

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

COMISSÃO EDITORIAL

CARLOS COELHO DE MIRANDA FREIRE
(PRESIDENTE DA COMISSÃO)
PAULO HENRIQUE TAVARES DA SILVA
NAYARA QUEIROZ MOTA DE SOUSA

SECRETÁRIO:

LEONARDO MAROJA ARCOVERDE NÓBREGA

COLABORADORES:

ARY CARNEIRO VILHENA JÚNIOR
DENISE GOMES PEREIRA DE MELO
ERICSON BENJAMIM DE MELO ARRUDA
JOSÉ VIEIRA NETO
MARIA AUXILIADORA PEREIRA ROQUE
OMAR BRITO DA SILVA

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

**v. 14 n. 1 - 2006
João Pessoa – Paraíba**

R. Trib. Reg. Trabalho 13ª Região	João Pessoa	v. 14	n. 1	p. 1-463	2006
---	-------------	-------	------	----------	------

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Endereço da versão eletrônica:
<<http://www.revistatrt13.gov.br>>

**Ficha elaborada conforme as normas do
Código de Catalogação Anglo - Americano (2ª ed.)**

Revista do Tribunal Regional do Trabalho 13ª Região /
Tribunal Regional do Trabalho. v. 1, n. 1 (1991) –
João Pessoa: TRT 13ª Região, 1991-

Irregular de 1991-1995.

Anual

1. Direito do Trabalho – Brasil. 2. Processo Trabalhista.
3. Jurisprudência Trabalhista – Brasil.

CDU: 349.2(81)(05)
347.998.72(81)(05)

Comissão Editorial da Revista do Tribunal Regional do
Trabalho 13ª Região - Av. Corálio Soares, s/n - Centro - João
Pessoa - Paraíba - Cep: 58013-260 - Fone: 3533-6061
e-mail: comissãodarevista@trt13.gov.br

SUMÁRIO

EDITORIAL

ARTIGOS

- OS PRINCÍPIOS DO PROCESSO CONSTITUCIONAL
Manoel Gonçalves Ferreira Filho - (CONVIDADO)... 16
- A QUESTÃO DA PRESCRIÇÃO DAS PRETENSÕES RELATIVAS AOS BENS PÚBLICOS
Maria Helena Diniz - (CONVIDADA)..... 49
- QUINTO CONSTITUCIONAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA: critério para escolha dos integrantes
Afrânio Neves de Melo -..... 87
- A CONCILIAÇÃO DA VIDA LABORAL E FAMILIAR NO CONTEXTO DA PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA
Cláudio Pedrosa Nunes..... 106
- A NOVA LEI DE FALÊNCIAS E O CRÉDITO TRABALHISTA
Cláudio Armando Couce de Menezes..... 135
- O CONTRATO DE TRABALHO E O FENÔMENO DA REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO
Denise Clerot..... 142
- PREVENIONISMO E SUAS PERSPECTIVAS
Maria do Socorro Leadebal Bonifácio..... 149
- BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO CONTEXTO DO DESEMPREGO ESTRUTURAL
Marcela de Almeida Maia..... 168
- PAGAMENTO ANTECIPADO DA RETRIBUIÇÃO

DO MÊS DE FÉRIAS: o ponto frágil da rede de proteção ao salário Celso de Barros Filho.....	192
• REDUÇÃO DO INTERVALO INTRAJORNADA NO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO: repercussões jurídicas Laine de Carvalho G. Pessoa Mamede.....	201
• AGÊNCIAS REGULADORAS: uma trajetória de sucesso? Ana Renata Gomes Schimmelpfeng.....	226

ACÓRDÃOS DA 13ª REGIÃO

• JUIZ VICENTE VANDERLEI NOGUEIRA DE BRITO	254
• JUÍZA ANA MARIA FERREIRA MADRUGA	269
• JUIZ FRANCISCO DE ASSIS CARVALHO E SILVA	288
• JUIZ AFRÂNIO NEVES DE MELO	307
• JUÍZA ANA CLARA DE JESUS MAROJA NÓBREGA	322
• JUIZ EDVALDO DE ANDRADE	342
• JUIZ PAULO AMÉRICO DE VASCONCELOS MAIA	363
• JUIZ CARLOS COELHO DE MIRANDA FREIRE	375

ACÓRDÃOS DE OUTROS REGIONAIS

• JUÍZA DENISE ALVES HORTA – TRT 3ª REGIÃO	391
• JUIZ ARNOR LIMA NETO - TRT 9ª REGIÃO	413
• JUIZ AMAURY RODRIGUES PINTO JÚNIOR –	

24ª REGIÃO	422
SENTENÇA	
• JUIZ JUAREZ DUARTE LIMA	437

**TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
13ª REGIÃO**

COMPOSIÇÃO

AFRÂNIO NEVES DE MELO (PRESIDENTE)
ANA CLARA DE JESUS MAROJA NÓBREGA
(VICE-PRESIDENTE)
VICENTE VANDERLEI NOGUEIRA DE BRITO
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 TRABALHISTAS

Margarida Alves de Araújo Silva - 1ª Vara de João Pessoa
Rômulo Tinoco dos Santos - 2ª Vara de João Pessoa
Herminegilda Leite Machado - 3ª Vara de João Pessoa
Mirtes Takeko Shimanoe - 4ª Vara de João Pessoa
Wolney de Macedo Cordeiro - 5ª Vara de João Pessoa
Rita Leite Brito Rolim - 6ª Vara de João Pessoa
Ubiratan Moreira Delgado - 7ª Vara de João Pessoa
Solange Machado Cavalcanti - 1ª Vara de Campina Grande
Normando Salomão Leitão - 2ª Vara de Campina Grande
Adriana Sette da Rocha Raposo - 3ª Vara de Campina Grande
José Airton Pereira - 4ª Vara de Campina Grande
Ana Paula Azevedo Sá Campos Porto - 5ª Vara de Campina Grande
Arnaldo José Duarte do Amaral – Vara de Areia
Juarez Duarte Lima – Vara de Cajazeiras

Maria Iris Diógenes Bezerra - Vara de Catolé do Rocha
Antônio Cavalcanti da Costa Neto - Vara de Guarabira
Eduardo Sérgio de Almeida – Vara de Itabaiana
João Agra Tavares de Sales – Vara de Itaporanga
Paulo Henrique Tavares da Silva – Vara de Mamanguape
José Fábio Galvão – Vara de Monteiro
Maria das Dores Alves – Vara de Patos
Humberto Halison Barbosa de C. e Silva – Vara de Picuí
Roberta de Paiva Saldanha – Vara de Sousa
Antônio Eudes Vieira Júnior – Vara de Taperoá

JUIZES SUBSTITUTOS -CIRCUNSCRIÇÃO JUDICIÁRIA

Maria Lilian Leal de Sousa - 2ª VT de João Pessoa
André Wilson Avellar de Aquino - 3ª VT de João Pessoa
Janaína Vasco Fernandes - 6ª VT de João Pessoa
Nayara Queiroz Mota de Sousa - 5ª VT de João Pessoa
Luíza Eugênia Pereira Arraes - 3ª VT de Campina Grande
Cláudio Pedrosa Nunes - 2ª Circunscrição
Arnóbio Teixeira de Lima - 1ª Circunscrição
Ana Paula Cabral Campos - Central de Mandados JP
David Sérgio Coqueiro dos Santos - Central de Mandados CG
Carlos Hindenburg de Figueiredo - 3ª Circunscrição
Paulo Roberto Vieira Rocha - 3ª Circunscrição
Ana Cláudia Magalhães Jacob - 3ª Circunscrição
Eduardo Souto Maior Bezerra Cavalcanti - 3ª Circunscrição
André Machado Cavalcanti - 4ª Circunscrição
Joliete Melo Rodrigues Honorato - 4ª Circunscrição
Rosivânia Gomes Cunha - 4ª VT de João Pessoa
Adriano Mesquita Dantas - 2ª VT de Campina Grande
Taís Priscilla Ferreira Resende da Cunha e Souza - 4ª
Circunscrição
Ana Beatriz Dias Fernandes - 4ª Circunscrição

Veruska Santana Sousa de Sá - 5ª Circunscrição
Alexandre Roque Pinto - 5ª Circunscrição
Eduardo Henrique Brennand Dornelas Câmara - 5ª
Circunscrição
José de Oliveira Costa Filho – 1ª VT de Campina Grande

EDITORIAL

Temos o prazer de apresentar, nesta oportunidade, o volume 14, da Revista do Tribunal do Trabalho da 13^a Região.

Trata-se de uma edição ordinária da Revista, mas que se apresenta de modo muito peculiar, pois com ela iniciamos uma nova etapa desta publicação. Com esta edição pretendemos firmar as características definitivas da revista.

Esta nova etapa procura, em primeiro lugar, ultrapassar as fronteiras do nosso Estado e buscar a colaboração de grandes nomes da literatura jurídica nacional, como o Professor Dr. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, um dos maiores constitucionalistas nacionais e Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); e também a Professora Dra. Maria Helena Diniz, titular da disciplina Direito Civil do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC). Ambos os professores são autores de obras das mais conhecidas no cenário jurídico nacional. Aos ilustres professores o nosso agradecimento sincero. Por outro lado, o Juiz – Presidente deste TRT da 13^a Região, Dr. Afrânio Neves de Melo, também contribui com trabalho de sua lavra, prestigiando assim esta edição da revista. É de se observar, no entanto, que as contribuições recebidas dos dignos professores e também do Exmo. Sr. Presidente desta Corte, estão publicadas sem

nenhuma apreciação de conteúdo, havendo sido respeitado inteiramente o modo como foram elaboradas e redigidas.

Em segundo lugar, procurou a comissão responsável pela Revista, cuidar com esmero da qualidade dos artigos publicados, que foram examinados e selecionados dentre os vários recebidos. Nesta ocasião, agradecemos o interesse de todos aqueles que colaboraram com seus artigos doutrinários, mesmo aqueles que não lograram ver suas obras aprovadas para esta edição. Também é de se salientar e agradecer a remessa por todos os gabinetes deste Regional do material de jurisprudência mais palpitante e de grande interesse jurídico, que dará o testemunho ao Brasil da qualidade do trabalho dos magistrados do TRT da 13ª Região.

É de se chamar a atenção para o fato de que esta comissão teve grande preocupação com o aspecto estético da revista. Sua organização interna foi reformatada com uma nova redistribuição das divisões da obra e seções, além de haver sido elaborado um tipo de capa padrão, que deverá permanecer nos próximos números, com os ajustes de cada edição.

No entanto, seria baldado o esforço da comissão, sem a valiosa e inestimável colaboração de vários servidores deste Tribunal. Aproveitamos a oportunidade para agradecer a valiosa contribuição do Dr. Leonardo Maroja Arcoverde Nóbrega, Chefe de Gabinete do Presidente desta Comissão,

que além de cumprir com zelo e dedicação suas atividades normais do Gabinete, atuou com muita retidão e presteza como secretário da comissão da revista. Agradecemos, também, a devotada atuação dos servidores: Maria Auxiliadora Pereira Roque, que, de maneira dedicada e diligente, prestou todo o auxílio necessário à Secretaria da Comissão; da servidora deste Regional e professora da Universidade Federal da Paraíba, Professora Denise Gomes Pereira de Melo a quem coube fazer a revisão da obra do ponto de vista das regras da ABTN; do servidor Ary Carneiro Vilhena Júnior, autor do novo e excelente padrão da capa da revista e dos servidores Omar Brito da Silva e Ericson Benjamim de Melo Arruda que desenvolveram, com muita responsabilidade, o trabalho de formatação do texto dentro do programa de computador “WinWord”. Apresentamos, também, com especial atenção, nossos agradecimentos ao assessor de comunicação deste Regional Jornalista José Vieira Neto, que coordenou, com prontidão e muita boa vontade, o trabalho estético da obra.

Por fim, apresenta a comissão seus agradecimentos ao Presidente desta Casa Dr. Afrânio Neves de Melo pela confiança concedida a esta comissão para o desenvolvimento de seus trabalhos.

Finalmente, é de se registrar a ajuda inestimável do Banco do Brasil S/A que tomou para si a responsabilidade de

impressão da obra dentro dos padrões mais modernos de composição gráfica. Ao Banco do Brasil S/A os agradecimentos do Tribunal Regional do Trabalho da 13^a Região por mais esta colaboração em prol do enriquecimento da cultura jurídica do nosso país.

A Comissão.

ARTIGOS

OS PRINCÍPIOS DO PROCESSO CONSTITUCIONAL¹

Manoel Gonçalves Ferreira Filho²

1 INTRODUÇÃO

Vista do ângulo brasileiro, a identificação dos princípios do *processo constitucional* oferece várias dificuldades.

Umas são de caráter conceitual. Com efeito, a expressão processo constitucional não é empregada entre nós no mesmo sentido que toma em Portugal e nos Estados

¹ Este trabalho resulta de uma conferência proferida em Lisboa, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em janeiro de 2006. Por isso, enfatiza uma comparação entre o pensamento brasileiro e o português a propósito da questão.

