 242 do CPC; 774 e 791, § 1º, da CLT; 5º, LV, e 133 da CF, de que resultaria cerceamento do direito de defesa e afronta ao contraditório (fls. 2/12).

O agravado ofereceu contraminuta ao agravo de instrumento e ao recurso ordinário às fls. 140/145 e 155/163.

O representante do Ministério Público do Trabalho deixou de opinar, por entender que inexistente interesse público na demanda, ressalvando a faculdade de pronunciar-se verbalmente ou de pedir vista dos autos na sessão de julgamento, caso entenda necessário (fl. 169).

É o relatório.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

Conheço do recurso, eis que regularmente interposto.

MÉRITO

O Juízo a quo, entendendo regular a notificação à fl. 96, nos termos da CLT, art. 852, não admitiu o recurso ordinário do reclamante, por intempestivo.

Afirma o agravante que o seu apelo deve ser conhecido porque a notificação da decisão ordinária não se revestiu de regularidade, visto que dirigida

diretamente à parte, sem indicação do seu patrono, violando a Constituição Federal, arts. 5º, LV, e 133, a legislação processual civil e trabalhista traduzida no CPC, art.774, e na CLT, art. 791, § 1º, caracterizando cerceio de defesa.

Sem razão.

O fato de não ter havido a intimação do patrono do reclamado não acarreta nulidade, tendo em vista que a notificação à fl. 96 foi endereçada diretamente à parte, no endereço por ela indicado na contestação, à fl. 25, restando atendido o disposto no art. 852 da CLT, que assim dispõe:

Art. 852. Da decisão serão os litigantes notificados, pessoalmente ou por seu representante, na própria audiência. No caso de revelia, a notificação far-se-á pela forma estabelecida no § 1º do art. 841.

Assim, havendo norma expressa na CLT que permite a intimação da parte ou de seu representante, não se pode reconhecer nulidade por cerceamento de defesa, diante da falta de intimação do advogado, se o reclamado foi regularmente notificado.

Nesse sentido, cito precedente do Tribunal Superior do Trabalho:

INTIMAÇÃO DO ADVOGADO DA PARTE PARA AUDIÊNCIA – DESNECESSIDADE – CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO – Não há cerceamento de defesa diante da falta de intimação do advogado se o reclamante foi regularmente intimado para audiência em que deveria comparecer. Exegese do art. 852 da CLT – Recurso não conhecido (TST – ERR 275593/1996 – SBDI-1 – Rel. Min. Vantuil Abdala – DJU 03.12.1999 – p. 47).

Ademais, a nomeação de advogado, em processo que corre perante esta Justiça Especializada, não retira o direito de atuação da parte, que detém o jus postulandi.

No particular, também permito-me transcrever ementa de decisão proferida pelo C. TST, a qual, mutatis mutandis, traduz a questão dos autos:

NOTIFICAÇÃO DE ADVOGADO – AÇÃO RESCISÓRIA. Na Justiça do Trabalho em que se admite o jus postulandi, a própria Consolidação das Leis do Trabalho, ao dispor acerca das intimações da decisão, prevê em seu art. 834 que elas poderão ser feitas aos litigantes ou a seus patronos, concluindo-se daí que a notificação da mudança do dia do prosseguimento da audiência alcança a sua finalidade quando é feita somente à

parte, não restando violados os artigos 133 da Constituição Federal, 1º da Lei 8.906/1994 e 237, I, da Lei Adjetiva Civil (TST-ROAR-182.195/95, Relatora Ministra Cnea Moreira, DJ 18.10.96).

Registre-se, outrossim, que a notificação da decisão que trancou o recurso ordinário (fls. 137/138) foi dirigida exclusivamente à parte reclamada, o que não impediu que seu procurador dela tivesse conhecimento, tanto que interpôs o presente apelo dentro do prazo legal.

Assim sendo, a notificação postal, entregue no endereço da parte, não viola o seu direito de defesa, tampouco os preceitos normativos enfocados pelo agravante, inclusive de índole constitucional, que restam ílesos.

Isto posto, nego provimento ao agravo de instrumento.

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, por unanimidade, negar provimento ao Agravo de Instrumento.

João Pessoa, 15 de fevereiro de 2005

VICENTE VANDERLEI NOGUEIRA DE BRITO

Juiz no exercício da Presidência

EDVALDO DE ANDRADE

Juiz Relator

RILDO ALBUQUERQUE MOUSINHO DE BRITO

Procurador-Chefe do MPT

PROC. NU.: 00384.1996.001.13.00-7
PUBLICADO NO DJ/PB EM 15/07/2005

RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE: TELEMAR NORTE LESTE S.A.

RECORRIDO: FRANCISCO MARIA FERREIRA DE ARAÚJO

E M E N T A:

EMPREGADO INCAPAZ. DISTÚRBO PSÍQUICO. DISPENSA. NULIDADE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. Constatado que o empregado foi dispensado quando incapacitado por acometimento de doença psíquica,

devidamente atestada mediante perícia realizada pelo Órgão Previdenciário e ratificada por decisão judicial proferida em sede de Ação de Interdição, não há falar em reforma da decisão que anulou o ato demissional, produzido em ofensa aos preceitos do art. 9º da Consolidação das Leis do Trabalho. Recurso a que se nega provimento.

Vistos etc.

Trata-se de Recurso Ordinário proveniente da 1ª Vara do Trabalho de João Pessoa/PB, nos autos da Ação de Consignação em Pagamento, com Reconvênção, em que litigam TELEMAR NORTE LESTE S.A. (consignante-reconvinda) e FRANCISCO MARIA FERREIRA DE ARAÚJO (consignatário-reconvinte), recorrente e recorrido, respectivamente.

Em sentença prolatada às fls. 250/254, o Juízo a quo julgou improcedente a consignação em pagamento e procedente em parte a reconvênção, para declarar nula a dispensa perpetrada pela empresa e condená-la a reintegrar o reclamante, com o pagamento de salários vencidos, bem como o restabelecimento das vantagens decorrentes do cargo que exercia na época da dispensa, com a adoção das providências discriminadas na fundamentação, que passou a integrar o dispositivo como se nele estivesse transcrito.

Embargos de Declaração opostos pela consignante, às fls. 257/260, acolhidos para conhecer da preliminar de incompetência absoluta da Justiça do Trabalho e rejeitá-la, nos termos da fundamentação, parte integrante do dispositivo (fl. 263).

Inconformada, a consignante-reconvinda interpôs recurso ordinário, às fls. 268/281, arguindo as preliminares de nulidade da decisão de fl. 263, proferida em sede de embargos de declaração, por falta de fundamentação, e de impossibilidade jurídica do pedido de reintegração do obreiro, diante da incapacidade absoluta para os atos da vida civil e trabalhista. No mérito, aduz que a decisão de piso há de ser modificada, uma vez que a rescisão contratual se deu nos moldes da legislação em vigor, pelo que não poderia o Juízo de primeiro grau tê-la invalidado, do contrário, inválido seria, também, o Atestado de Saúde Ocupacional – ASO, passado por médica da empresa, em 26.02.1996, e sequer impugnado pelo recorrido, estando, inclusive, amparado pela conclusão da perícia do INSS (fl. 50), que atestou a capacidade do mesmo para o trabalho; que a incapacidade do recorrido só foi constatada em 13.10.2003, com a decisão que julgou procedente o pedido de interdição (fl. 160), enquanto que no ato da rescisão, efetivada em 29.02.1996, o mesmo encontrava-se capacitado; que a retroação dos efeitos da interdição ao início da doença, ao contrário do decidido, não é suficiente para invalidar o ato da dispensa, posto que volta no tempo, mas não tem um ponto inicial definido; que também não restou caracterizado o nexo de causalidade entre trabalho e doença, cujo ônus, por se tratar de fato constitutivo de direito, era do recorrido, do qual não se desincumbiu; que, por outro lado, a

reintegração de empregado acometido de doença mental, com o pagamento dos salários do período, constitui um verdadeiro contra-senso, uma vez que esta atribuição seria de responsabilidade da Previdência Social, em função da suspensão do contrato de trabalho. Requer o provimento do apelo para o fim de declarar nula a decisão de piso, com a consequente remessa dos autos à Vara do Trabalho de origem, a fim de que nova decisão seja proferida, ou, caso assim não se entenda, julgar totalmente improcedentes os pedidos contidos na reconvenção.

Depósito recursal efetuado e custas pagas (fls. 282/283).

Contra-razões às fls. 287/291.

Despacho deste Relator, à fl. 295, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho para, nos termos do art. 112 da Lei Complementar nº 75, de 20.05.1993, c/c o art. 82 do Código Processual Civil, emitir parecer.

O Ministério Público do Trabalho, em parecer às fls. 297/302, manifesta-se pela rejeição das preliminares de nulidade da sentença e de impossibilidade jurídica do pedido de reintegração e, no mérito, pelo conhecimento e desprovimento do Recurso Ordinário, para que seja mantido incólume o comando sentencial de primeiro grau.

É o relatório.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

Conheço do recurso, eis que preenchidos os pressupostos legais de admissibilidade.

preliminar de nulidade da decisão proferida em sede de embargos de declaração por falta de fundamentação, ARGUIDA NAS RAZÕES DO RECURSO

A consignante arguiu a presente preliminar, ao fundamento de que a decisão de fl. 263 não foi devidamente fundamentada, contrariando a determinação contida no art. 93, IX, da Constituição Federal, tendo em vista que, nos embargos de declaração, foi renovada a preliminar de incompetência da Justiça do Trabalho, assim como arguida a de impossibilidade jurídica do pedido de reintegração e, ainda, a contradição acerca da determinação para o pagamento de salários vencidos; no entanto, na decisão que se pretende anular, só foi abordada a preliminar de incompetência, acolhendo-se os embargos para, ao final, rejeitar a preliminar.

A preliminar não merece acolhida.

Como se sabe, a declaração de nulidade de uma sentença é medida extremada, que causa retardo ao andamento do processo e, conseqüentemente, à pacificação do conflito. No caso vertente, entendo que a anulação se mostra incabível.

Com efeito, ao apreciar os Embargos de Declaração, suprindo omissão existente no julgado embargado, o Juízo de primeiro grau assim fundamentou:

“In casu, sustenta o embargante que a sentença condenatória foi omissa, porque não apreciou a preliminar de incompetência absoluta da Justiça do Trabalho para processar e julgar causa de natureza previdenciária.

Com efeito, o comando sentencial foi omissos conforme assevera o embargante.

Suprindo a omissão apontada, conheço da preliminar suscitada para rejeitá-la ao fundamento de que a matéria sub judice não possui natureza previdenciária, conforme se infere do pedido e da causa de pedir.

Embargos que se acolhem.”

Portanto, ainda que de forma sucinta, vislumbra-se, na decisão embargada, conteúdo mínimo indispensável de motivação, para que nela se possa reconhecer o exercício legítimo do poder jurisdicional.

Ademais, a visão ampliada dada pelos arts. 515 e 516 do CPC ao efeito devolutivo da apelação permite a análise e julgamento, pelo tribunal, de questões anteriores à sentença, ainda que não decididas.

A questão relacionada à impossibilidade jurídica do pedido de reintegração constitui inovação à lide, eis que não suscitada na contestação à reconvenção. Além disso, igualmente à matéria lançada como contradição (pagamento de salários vencidos), diz respeito ao mérito da demanda, onde serão analisadas.

Isto posto, rejeito a prefacial.

PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO

Sustenta a arguinte ser juridicamente impossível o pedido de reintegração do obreiro, diante da incapacidade absoluta para os atos da vida civil e trabalhista e, conseqüentemente, para os atos gerados na relação de emprego.

A matéria confunde-se com a de mérito, para onde remete-se a sua apreciação.

Rejeito, como matéria preliminar.

MÉRITO

Insurge-se a recorrente contra a decisão pela qual o Juízo de origem, julgando improcedente a consignação em pagamento e procedente em parte a reconvenção, declarou nula a dispensa perpetrada pela empresa, condenando-a a reintegrar o

consignatário-reconvinte, com o pagamento de salários vencidos e o restabelecimento das vantagens decorrentes do cargo que exercia na época da dispensa. Aduz, para tanto, que a rescisão contratual se deu nos moldes da legislação em vigor, pelo que não poderia o Juízo de primeiro grau tê-la invalidado, uma vez dispensado o recorrido com observância das regras legais e quando em plena capacidade para o trabalho, conforme Atestado de Saúde Ocupacional – ASO, emitido por médica da empresa, em 26.02.1996, e sequer impugnado pelo recorrido, estando, inclusive, amparado pela conclusão da perícia do INSS (fl. 50). Acrescenta que a reintegração de empregado acometido de doença mental, com o pagamento dos salários do período, constitui um verdadeiro contra-senso, uma vez que esta atribuição seria de responsabilidade da Previdência Social, em função da consequente suspensão do contrato de trabalho.

Para uma melhor compreensão do desenrolar deste processo, necessária se faz uma narração sintética dos incidentes ocorridos desde o seu nascedouro.

A presente ação de consignação em pagamento foi ajuizada pela empregadora em 19.03.1996, com o objetivo de efetivar rescisão do contrato de trabalho do consignado, procedida no dia 29.02.1996 (fl. 05), após a cessação do gozo de benefício auxílio-doença junto ao Instituto Nacional do Seguro Social, que resultou no afastamento do empregado, por razões de ordem psiquiátrica que o incapacitou para o trabalho, a princípio, no período de 20.03.1995 a 20.02.1996 (fls. 24/25).

Não obstante ter comparecido à audiência inaugural, realizada em 08.04.1996 (fl. 11), o consignado não se fez assistir por representação sindical, não se fez acompanhar de advogado ou de membro da família, nem apresentou defesa escrita ou oral. Atento à questão, o Juízo de origem adiou a sessão com objetivo de sanear as irregularidades, o que se repetiu, debalde, por inúmeras vezes, situação que perdurou até 19.01.2004, quando a esposa do consignado, já na condição de curadora, nomeada por força de decisão judicial proferida em sede de ação de interdição (fls. 160/161), através de advogado legalmente constituído, atravessou a petição de fl. 157, só então possibilitando a efetiva formação da relação processual, com nova audiência inaugural, realizada no dia 11.03.2004, conforme ata à fl. 177.

Feita esta breve digressão, passemos ao âmago da lide.

O Juízo de primeiro grau analisou detalhadamente a questão, proferindo sentença com total proficiência, daí por que, para mantê-la, adoto sua judiciosa fundamentação como razões de decidir, corrigindo-se os pequenos erros de digitação e material, como o que ocorreu com a troca de “consignatário” por “consignante”, no sexto parágrafo do item 2.0 (É importante frisar... – fl. 251), o que se faz com amparo no art. 833 da CLT, ressaltando que em nada será afetada a sua essência:

“1.0 - Do Valor Atribuído à Consignação.

Verifica-se que o valor atribuído à causa pelo consignante é inferior ao dobro do mínimo legal e incompatível com o valor do pedido que deve corresponder à soma das parcelas consignadas.

Isto posto, atribui-se à ação de consignação, para os devidos fins, o valor de R\$ 11.941,21.

2.0 - Da Consignação em Pagamento e da Reconvenção.

Alega a consignante que o consignatário lhe prestou serviços no período de 01.10.1977 a 29.02.1996, data em que foi dispensado sem justa causa.

Esclareceu que o Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho foi homologado pelo Sindicato da categoria a que pertence o demandado, porém este se recusou a receber as verbas respectivas, e dar-lhe quitação.

Durante a audiência dita inaugural, realizada em abril de 1996, foram revelados os primeiros indícios de que na data da rescisão contratual o reclamante já não se encontrava em pleno uso e gozo de suas faculdades mentais.

Das limitações do estado de saúde mental do consignatário a empresa tinha pleno conhecimento, tanto assim que ela própria registrou que 'ao consignatário foi facultada uma outra solução distinta da dispensa, qual seja, a de aposentadoria por motivo de saúde, o que seria possível ante a realidade, porém, opção recusada pelo consignatário, que pretende provar à sociedade e sua família que está apto ao trabalho, inclusive não necessitando de remédios ou acompanhamento psiquiátrico' (Grifamos).

Ademais, o quadro delineado supra tinha como precedente nada mais nada menos do que o afastamento do obreiro durante mais de ano para tratamento psiquiátrico, conforme atestam os documentos nos autos, resultantes de perícias realizadas pelo órgão oficial da previdência social.

É importante frisar que o retorno do consignatário ao trabalho não se deu por alta médica, mas diante da sua sistemática recusa em se submeter aos exames periciais de estilo. Essa atitude, registrada no relatório de fl. 54v, diga-se de passagem, nem de longe atesta que o paciente estava, de fato, apto para esse fim. Observa-se que a última comunicação de resultado de exame médico data de 16 de fevereiro de 1996, sendo que mantém a conclusão de que permanecia o segurado incapacitado para o trabalho até 20.02.96 (fls. 25).

Ora, seis dias depois da data fixada no mencionado documento, a empresa houve por bem conceder ao consignatário, conforme ata de fl. 11, a faculdade de optar entre 'a dispensa e a aposentadoria por invalidez', como se uma pessoa cujo comportamento refletia, comprovadamente, total ausência de discernimento, pudesse optar por alguma coisa.

Finalmente, por meio de Atestado de Saúde Ocupacional reproduzido às fls. 23, datado de 26.02.96, o reclamante é considerado apto para o trabalho e finalmente demitido em 29.02.96.

Na verdade, o 'exame demissional' que a empresa quer fazer crer que realizou não possui qualquer validade, porque contraria todas as conclusões médicas anteriores e posteriores à sua realização.