² Professor Titular (Aposentado) de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP. Doutor honoris causa da Universidade de Lisboa. Doutor pela Universidade de Paris. Ex professor visitante da Faculdade de Direito de Aix-em-Provence (França). Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Presidente do Instituto “Pimenta Bueno” – Associação Brasileira dos Constitucionalistas.

européus. Acrescente-se, também, que não há um consenso a respeito da classificação dos princípios do processo constitucional, portanto, acerca de suas diferentes espécies.

Por outro lado, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade combina, melhor dizendo, justapõe à fiscalização difusa, concreta, a fiscalização concentrada, abstrata. Ora, isto impõe um exame mais detido, pois, os princípios relativos a um sistema não podem ser atribuídos, sem exame, à outra, ou a todo o processo constitucional.

Enfim, a Constituição de 1988 não somente é fértil no enumerar princípios, mas também o faz com referência à atividade judicial. E, mais, consagra tais princípios como direitos fundamentais, direitos de garantia, o que lhes acrescenta uma dimensão peculiar.

Por tudo isto, este trabalho, focado no direito brasileiro, procurará, numa primeira parte, fixar o processo constitucional nos seus traços básicos, para, depois, numa segunda, enfrentar a tarefa de análise de seus princípios maiores, sempre tendo em mira o direito brasileiro.

2 DO PROCESSO CONSTITUCIONAL: a diversidade das acepções

2.1 POLISSEMIA DA EXPRESSÃO.

Comece-se com uma citação de Zagrebelsky: “A fórmula processo constitucional não alude a um objeto

unitário” (ENCICLOPÉDIA, 1987)

2.2 ORIGEM E SENTIDO RESTRITO

A expressão *processo constitucional* originou-se na doutrina européia, tendo em vista a especificidade da jurisdição constitucional, isto é, a fiscalização constitucional de modelo concentrado. Foi cunhada para designar, num *sentido restrito*, as normas processuais que regem a fiscalização de constitucionalidade, nesse modelo.

Ora, este processo constitucional, em sentido restrito, contém normas que não pertencem ao processo comum. Trata-se, pois, de um *processo autônomo*.

Tem ele, ademais, uma finalidade precípua: é a “proteção da ordem constitucional, objetivamente considerada”. Trata-se, pois, de um *processo objetivo*.

2.3 O SENTIDO AMPLO

A expressão processo constitucional, todavia, passou

a ser empregada, mais recentemente, fora de seu ambiente originário. Isto se deveu à influência e ao prestígio da doutrina européia. Passou a designar, também, as normas regentes do controle de constitucionalidade no modelo difuso, concreto.

Isto levou ao *emprego genérico* da expressão processo constitucional, como designativa das normas da fiscalização de inconstitucionalidade, tanto no caso do processo autônomo, como no caso do processo não autônomo, quer em face do processo objetivo, quer em face do processo subjetivo.

Com efeito, no sistema difuso, o *processo não é autônomo*. As normas processuais aplicáveis ao controle de constitucionalidade são normas comuns do processo comum, previstas para que, no curso deste, se faça o crivo.

Nem é objetivo, mas sim *subjetivo*. Visa à tutela dos interesses juridicamente protegidos, dos direitos subjetivos do cidadão, aqui incluídos os direitos fundamentais.

2.4 A EXPANSÃO DOS SISTEMAS MISTOS.

Hoje são muitos os Estados, em que, no tocante ao controle de constitucionalidade, se combinam, ou se

justapõem, o sistema difuso e o sistema concentrado. É o caso do Brasil – mais de justaposição; de Portugal, que mais parece de real combinação. Está aí uma forte razão para o emprego genérico da expressão processo constitucional.

É certo que tais sistemas mistos variam de lugar para lugar, sendo muito difícil reduzi-los a um padrão único.

No caso português, o processo constitucional guarda autonomia, na medida em que é por ele, e não pelo processo comum, que se dá a verificação de constitucionalidade referente a questões concretas. Já não é este o caso brasileiro, segundo se verá, onde, no controle, se seguem caminhos diferentes para a fiscalização em concreto e para a fiscalização em abstrato.

2.5 A CONVERGÊNCIA DOS SISTEMAS.

É verdade, como diversos juristas já apontam, estar em curso uma convergência entre os dois sistemas que, ordinariamente, se distinguem. E, obviamente, isto se manifesta de modo claro no caso dos sistemas ditos “mistos”. Entretanto, no momento atual, é exagero falar na

“obsolescência”³ da distinção entre os dois modelos. (SEGADO, 2005).

Razões há que justificam a persistência da distinção. Uma está em que, no sistema praticado nos Estados Unidos – o típico modelo difuso – inexistente controle abstrato, o que é elemento essencial do sistema chamado de “europeu-kelseniano”. Outra transparece da finalidade do controle. Neste último sistema, o processo é objetivo, porque visa principalmente à guarda da Constituição; no difuso, o processo é subjetivo, já que se destina a garantir os direitos do indivíduo.

2.6 PROCESSO CONSTITUCIONAL EM SENTIDO AMPLÍSSIMO.

Vale apontar, enfim, que, no Brasil, a doutrina utiliza a expressão num sentido amplíssimo.

³ Francisco Fernández Segado, “*Controle de constitucionalidade e justiça constitucional*”, em *Lições de Direito Constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*, coordenado por André Ramos Tavares, Gilmar Ferreira Mendes, Saraiva, São Paulo, 2005, p. 205, cujo item primeiro tem por título “*A obsolescência da bipolaridade*”

É o que se depreende do livro *Teoria Geral do Processo* de autoria de Cintra; Grinover; Dinarmarco (1991). No seu apreciado manual, entendem que “o direito processual constitucional abrange, de um lado, a) a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária; b) de outro, a jurisdição constitucional”. Quanto a esta última, ensinam compreender “o controle de constitucionalidade das leis e atos da administração, bem como a chamada jurisdição constitucional das liberdades, com o uso dos remédios constitucionais processuais – hábeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, hábeas data e ação popular.⁴

Não estão isolados. É o que faz também Baracho (2004), que, de há muito, estuda o assunto.⁵

2.7 PROCESSO CONSTITUCIONAL E JUSTIÇA CONSTITUCIONAL.

Vale concluir, com Zagrebelsky ainda, que a

tradicional (modelo americano – modelo europeu-kelseniano) dos sistemas de justiça constitucional”, p. 366.

⁴ *Teoria Geral do Processo*, várias edições. Cito na 8ª, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991, p. 76.

⁵ *Processo constitucional*, s/ editor, Belo Horizonte, 1981 tese de concurso para professor titular da Universidade Federal de Belo Horizonte. Mais recentemente voltou ao tema, no estudo “*Teoria geral do processo constitucional*”, em *Revista Brasileira de Estudos*

referência, atualmente generalizada, a processo constitucional obedece a uma razão política de alto relevo. Assinala o Mestre italiano:

Sublinhar ... o caráter jurisdicional das formas da justiça constitucional é ...aludir, ao menos genericamente, a um modo específico de conceber a própria função de justiça constitucional, como função qualitativamente diferenciada daquela dos órgãos constitucionais estritamente políticos e, portanto, como função que, se se quiser dizer política (como certamente o é num sentido particular), deve, todavia, ao menos ser distinguida daquela que reside noutros órgãos operando de forma absolutamente diversa. (ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO, 1987)⁶

3 OS PRINCÍPIO DO PROCESSO CONSTITUCIONAL

3.1 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM GERAL

3.1.1 A proposta de Canotilho

Não há, como já se disse, na doutrina uma

Políticos, vol. 90, julho/dezembro de 2004, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, p. 69 e s.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 14, n. 1, p. 16-48, 2006.

classificação, nem mesmo uma tipologia, unanimemente adotada acerca dos princípios constitucionais.

Canotilho [199-?], por exemplo, ao tratar da articulação de princípios e regras na Constituição, distingue, no ápice, *princípios estruturantes*, logo abaixo, *princípios gerais*, em seguida, *princípios especiais*, e, ao rez do chão, *regras constitucionais*.⁷

Princípios estruturantes são “constitutivos e indicativos das idéias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. São, por assim dizer, as traves-mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico do político”⁸ (CANOTILHO, [199-?], p. 1047)

Estes *princípios estruturantes* se densificariam por meio de *princípios constitucionais fundamentais*, que, por sua vez, podem concretizar-se por meio de *princípios constitucionais especiais*, e, ou, *por regras constitucionais*.

3.2 OS PRINCÍPIOS DO PROCESSO CONSTITUCIONAL

⁶ *Id. loc. cit.*

⁷ J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2ª ed., p. 1.047 e s.

⁸ Seriam, no caso português, os princípios do Estado de Direito, o princípio democrático e o princípio republicano. Ob. cit., p. 1.047.

PORTUGUÊS

3.2.1. A lição de Jorge Miranda.

Ao tratar do *processo constitucional*, oferece o Mestre da Universidade de Lisboa uma distinção clara e importante.

O Mestre de Lisboa, (MIRANDA, 2005) aponta que, além de “princípios comuns a todas as formas de processo”, outros há específicos, decorrentes da “função de garantia” e da “estrutura do órgão” fiscalizador.⁹

Indo mais fundo, distingue entre princípios “*estruturantes*” e princípios “*instrumentais*”, que são “todos reconduzíveis à idéia-força de processo equitativo (art. 20º, nº 4º, 2ª parte da Constituição e art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”).

São princípios estruturantes: 1) O princípio da igualdade dos intervenientes processuais; 2) O do contraditório; 3) O da legalidade dos atos do processo; 4) O da

⁹ *Manual de Direito Constitucional*, tomo VI, *Inconstitucionalidade e garantia da Constituição*, Coimbra Ed., Coimbra, 2ª ed., 2005, p. 61 e s.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 14, n. 1, p. 16-48, 2006.

fundamentação das decisões que não sejam de mero expediente.

São princípios instrumentais: 1) O princípio do pedido; 2) O do conhecimento oficioso do Direito; 3) O da utilidade da decisão; 4) O da economia processual; 5) O da celeridade; 6) O do processo escrito; 7) O da subsidiariedade do direito processual.

3.2.2 O entendimento de Canotilho.

Preocupando-se essencialmente com o aspecto instrumental, Canotilho [199-?] ensina serem “princípios gerais do direito processual constitucional¹⁰: 1) O princípio do pedido; 2) O da instrução; 3) O da congruência ou da adequação; 4) O princípio da individualização; 5) O princípio do controlo material”.

3.3 OS PRINCÍPIOS DO PROCESSO CONSTITUCIONAL

¹⁰ Canotilho, ob. cit., p. 862 e s.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 14, n. 1, p. 16-48, 2006.

NO DIREITO BRASILEIRO

3.3.1 A complexidade da questão

Sendo misto o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, não parece haver identidade entre os princípios que regem o processo constitucional autônomo e o processo constitucional não autônomo.

3.3.1.1 O sistema difuso e seus princípios.

a) Perfil do sistema difuso.

Como é sabido, o direito brasileiro adotou, com a República, o chamado modelo americano de controle de constitucionalidade.

Vale apontar que isto decorreu de uma única norma constitucional inscrita na Lei Magna de 1891. Tratava-se de preceito arrolado na definição de competência do Supremo Tribunal Federal para julgar um *recurso extraordinário* (art. 59, III, “b”). E, se se perquirir de sua fonte na Lei Magna em

vigor, é esta o disposto no art. 102, III. Esta disposição atribui ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar o *recurso extraordinário*. *Verbis*:

Julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

Tal recurso era e é disciplinado e regulamentado pelo Código de Processo Civil, ao qual completa o Regimento do Supremo Tribunal Federal.

A única outra regra existente a este propósito é a que exige a maioria absoluta do Tribunal para a decretação da inconstitucionalidade, editada pela Constituição de 1934, hoje no art. 97 da Lei Magna.

b) Ausência de autonomia.

Do apontado, resulta patente a inexistência de um processo constitucional autônomo no sistema difuso brasileiro.

Por isto, a doutrina entendeu, unanimemente no passado, estar o processo de fiscalização de constitucionalidade integrado no processo comum e sujeito aos mesmos princípios gerais.

Esta posição ainda hoje tem defensores, como Baracho (2004).¹¹ E isto bem se viu na polêmica travada a propósito da instituição da ação declaratória de constitucionalidade (TUCCI, 1994).¹² Na verdade, tal se explica pela prevalência do sistema difuso até há pouco, quando da formação da tradição doutrinária.

c) Os princípios comuns.

São estes, segundo apontam os mestres, decorrentes do “devido processo legal”.¹³ (CINTRA; GRINOVER; DINARMARCO, 1991) Variam em número de autor para autor, mas existe um consenso entre estes sobre alguns deles.

¹¹ “*Teoria geral do processo constitucional*”, art. cit., *passim*, p. ex., p. 96.

¹² Cf., por exemplo, José Rogério Cruz e Tucci, “*Aspectos processuais da denominada ação declaratória de constitucionalidade*”, em *Ação declaratória de constitucionalidade*, livro coordenado por Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, Saraiva, São Paulo, 1994, p. 137 e s.

Dentre tais princípios consensuais, destacam-se como fundamentais: 1) o do contraditório; completado 2) pela ampla defesa; 3) o do juiz “natural” (ou juiz pré-constituído); completado 4) pela imparcialidade do juiz; 5) o da igualdade processual – a *par condicio* - igualdade de meios.

Afora outros, também relevantes, mas instrumentais ou ancilares, como o do 1) impulso oficial; 2) o da motivação das decisões; 3) o da publicidade, 4) da celeridade, etc.

Na verdade, são eles adotados e respeitados pela legislação que os regula no Brasil, a partir do lacônico perfil constitucional.

3.3.1.2 O perfil do sistema concentrado.

a) A conformação do sistema concentrado.

O sistema concentrado insinuou-se no direito brasileiro, por meio do acréscimo, feito pela Emenda nº 16/65, de uma nova competência originária às do Supremo Tribunal Federal, enunciadas no art. 101 da Constituição de 1946. Era

¹³ Cf., por todos, *Teoria Geral do Processo*, já citado, cap. 4, p. 51 e s.

esta nova competência a de processar e julgar: “k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador Geral da República;”

Afora essa atribuição de competência ao Supremo Tribunal Federal, nada se dispôs no plano constitucional ou na legislação ordinária sobre essa “representação”. Apenas o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal é que cuidou dela.

Tal situação não mudou na Constituição de 1967, nem na sua reescritura de 1969.

b) A Constituição vigente.

A Constituição de 1988, na sua redação primitiva, não foi muito além. Discriminou – é certo – os titulares da legitimação para propô-la, alargando-a (art. 103) e previu a inconstitucionalidade por omissão no mesmo artigo, § 2º, definindo o seu alcance. Também, atribuiu ao Advogado-Geral da União a tarefa de defender a constitucionalidade de ato impugnado na ação direta (art. 103, § 3º), bem como firmou a exigência da manifestação do Procurador Geral da República

nas ações de inconstitucionalidade (art. 103, § 1º).

A criação da ação declaratória de constitucionalidade fez-se pela sua inclusão na competência originária do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “a”). É verdade que se acrescentou que as decisões nesta ação produziriam “eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”.

3.3.1.3 O nascer de um processo constitucional autônomo.

a) O surgimento de normas autônomas de processo constitucional.

O quadro veio a mudar com a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que veio regulamentar as ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade. Nesta, veio a ser previsto um tratamento para o processo constitucional, relativamente distinto do processo comum. Estaria aí, embora incipiente, embrionário, um processo constitucional autônomo.

A ela, como reforço, deve-se acrescentar a Lei nº

9.882, de 3 de dezembro do mesmo ano. Esta, embora voltada para a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental, reitera normas da Lei nº 9.868.

E, mais recentemente, a Emenda Constitucional nº 45/04 trouxe uma contribuição no mesmo sentido.

b) A regulamentação legal das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade.

A Lei nº 9.869/99, por um lado, procurou suprir omissões da Constituição, como a não atribuição ao Governador do Distrito Federal e à Câmara Legislativa Distrital do poder de iniciar a ação de inconstitucionalidade; por outro, ela inovou, estabelecendo regras específicas.

O pólo passivo da ação direta de inconstitucionalidade é, por força do art. 103, § 3º da Lei Magna, obrigatoriamente, ocupado pelo Advogado Geral da União (que tem a obrigação de defender a constitucionalidade do ato impugnado). A Lei em exame deu, todavia, ao autor do ato questionado a oportunidade de oferecer “informações” sobre o mesmo, o que evidentemente serve para justificá-lo (art. 6º).

Observe-se que, em relação ao pólo passivo na ação declaratória de constitucionalidade, a Lei manteve-se em silêncio. É de notar que a Constituição não o atribuiu a quem quer que seja, visto não caber ao Advogado Geral da União sustentar a inconstitucionalidade, mas apenas a constitucionalidade do ato.

Quanto ao princípio da ampla defesa, evidentemente, nada dispôs de modo direto. Entretanto, previu no art. 9º, § 1º que:

Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência ou autoridade na matéria.

No tocante à decisão, introduziu uma regra formal, a exigência de que a deliberação não poderia ser tomada sem a presença de ao menos oito dos onze ministros (evidentemente mantendo a exigência da maioria absoluta para a decretação da inconstitucionalidade).

Consagrou, ainda quanto à decisão, as técnicas da

“interpretação conforme a Constituição”, da “declaração parcial da inconstitucionalidade sem redução de texto” que o Supremo Tribunal Federal já praticava no seu dia a dia, mas que não tinham reconhecimento formal (art. 28, parágrafo único).

Admitiu a restrição material ou temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Leia-se o art. 27:

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Enfim, estendeu às decisões na ação de inconstitucionalidade a “eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal” que a Constituição, tal como vigia na época não admitia senão para as ações declaratórias de constitucionalidade (art. 28, parágrafo único).

As duas últimas disposições ensejaram forte polêmica, argüindo parte da doutrina a sua

inconstitucionalidade (TUCCI, 1994, p. 137).¹⁴

c) A regulamentação legal da argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição.

Veio esta com a Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

Embora esta ação vise a “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público” (art. 1º), ela se inscreve de fato entre os instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade. Realmente, a lesão pode ser a inconstitucionalidade do ato (como resulta do art. 1º, parágrafo único, I), e, em conseqüência, para evitar ou reparar a lesão, torna-se necessária a fiscalização que compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal.

E tanto assim é que o art. 11 repete, *ipsis litteris*, o disposto no art. 27 da Lei nº 9.868/99, acerca da restrição aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Aponte-se que a referida Lei amplia o alcance do controle concentrado além do que previa a Constituição. Com

¹⁴ V. José Rogério Cruz e Tucci, trabalho citado, p. 137 e s.

efeito, esta admite o controle concentrado relativamente a lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, “a”), mas a controvérsia que enseja a argüição pode concernir também a ato municipal (art. 1º, parágrafo único, I).

De modo geral, a Lei segue o padrão da de nº 9.868/99. Estipula a possibilidade de solicitação de audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato, bem como o Advogado Geral da União e o Procurador Geral da República (art. 5º, § 2º). Também, a possibilidade de designação de perito ou comissão de peritos, audiência pública, etc. (art. 6º), como na Lei nº 9.868/99. Etc.

Ponto crucial, porém, está em que esta argüição pode levar para o controle concentrado, numa avocação, as questões discutidas no controle difuso. Realmente, segundo está no art. 5º, o Supremo Tribunal Federal poderá, por maioria absoluta, deferir pedido de medida liminar. Conforme dispõe o § 3º desse artigo:

A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.

Supremo Tribunal Federal que a julgará. Ao fazê-lo, fixará “as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito constitucional”. O que quer dizer, fixará, nessa ocasião, se a norma é constitucional ou inconstitucional, bem como o seu sentido e alcance.

Disto resulta, obviamente, que a questão de constitucionalidade é subtraída ao controle difuso. Passa ela ao Não pára aí, todavia, a inovação. Com efeito, o mais importante, porém, resulta da combinação dessa regra com o prescrito no art. 10, § 3º: “A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente ao Poder público”.

Aparece aqui, sem dúvida, um primeiro passo no sentido da integração, no processo constitucional objetivo e autônomo, do processo constitucional subjetivo. A eficácia contra todos é inerente ao processo objetivo, como de há muito registra o Supremo Tribunal Federal; ao contrário, no processo subjetivo, o efeito é ordinariamente *inter partes*. Acrescente-se que o efeito vinculante, consoante o direito constitucional positivo brasileiro (art. 102, § 2º da Constituição, com a redação dada pela Emenda constitucional nº 45/2004), é próprio dos instrumentos do controle concentrado, não sendo referido em relação ao difuso. Portanto, a norma ordinária está estendendo esse instituto do processo objetivo ao processo subjetivo.

Em conseqüência, pode-se dizer que o art. 10, *caput*, da Lei nº 9.882/99 opera uma ponte entre o processo objetivo e o processo subjetivo, no direito brasileiro, cedendo este àquele.

Será um primeiro passo para a eliminação do processo constitucional não autônomo?

d) A Emenda constitucional nº 45/2004.

Esta, designada como Reforma do Judiciário, dispõe nalguns pontos sobre o controle de constitucionalidade.

Expressamente, conferiu “eficácia contra todos e o efeito vinculante” (art. 102, § 2º), em relação aos demais órgãos judiciais, bem como aos da administração direta e indireta, federal, estadual e municipal, às decisões definitivas tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade (o que não estava no texto constitucional, mas apenas na Lei nº 9.868/99) e nas ações declaratórias de constitucionalidade (para as quais já era previsto).

Além disto, previu a edição pelo Supremo Tribunal Federal de *súmulas* que terão efeito vinculante, em relação aos

demais órgãos judiciais, bem como aos da administração direta e indireta. Tais súmulas serão extratos articulados da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal no controle difuso (art. 103-A).

e) Princípios divergentes.

Do perfil acima traçado, necessariamente se deduz não obedecer o processo constitucional no sistema concentrado aos princípios comuns do direito processual, como é o caso do sistema difuso.

Isto se discutiu no Supremo Tribunal Federal, no curso da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1. Sustentou o seu relator, o Min. Moreira Alves, ser todo o sistema de controle em abstrato de constitucionalidade, estruturado num “processo objetivo”, quer dizer, “não contraditório, sem partes”. Assim seria, porque a “finalidade única” desse controle abstrato “é a defesa da ordem jurídica, não se destinando diretamente à tutela de direitos subjetivos” (TUCCI, 1994).¹⁵

¹⁵ Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1, Distrito Federal, texto extraído do livro *Ação declaratória de constitucionalidade*, já citado, p. 188.

Tal entendimento prevaleceu. Assim sendo, o Supremo Tribunal Federal, na sua jurisprudência, vê as ações do controle concentrado como processos sem contraditório nem partes. Cabe, sem dúvida, ao Advogado Geral da União defender a constitucionalidade; há, sem dúvida, a oportunidade de o autor do ato impugnado oferecer “informações”; igualmente, na legislação, se prevê a eventualidade de audiência pública, ou de perito, ou de comissão de peritos etc. Mas isto não chega a significar contraditório.

E, por reflexo, inexistente ampla defesa. Ou, *a fortiori*, *par condicio*.

Certamente, porém, respeitam-se os princípios instrumentais.

3.3.1.4 Os princípios processuais constitucionalizados.

a) Os princípios processuais constitucionais.

É preciso, todavia, ter presente que o direito constitucional brasileiro inscreve no corpo da Lei Magna determinados princípios processuais. Isto é flagrante na Constituição de 1988, contudo muitos deles já aparecem no direito anterior, como a ampla defesa e o contraditório.

Acrescente-se que tais princípios estão inscritos no

art. 5º, da Constituição, e este no *Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, no capítulo I – *Dos Direitos e Deveres individuais e coletivos*. Por isto, a sua observância torna-se questão de respeito aos direitos humanos fundamentais, ao menos formalmente considerados.

O exame desses princípios que são direitos e garantias revela que alguns são princípios “puros” de direito processual, enquanto outros são vinculados a princípios de direito penal, ou de direito civil. Em razão de sua generalidade, ou especificidade, podem-se distinguir, de um lado, *princípios de ordem geral* (que regem toda a atividade jurisdicional); de outro, *princípios processuais penais* – que na ânsia de defender a liberdade a Constituição houve por bem desde logo fixar, e minudentemente; e de um terceiro, *princípios processuais civis*.

b) Princípios de ordem geral.

São estes: 1) o princípio do acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV); 2) o de ampla defesa e do contraditório, tão interligados que se exprimem na mesma norma (art. 5º, LV); 3) o princípio do juiz natural (art. 5º, LIII); 4) com a proibição de tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII); 5) o

princípio da publicidade (art. 5º, LX); 6) o princípio da celeridade (explicitado pela Emenda Constitucional nº 45/2004 que incluiu no art. 5º um inciso LXXVIII, mas que já vigia no Brasil, eis que o consagra o Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, em vigor no país, art. 8º, 1); 6) o princípio do devido processo legal (art. 5º, inciso LV); afora o princípio da igualdade processual (decorrente do princípio geral de igualdade – art. 5º, *caput* e inciso I).

Note-se que, embora a doutrina considerasse o princípio do devido processo legal implícito no sistema constitucional, tanto que servia de fundamento para os demais,¹⁶ (GRINOVER, 2000) a Constituição enunciou explicitamente o próprio princípio do devido processo legal. Isto significaria, para uns, a adoção do chamado devido processo legal substantivo; para outros, mera explicitação enfática. De qualquer forma, abre espaço para a dedução de novos sub-princípios.

c) O processo constitucional brasileiro e os princípios constitucionalizados.

A explicitação constitucional de princípios regentes da função judicial não provoca questionamento em relação à

¹⁶ Cf., por todos, Ada Pellegrini Grinover, no ensaio “*As garantias constitucionais do processo*”, publicado no livro *Novas tendências*

fiscalização difusa de constitucionalidade. O processo, em que esta se desenvolve, não fere tais princípios.