Por fim, o TRCT de fls. 05, que traz o carimbo de homologação do Sindicato de Classe, não merece crédito por dois motivos: a uma porque é incontroverso que o consignatário se recusou a receber verbas rescisórias e dar a quitação respectiva, e, a duas, porque não traz em seu bojo a necessária assinatura do empregado, o que corrobora a primeira assertiva.

Tudo bem analisado, conclui-se que na data da dispensa o consignatário sequer possuía discernimento que lhe permitisse avaliar o ato respectivo, movido que estava pelas perturbações mentais de que era portador e, presumivelmente, pelo desejo de voltar a trabalhar para 'resolver sua situação', conforme consta do documento de fls. 56 verso. Aliás, a declaração de interdição de fls., cujos efeitos retroagem ao início da doença mental sofrida pelo autor, causadora de sua incapacidade, é suficiente para invalidar o ato da dispensa efetivada nas condições em que o foi.

Por meio da reconvenção, o consignatário-reconvinte pleiteia a declaração de nulidade da dispensa e o pagamento dos salários do período do injusto afastamento.

Em razão dos fatos até então constatados, é inelutável a conclusão de que a dispensa do reclamante padece de nulidade. Conforme frisamos supra, o estado de saúde do reclamante à época da rescisão contratual exigia da empresa prudência, responsabilidade, respeito à pessoa humana e às normas de proteção ao trabalhador.

Registra-se, de passagem, que em momento algum o consignatário-reconvinte, por meio de sua curadora, alegou a ocorrência de acidente do trabalho. Nesse particular, a defesa da reclamada é equivocada, porque parte de premissa falsa. Em verdade, o reconvinte apenas menciona que a atitude política da empresa, em suprimir gratificação auferida ao longo de algum tempo, refletiu no comportamento do demandante. Porém, é de bom alvitre registrar que essa alteração comportamental, se dali se iniciou, revela apenas um reflexo da doença, porque uma pessoa sã resiste com satisfatória serenidade à perda de uma função de confiança.

Destarte, as limitações e dificuldades sofridas pelo autor só podem ser compreendidas como contratempas e dificuldades naturais decorrentes da própria doença, atribuídas tão-somente à inexorabilidade do destino e não à conduta da empresa.

Todavia, a inaptidão para o trabalho que acarreta o dever da empresa de não dispensar o trabalhador enfermo não resulta apenas de doenças ocupacionais ou do trabalho.

Com efeito, conforme têm ressaltado reiteradamente os tribunais pátrios, a exigência da realização do exame demissional, insculpida no art. 168, II, da CLT, tem como objetivo a definição clara e segura de que o empregado está saudável e suficiente para concorrer a nova colocação no mercado de trabalho, sem risco de ser reprovado em inspeção médica admissional.

Por essa razão, parece-nos transparente que, estando o trabalhador acometido de qualquer enfermidade, seja de que natureza for, é incumbência da empresa encaminhá-lo ao tratamento adequado, repassando, com tal atitude, o ônus de dar assistência ao trabalhador enfermo à Previdência Social, na conformidade do art. 60 da Lei nº 8.213/91, hipótese em que o contrato ficará suspenso, de acordo com o art. 63 do mesmo diploma legal.

A constatação da inaptidão do empregado, evidentemente, só poderá ser detectada por meio de exames médicos periódicos ou, em último caso, pelo exame médico demissional.

Na hipótese dos autos, a empresa não demonstrou que realizava regularmente os exames periódicos, sendo certo que também o exame demissional não retrata o real estado de saúde do empregado no momento da rescisão, já que não possuía, como de fato não possui, capacidade plena para os atos triviais da vida civil.

Diante do exposto, tem-se como irregular o procedimento rescisório perpetrado no momento e nas condições em que o foi, o que implica a nulidade do ato e a obrigação da empresa de reintegrar o reclamante, com o pagamento de salários vencidos, bem como o restabelecimento das vantagens decorrentes do cargo que exercia na época da dispensa.

É certo que a reintegração do reclamante, nas circunstâncias atuais, é meramente formal, haja vista o seu estado de saúde, pois a doença mental que ocasionou o seu primeiro afastamento do trabalho e a declarada incapacidade mental ainda subsistem, conforme atestou o recente laudo médico que fundamentou a sentença de interdição.

Porém, tal providência lhe assegura a manutenção das vantagens relativas a seguro, tranquilidade que se faz importante ao restabelecimento de sua saúde. Assim, deve a empresa, condenada ao pagamento de salários vencidos, providenciar o desconto e o repasse dos descontos obrigatórios para o INSS, COOTEL, GRETEL, SISTEL, SEGURO DE VIDA EM GRUPO II e SEGURO FACULTATIVO, de modo a restabelecer o direito do consignatário-reconvinte a todas as vantagens a que faria jus se estivesse em curso o seu contrato de trabalho desde 26.02.1996 até a reintegração formal.

A partir da reintegração formal, compete à curadora do consignatário-reconvinte adotar, junto à empresa, os procedimentos necessários ao encaminhamento deste à Previdência Social.

O pedido de integração da gratificação de função comissionada ao salário para fins de ressarcimento é improcedente. A percepção de gratificação de função, como se sabe, está condicionada a uma condição que lhe antecede, qual seja, o exercício de função de confiança ou gratificada. No caso, o reconvinte foi destituído da função que exercera por mais ou menos três anos, lapso de tempo que não está respaldado pela

jurisprudência consolidada para os fins pretendidos (OJ n. 45, da SBDI-1-TST).”

Ora, ficou evidente que a empresa tinha conhecimento do estado de saúde do consignatário-reconvinte, bem antes de sua dispensa. E, mesmo assim, não obstante a gravidade do quadro, desistiu de encaminhá-lo, como já vinha anteriormente fazendo, ao tratamento adequado. Além disso, e o que é mais grave, preferiu rescindir o contrato de trabalho.

Não há dúvida, também, de que não houve cessação da incapacidade do consignatário-reconvinte, conclusão a que se chega, não é demais relembrar, pelos esclarecimentos prestados pela própria consignante-reconvinda, na primeira audiência (fl. 11), no sentido de que ao consignatário fora facultada uma outra opção distinta da dispensa, qual seja, a de aposentadoria por motivo de saúde, o que seria possível ante a realidade, porém, pelo mesmo recusada, que pretendia provar à sociedade e à sua família estar apto para o trabalho, inclusive não necessitando de remédios ou acompanhamento psiquiátrico, pretendendo provar isto também a seu filho. Esta opção ofertada pela empresa era possível, à época, em função de convênio firmado com Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, consoante atesta o Ofício nº 62/96, de 15.05.1996, expedido pela Chefe do Posto de Benefícios nº 13-701.002 (fl. 35).

Mediante tal convênio, poderia a empresa encarregar-se, relativamente a seu empregado e respectivos dependentes, de processar requerimento de benefício, preparando-o e instruindo-o de maneira a ser despachado pela previdência social; submeter o requerente a exame médico, inclusive complementar, encaminhando à previdência social o respectivo laudo, para efeito de homologação e posterior concessão de benefício que dependesse de avaliação de incapacidade; e pagar benefício. É o que se depreende do Regulamento da Previdência Social, em seu art. 311, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99.

Em reforço aos fatos acima aduzidos, como oportunamente reportado no Parecer do Ministério Público do Trabalho, de se acrescentar que, instado por diversas vezes a prestar as informações necessárias ao deslinde da controvérsia, o INSS, através do Chefe Regional de Perícias Médias, as prestou, nos seguintes termos (fl. 50), in verbis:

“Em atenção ao vosso Ofício 1ª JCY nº 193/96, de 24.04.1996, informamos a Meritíssima Senhora Juíza do Trabalho, Dra. Ana Paula Azevedo, que o segurado Francisco Maria Ferreira de Araújo, de acordo com o observado nos seus antecedentes médico-periciais foi examinado pela perícia médica inicialmente em 24.02.95, sendo considerado incapacitado com diagnóstico CID 308.9/9 (Reação Aguda ao ‘Stress’ não especificado). Nos exames subseqüentes, permaneceu incapacitado com diagnóstico 298.9/0 (Psicose não especificada). Finalmente, em 16.02.96, foi examinado pela médica-perita supervisora, Dra. Maria Saneide de Paiva Pinheiro, psiquiatra, e considerado APTO para o trabalho a partir de 21.02.96, embora portador de patologia mental CID 309.4/5 (Reação de Ajustamento). Em anexo enviamos cópia da documentação solicitada.”
(Destaques nossos.)

A documentação anexada, remetida pelo INSS às fls. 51/56, revela o histórico médico-pericial do consignatário-reconvinte, no período em que permaneceu afastado, no gozo de auxílio-doença.

De maneira que, a despeito de toda a resistência imposta pelo empregado, a empresa tinha a obrigação de, juntamente ao órgão previdenciário e aos familiares daquele, utilizar de todos os meios possíveis, em último caso até mesmo provocar o ajuizamento da competente Ação de Interdição, no intuito de encaminhá-lo, pelas vias legais pertinentes, até a aposentação por invalidez, porém, jamais aproveitar-se de uma “situação aparentemente desfavorável ao empregado” (na realidade não era), resumida na cessação indevida do gozo do benefício auxílio-doença pelo Órgão Previdenciário, para rescindir o contrato de trabalho.