Não se passa o mesmo em relação ao controle concentrado. É certo que o Supremo Tribunal Federal entende ser a fiscalização abstrata um “processo objetivo”. Isto certamente exclui *per se* a aplicação da maioria dos princípios constitucionalizados, adequados ao processo subjetivo (ou, particularmente, ao processo penal). Entretanto, dentre os constitucionalizados, dois princípios, ao menos, não são, por sua natureza, incompatíveis com um “processo objetivo”: o do acesso ao Judiciário e o do contraditório e ampla defesa.

O primeiro já é atenuado pela Constituição ao restringir a legitimidade ativa para as ações do controle abstrato. Compreende-se a razão de ser: evitar seja o Supremo Tribunal Federal soterrado por uma enxurrada de ações “populares” constitucionais.

Quanto ao segundo, o problema é mais grave. De fato, na própria Constituição, a propósito da ação direta de inconstitucionalidade, é prevista a defesa da constitucionalidade. É esta atribuída expressamente ao Advogado Geral da União (art. 103, § 3º). Por que não prever norma equivalente noutras ações em que se dá o controle

do Direito Processual, Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, p. 1 e s.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 14, n. 1, p. 16-48, 2006.

abstrato? É verdade que a legislação infraconstitucional veio abrir espaço para um pálido contraditório...

Não se levante impedimento constitucional, ou seja, que a Constituição apenas prevê defesa relativamente à ação direta de inconstitucionalidade. Com efeito, prever a ampla defesa e o contraditório na fiscalização abstrata é dar aplicação de princípio constitucional, o que é menos chocante do que, em lei ordinária, permitir a restrição, material ou temporal, dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade...

4 OBSERVAÇÕES FINAIS.

4.1 UM RESUMO.

Na doutrina brasileira, a expressão processo constitucional tem uma abrangência bem maior do que no ensinamento dos juristas portugueses. Ainda quando ela não é tomada num sentido amplíssimo, compreendendo não somente as normas regentes do controle de constitucionalidade, mas igualmente as que regulam os remédios constitucionais, sempre tem de abarcar o processo autônomo e o processo não autônomo. Estes, de fato, estão justapostos no corpo da

Constituição e assim no ordenamento brasileiro.

O sistema brasileiro de fiscalização de constitucionalidade é, como se usa dizer, misto. Nele, há espaço para o sistema difuso, adotado desde 1891, quando da primeira Constituição republicana, que recebe e mantém a Lei Magna em vigor; como para o sistema concentrado, que, introduzido em 1965, vem ganhando cada vez mais terreno. Na verdade, a Constituição de 1988 deu a este grande amplitude e a evolução subsequente acentuou o seu alcance. Torna-se isto claro, quando se registram os desdobramentos posteriores à promulgação da Lei Maior. Aqui, vale não apenas mencionar a instituição da ação declaratória de constitucionalidade, em 1993, ou a Emenda Constitucional nº 45/2004, mas, outrossim, a edição de uma legislação infraconstitucional, em 1999, que configura o ponto de partida de um processo constitucional autônomo.

Não se olvide que a justaposição importa na coexistência de um processo constitucional subjetivo, com um processo constitucional objetivo. Sim, porque, no processo constitucional objetivo, é que se enquadram, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, todas as ações do sistema concentrado, enquanto incontestavelmente é no processo subjetivo que se insere a fiscalização concreta.

Ora, o caráter objetivo assim reconhecido – mas

reconhecido jurisprudencialmente – não compadece – na aparência, pelo menos, com todos os princípios que estão constitucionalizados em vista da atividade judicial. Choca, ao menos, a ausência de contraditório e ampla defesa, presentes apenas na ação direta de inconstitucionalidade.

Tenho falado em justaposição. Entretanto, num ponto já se desenha um propósito de integração. Tenho em mente uma norma inscrita na regulamentação da argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição – a que permite a avocação de questões constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal e a decisão em abstrato da constitucionalidade da regra em causa. Decisão esta com eficácia contra todos e efeito vinculante.

Está aí um passo. É provável virem outros que operem uma integração desejável. Integração – permito-me o vaticínio talvez imprudente – que, se vier, virá, com a prevalência do sistema concentrado.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n.90, p.69-169, jul./dez.. 2004.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 14, n. 1, p. 16-48, 2006.

CANOTILHO, J. J. GOMES. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2. ed.. Coimbra: Almedina, [199-?].

CINTRA, Antonio Carlos de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINARMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 8ª ed.. São Paulo: R. dos Tribunais, 1991.

ENCICLOPEDIA del Diritto. Milano: Giuffrè, 1987, v.36.

GRINOVER, Ada Pellegrine. As garantias constitucionais do processo. In: _____. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. (Ensaio).

MIRANDA, Jorge. Inconstitucionalidade e garantia da Constituição. In: **Manual de Direito constitucional**. 2ª ed.. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

SEGADO, Francisco Fernández. Controle de constitucionalidade e justiça constitucional. In: TAVARES, André Ramos; MENDES, Gilmar Ferreira. (Org.) **Lições de Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Aspectos processuais da denominada ação declaratória de constitucionalidade. In: Martins Filho, Ives Gandra da Silva; Mendes, Gilmar Ferreira (Coord.) **Ação declaratória de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1994.

A QUESTÃO DA PRESCRIÇÃO DAS PRETENSÕES RELATIVAS AOS BENS PÚBLICOS

Maria Helena Diniz¹

RESUMO

Se as normas, num dado caso concreto, não corresponderem a sua finalidade e a sua função o órgão julgante poderá decidir, aplicando-se um princípio geral de direito, que conduza à afirmação da imprescritibilidade de qualquer pretensão, não havendo norma especial, que verse sobre bens públicos. Tal resolução não é contra o direito, visto estar autorizada pelo art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, já que nada impede que haja uma opção pela norma mais justa, visando manter a coerência do sistema jurídico, afaztando a aplicação de outra norma, em prol do fim social e do bem comum.

PALAVRAS CHAVES: bem público, prescrição, lacuna.

1 INTRODUÇÃO

A violação do direito subjetivo cria para o seu titular a pretensão, ou seja, o poder de fazer valer em juízo, por meio de uma ação (em sentido material), a prestação devida, o cumprimento da norma legal ou contratual infringida ou a reparação do mal causado, dentro de um prazo legal. O titular da pretensão jurídica terá prazo para propor ação, que se inicia (*dies a quo*), no momento em que sofrer violação de seu direito subjetivo. Se o titular deixar escoar tal lapso temporal, sua inércia dará origem a uma sanção adveniente, que é a prescrição. Esta é uma pena ao negligente. É perda da ação, em sentido material, porque a violação de direito é condição de tal pretensão à tutela jurisdicional. A prescrição atinge a ação em sentido material e não o direito subjetivo; gera a exceção, técnica de defesa que alguém tem contra quem não exerceu, dentro do prazo estabelecido em lei, sua pretensão.

A prescrição tem por objeto a pretensão à prestação devida em virtude de um descumprimento legal ou obrigacional, que gera o direito para obter a tutela jurisdicional, por ser uma exceção oposta ao exercício da ação (em sentido material) tem por escopo extingui-la, ante a inércia do titular, deixando escoar o prazo legal para exigi-la,

¹ Professora Titular de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

tendo por fundamento um interesse jurídico-social. Esse instituto foi criado como medida de ordem pública para proporcionar segurança às relações jurídicas, que seriam comprometidas diante da instabilidade oriunda do fato de se possibilitar o exercício da ação por prazo indeterminado.

Diante do conflito existente entre normas relativas à prescrição das pretensões atinentes aos bens públicos, surgem as seguintes indagações:

As pretensões sobre bens públicos são prescritíveis ou não? Há uma real antinomia entre as normas sobre prescrição das pretensões que versam sobre bens públicos?

Trata-se de tema controvertido, por isso, julgamos conveniente, para elucidar tal questão, apresentar uma noção de bens.

Bens são coisas que proporcionam ao sujeito de direito uma utilidade, sendo suscetíveis de apropriação e de estimação pecuniária², constituindo, então, seu patrimônio. Compreendem não só as coisas corpóreas, mas também as

² Sobre prescrição: Antônio Luiz da Câmara Leal, *Da prescrição e decadência*, Rio de Janeiro, Forense, 1978,p.9; Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2006, vol.1, p. 391-2; Darcy Arruda Miranda, *Anotações ao Código Civil Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1981; V.1,p.109-39; Humberto Theodoro Jr., *Comentário ao novo Código Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 186. Sobre conceito de bens; Agostinho Allvim, *Curso de Direito Civil* (apostila PUCSP), vol. 1, p.13.

incorpóreas, como, p.ex., as criações intelectuais (propriedade literária, artística e científica) e os fatos humanos, ou seja, as prestações de dar, fazer e não fazer, que são considerados pelo direito como suscetíveis de constituir objeto da relação jurídica³. Logo o *patrimônio* abrange *bens corpóreos* ou materiais como prédios, terrenos etc., e bens incorpóreos, relativos aos direitos que as pessoas físicas ou jurídicas têm sobre as coisas, sobre os produtos de seu intelecto ou contra outra pessoa, apresentando valor econômico, como, p.ex., direitos autorais, reais e pessoais ou obrigacionais⁴.

Os bens que recaíram sob a titularidade de pessoa física ou jurídica, de direito privado, serão particulares e os pertencentes à pessoa jurídica de direito público interno serão bens públicos (CC. art. 98).

Os bens públicos podem ser:

³ Scuto. *Istituzioni di diritto privato: parte generale*. V. 1. p. 291; Serpa Lopes, *Curso de direito civil*, 2, ed., Freitas Bastos, 1962, v 1. 354; M. Helena Diniz, *Curso*, cit. V.1. p. 141 e 142; Paulo A. V. Cunha, *Do patrimônio*, Lisboa, 1934v v. 1: Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, v.5, p. 365-410; Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, cit., v.1. p. 341 e 349; Planiol, *Traité de droit civil*, v. 1. N. 747; Silvio Rodrigues, *Curso*, cit.. v. 1. p. 13, 123 e 125.

a) *De uso comum do povo*. Embora pertencentes à pessoa de direito público interno, podem ser utilizados, sem restrição, gratuita ou onerosamente, por todos, sem necessidade de qualquer permissão especial (praças, jardins, praias, estradas, mar, ruas, rios, golfos, baías) (CC. Art.99, I; JTACSP,112:92; RT,688: 98, 653: 100). Entretanto, não perdem essa natureza se regulamentos administrativos condicionarem ou restringirem o seu uso a certos requisitos ou mesmo se instituírem pagamento de retribuição (CC, art. 103). Por exemplo: pedágio nas estradas, como contribuição a sua conservação ou custeio. (RT, 777: 120. 41; RJTJSP, 40:124). Pode, ainda, o poder público suspender seu uso por razões de segurança nacional ou do próprio usuário, exemplificativamente: proibição de tráfego, interdição de porto, barragem de rio etc. Temos aí uma propriedade *sui generis*, segundo Hauriou⁵, uma posse em nome do interesse coletivo, pois o que é livre é a utilização do bem por qualquer pessoa e não o seu domínio. Logo, o seu titular pode reivindicar, se uma pessoa, natural ou jurídica, pretender o uso exclusivo da coisa comum, impedindo que o grande público dela se utilize. Isto é assim porque o ente público tem a

⁴ Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*, 3 ed.. Rio de Janeiro, 1971, p. 198, Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, São Paulo, Saraiva, v. 1, p.146.

guarda, a administração e a fiscalização dos bens de uso comum.

b) estabelecimento federal, estadual ou municipal, como prédios onde funcionam tribunais, escolas públicas, secretarias, ministérios, quartéis *De uso especial*. São os utilizados pelo próprio poder público, constituindo-se por imóveis aplicados ao serviço ou etc. Têm, portanto, uma destinação especial (CC.art. 99.II).

c) *Dominicais*. Compõem o patrimônio da União (CF, art. 20, I a XI e EC n. 46/2005), dos Estados (CF, art. 26, I a IV) ou dos Municípios, abrangendo bens corpóreos, móveis ou imóveis (CC, art. 99, III), ou incorpóreos, como objeto do direito pessoal ou real dessas pessoas de direito público interno. O mesmo se diga do patrimônio de autarquia. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado” (CC. Art. 99, parágrafo único), como p. ex., às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades da economia mista e a consórcios públicos – (Lei n. 11. 107/2005, art. 1º, §§ 1º e 6º;

⁵ Hauriou, *Précis de droit administratif*, p. 530 e s.

III). Isto é assim, porque como ensina Odete Medauar, o “ordenamento brasileiro inclina-se à publicização do regime de bens pertencentes a empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades controladas pelo Poder Público”, mesmo se tiverem a estrutura de direito privado. Abrangem, por exemplo: títulos da dívida pública, estradas de ferro, telégrafos, fazendas do Estado, ilhas formadas em mares territoriais (Lei n. 8.617/93) ou rios navegáveis, terras devolutas (CF, arts. 225, § 5º, 188, §§ 1º e 2º; Dec.-lei n. 1.414/75; Leis n. 6.383/76 e 6.925/81: RTJ, 32:73: RJTJSP, 26:246, 12:68, 23:260; CJ, 71:116; RT, 339:448), terrenos de marinha e acrescidos, bens vagos, quedas d’água, jazidas e minérios (CF. art. 176), arsenais com todo material da marinha, exército e aviação, bens que foram do domínio da Coroa, títulos de crédito, dinheiro arrecadado por tributos⁶,

⁶ O dinheiro arrecadado pelo tributo é bem público dominical já que, segundo Jèze (*Cours élémentaire de science des finances et de législation financière française*, 5.ed. 1912), é uma forma de receita, pois é a prestação pecuniária, requerida dos particulares por via da autoridade, a título definitivo e sem contraprestação, para o fim da cobertura das necessidades públicas. Todavia, há quem ache, como José Cretella Jr. (*Dos bens públicos*, São Paulo, Saraiva, 1969, p. 262, 264, 321 e 322), que o dinheiro, como renda da fazenda pública, participa da natureza dos bens de uso especial, ao afirmar que “sendo a finalidade da renda pública a satisfação dos diversos compromissos do Estado, mas tendo seu destino, como resultado da arrecadação, especializado nas verbas orçamentárias, tais rendas uma vez colocadas nas mãos da autoridade administrativa, pela arrecadação,

cota-parte em impostos, multas cobradas, direito de cobrar dívida, operações de crédito, produtos obtidos com a alienação de bens móveis ou imóveis autorizada legalmente etc⁷. Os bens públicos dominicais podem, por determinação legal, ser convertidos em bens de uso comum ou especial. Nada impede a utilização dos bens dominicais por particulares desde que subordinada às normas administrativas, às condições e limitações impostas pelo Poder Público (Lei nº 6.925/81, art. 3º: RTJ, 32:73; STF, Súmula 477).

Os bens públicos apresentam como caracteres⁸:

participam da categoria dos bens de uso especial”. Sem embargo dessa opinião, deduzimos, da leitura dos arts. 6º, § 1º, 39, 105 e §§, 112, parágrafo único e outros da Lei n. 4.320/64, que fazem parte do patrimônio das pessoas jurídicas de direito público interno, constituindo bens dominicais, como mencionamos no corpo de nossa obra: impostos, taxas e contribuições de melhoria arrecadados; contribuições da União, Estados e Municípios; cota-parte em impostos; multas cobradas; direito de cobrar dívida; indenizações e restituições; auxílios da União, dos Estados e Municípios; operações de crédito; produtos obtidos com venda de bens permitida por lei etc.

⁷ Sobre bens públicos, v.:M.Helena Diniz, *Curso*, cit., v.1, p. 160-1; Orlando Gomes, *Introdução*, cit. P. 221-4; Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 444; Mário Mazagão, *Direito administrativo*, v. 1, n.283; Silvio Rodrigues, *Curso*, cit. v.1, p.157-60; Serpa Lopes, *Curso*, cit. v.1, p.375-380.

⁸ Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo*, cit.; M. Helena Diniz, *Curso*, cit., v.1, p. 161, 196 e 197; Washington de Barros Monteiro, *Curso*, cit., p.161-4; Orlando Gomes, *Introdução*, cit., p. 191 e 224; Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições*, cit. v. 1, 381-9; Spencer Vampré, RT. 34.385 e s; Mário Mazagão, *Direito administrativo*, cit. : Álvaro Villaça Azevedo, *Bens impenhoráveis*,

a) A *inalienabilidade*, desde que, ensina Meirelles, destinados ao uso comum do povo ou a fins administrativos, ou seja, enquanto guardarem a afetação pública. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, logo não podem ser vendidos, doados ou trocados. Tal inalienabilidade poderá ser revogada desde que: o seja mediante lei especial; tenham tais bens perdido sua utilidade ou necessidade, não mais conservando sua qualificação, assim ocorrida a desafetação (mudança da destinação) de um bem público este perderá a inalienabilidade se incluído no rol dos bens dominicais (CC, art. 101) para tornar possível sua alienação (RT, 711:93, 621:189); e a entidade pública os aliene em hasta pública ou por meio de concorrência administrativa (RF, 83: 275). Pelo art. 101 do Código Civil, os bens públicos dominicais poderão ser alienados (arrendamento, compra e venda, comodato) como se fossem bens particulares, observando-se as exigências legais (por exemplo: licitação, autorização legal e avaliação prévia), uma vez que não há qualquer afetação a uma finalidade pública específica.

in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 11, p.229, José Cretella Jr., *Dos bens públicos*, cit. , p.323.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 14, n. 1, p. 49-86, 2006.

b) A *impenhorabilidade*, porque inalienáveis, são insuscetíveis de ser dados em garantia. A impenhorabilidade impede que o bem passe do patrimônio do devedor ao do credor, ou de outrem, por força de execução judicial (adjudicação ou arrematação).

c) A *imprescritibilidade* das pretensões a eles relativas, devido a sua inalienabilidade. Contudo, poderão ser essas pretensões prescritíveis nos casos e formas que a lei estatuir, para evitar a especulação ou a má distribuição de um bem necessário ao povo.

d) Se o patrimônio estatal abrange além dos bens corpóreos, os direitos reais e pessoais (como os de crédito), as pretensões a eles atinentes seriam prescritíveis ou não?

Essa questão não é nova e tem sido muito discutida ante sua complexidade.

As pretensões sobre bens públicos, seja qual for sua natureza, não estão, em regra, sujeitas à prescrição.

No que atina aos *direitos reais*, isto é, às relações entre o Estado e os bens corpóreos que lhe pertencem, o Decreto n. 19.924/31, art. 1º (ora revogado pelo Decreto s/n de 25-4-1991); o Decreto n. 22.785/33, art. 2º (ora revogado pelo

Decreto s/n. de 25-4-1991); o Decreto-lei n. 710/38. Art.12, parágrafo único; o Decreto-lei n. 9.760/46, art. 200; a Lei n. 6.428/77; o Código Civil, art. 102, tem estatuído que as pretensões de particulares contra a entidade pública são imprescritíveis (v. também RT. 453:66; STF. Súmula 340⁹). Como se vê, referem-se apenas à imprescritibilidade das ações sobre direitos reais, visto que a usucapião é modo aquisitivo do direito real, ou seja, da propriedade, do usufruto, do uso, da habitação e da servidão predial.

Todavia, houve a exceção de usucapião especial (EC n. 1/69, art.171, parágrafo único; Lei n. 6.969/81; Dec.n. 87.040/82, arts. 2º, 3º 4º, § 1º - revogado pelo Decreto n. 11, de 18-1-1991; Dec. n. 87.620/82/, arts. 1º a 4º).

Realmente, a nossa Emenda Constitucional n. 1/69, no art. 171 e parágrafo único rezava:

A lei federal disporá sobre as condições de legitimação da posse e de preferência para aquisição, até cem hectares, de terras públicas, por aqueles que a

⁹ A Súmula 340 do STF dispõe que “ Desde a vigência do Código Civil os bens dominicais como os bens públicos não podem ser adquiridos por usucapião”, Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, cit., v. 1, p. 11; M. Helena Diniz, *Curso*, cit. v. 4, p. 8-13; Clóvis Beviláqua, *Comentários ao Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 9. Ed., Rio de Janeiro, 1953, v, 9, obs. 1 ao art. 485; Washington de Barros Monteiro, *Curso*, cit. 1979, v. 3, p. 243.

tornarem produtivas com o seu trabalho e o de sua família. Salvo para execução de planos de reforma agrária, não se fará, sem prévia aprovação do Senado Federal, alienação ou concessão de terras públicas com área superior a três mil hectares.

A Lei n. 6.969/81 veio estabelecer normas sobre a aquisição, por usucapião especial, de imóvel rural possuído por cinco anos ininterruptos, independentemente de justo título e boa-fé, desde que: a) o imóvel não excedesse a vinte e cinco hectares, ou seja, igual a um módulo rural; b) o possuidor, que não fosse proprietário rural ou urbano, o tornasse produtivo com o seu trabalho, nele tendo sua morada; e c) houvesse sentença judicial declaratória que servisse de título para a transcrição no Registro de Imóveis (art. 1º, parágrafo único). A usucapião especial abrangia as terras particulares e as terras devolutas da União, dos Estados e dos Municípios, conforme especificava o revogado Decreto n. 87.040/82, sem prejuízo de outros direitos conferidos ao posseiro pelo Estatuto da Terra ou pelas leis que dispunham sobre o processo discriminatório de terras devolutas (art. 2º). Não alcançava, portanto, as áreas indispensáveis à segurança nacional, as terras habitadas por silvícolas, nem as áreas de interesse ecológico, consideradas como tais as reservas biológicas ou florestais e os parques

nacionais, estaduais ou municipais, assim declarados pelo Poder Executivo, assegurada aos atuais ocupantes a preferência para assentamento em outras regiões pelo órgão competente (art.3º), isto é, pelo INCRA. A ação de usucapião especial devia ser processada e julgada na comarca da situação do imóvel; porém no caso de usucapião especial em terras devolutas federais, a ação, segundo a Emenda Constitucional n.1/69, art. 126, promovia-se perante a justiça estadual, com recurso para o Tribunal Federal de Recursos, cabendo ao Ministério Público local, na 1ª instância, a representação judicial da União (art.4º, § 1º). Quanto ao procedimento administrativo para o reconhecimento da aquisição, por usucapião especial, de imóveis rurais compreendidos em terras devolutas, devia-se seguir o disposto no Decreto n. 87.620/82, Arts. 1º a 4º. Apenas nessa hipótese é que se podia falar em prescrição de ação (em sentido material) real contra a Fazenda Pública, por estar autorizada legalmente.

A imprescritibilidade do domínio público é consequência de sua inalienabilidade, pois, uma vez que não podem ser adquiridas, por qualquer modo, as coisas que estão fora do comércio, não podem elas, por dedução, ser usucapidas, já que, havendo usucapião, o antigo titular perde a pretensão devido a sua inércia, e, conseqüentemente, o possuidor adquire o *direito real*, isto é, a propriedade.

Com o advento da Constituição Federal, de 1988 (art. 191, parágrafo único), atualmente em vigor, reformulou-se a configuração jurídica da usucapião *pro labore* ou *especial rural*, que encontra sua justificação no fato do usucapiente ter tornado, com seu trabalho, produtiva a terra, tendo nela sua morada. Para que se concretize esse modo de aquisição de propriedade será preciso que: a) o ocupante não seja proprietário de imóvel rural ou urbano; b) a posse, por ele exercida *animus domini*, seja ininterrupta e sem oposição por cinco anos; c) o ocupante da área de terra, em zona rural, a torne produtiva com seu trabalho agrícola, pecuário ou agroindustrial; d) o usucapiente deve ter nela sua moradia habitual; e) a área, objeto de usucapião, não seja superior a 50 hectares; f) a terra usucapienda não seja pública. Logo, não há que se falar no Brasil, hodiernamente, em usucapião de terras públicas, mesmo que abandonadas ou improdutivas. Todavia, observam Rodrigues e Freitas que, no nosso ordenamento jurídico, há usucapião de terras devolutas, ante o disposto no art. 188, da Constituição Federal de 1988, que prescreve que a destinação das terras devolutas deve compatibilizar-se com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária, uma vez que aquelas terras constituem bens patrimoniais estatais afetados por uma destinação social *sui generis*. Logo, para esses juristas, possível será ao particular usucapi-las, para

atender ao interesse social de continuidade da exploração econômica da terra.

O grande problema, portanto, está em verificar se há ou não prescritibilidade das pretensões atinentes no *direito obrigacional* ou *personal* do Estado, que é também bem público. O direito obrigacional, pessoal ou de crédito é concernente às relações jurídicas de ordem patrimonial, que têm por objeto prestações de um sujeito em proveito do outro. Contempla relações jurídicas de natureza pessoal, visto que seu conteúdo é a prestação patrimonial, ou seja, a ação ou omissão da parte vinculada (devedor) tendo em vista o interesse do credor, que, por sua vez, tem o direito de exigir aquela ação ou omissão. De tal modo que, se ela não for cumprida espontaneamente, poderá movimentar a máquina judiciária para obter do patrimônio do devedor a quantia necessária à composição do dano¹⁰.

O Decreto n. 20.910/32, no art. 1º, ao estabelecer que:

as dívidas passivas da União, Estados e Municípios, bem assim todo ou qualquer

¹⁰ Clóvis Beviláqua, *Comentários ao Código Civil*, cit., v. 4, p. 6; M. Helena Diniz, *Curso*, cit., v.2, p. 3; Orlando Gomes, *Obrigações* Rio de Janeiro, Forense, 4 ed., 1976, p.17, 19 e 21; Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, Paris, Sirey, 1965 p. 9 e 12; Savigny, *Le droit des obligations*, v. 1. P,11; Silvio Rodrigues, Usucapião das terras devolutas, *Revista Literária de Direito*, n. 15, p.8 a 10.

direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for sua natureza, prescrevem em cinco anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem

veio instaurar no sistema uma *antinomia teleológica*, por ser alusivo não só à prescrição das pretensões relativas a direitos pessoais violados como também à das reais contra a Fazenda Pública, conflitando outrora com a antiga Emenda Constitucional n. 1/69, art. 171, parágrafo único; a Lei n. 6.969/81; o Decreto n. 19.924/31 e o Decreto n. 22.785/33 (ora revogados pelo Decreto s/n. de 25-4-1991); o Decreto-lei n.710/38; o Decreto-lei n. 9760/46, art. 200: a Lei n. 6.428/77 e com o Código Civil, art. 102. Esse tipo de antinomia normativa aparece sempre que a relação de meio a fim entre as normas não se verifica, mas deveria verificar-se. Na antinomia teleológica há uma incompatibilidade entre os fins propostos por certas normas e os meios estabelecidos por outras para a consecução daqueles fins. O legislador pretendeu com determinadas normas certo fim, mas com outras rejeita as medidas capazes de servir de meio para se alcançar tal objetivo¹¹. Essa antinomia advém de uma subversão, nas

¹¹ Karl Engisch, *Introdução*, cit., p. 260.

expectativas teleológicas e valorativas, que redimensiona as expectativas ideológicas.