Portanto, ao decidir pela dispensa do consignatário-reconvinte, na forma como procedida, a consignante-reconvinda malferiu regra de ordem pública, o que resulta na nulidade do ato praticado, consoante estabelece o art. 9º da CLT, nos seguintes termos:

“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.”

Nulo o ato rescisório, a consequência lógica é a reintegração, ainda que formal, do empregado, conforme decidido pelo Juízo de origem, com o pagamento dos salários vencidos, possibilitando, inclusive, a reaquisição do direito de segurado junto à Previdência Social e, se for o caso, à aposentadoria por invalidez, na forma antes proposta pela própria empresa, na época da dispensa, não havendo que se falar em impossibilidade jurídica do pedido.

Ao ser suscitada, na contestação à Ação de Consignação em Pagamento, a nulidade absoluta do termo rescisório, impugnado restou, pela via indireta, o Atestado de Saúde Ocupacional – ASO, passado por médica da empresa, em 26.02.1996, improcedendo a irresignação da recorrente também quanto a este aspecto.

A questão relativa à definição do ponto inicial da doença, ao contrário do que tenta persuadir a empresa recorrente, está resolvida, pelo que se extrai do encaminhamento feito pela empresa à Clínica do Stress, para tratamento psicoterápico (fl. 21), como sendo na data 06.11.1991. Não bastasse, poder-se-ia considerar, para a retroação dos efeitos da declaração de interdição, a data do início da incapacidade, qual seja, 24.02.1995, consoante se depreende dos documentos acostados às fls. 26 e 50 dos autos. E, ainda assim, o resultado seria o mesmo, porque anterior ao ato demissório.

A demanda, conforme já se posicionou o Juízo de origem, não decorre de acidente de trabalho, sendo desnecessária, portanto, a comprovação da formação do nexo de causalidade trabalho/doença.

Não há falar em contra-senso pelo fato de se determinar a reintegração formal do empregado acometido de doença mental, com o pagamento de salários vencidos, ante a indiscutível contribuição da empresa para que a situação não tenha sido solucionada até o presente, tendo-se como maiores prejudicados o ora recorrido e sua família.

Ante o exposto, determino, de ofício, a correção de erros de digitação e material constantes no julgado a quo, conforme transcrição supra do mesmo; e, concordando com o Parecer do Ministério Público do Trabalho, nego provimento ao recurso, mantendo a sentença pelos seus próprios fundamentos.

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, com a presença do Representante da Procuradoria Regional do Trabalho, Exmo. Sr. Dr. José Caetano dos Santos Filho, por unanimidade, rejeitar a preliminar de nulidade da decisão proferida em sede de embargos de declaração por falta de fundamentação; por

unanimidade, rejeitar como preliminar a matéria relativa a extinção do processo sem julgamento do mérito por impossibilidade jurídica do pedido; MÉRITO: por unanimidade, negar provimento ao recurso e determinar a correção de erros de digitação e material constantes no julgado a quo, conforme fundamentação do voto em tela, com ressalva de voto da Juíza Ana Maria Ferreira Madruga, quanto aos fundamentos.

João pessoa, 09 de junho de 2005

FRANCISCO DE ASSIS CARVALHO E SILVA

Juiz Relator

CIENTE EM

JOSÉ CAETANO DOS SANTOS FILHO

Representante do MPT

PROC. NU.: 01164.2004.003.13.00-4

publicado no DJ/PB em 14/06/2005

RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE: OURO BRANCO PRAIA HOTEL S/A.

RECORRIDO: EVANDRO AUGUSTO DA SILVA

E M E N T A:

DANO MORAL. AUSÊNCIA DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES. INDEFERIMENTO. Preceitua o inciso X do artigo 5º da Constituição Federal que ‘são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação’. Inexistindo ilicitude no ato do empregador, por meio do gerente de Recursos Humanos, não há quebra da regra isonômica nem tampouco ofensa aos valores básicos da personalidade do reclamante, pelo que indevido o dano moral perseguido.

“Vistos etc.

Trata-se de recurso ordinário proveniente da 3ª Vara do Trabalho de João Pessoa, sendo partes o OURO BRANCO PRAIA HOTEL S/A, recorrente, e EVANDRO AUGUSTO DA SILVA, recorrido.

A Instância Originária, por meio da decisão de fls. 269/273, acolheu a prescrição quinquenal para extinguir com julgamento do mérito, a parte da

postulação relativa ao período anterior a 17/09/99 e, no mérito, julgou procedente em parte o pedido constante na reclamação trabalhista, condenando o reclamado a pagar ao reclamante as seguintes verbas: multa prevista no § 8º do art. 477 da CLT, FGTS + 40% e indenização por dano moral.

Embargos declaratórios opostos, às fls. 276/281, e rejeitados, às fls. 283/284.

Irresignado, o reclamado apresentou recurso ordinário, fls. 287/293, sustentando, em síntese, que não restaram demonstrados, nos autos, os elementos configuradores do dano moral. Insurge-se, outrossim, contra o valor arbitrado na condenação por danos morais, alegando ser esta rigorosamente excessiva e carecedora de critérios.

Depósito recursal e custas pagas, fls. 294/295.

Contra-razões apresentadas pelo recorrido às fls. 299/301.

Dispensada a remessa ao Ministério Público do Trabalho em face do disposto no art. 31 do Regimento Interno desta Egrégia Corte.”

É o relatório, aprovado em sessão.

V O T O

Conheço do recurso ordinário, por preenchidos os requisitos legais de admissibilidade.

Pretende o recorrente a reforma do julgado, no ponto em que deferiu a indenização por danos morais. Pata tanto, argumenta que não restaram configurados os elementos caracterizadores do dano moral.

Com razão.

Preceitua o inciso X do artigo 5º da Constituição Federal que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Dano moral, na lição de Artur Oscar Oliveira Deda "é a dor resultante de violação de bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja a dor física - dor sensação, nascida de uma lesão patrimonial, seja a dor da moral" ("Dano Moral", in Enciclopédia Saraiva de Direito, vol. 22, p. 280).

Consta dos autos que o reclamado firmou convênio com o Restaurante Tropical Grill para fornecimento de refeição aos seus empregados, a fim de facilitar suas locomoções nos horários de refeições, já que dispunham de apenas uma hora de intervalo. Segundo o referido ajuste, os empregados que trabalhassem pela manhã almoçavam naquele restaurante e os que trabalhassem à tarde poderiam jantar.

O fato propulsor do pedido de danos morais, ora em questão, ocorreu no dia 29.07.2004, quando o reclamante e outro colega de trabalho se dirigiram ao Tropical Grill para almoçar e lá foram abordados por um empregado do restaurante

informando que eles não poderiam almoçar pelo convênio, já que não estavam em horário de expediente. Diz o autor que, nesse momento, foi falar com o gerente de recursos humanos do reclamado, que se encontrava almoçando, tendo este afirmado que nada poderia fazer, o que veio causar grande constrangimento por ter de devolver o prato já feito, uma vez que não tinha dinheiro para pagar.

De início, observe-se que não foi produzida prova oral nestes autos, tendo as partes concordado em trasladar cópia da ata de instrução e julgamento realizada nos autos da Reclamação Trabalhista nº 01164.2004.002.13.00-8, carreada às fls. 263/267.

Compulsando o conjunto probatório, verifica-se que os fatos litigiosos se deram diferentemente do que narrou o postulante. Primeiro, o demandante tinha consciência de que não poderia almoçar no restaurante conveniado porque trabalhava à tarde e, quem laborava nesse turno, tinha direito apenas ao jantar. Aliás, o setor de Recursos Humanos do Hotel já havia alertado o chefe do reclamante de que algumas pessoas a ele subordinadas estavam utilizando o convênio indevidamente e que ele deveria alertá-los de que só poderiam se valer do dito convênio se estivessem em horário de expediente. Esse fato ficou bem esclarecido nos autos por informação da segunda testemunha do reclamado, Sr. Antônio Lucas da Silva, que era chefe imediato do demandante, como se pode verificar do seguinte trecho de seu depoimento às fls. 265/266:

“que em uma ocasião o Sr. Alencar, chefe de Recursos Humanos, disse ao depoente que os empregados do seu setor que trabalhavam à tarde estavam utilizando o Restaurante para o almoço quando deveriam utilizar para o jantar; que o depoente passou esta informação ao reclamante e a Evandro não lembrando em que data; ... que o fato ocorrido com o reclamante no Restaurante foi 2 ou 3 dias depois que o depoente transmitiu o recado recebido no setor de Recursos Humanos”.