Trata-se de uma *antinomia imprópria e aparente*, pois nada impede que se atue conforme as normas, optando por uma delas. Como nos ensina Kelsen, no conflito teleológico, o cumprimento de uma das duas normas contraditórias significa prejuízo para o fim almejado pela outra. Ante o postulado da coerência do sistema o jurista e o aplicador devem recorrer ao critério cronológico, ao hierárquico e ao da especialidade, para remover essa situação anormal, rechaçando uma das normas, destacando a *mais forte* como a decisiva por ter o caráter especial em relação à outra, por ser hierarquicamente superior ou anterior à outra¹². Devem também, ante a dinamicidade do direito, redimensionar os

¹² V. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Antinomia, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, cit., p. 14 e 16; *Introdução*, cit., p. 256 e 257; José Castán Tobeñas, *Derecho civil español*, cit., t.1.v .1, p. 374, Messineo, *Manual*, cit.; Kelsen (*EL contrato y el tratado*, p. 85) distingue o conflito lógico do conflito teleológico ao escrever: “ Nos achamos em presença de um conflito lógico quando uma norma estatui o conteúdo A e outra do mesmo sistema prescreve o conteúdo não A ...”. Nos conflitos teleológicos não há incompatibilidade lógica pois “com ajuda de duas frases, que não implicam uma contradição lógica, a sua fórmula é: A deve ser e não A deve ser; mas há conflito quanto o cumprimento de uma das duas normas significa prejuízo para o fim desejado pela outra ...”. Apenas ante a impossibilidade da remoção da antinomia é que surge a lacuna de conflito, que deverá ser solucionada pelos meios de colmatação de lacunas.

valores, mediante a ideologia, baseando-se nas pautas estimativas, informadoras da ordem jurídico-positiva, preferindo uma decisão razoável. A lógica do razoável ajusta-se à solução da antinomia teleológica, harmonizando-se com o disposto no art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil, que delinea o predomínio da finalidade da norma sobre sua letra. Todavia, é mister verificar os resultados práticos que a aplicação da norma produziria em determinado caso concreto. Somente se esse resultado concordar com os fins e valores que inspiram a norma, em que se funda, deverá ela ser aplicada àquele caso. O art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil permite, portanto, corrigir a contradição das normas relativas à prescrição das pretensões sobre bens públicos, apontando a que for mais razoável à solução do caso concreto, corrigindo a antinomia¹³.

¹³ Gavazzi, *Delle antinomie*, cit., p. 5 e s.; Tércio Sampaio Ferraz Jr. *Direito, retórica e comunicação*, cit., p. 152 e 153, e *Teoria*, cit., p. 157 e 158; Miguel Reale, *Lições preliminares*, cit., p. 65 e 298, e *Filosofia do direito*, cit., v. 2, p. 32 e 33; Orlando Gomes, *Introdução*, cit., p. 16; R. Limongi França. Da jurisprudência como direito positivo, RFDUSP, cit., p. 221; Frederico Marques, artigo publicado em O Estado de S. Paulo, 12 ago. 1956; Alípio Silveira, *Hermenêutica*, cit., v.1, p.343; Wilson de Souza Campos Batalha, *Lei de Introdução ao Código Civil*, cit., v. 1, p. 5 e 6; Recaséns Siches, *La nueva filosofía*, cit. México, 1950, p. 128, 255-8; M. Helena Diniz, *As lacunas*, cit., p.222-5.

Com base nessas idéias, fácil é denotar que a interpretação literal do art. 1º, do Decreto n. 20.910/32 levanta muitas dúvidas por ser antinômico ante as normas que proclamam a imprescritibilidade das pretensões sobre bens públicos, pois, ao referir-se “a todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal”, dá a entender que estende a prescrição quinquenal a favor da Fazenda Pública a toda e qualquer pretensão, mesmo de natureza não creditória. Na realidade tal não ocorre, pois, interpretando-se esse dispositivo corretamente, nota-se que só abrange as pretensões fundadas em créditos, porque ao estabelecer a prescrição quinquenal fala em pretensão contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, e não contra a União, Estados e Municípios, dando a entender que se trata de pretensões relativas a crédito (dívida ativa), porque só estas podem ser dirigidas contra a Fazenda Pública, que designa os órgãos ou as repartições da administração pública responsáveis pelos interesses financeiros da administração (CPC, art. 475, II). O Código de Processo Civil, quando faz menção às pessoas jurídicas de direito público interno de administração direta, designa-as especificamente por União, Estado, Distrito Federal e Município (CPC, art. 475, I), enquanto o Decreto n.20910/32 alude apenas à prescrição quinquenal a favor da Fazenda Pública, referindo-se tão-somente a todo e qualquer

direito que alguém alegue como *credor* dela, com a finalidade de criar um benefício a favor dela, livrando-a de qualquer *pretensão creditória* decorridos cinco anos da data em que poderia ser intentada. Nesse mesmo teor de idéias deverá ser interpretado o art. 2º, do Decreto-lei n. 4.597/42, que incluiu na abrangência do Decreto n. 20.910 as autarquias e entidades paraestatais, ao estatuir que:

O Decreto n. 20.910, de 6 de janeiro de 1932, que regula a prescrição quinquenal, abrange as dívidas passivas das autarquias, ou entidades e órgãos paraestatais, criados por lei e mantidos mediante impostos, taxas ou quaisquer contribuições exigidas em virtude de lei federal, estadual ou municipal, bem como a todo e qualquer direito e ação contra os mesmos.

A prescrição quinquenal não alcança as ações (em sentido material) reais contra a Fazenda Pública (RTJ, 37:297, 58:717; RT.185:260,147:132, 299:189, 349:173, 329:773, 462:260).¹⁴

¹⁴ Consulte: Antônio Luiz da Câmara Leal, *Da prescrição e decadência*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 293 e294; Pontes de Miranda, *Tratado*, cit., v.6, § 714. 2; Silvio Rodrigues, *Curso*, cit., v.1, p. 382 e 383. Em sentido contrário, v.: Carpenter, *Da prescrição*, n. 368 e Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro interpretado*, Freitas Bastos, v. 3, p. 503.

Quem é o credor das dívidas passivas da Fazenda Pública, autarquias e entidades paraestatais?

Os decretos acima mencionados aludem às dívidas passivas dessas entidades públicas, ou seja, às pretensões relativas a direitos pessoais em que elas forem rés, atinentes às obrigações que tiverem com *pessoas naturais ou pessoas jurídicas de direito privado*. Todavia há quem os interprete extensivamente, como Pontes de Miranda, admitindo que o prazo quinquenal ocorre ainda que o *credor* seja outra pessoa jurídica de direito público interno¹⁵, alegando que o merecedor de proteção legal é sempre o que deve e não aquele a quem é devido, logo, no conflito entre os interesses de duas fazendas públicas deve prevalecer sempre o prazo estabelecido pela lei para a prescrição da dívida passiva, assim entre a fazenda credora, seja ela federal, estadual ou municipal, e uma devedora, qualquer que seja ela também, o prazo prescricional deverá ser o de cinco anos (RT, 423:173).

Apesar da consideração que sempre nos mereceram as lições de Pontes de Miranda e as decisões judiciais, pensamos de modo diverso, pois, ao abrangerem as pessoas jurídicas de direito público interno como credora, estão dando àqueles decretos um raio de ação por demais amplo,

¹⁵ Pontes de Miranda, *Tratado*, cit., § 714.8

ultrapassando as legítimas fronteiras das normas, acentuando a antinomia existente sobre o assunto. Realmente se em certas circunstâncias a norma ordena ou permite determinado comportamento apenas a certas pessoas, as demais, em idênticas situações, não são alcançadas pela norma, por se tratar de disposição especial, que vale tão somente para as hipóteses normadas, pois a inclusão de uma importa na exclusão da outra¹⁶.

Logo, esses decretos só são aplicáveis às pretensões relativas a direitos pessoais em que a entidade pública é devedora de pessoa física ou jurídica de direito privado.

Quanto às *dívidas ativas não fiscais* da Fazenda Pública é preciso lembrar que os *créditos* do Estado contra *particulares* são, em regra, imprescritíveis. Às pretensões da Fazenda Pública contra particulares não subordinadas a prazo especial prescrevem em dez anos, segundo a norma geral do art. 205, em três anos, conforme o art. 206, § 3º, IV e V, ou em cinco anos, diante do disposto no art. 206, § 5º, I, do novo Código Civil? Qual seria o lapso prescricional das pretensões creditórias do Poder Público contra pessoa física ou jurídica de direito privado, em caso de execução fiscal por dívida não tributária advinda, por exemplo, de taxa de ocupação ou multa

¹⁶ Klug, *Lógica jurídica*, cit., p. 12

administrativa, aluguéis etc., visto que, no que concerne à cobrança ativa fazendária, isto é, ao crédito tributário, prevalece o Código Tributário Nacional, que excepcionou, reduzindo para cinco anos o lapso prescricional para o ajuizamento dessas ações (CTN, arts. 156, 174, 121)? A dívida ativa da Fazenda Pública é o seu crédito exigível, compreendendo tudo que ela tenha direito de vir a receber.

Dada a relevância da solução para o erário, dever-se-á afastar a interpretação literal, diante do fato de a prescrição ser exceção e sanção adveniente, imposta em razão de inércia do titular da pretensão de fazer valer em juízo a prestação devida, em razão da violação do direito subjetivo. Parece-nos, que o lapso prescricional para o exercício da pretensão relativa a crédito por dívida não fiscal requer lei especial, visto que a relação entre a Fazenda e o particular pertence à seara juspublicística, tendo princípios informadores diversos dos do Código Civil, que só se aplicariam a relações de direito privado. Normas gerais (como as dos arts. 205 e 206 do CC) não poderão ser aplicadas por analogia a hipótese que requer lei especial, por força do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, para imposição de prazo de prescrição para pretensão atinente a bens públicos (créditos), que é imprescritível, ante o princípio da legalidade e da preponderância do interesse público sobre o particular.

Nem mesmo o Decreto n. 20.910/32 (lei especial) alusivo à prescrição de pretensões sobre débitos passivos poderia ser aplicado analogicamente, ante a lacuna normativa atinente ao prazo prescricional de pretensão de direitos creditórios ativos não fiscais, porque há uma regra de hermenêutica jurídica do uso limitado da analogia no direito administrativo, em matéria referente à competência, ao uso do poder de polícia, à sanção administrativa, às contribuições, à caducidade, à outorga de privilégios, a prazo prescricional etc.

Se se empregar por analogia o prazo de cinco anos para crédito tributário ou o de cinco anos para dívida do Estado, estar-se-ia tratando igualmente os desiguais (Poder Público credor de crédito tributário; Poder Público credor de dívida ativa não tributária e Poder Público devedor), pois temos três situações diferentes, visto que a especialidade está na conduta normada, ferindo-se o princípio da isonomia.

Logo, ante a lacuna normativa, aplicando-se os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, considerando-se que, em matéria de prescrição, por ser concessão de privilégio (devedor) e imposição de sanção ao inerte (credor), não se poderá empregar a analogia (RTJ, 84:781), mas o princípio da legalidade e o da supremacia do interesse público, concluindo-se pela *imprescritibilidade* (CF, art. 37, § 5º) das dívidas ativas não tributárias, para que não haja lesão ao erário, pois aqueles

créditos da Fazenda Pública dele fazem parte como bem dominical.

Sem embargo desta nossa opinião durante a vigência do Código Civil de 1916, a doutrina e a jurisprudência, em caso de execução de dívida ativa não tributária, aplicavam o art. 177 (RT.188:893, 182:347, 178:304, 177:356, 173:403, 223:548). Câmara Leal já dizia:

Entendemos, pois, que as *ações* que competem à União, aos Estados e aos Municípios contra particulares, *não subordinadas a prazo especial*, prescrevem em *vinte anos*, quando *peçoais*, e em quinze e dez, quando reais, segundo a regra geral do art. 177 do Código Civil.

Acatava tal posicionamento Martins da Silva: “Na falta de dispositivo legal expresso, ao crédito fiscal não tributário de um modo geral aplica-se a prescrição vintenária do art. 177, do Código Civil”.