E o próprio reclamante afirmou, no depoimento de fls. 264/265, que já havia almoçado duas ou três vezes no Tropical Grill, portanto, aquela não era a primeira vez que ele transgredia a norma regulamentar da empresa. Temos ainda nos autos o depoimento do empregado do restaurante, noticiando que, além de ter feito para os trabalhadores o mesmo preço do convênio, ainda ofereceu para que eles pagassem o almoço posteriormente, o que não foi aceito.

Outro fato de suma importância para solução do litígio foi a forma como o gerente de Recursos Humanos da empresa atendeu ao postulante e seu colega no momento do incidente. A testemunha do reclamante, em depoimento, afirmou que o Sr. Alencar havia dito que era problema deles, contrariando as informações do reclamante, à fl.

264, que “a resposta do Sr. Alencar era de que nada poderia fazer, pois tratava-se de norma da empresa”.

Não há, nos autos, absolutamente nada que indique ter o empregador cometido qualquer ato ilícito do qual pudesse resultar o direito à indenização por danos morais.

O gerente, além de ter respondido, no momento em que foi instado a fazê-lo, dentro das regras de urbanidade, limitando-se a afirmar que nada poderia fazer, pois cumpria normas da empresa, estava em seu horário de almoço, fora de seu turno de trabalho e, como tal, não agia como representante patronal.

Muito pelo contrário, quem praticou ato ilícito, consubstanciado na transgressão de normas da empresa, foi o empregado, que tentou tirar proveito econômico, mediante a utilização indevida de um convênio-refeição às custas do empregador.

O que se vê, pelo depoimento do gerente do restaurante, fl. 265, é que o recorrido tentou criar, artificialmente, uma situação da qual pudesse, posteriormente tirar proveito econômico, eis que lhe foi disponibilizada a oportunidade de que pagasse a conta em outro dia e o mesmo recusou, tudo para criar um “clima” de falso constrangimento, adrede preparado, tudo com vistas à obtenção de vantagem indevida.

No caso, se constrangimento existiu, foi criado, artificialmente, pelo empregado.

Ainda que assim não fosse, os fatos casuais do dia a dia, não podem ser todos levados à vala comum dos litígios, com clima de sensibilidade excessiva, na esteira da verdadeira ‘indústria do dano moral’. Essa conduta deve ser reprimida pelo julgador, pois estimula a litigiosidade exacerbada e o pior, atenta contra a boa convivência social, objetivo maior do Poder Judiciário.

Além do mais, a fixação monetária implementada pela Primeira Instância, afigura-se totalmente despropositada e desproporcional, em equívoco que só estimula, como se viu, a criação artificial de litígios relacionados a danos morais.

Isto posto, dou provimento ao recurso, para julgar improcedente o pedido de danos morais.

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, com a presença da Representante da Procuradoria Regional do Trabalho, Exma. Sra. Dra. Maria Edlene Costa Lins, por maioria, com o voto de desempate da Exma. Sra. Juíza Presidente dos trabalhos, dar provimento ao recurso para julgar improcedente o pedido de dano moral, vencidos a Juíza Relatora e o Juiz Revisor e contra o voto do Juiz Francisco de Assis Carvalho e Silva, que lhe davam provimento parcial para reduzir a indenização por danos morais para R\$ 6.229,40. Custas inalteradas.

João Pessoa, 18 de maio de 2005

PAULO MAIA

Juiz designado para redigir o Acórdão

PROC. NU.: 01453.2004.006.13.00-2

PUBLICADO NO DJ/PB EM 14/08/2005

RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE: GIRLANI FERREIRA AQUINO

RECORRIDOS: SEDAN RESTAURANTE LTDA. (CABANA DO POSSIDÔNIO) E
OUTROS

E M E N T A:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS FUNDADA EM ACIDENTE DE TRABALHO. CULPA DO EMPREGADOR. Evidenciada a submissão desnecessária de empregada recém-contratada ao manuseio de material inflamável, sem as devidas condições de segurança para o caso de incêndio, bem como a ausência de prestação de socorro em tempo hábil por parte do empregador, resta devida indenização por danos morais, materiais e estéticos decorrentes do acidente de trabalho. Recurso ordinário parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso ordinário, originários da 6ª Vara do Trabalho de João Pessoa-PB, em que são partes GIRLANI FERREIRA AQUINO, recorrente, e SEDAN RESTAURANTE LTDA. (CABANA DO POSSIDÔNIO) e OUTROS, recorridos.

O Juízo de origem, às fls. 226/229, rejeitou a preliminar de incompetência absoluta e acolheu a preliminar de carência do direito de ação por ilegitimidade passiva ad causam dos reclamados EDILSON SOBREIRA BARBOSA e ANDREY PEREIRA BARBOSA, extinguindo o feito sem julgamento de mérito quanto a estes. Por fim, julgou improcedente o pedido. Custas, pela reclamante, dispensadas.

Irresignada, recorre a reclamante. Inicialmente requer seja reconhecida a legitimidade dos sócios do reclamado para figurar no pólo passivo da demanda, ao argumento de que restou provada a omissão culposa deles na ocorrência do dano. Por fim, sustenta que há prova suficiente da presença dos requisitos necessários à configuração dos danos moral, material, físico e estético e do dever de ressarcimento pelo empregador.

Contra-razões às fls. 246/263.

Sem remessa ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 31 do Regimento Interno desta Corte.

É o relatório.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

Conheço do recurso, por preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

MÉRITO

Da legitimidade passiva ad causam dos sócios do reclamado suscitada pela recorrente.

A recorrente intenta a reforma do julgado primário quanto ao acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva ad causam dos sócios do reclamado ao argumento de que tais pessoas contribuíram para a ocorrência do dano por ela sofrido.

Sem razão.

A reclamante foi contratada pela pessoa jurídica e não pelas pessoas físicas dos donos do estabelecimento, que não se confundem, a teor do que dispõe o art. 596 do CPC, de aplicação subsidiária ao processo do trabalho.

A solidariedade pretendida pela recorrente, portanto, não encontra amparo legal, o que não afasta a possibilidade da responsabilização futura dos sócios, acaso provido o recurso, em caso de inadimplemento pela pessoa jurídica, em fase de execução e observados os preceitos legais que regem a espécie.

Mantida a sentença, no particular.

Da responsabilidade pelos danos.

Relatam os autos que a reclamante foi vitimada por um acidente de trabalho decorrente do manuseio de substância inflamável (álcool líquido), o qual lhe causou queimaduras em 60% do corpo, a interrupção prematura de uma gestação de três meses, a diminuição da amplitude dos movimentos dos dedos da mão esquerda e do pescoço, complicações respiratórias decorrentes da inalação de fumaça, diminuição da capacidade auditiva e danos estéticos de razoável monta.

Inexiste controvérsia quanto à existência do dano. Resume-se a lide em aferir a existência de conduta do empregador e nexo de causalidade entre esta e o prejuízo sofrido pela autora.

O juízo a quo entendeu inexistentes tais requisitos, pelo que concluiu pela improcedência do pedido.

Entendo merecer reforma o julgado.

É que, com a Constituição de 1988, nova ênfase foi dada ao ordenamento jurídico pátrio com vistas ao enaltecimento do princípio da dignidade da pessoa humana, perfeitamente absorvido na atual conotação que se extrai do dispositivo que trata da responsabilidade civil no Novo Código Civil Brasileiro.

Emerge da novíssima doutrina e jurisprudência a Teoria do Risco Criado, amparada por renomados juristas, a exemplo do magistrado trabalhista e autor Rodolfo Pamplona Filho, que preconiza a possibilidade de atribuir responsabilidade objetiva ao empregador pelos riscos causados aos empregados pelo exercício da atividade.

Nesse sentido:

“RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. ACIDENTE DO TRABALHO. RESSARCIMENTO DE DESPESAS MÉDICAS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR. DANOS/LESÕES EMOCIONAIS. Provado nos autos de forma inquestionável que no curso do contrato o(a) empregado(a) sofreu acidente do trabalho do qual resultaram lesões de ordem emocional, é devido o ressarcimento das despesas médicas havidas com o tratamento. Não é indenização por culpa. O ressarcimento de despesas médicas decorrentes de tratamento de acidente do trabalho ou doença profissional a ele equiparada é responsabilidade objetiva do empregador e não responsabilidade subjetiva, para a qual se exige a culpa, além do dano e nexos causal. Não se pode negar que a saúde do ser humano está relacionada ao seu estado físico e mental. As seqüelas emocionais de um acidente são muitas vezes mais marcantes do que as cicatrizes e lesões manifestamente visíveis. As primeiras também deixam marcas, embora nem sempre vistas.” (TRT 3ª R - 6ª Turma - RO/4201/03 - Rel. Juíza Nanci de Melo e Silva - DJMG 29/05/2003 - p. 13).

Destaco, ainda, o seguinte trecho de artigo do Professor Flávio Tartuce, Especialista em Direito Contratual pela PUC/SP:

“... Diante dessa nova realidade, a nova codificação não poderia cometer o grave equívoco de não regular a responsabilidade independentemente de culpa, sendo certo que o art. 927, parágrafo único, do Novo Código Civil, passou a prever em sentido amplo a responsabilidade objetiva nos ‘casos previstos em lei e quando houver um risco criado’ para os direitos de outrem.

Dúvidas pairam no ar em relação à expressão ‘risco criado’ constante no comando acima visualizado, defendendo alguns autores, diante da nova codificação, a possibilidade de doutrina

e jurisprudência trazerem casos de responsabilidade objetiva, tese com a qual concordamos.

Dentro dessa ordem, cabe transcrever a interpretação dada ao dispositivo pelo corpo de juristas integrantes do grupo de trabalhos da 1ª Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, a quem coube interpretar e enunciar sobre tal artigo:

‘Enunciado nº 38 – Art. 927. a responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade’.

E é justamente esse entendimento que procuraremos explorar, já que ao nosso ver, haverá a possibilidade de o aplicador do Direito considerar a responsabilidade do empregador como de natureza objetiva, por desrespeito às normas de trabalho, quando houver riscos criados ao empregado.

A matéria de responsabilidade civil do empregador, pretensiosamente, está prevista na Constituição Federal, em seu artigo 7º, inciso XXVIII, com regra pela qual é assegurado ao trabalhador ‘seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa’.

Por muito tempo tem-se sustentado que tal dispositivo traz a responsabilidade subjetiva do patrão como regra geral, em casos de desrespeito às normas de segurança e medicina do trabalho, entendimento este que vem sendo acompanhado pela doutrina e jurisprudência.

Entretanto, entendemos que, com a emergência do Novo Código Civil, poderá o magistrado, dependendo do caso concreto, apontar para a responsabilidade objetiva do empregador quando houver claros riscos criados ao empregado, pela regra contida no parágrafo único do artigo 927.

Em artigo recentemente publicado, o doutrinador Rodolfo Pamplona Filho expõe muito bem que não é tão simples apontar, ‘às cegas’, que a responsabilidade civil do empregador dependerá do elemento culpa em todos os casos, concluindo o jurista baiano:

‘De fato, não há como se negar que, como regra geral, indubitavelmente a responsabilidade civil do empregador, por danos decorrentes de acidente de trabalho, é subjetiva, devendo ser provada alguma conduta culposa de sua parte, em alguma das modalidades possíveis, incidindo de forma independente do seguro acidentário, pago pelo Estado.’

Todavia, parece-nos inexplicável admitir a situação de um sujeito que: a) Por força de lei, assume os riscos da atividade econômica; b) Por exercer uma determinada atividade (que implica, por sua própria natureza, em risco para os direitos de outrem), responde objetivamente pelos danos causados; c) Ainda assim, em relação aos seus empregados, tenha o direito subjetivo de somente responder, pelos seus atos, se os hipossuficientes provarem culpa...

A aceitar tal posicionamento, vemo-nos obrigados a reconhecer o seguinte paradoxo: o empregador, pela atividade exercida, responderia objetivamente pelos danos por si causados, mas, em relação a seus empregados, por causa de danos causados justamente pelo exercício da mesma atividade que atraiu a responsabilização objetiva, teria um direito a responder subjetivamente.

Desculpe-nos, mas é muito para nosso fígado’.”

Interessante o seu parecer, inclusive pelo que prevê o Novo Código Civil quanto à responsabilidade do empregador ou patrão por ato do seu empregado, de natureza objetiva, conclusão retirada da simples leitura dos artigos 932, inciso II, e 933 da Lei nº 10.406/2002.

A Teoria do Risco Criado vem atender à lógica do direito, como bem posto pelo Magistrado Trabalhista citado no artigo supra, pelo que escapa ao razoável dizer-se que o empregador é objetivamente responsável pelos danos que o seu empregado vier a causar a outrem e não o seja em relação aos danos que vier a causar diretamente ao empregado ao impor-lhe atividade sujeita a risco.

Respeitadas as controvérsias acerca desse novo entendimento, acredito que mesmo sob a ótica da responsabilização subjetiva, presentes estão os requisitos autorizadores da concessão do pleito, na hipótese em apreço.

A reclamante foi admitida em 08.11.2002, como atendente de lanchonete e, segundo informam os autos, sua função consistia em atender os clientes do restaurante em um balcão onde se localizavam quatro rechaux com sopas aquecidas por chama abastecida com álcool líquido, às vezes, puro, às vezes, diluído em água, como esclarece o demandado (fls. 218):

“... que o procedimento utilizado para abastecimento do rechaux era sempre iniciado com a retirada do recipiente de baixo do rechaux, apagando-se o fogo com a tampa ou com água ou ainda com os dois e depois abastecendo com o álcool também diluído com água; que o álcool era diluído mais ou menos ao meio; que essa diluição era feita pelos funcionários da empresa; que se fosse utilizado álcool puro, era recomendado sempre que se apagasse o fogo...”. (Grifei)

A atividade, portanto, era de risco, posto que envolvia o manuseio de substância inflamável próxima a fogo.

É de conhecimento público o risco decorrente da proximidade de fogo a álcool líquido, tanto que consta advertência expressa quanto aos riscos do produto nos recipientes à venda no mercado.

É bem verdade que a ANVISA tem tentado, sem sucesso, coibir a venda do álcool líquido diretamente ao consumidor. Porém, como bem admitiu o reclamado, era do seu conhecimento a divulgação na imprensa a respeito da conveniência do uso do álcool em gel para evitar o risco de explosão e de incêndio, tanto assim que, após o fato, passou a utilizar-se do álcool em gel (fls. 217):

“...que atualmente usa álcool em gel para abastecer o fogo; que na época do acidente sofrido pela reclamante, esse tipo de álcool ainda não era usado pela empresa; que talvez a utilização do álcool em gel seja mais segura do que o álcool líquido; que ouviu na mídia alguma coisa no sentido de que estava sendo estudada a comercialização do álcool; que ouviu falar que estava havendo estudo que tipo de álcool deveria ser usado ou não” . (grifo nosso).

É certo, portanto, que assumiu os riscos da utilização do produto inflamável, quando poderia ter optado pelo outro que trazia risco potencialmente menor.

É certo, também, que cumpre ao empregador zelar pela incolumidade física dos empregados, propiciando-lhes segurança no ambiente de trabalho.

Outro aspecto que chama a atenção desse julgador é a prematura exposição da reclamante ao manuseio do álcool próximo ao fogo, ante o fato de haver sofrido o acidente antes mesmo de completar um mês de trabalho na empresa.

O reclamado, nesse aspecto, esclareceu que o treinamento era feito pelas funcionárias mais antigas, contudo restou provada a ausência de supervisão do empregador ou de outro funcionário, por ocasião do acidente, como revela a testemunha ouvida às fls. 219: “que pelo que lembra, no restaurante tinha uma pessoa no caixa e a reclamante servindo no balcão”.

Pois bem. A reclamante não tinha experiência na função, tampouco havia um funcionário mais antigo supervisionando suas atividades e, como se não bastasse, não havia extintor de incêndio no estabelecimento, o que poderia ter atenuado em muito as conseqüências do acidente.

A esse respeito, declarou a própria testemunha conduzida pelo reclamado fls. 223:

“...que no momento do acidente, não havia extintores no restaurante nem nas áreas próximas; que depois do acidente foram colocados extintores ao lado de cada restaurante; que dentro do restaurante tem extintor; que este extintor também não existia na época”.

Informação confirmada pela testemunha que retirou a reclamante do balcão em meio às chamas e cujas mãos restaram atingidas pelo fogo:

“... que no momento do acidente, não havia nenhum extintor de incêndio na loja; que na praça da alimentação, próximo ao restaurante, não havia nenhum extintor...”.

Também a segunda testemunha ouvida (fls. 221) confirma a inexistência do dispositivo de segurança, nos seguintes termos: “que procurou um extintor de incêndio e não encontrou”.

Por fim, não bastassem tais argumentos, restou falha a prestação de socorro à vítima que, como visto, foi ajudada pelos clientes do shopping, que apagaram o fogo, sem extintores, muito embora o reclamado estivesse presente no edifício (fls. 218):

“...que não estava presente no momento do acidente; que estava no shopping, que ao chegar no restaurante, a reclamante já tinha sido levada ao hospital...”.

A testemunha Carlos Antônio Aires de Albuquerque foi a pessoa que retirou a reclamante do balcão, em chamas, a fim de que pudesse ser socorrida por outras pessoas que estavam no momento e que, conforme relatam os informes da imprensa à época, retiraram as próprias camisas para tentar apagar o fogo (fls. 16).

A ausência de segurança do ambiente de trabalho aliada à exposição desnecessária da empregada à substância inflamável, sem experiência nem supervisão do empregador e, por fim, a prestação de socorro ineficiente, concorrem para o reconhecimento da existência dos elementos necessários à concessão dos pleitos.

Feitas estas considerações, passo à análise individual dos pedidos de indenização dos danos material, moral, estético e físico.

Do dano material.