E havia até entendimento de que não se deveria aplicar o prazo civil ordinário do Código Civil, de 1916, art. 177 (norma geral), pois tal lapso temporal deveria ser o de cinco anos do Decreto n. 20.910/32 (norma especial). Assim se posicionava Celso Antônio Bandeira de Mello, ao ponderar:

Não há regra alguma fixando genericamente um prazo prescricional para as ações judiciais do Poder Público em face do administrado (...).

No passado (até a 11ª edição deste 'Curso') sustentávamos que, não havendo especificação legal dos prazos de prescrição para as situações tais ou quais, deveriam ser decididos por analogia aos estabelecidos na lei civil (...).”

Reconsideramos tal posição. Remeditando sobre a matéria, parece-nos que o correto não é analogia com o Direito Civil, posto que, sendo as razões que o informam tão profundamente distintas das que inspiram as relações de Direito Público, nem mesmo em tema de prescrição caberia buscar inspiração em tal fonte. Antes dever-se-á, pois, indagar do tratamento atribuído ao tema prescricional ou decadencial em regras genéricas de Direito Público.

Nestas, encontram-se duas orientações com tal caráter:

a) a relativa à prescrição em casos inversos, isto é, prescrição de ações do administrado contra o Poder Público. Como dantes se viu, o diploma normativo pertinente (Decreto 20.910, de 6.1.32) fixa tal prazo em cinco anos.(...)

de 06/01/1932, que estabelece a prescrição quinquenal para as dívidas dos Estados (art. 1º)” (Revista do Tribunal de Contas da União, 72:73).”

E, na vigência do novel Código Civil, conclui Theodoro Junior:

o art. 205 é, outrossim, regra pertinente ao direito privado. Em nada afeta as prescrições estabelecidas pelo direito público, v.g., as tributárias etc., que continuam regidas pela legislação própria. *No entanto, havendo lacuna* na própria disciplina publicística, o texto do Código Civil torna-se aplicável, pela função supletiva, que se lhe reconhece dentro do ordenamento jurídico em geral, no que se relaciona com os atos jurídicos em sentido lato” (grifo nosso).

Com isso, pela interpretação feita por esses autores, o art. 206, § 5º, I, do Código Civil – segundo o qual prescreve em cinco anos a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular – não se aplica à execução fiscal de certidões de dívidas ativas não tributárias, apesar de serem títulos executivos extrajudiciais, ou seja, débitos líquidos e certos contidos em instrumento público, considerando-se que tal comando legal é próprio para relações de direito privado e ao regime jurídico que envolve a

Administração Pública e que, sob a égide do Código Civil, de 1916, já havia entendimento aplicando a prescrição ordinária (CC, art. 177) e não a especial (CC, art. 178).

Ante a *ratio legis* e pela análise sistemática do novel Código Civil, em relação ao ordenamento jurídico, a hermenêutica jurídica nos conduz à conclusão da imprescritibilidade daquelas dívidas ativas não tributárias, pois ante o silêncio da lei, estando vedado o emprego da analogia em matéria prescricional, a solução seria, pelos arts. 4º e 5º, aplicar o princípio da prevalência do interesse público, conducente na preservação do erário (CF, art. 37, § 5º), pois uma norma geral (CC, art. 205) não poderá prevalecer sobre a especial.

A *Fazenda Pública*, desde que se envolva numa relação de direito público (relativa a tributos ou penalidades) ou de direito privado (alusiva a preços públicos ou contratos) como *credora*, terá um crédito público, pelo qual a *pessoa física* ou *jurídica de direito privado*, como *devedora*, fica obrigada a prestar-lhe o objeto de obrigação (Lei n. 6.830/80)¹⁷;

¹⁷ Sobre a dívida ativa da Fazenda Pública, v. as lições de Câmara Leal (*Da prescrição*, cit., p. 297, 298 e 299), Bernardo Ribeiro de Moraes (Dívida ativa da Fazenda Pública, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 29, p. 40 e 41), e Darcy Arruda Miranda (*Anotações ao Código Civil brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1981, v. 1, p.131 e 132);

Se ação competir à União contra o Estado, ou ao Estado contra a União, ou ao Estado contra o Município, ou ao Município contra o Estado ou à União e vice-versa, qual seria o prazo prescricional?

As pretensões relativas a direitos pessoais movidas por pessoa jurídica de direito público interno contra outra jurídica de direito público interno ante a falta de menção legal expressa, seriam reguladas, quanto ao prazo prescricional, pelo art. 205, do Código Civil: logo a prescrição será de dez anos? Tal prazo de dez anos seria favorável ao autor, em razão de sua qualidade de pessoa jurídica de direito público interno, portanto não seria ilógico estender, por analogia, a norma contida no Decreto n. 20.910/32, em que o prazo das ações movidas contra a pessoa jurídica de direito público seria de cinco anos, favorecendo-a como ré, devido a sua qualidade de ente público?

A prescrição constitui uma pena para o negligente, que deixa de exercer seu direito de ação, dentro de certo prazo,

Américo L. Silva, *À execução da dívida ativa da Fazenda Pública*, 2001, p.761; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 906 e s.; Humberto Theodoro Jr., *Comentários ao novo Código Civil*, 2003, p. 303; Carlos Augusto dos Santos Frias, *Prescrição no direito administrativo*, *Revista de Informação Legislativa*, 32: 128; Linares, *Caso administrativo no previsto*, Depalma, 1976, p.65.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 14, n. 1, p. 49-86, 2006.

ante uma pretensão resistida¹⁸. Poder-se-ia conceituá-la, seguindo a esteira de Câmara Leal, como a “extinção de uma ação ajuizável, em virtude de inércia de seu titular durante um certo lapso de tempo, na ausência de causas preclusivas de seu curso”. Violado o direito, nasce a pretensão contra o sujeito passivo; com a recusa deste em atender a pretensão, nasce a ação (sem sentido material), com a qual se provoca a intervenção estatal, que prescreverá se o interessado não a mover¹⁹.

Por ser a prescrição uma sanção criada pela lei contra a inércia do autor, privando-o de um direito, havendo lacuna de conflito ou até mesmo simples antinomia, em casos excepcionais o valor *justum* deve lograr entre duas normas incompatíveis, devendo-se seguir a mais justa ou a mais favorável, procurando salvaguardar a ordem pública ou social²⁰. Por isso, parece-nos que o critério mais razoável seria entre duas prescrições diferentes, aplicar a mais favorável ao autor, que reclama proteção jurídica. Se a lei lhe concede prazo maior para intentar sua ação, esse prazo, que lhe é favorável, deve prevalecer sobre o que lhe é desfavorável,

¹⁸ Câmara Leal, *Da prescrição*, cit., p. 14-9; Silvio Rodrigues, *Curso*, cit., v. 1, p. 358; Orlando Gomes, *Introdução*, cit., p. 452.

¹⁹ Câmara Leal, *Da prescrição*, cit., p. 12, 20-5.

²⁰ Bobbio, Des critères pour résoudre les antinomies, in *Les antinomies*, cit., p. 237 e 245; Perelman, *De la justice*, cit., p. 72.

criado em atenção à pessoa do réu²¹. E se não há lei especial, a qualquer tempo poderá fazer valer sua pretensão.

O critério jurídico a ser adotado seria o da prescrição de dez anos para os adeptos da aplicação do art. 205 do Código Civil, quando: a) a União for autora contra Estado e Município; b) Estado for autor contra a União e Município; c) Município for autor contra Estado e União.

Exemplificativamente, se, porventura, a União retiver indevidamente, mediante fraude, o produto da arrecadação do imposto sobre a propriedade territorial rural, mencionado na norma constitucional, art. 153, VI, sem distribuir ao Município os 50% a que tem direito, em virtude do disposto no art. 158, II, da Lei Maior, o Município, em consequência de imperativo constitucional, poderá mover a ação pessoal contra a União. Tanto as pessoas naturais como as jurídicas sujeitam-se aos efeitos da prescrição, ativa ou passivamente, ou seja, podem invocá-la em seu proveito ou sofrer suas consequências quando alegada *ex adverso*²².

Como já afirmamos, não havendo prescrição especial que regule ações de entidade pública contra outra pessoa jurídica de direito público interno, estatuinto prazos mais exíguos, pela conveniência de reduzir o prazo geral para

²¹ V. Câmara Leal, *Da prescrição*, cit., p. 299 e 300.

possibilita o exercício de certos direitos²³, aplica-se, para aquela corrente majoritária, o art. 205 do Código Civil. Pelo art. 205 desse diploma legal as *ações pessoais*, que têm por fim fazer valer direitos oriundos de uma obrigação de dar, fazer ou não fazer algo, quer assumida voluntariamente pelo sujeito passivo, quer imposta por norma jurídica, prescrevem ordinariamente em dez anos²⁴.

As dívidas ativas e passivas de uma pessoa jurídica de direito público contra outra de direito público interno, sujeitar-se-iam, segundo aqueles autores, à prescrição do art. 205, do Código Civil, que não se conta da lei que defere o direito, mas do ato que lhe recusa aplicação (RTJ, 46:259)²⁵.

O tratamento é desigual relativamente à situação do particular em face da Fazenda Pública, como demonstramos em páginas anteriores. As *ações reais*, por terem objetos de direitos reais, movidos por entidade pública contra outra pessoa jurídica de direito público interno, são, em regra, *imprescritíveis*, portanto insuscetíveis de usucapião, visto serem inalienáveis; logo, só poderia haver prescritibilidade

²² Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, cit., v. I, p. 593.

²³ Orlando Gomes, *Introdução*, cit., p. 457.

²⁴ M. Helena Diniz, *Curso*, cit., v.1,p. 194; Câmara Leal. Da prescrição, cit., p. 224.

²⁵ Até mesmo em caso de lei inconstitucional (ou mesmo ilegal), a prescrição da pretensão começa com o ato que aplica a lei.

mediante expressa autorização legal (CC, art. 102). Como, por exemplo, o Decreto-lei n. 3.365/41, no art. 2º, § 2º, ao dispor que: “Os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distritos Federal e Territórios poderão ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados, mas, em qualquer caso, ao ato deverá preceder autorização legislativa”, admitiu a desapropriação de bens de entidade pública por outra pessoa jurídica de direito público interno; então, se há lei que a permite, deveria haver, em nosso ordenamento, uma norma que autorizasse a usucapião de bens pertencentes a um ente público por outra entidade pública. Como não há norma a esse respeito optamos pela tese da imprescritibilidade.

Esta seria uma das soluções jurídicas. Mas se houver, em caso de antinomia ou silêncio de texto legal, interpretação de que as *ações pessoais* de pessoa jurídica de direito público interno contra outra de direito público interno prescrevem dentro de dez anos contradizendo a equidade, produzindo uma situação indesejável, deverá ser afastada. Hipótese em que se terá uma lacuna axiológica ou política. Até mesmo Kelsen admite implicitamente a existência dessa espécie de lacuna, ao afirmar que a aplicação da ordem jurídica vigente pode ser havida como não-equitativa ou desacertada, não apenas quando esta não contenha uma norma geral que imponha ao demandado ou acusado uma determinada obrigação, mas

também quando ela contenha uma tal norma. Por isso, permite ao juiz não aplicar tal norma, que conduziria a soluções injustas²⁶.

O órgão julgante não deve hesitar em apelar à equidade, se da estrita aplicação dos dispositivos legais advierem resultados iníquos ou injustos²⁷.

O aplicador do direito poderá, nesse caso, afastar aquela prescrição de dez anos, se sua aplicação causar sérios danos ao crédito público, decidindo pela imprescritibilidade, sob pena de violar o princípio de que é essencial à ordem jurídica a política econômica estabelecida em razão de seu interesse preponderantemente social, pois o exercício do poder público subordina-se ao princípio de que a administração pública não pode privar-se de certos bens e direitos, consagrados constitucionalmente, para a consecução de suas funções públicas²⁸. É necessário, para manter equilíbrio entre os interesses econômicos das entidades públicas, apelar aos princípios gerais de direito, aplicáveis na inconsistência de normas e na ausência de texto normativo justo ou expresso

²⁶ Hans Kelsen, *Teoria pura*, cit., v.2, p.107,108 e 111.

²⁷ Henri De Page. *À propos du gouvernement des juges*, cit., p. 106 e 122.

²⁸ Hoefler, Les antinomies en droit public, in *Les antinomies*, cit., p.177.

sobre o assunto²⁹ e correspondentes à ideologia social e aos valores positivados pela ordem jurídica vigente, mantendo, assim, a coerência que deve caracterizar o sistema jurídico, solucionando lacuna axiológica e antinomia.

O jurista e o aplicador do direito, para encontrar o princípio geral de direito atinente à questão duvidosa não regulada ou que abranja os elementos normativos antiéticos, deverão pesquisar elementos de índole diversa (normas, fatos e valores), componentes dos subsistemas do sistema jurídico, que, reunidos, podem ser sintetizados num princípio, constituindo um foco de luz para a solução da controvérsia.