Requer a recorrente, a título de indenização por dano material, o pagamento de renda mensal vitalícia no valor de um salário normativo do comércio, através da constituição de capital suficiente para a garantia do cumprimento da obrigação.

Argumenta que os danos sofridos pela reclamante reduziram a sua capacidade laborativa.

Neste aspecto, importante tecer algumas considerações. É que o dano material implica a reposição em espécie ou em dinheiro pelo valor equivalente ao prejuízo sofrido.

No caso em apreço, não obstante a amplitude dos danos físicos sofridos pela recorrente, tais não constituem óbice ao exercício de atividade laborativa que permita o seu sustento, não sendo correto dizer que há incapacidade total da reclamante a autorizar a concessão do pleito.

Remanescem, contudo, os prejuízos financeiros decorrentes do custeio do tratamento das lesões, os quais foram devidamente pagos pelo reclamado somente até a data da propositura da presente ação (fls. 217), de forma que resta devido o pagamento das despesas que a reclamante comprovar haver efetuado após a data de ingresso em juízo e até o final do tratamento.

Nesses termos, merece reforma o julgado para condenar o reclamado a pagar as despesas comprovadamente efetuadas pela reclamante após a data da propositura da presente ação até a conclusão do tratamento de reabilitação decorrente do acidente de trabalho sofrido.

Do dano moral.

A reclamante teve sua gestação de três meses interrompida em virtude do acidente, bem como teve a sua capacidade motora reduzida pelas seqüelas das queimaduras, além da dor e do desespero de se ver em chamas sem o devido socorro.

Necessário lembrar que a indenização por danos morais não tem em si o caráter de reparação, mas de lenitivo do sofrimento experimentado pela vítima.

Feitas tais considerações, presente o dano moral, arbitro a título de indenização a quantia de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

Do dano estético.

Pretende a recorrente obter uma indenização por danos estéticos decorrentes das lesões sofridas no acidente.

Importante ressaltar que o STJ tem reiterada jurisprudência favorável à cumulação de valores autônomos de indenizações a título de danos morais e estéticos. Nesse sentido o Resp. nº 540021/ES:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. LESÕES CORPORAIS DECORRENTES DE DESCARGA ELÉTRICA DE FIO DE ALTA TENSÃO CAÍDO. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE DANO MORAL E ESTÉTICO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. Permite-se a cumulação de valores autônomos, um fixado a título de dano moral e outro, a título de dano estético, derivados do mesmo fato, quando forem passíveis de apuração em separado, com causas inconfundíveis. Afastada a indenização a título danos materiais, há sucumbência recíproca. Recursos especiais parcialmente conhecidos e, nessa extensão, providos”

As fotografias de fls. 41/42 demonstram que a reclamante sofreu relevantes danos estéticos, posto que as queimaduras atingiram-lhe grande extensão do corpo, notadamente pescoço e membros superiores, além da região do tórax.

As queimaduras são de largo espectro e formaram cicatrizes queloidianas de difícil remoção, tendo, inclusive, limitado a sua exposição à luz solar, tamanha a extensão do dano.

Nesses termos, devida se mostra a indenização postulada por danos estéticos a qual arbitro no valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

Do dano físico.

Busca a recorrente uma indenização pelos danos físicos suportados em decorrência do acidente de trabalho.

Sem razão.

É que não se mostra viável a concessão de outra indenização pelo mesmo fato. A condenação à reparação de danos físicos constituiria verdadeiro bis in idem, não amparado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Como visto, a cumulação permitida é a de valores autônomos com vistas à reparação de danos morais e estéticos, de modo que o que a recorrente entende por danos físicos encontra-se albergado nos pedidos anteriormente apreciados.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso para condenar o reclamado a indenizar a reclamante por danos materiais decorrentes das despesas

devidamente comprovadas com o tratamento dos problemas advindos do acidente de trabalho, desde a data da propositura da presente ação até o término do tratamento, bem como a indenizá-la por danos morais, no montante de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) e, por danos estéticos, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Custas no importe de R\$ 1.400,00 (mil e quatrocentos reais), calculadas sobre R\$ 70.000 (setenta mil reais), valor estimado da condenação.

É o voto.

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, com a presença do(a) Representante da Procuradoria Regional do Trabalho, Exma. Sra. Dra. Francisca Helena Duarte Camelo, por maioria, dar provimento parcial ao recurso para condenar o reclamado a indenizar a reclamante por danos materiais decorrentes das despesas devidamente comprovadas com o tratamento dos problemas advindos do acidente de trabalho, desde a data da propositura da presente ação até o término do tratamento, bem como a indenizá-la por danos morais, no montante de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) e, por danos estéticos, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), vencido parcialmente o Exmo. Sr. Juiz Revisor e contra o voto da Exma. Sra. Juíza Ana Maria Ferreira Madruga que não concediam a indenização por danos materiais decorrentes do tratamento do acidente de trabalho e fixavam a indenização por danos estéticos no valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) e com a divergência parcial do Exmo. Sr. Juiz Edvaldo de Andrade que concordava com a tese do Exmo. Sr. Juiz Relator, apenas fixando a indenização por danos estéticos no mesmo patamar dos Exmos. Srs. Juízes Revisor e Ana Maria Ferreira Madruga. Custas no importe de R\$ 1.400,00 (um mil e quatrocentos reais), calculadas sobre R\$ 70.000,00 (setenta mil reais), valor estimado da condenação.

João Pessoa, 26 de julho de 2005.

VICENTE VANDERLEI NOGUEIRA DE BRITO
Juiz Relator

PROC NU.: 06752.2004.000.13.00-5
PUBLICADO NO DJ/PB EM 13/07/2005

AÇÃO RESCISÓRIA

AUTORA: T & T INFORMÁTICA TECNOLOGIA E TREINAMENTO

RÉU: JAREDE ALVES DOS SANTOS

E M E N T A:

AÇÃO RESCISÓRIA. DOCUMENTO NOVO. JUNTADA OPORTUNA. INOCORRÊNCIA. PEDIDO. IMPROCEDÊNCIA.

Restando fundamentado o pleito rescisório na existência de documento novo, capaz, por si só, de assegurar pronunciamento favorável a autora, caberia a esta, porquanto consistente em prova documental já existente quando do aviamento da ação, colacioná-lo aos autos juntamente com a petição inicial. A inércia em fazer vir oportunamente ao processo o documento em questão leva a improcedência do pleito rescisório.

Vistos etc.

Trata-se de ação rescisória, ajuizada por T & T INFORMÁTICA TECNOLOGIA E TREINAMENTO, sendo réu JAREDE ALVES DOS SANTOS.

A autora fundamenta seu pedido rescisório, em substância, na existência de documento novo, consistente em confissão do réu, capaz de lhe assegurar pronunciamento favorável, quanto à inexistência de liame de emprego entre as partes.

Pede que seja rescindida a sentença proferida pelo Juízo de Primeiro Grau, para que seja prolatado novo julgamento, decidindo-se pela improcedência do pedido formulado na reclamação trabalhista.

Decisão às fls. 158/159, por meio da qual foi indeferido pedido de provimento liminar, com objetivo de suspensão dos trâmites executórios.

Contestação às fls. 162/163.

Encerrada a instrução processual, fl. 165, a autora apresentou razões finais às fls. 167/169. O réu não apresentou razões finais.

O Ministério Público do Trabalho, às fls. 179/180, manifesta-se pela improcedência da ação.

É o relatório.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

Conheço da ação rescisória ajuizada com observância dos ditames da lei.

PRELIMINAR DE INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL, SUSCITADA PELO RÉU

Suscita o réu a prefacial em epígrafe por sustentar que a autora apresentou fatos aleatórios, sem provas que embasassem suas assertivas, caracterizando um pedido genérico e vazio. Aduz ainda que esta não efetuou o depósito previsto no art. 488, II, do CPC.

Sem razão.

A petição inicial da presente ação satisfaz as exigências do artigo 840, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, uma vez que estão expostas de forma clara e precisa as razões pelas quais busca a autora a rescisão do julgado, não havendo qualquer prejuízo à defesa do réu.

No mais, a questão relativa à inexistência de prova apta a embasar o pleito rescindendo constitui matéria de cunho meritório, que poderá culminar na improcedência do pedido. Por fim, desnecessário o depósito prévio de que trata o art. 488, II do CPC, ante o disposto na Súmula nº 194, do C. TST.

Isto posto, rejeito a prefacial.

MÉRITO

Com alicerce no art. 485, VII, do CPC, pugna o autor pela rescisão do julgado proferido pelo Juízo da 1ª Vara do Trabalho de João Pessoa que reconheceu a existência de liame de emprego entre esta e o ora réu, condenando-a na anotação da CTPS deste, bem como no pagamento de diversas verbas trabalhistas.

Assevera que a sentença rescindenda, com sustentáculo nas informações prestadas pelo réu e suas testemunhas, concluiu pela existência de liame de emprego entre as partes, embora a tese de defesa da reclamação trabalhista originária tenha sido baseada na ocorrência de vínculo empregatício com o Instituto Menino Jesus e não com a T & T Informática, Tecnologia e Treinamento.

Inobstante, aduz que, em ação ajuizada posteriormente em face do referido instituto, o então reclamante, ora réu, teria reconhecido ter prestado serviços para este e não para a autora. Em tal confissão reside o documento novo, com base no qual busca a autora a rescisão da sentença de primeiro grau e prolação de novo julgado.

Em que pese toda a argumentação expendida pela autora, não se pode deixar de observar que esta não fez vir aos autos o alegado documento novo, consistente no depoimento prestado pelo réu nos autos da reclamação trabalhista nº 00945.2004.002.13.00-5.

Note-se que se trata de prova documental pré-existente ao ajuizamento da ação a qual deveria ter sido colacionada pela autora juntamente com a petição inicial.

Quanto ao tema, oportuno observar a lição de José Janguê Bezerra Diniz, em Ação Rescisória dos Julgados, São Paulo: LTr, 1998. P. 144:

“É ônus do autor, na inicial, comunicar ao juiz e ao réu de que meios de prova pretende valer-se para demonstrar a verdade de suas asseverações. Não há necessidade, entretanto, de indicar a prova que se vai produzir in concreto, isto é, de individualizar-se a prova, bastando menção à espécie de prova, qual seja, prova documental, testemunhal, depoimento pessoal, exames periciais etc. De rememorar desde já que, se a prova a ser utilizada for a documental, quando nela se fundamentar o pedido, deverá o autor instruir a inicial de acordo com o norte do art. 283 do CPC.” (sem grifos no original)

Ademais, consoante bem posto no parecer ministerial, fl. 180, “ainda que se quisesse invocar o disposto no artigo 284 do CPC, para fins de supressão da omissão, evidencia-se que a autora já foi devidamente notificada para proceder à autenticação dos documentos juntados à inicial, conquanto haja se mantido inerte quanto à juntada do alegado documento novo”.

Ainda, não há que se falar em invocação do disposto no art. 492 do CPC, eis que não se está diante de fatos dependentes da produção de prova, mas, como já dito, de prova documental já existente quando do aviamento da presente ação, consistente em elemento fundamental em que se encontra baseado o pedido de rescisão do julgado. A juntada do documento apontado na exordial se faz necessária, com vistas a se averiguar a adequação do caso em apreço à hipótese de rescindibilidade, prevista no art. 485, VII, do CPC, relativamente ao momento da obtenção do aludido documento novo, impossibilidade de utilização ou ignorância de sua existência, ou, ainda, a aptidão para, por si só, assegurar pronunciamento favorável à parte.

A sua ausência, pois, leva a improcedência do pleito rescisório.

Registre-se que a transcrição do depoimento em questão constante na petição inicial não se apresenta como meio hábil para, por si só, alterar a decisão rescindenda.

Ademais, não se pode deixar de ressaltar que, das alegações expendidas pela própria autora, deduz-se a impossibilidade da rescisão do julgado com base no documento aludido na exordial, tendo em vista que o mesmo teria sido produzido posteriormente à

prolação da sentença rescindenda, não estando, pois, condizente com a norma inserta no inciso VII do art. 485 do CPC.

Com efeito, o aludido dispositivo faz menção a um documento pré-existente à sentença, mas obtido posteriormente, cuja existência a autora ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável. Neste sentido, José Janguê Bezerra Diniz, em Ação Rescisória dos Julgados, São Paulo: LTr, 1998. P. 116:

“Nas palavras de Francisco Antonio de Oliveira ‘documento novo não significa que somente teve existência após o julgamento da lide. Ao contrário, a sua existência é anterior a ação, mas por algum motivo alheio à vontade da parte somente dele veio ter conhecimento posteriormente. Vale dizer, se tinha conhecimento da sua existência e dele não utilizou não poderá fazê-lo. Se tinha conhecimento e negligenciou na sua apresentação também não poderá fazê-lo agora’.

Há de tratar-se de prova documental suficiente a admitir-se a hipótese de que tivesse sido produzida a tempo, para levar o órgão julgador a convicção diversa daquela a que chegou”. (grifos nossos)

Assim tem-se posicionado o C. TST, conforme arestos, in verbis:

ORIGEM TRIBUNAL: TST

DECISÃO: 02 12 2003

PROC: RXOFROAR NUM: 713927 ANO: 2000

REGIÃO: 04

REMESSA "EX OFFICIO" E RECURSO ORDINÁRIO
EM

AÇÃO RESCISÓRIA

TURMA: D2 ÓRGÃO JULGADOR - SUBSEÇÃO II
ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

FONTE DJ DATA: 13-02-2004

RELATOR MINISTRO EMMANOEL PEREIRA

EMENTA: “AÇÃO RESCISÓRIA. DOCUMENTO
NOVO PRODUZIDO APÓS A DECISÃO

RESCINDENDA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. A
jurisprudência desta Corte é pacífica ao considerar como
documento novo, capaz de ensejar o corte rescisório,
aquele cronologicamente velho, já existente à época em

que proferida a sentença rescindenda, mas ignorado pela parte ou de impossível utilização nos autos originários. Assim, não se enquadra na hipótese do artigo 485, inciso VII, do CPC, documento produzido quando já proferida a decisão rescindenda, como no caso destes autos”. (sem grifos no original)

RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO RESCISÓRIA – VÍNCULO EMPREGATÍCIO – ERRO DE FATO E VIOLAÇÃO LEGAL (ARTIGOS 3º DA CLT E 131 DO CPC) – A ação rescisória, assim como não se presta a apreciar a justiça ou injustiça da decisão, a renovação ou complementação da prova, de igual forma não se presta a examinar a boa ou má interpretação dos fatos e provas apresentados. Portanto, a simples alegação do autor de que o juiz originário não tenha atentado para a prova produzida nos autos, não tem o condão, por óbvio, de indicar a ocorrência da hipótese de rescindibilidade prevista no inciso IX do artigo 485 do Código de Processo Civil, para o que necessário seria que não tivesse havido controvérsia e tampouco pronunciamento judicial sobre o fato (§ 2º do mesmo dispositivo legal). Por outro lado, consoante o entendimento assente na jurisprudência desta alta Corte, consubstanciado na Orientação Jurisprudencial nº 109 da SBDI-2, revela-se inviável examinar, pela estreita via da ação rescisória, aspectos que envolvam dilação probatória sobre situações fáticas analisadas pela V. decisão rescindenda, especialmente porque a reavaliação das provas já apreciadas não autoriza o exercício da ação rescisória, cujos casos de rescisão limitam-se à configuração daqueles vícios taxativamente arrolados no artigo 485 do Código de Processo Civil. DOCUMENTO NOVO – Do contexto dos autos, extrai-se a impossibilidade de enquadramento do pedido rescisório na causa de rescindibilidade contemplada no inciso VII do art. 485 do CPC, visto que o documento dito novo, segundo alegou o próprio autor da rescisória, formou-se apenas posteriormente à prolação do V. acórdão rescindendo, afigurando-se, em verdade, fato novo, sendo que, para que fosse considerado documento novo, no sentido legal, seria necessário, como é cediço, que ele já tivesse sido constituído à época, mas cuja existência o autor ignorava ou do qual não pôde fazer uso durante a instrução do processo em que proferida a V. decisão rescindenda. Recurso ordinário em ação rescisória não provido. (TST – ROAR 41026 – SBDI 2 – Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva – DJU 21.11.2003) JCLT.3 JCPC.131 JCPC.485 JCPC.485.IX JCPC.485.VII) (sem grifos no original)

In casu, a sentença rescindenda foi prolatada em 19/12/2003, fls. 120/123. O documento novo suscitado pela autora consiste em depoimento prestado pelo réu na reclamação trabalhista nº 00945.2004.002.13.00-5, a qual, segundo consulta ao site deste Regional - www.trt13.gov.br – constata-se que foi ajuizada em 29/07/2004, com audiência inaugural em 26/08/2004. O documento, pois, teve nascedouro em data posterior à sentença vergastada, o que constitui óbice ao acolhimento do pleito rescisório.

Por todo o exposto, julgo improcedente o pedido formulado na presente ação. Custas de R\$ 200,00, calculadas sobre o valor atribuído à causa na inicial, pela autora.

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, com a presença do Representante da Procuradoria Regional do Trabalho, Exmo. Sr. Dr. Ramon Bezerra dos Santos, por unanimidade, rejeitar a preliminar de inépcia da petição inicial, suscitada pelo réu; MÉRITO: por unanimidade, julgar improcedente a presente Ação Rescisória. Custas de R\$ 200,00, pela autora, calculadas sobre o valor atribuído à causa na inicial.

João Pessoa, 07 de junho de 2005

ANA CLARA DE JESUS MAROJA NÓBREGA
Juíza Relatora

CIENTE EM

RAMON BEZERRA DOS SANTOS
Representante do MPT