Da análise dos subsistemas normativo, fático e valorativo, relativos aos bens públicos, percebe-se não só que acima do Estado deve-se assegurar o exercício dos direitos econômicos e sociais, por serem necessários ao exercício das

²⁹ Huberlant, *Antinomies et recours aux principes généraux*, in *Les antinomies*, cit., p.205; Del Vecchio, *Essai sur les principes généraux du droit*. *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, cit., p. 165; Letourneur, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, in *Études et documents du Conseil d'État de France*, cit., p. 19-31; Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, Sirey, 1954; Hamson, *Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'administration*, Paris, LGDJ, 1958, p, 179-94; Henri de Page, *Traite élémentaire*, cit., 1962, t.I, n.104; Ganshof van der Meersch, *Le droit de la défense, principe général de droit – réflexions sur les arrêts récents*, in *Mélanges*, cit., Bruxelles, Émile Bruylant, 1963, t.2.p.569-614.

funções públicas, mas também que se deve assegurar a intangibilidade dos bens públicos por estar em jogo o interesse público; convém impedir o seu mau uso.

Os bens públicos têm uma importância excepcional; atingidos, desnaturados, desviados de sua finalidade, retidos indevidamente, colocam em perigo a própria ordem pública. Esse princípio da intangibilidade dos bens públicos quer significar certo zelo que as pessoas jurídicas de direito público (titulares desses bens) manifestam por mil formas contra a alienação e a prescrição (TJDF, RDA, 47:207), não só resguardando o bem público, impedindo ou dificultando que passe de um a outro sujeito de direito, seja ele particular, seja ele outra entidade pública, mas também tornando-o imune a atentados que lhe impeçam a mais ampla utilização pelo verdadeiro destinatário. Os bens públicos são intangíveis por princípio, constituindo exceção a tangibilidade.

Assim sendo, se as normas, num dado caso concreto, não corresponderem a sua finalidade e a sua função, pode-se decidir aplicando-se um princípio geral de direito, que conduza à afirmação da *imprescritibilidade de qualquer pretensão, não havendo norma especial, que verse sobre bens públicos*. Tal resolução não é contra o direito, visto estar autorizada pelo art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil, já que nada impede que haja uma opção pela norma mais justa,

visando manter a coerência do sistema jurídico, afastando a aplicação da outra norma, em prol do fim social e do bem comum³⁰.

O aplicador do direito, convém lembrar, ao dar uma solução efetiva por meio de uma interpretação eqüitativa ao conflito normativo ou à lacuna, não os elimina, apenas resolve o caso *sub judice*. O ato do órgão julgante apenas opta entre várias soluções possíveis, sem dissolver a antinomia ou lacuna; existente nas normas referentes à questão da prescrição das ações alusivas a bens públicos, principalmente nas relações entre um ente público, com outro. Só o Poder Legislativo poderia eliminar a antinomia e a lacuna; logo, enquanto não sobrevier lei prescrevendo critérios sobre o assunto, tido como não normado. O caso concreto poderá tão-somente ser solucionado, mas a inconsistência normativa ou a lacuna persistirá na ordem jurídica.

³⁰ Silance, Quelques exemples d'antinomies et essai de classement, in *Les antinomies*, cit., p. 120; Maria Helena Diniz, *Conflito de Normas*, São Paulo, Saraiva, 2005, p.73-93.

QUINTO CONSTITUCIONAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA: critérios para escolha dos integrantes.

Afrânio Neves de Melo¹

1 INTRODUÇÃO

O art. 94 da Constituição Federal (FERREIRA FILHO, 1993), dispondo sobre a estrutura do Poder Judiciário, estabelece que:

um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais dos Tribunais dos Estados, Distrito Federal e Territórios será composto de membros do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação *ilibada, com mais de dez anos e efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.*

¹ Magistrado

Após recebidas as indicações, o Tribunal formará a lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subsequentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação.

O estabelecimento de tal regra, como já foi abordado, vem desde a Carta Constitucional de 1934, quando disciplinou no art. 104, § 6º, o seguinte:

§ 6º - Na composição dos Tribunais Superiores, serão reservados lugares correspondentes a um quinto do número total, para que sejam preenchidos por advogados de membros do Ministério Público, de notório merecimento e reputação ilibada, escolhido de lista tríplice, organizada na forma do § 3º.

Por sua vez, o § 3º, assim estatui: “Para promoção por merecimento, o Tribunal organizará lista tríplice por votação, em escrutínio secreto”.

Como vemos, entre o que trazia a carta de 34 e a nossa atual Constituição, a respeito do assunto, a única diferença é a lista tríplice sendo substituída pela sêxtupla, agora escolhida pela entidade de classe e não pelo Tribunal, e somente a esta a redução para tríplice para o envio ao Poder Executivo.

Depreende-se que o objetivo, o intuito do constituinte, como afirma Ferreira Filho (1993), “é injetar nos Tribunais o fruto da experiência haurida em situações outras que a do Juiz”.

Fica patente, pois, que, transformados em magistrados, advogados e membros do Ministério Público, democratizam o Poder Judiciário, fazendo com que profissionais que atuem em outras atividades utilizem e contribuam com suas experiências para difícil missão de julgar.

Os profissionais escolhidos por suas categorias são geralmente pessoas sérias e combativas, com larga experiência e vivência, ensejando uma visão mais ampla do mundo jurídico. São mais dinâmicos e acessíveis às fontes, porque já estiveram no outro “*lado do balcão*” e conhecem muito bem a primeira instância. Vivenciaram e sofreram, em busca de uma prestação jurisdicional rápida e efetiva sem que isso às vezes tenha acontecido.

2 CRITÉRIOS PARA ESCOLHA

A Ordem dos Advogados do Brasil, por intermédio de suas Seccionais ou Conselho Federal, é a entidade

encarregada de promover a seleção de advogados candidatos às vagas existentes nos Tribunais.

Os Tribunais comunicam à Ordem dos Advogados do Brasil a existência da vaga a ser preenchida pelo quinto constitucional e solicitam o encaminhamento da lista sêxtupla, para análise e redução para tríplice.

A partir daí, a Ordem abre inscrição para formação da lista sêxtupla, que será escolhida de forma democrática, em seção pública, onde poderão ocorrer entrevistas, sabatinas etc.

Algumas Seccionais promovem essa escolha, através de eleição direta com a participação integral dos associados, o que torna a formação da lista extremamente democrática e com um suporte de escolha bem mais positivo.

Por sua vez, o Conselho Federal, dentro do mesmo princípio de abertura, realiza sua escolha em sessão especial onde são sabatinados todos os candidatos, elaborando-se a lista sêxtupla com a votação de todos os Conselheiros Federais.

A categoria dos advogados tem todo interesse e responsabilidade de eleger profissionais de maior capacidade intelectual, de maior envergadura moral e principalmente aqueles que demonstrem aptidão para integrar a magistratura.

Não se trata de escolha aleatória e disvinculada de princípios éticos. De certa forma, seria uma inseqüência escolher um profissional que fosse deslustrar a classe na

magistratura, um representante aquém da dignidade e da importância do Judiciário.

O Poder Judiciário empenha-se em oferecer à sociedade uma atividade jurisdicional mais célere, mais aberta, mais democrática e mais justa. Não é por coincidência que se passa a exigir num concurso para a magistratura, três anos de atividade jurídica. Qual será a intenção de assim proceder? Ter exatamente o que há muito se reclamava de um magistrado – a falta de vivência e de experiência na vida jurídica. E qual é a atividade jurídica que fornece maior subsídio para a magistratura? Não há dúvida que é a advocacia. Na realidade, magistrados, advogados e membros do Ministério Público, operadores do direito que são, trabalham com a mesma finalidade, qual seja, a realização da Justiça.

A nossa Constituição diz, em seu art. 133, que o advogado é indispensável à administração da Justiça. Administrar a Justiça como se sabe, é “aplicar a lei por provocação a determinado caso concreto”.

Cretela Júnior (1990), em seus comentários à Constituição de 88, diz, com toda força intelectual, que a regra constante do art. 133 é correta ao ressaltar a presença ou a indispensabilidade da atuação do advogado, influenciando na técnica e na arte da administração da Justiça. Mais adiante, vai além quando afirma, textualmente: “a regra jurídica constitucional

ordena a presença de advogados nos feitos, quer cíveis, quer criminais, e por essa atuação impede que inúmeros erros de técnica sejam cometidos, retardando a administração da Justiça”.

Como se enxerga, o trabalho do advogado está intimamente ligado ao dos julgadores, contribuindo, e muito, para a realização da Justiça, num trabalho harmônico e sério.

Essa ligação, essa participação efetiva corrobora e fortalece o vínculo do profissional da advocacia à magistratura, coexistindo e ratificando a existência do quinto constitucional.

A escolha, com a formação da lista tríplice, não é novidade no Poder Judiciário. O art. 104 da Carta de 88 dispõe que um terço dentre Juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre Desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal, compõem o Superior Tribunal de Justiça, nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal.

Os Tribunais Regionais Federais recrutarão entre os Juízes Federais seus componentes e o farão por antiguidade e merecimento, usando do mesmo modo a lista tríplice encaminhada ao Presidente da República. Os Tribunais Regionais do Trabalho procedem da mesma maneira. Como vemos, as listas fazem parte de todo o processo de seleção e

escolha dentro e fora do Judiciário. O que se deve, em mente, é a lisura e a responsabilidade da escolha, fazendo com que prevaleçam a capacidade, a dignidade e a competência do escolhido.

Quem escolhe deve ter elementos de acompanhamento do trabalho desenvolvido do candidato, o conjunto de suas experiências, a contribuição à sociedade e à entidade à qual pertence.

O notório saber Jurídico decorre do bacharelado em Direito complementado com inegáveis conhecimentos e profunda experiência nas Ciências Jurídicas. No que tange à reputação ilibada tem-se como o conhecimento manifesto da conduta sem mácula do candidato.

3 CRÍTICAS AO PROCESSO DE ESCOLHA

Há uma manifestação quase unânime, no seio do Poder Judiciário, contra o chamado quinto constitucional. Essa posição evidencia-se em artigos, palestras e, por último, através de elaboração de um anteprojeto da Pec, que extingue essa forma de escolha de magistrados.

O referido anteprojeto elaborado pela Anamatra, elenca, pelo menos, três justificativas que entende fundamentais para extirpação do dispositivo constitucional.

Em primeiro lugar, alega que o candidato do quinto se submete a uma verdadeira “*via crucis*” para aprovação de seu nome pelos Tribunais e depois pelo Executivo, o que, no dizer da Anamatra, “ofusca e ofende a inteira independência, tornando parte integrante, senão submissa, ao poder político”.

As razões que embasam essa alteração, sinceramente, não sensibilizam os mais rudes dos mortais.

Devemos esclarecer que advogado que se preze não sai mendigando votos na Seccional nem tampouco nos Tribunais para figurar em lista. Idêntico procedimento também ocorre com juízes íntegros de primeira instância, que não imploram votos de juízes de 2º grau para figurarem em lista ao Tribunal.

O mesmo acontece, como vemos, com magistrados candidatos aos Tribunais. Quem os nomeia é o Executivo, e, por isso, perdem a compostura, a dignidade e a independência? Quem já possui essas virtudes não as perde nunca.

Noberto Bobbio disse certa vez que:

nenhum termo da linguagem política é ideologicamente neutro. Cada um deles pode ser usado como base na orientação

política do usuário para gerar reações emocionais, para obter a aprovação ou desaprovação de um certo comportamento, para provocar, enfim, consenso ou dissenso.

Como se vê, essa pretensa submissão não decorre do ato de nomear. Será que um ato de nomeação pode criar um vínculo tão grande de dependência ao ponto de romper a lisura de uma escolha?

Não vemos, data vênia, nos argumentos da Anamatra nada que cooneste a quebra da neutralidade do Judiciário.

Outra razão apontada na justificativa do anteprojeto diz respeito “à indevida ingerência do Poder Executivo sobre o Judiciário”.

Sustenta, também, a Anamatra que a nomeação de Juízes do quinto representa ofensa à separação dos Poderes da República.

O fato do Executivo nomear o integrante do quinto, como faz em relação aos juízes de primeira instância para ocuparem os Tribunais, não vem romper com a regra da separação de poderes, nem tampouco quebrar o equilíbrio entre os Poderes. Trata-se, como já nos referimos, de um ato administrativo complexo e discricionário, onde aparecem bem identificados o indicador dos nomes e o chefe do Poder Executivo como encarregado da nomeação.

A última justificativa para eliminação do quinto, diz respeito à especialização. Segundo o texto, dos juízes espera-se imparcialidade, “princípio regente e fundante das relações jurisdicionais”.

Vai mais além quando assevera que:

o Juiz não é próximo de uma parte ou de outra. Não depende, por seus atos, este ou aquele. É eqüidistante dos litigantes. A imparcialidade não nasce com o magistrado, tampouco aprende-se nos cursos de direito. Ela resulta da prática cotidiana e constante do ato de decidir, da realização de audiências, do recebimento das partes e seus procuradores. É um exercício longo e dificultoso.

O dicionário Aurélio traz em seu verbete que imparcial é aquele que julga desapaixonadamente; reto, justo. Que não sacrifica a sua opinião à própria conveniência nem às de outrem.

A imparcialidade talvez seja, entre os homens, a virtude mais difícil de encontrar. O grande poeta alemão Johann Woolfgang Goethe, dizia que “posso jurar que sou honesto, imparcial nunca”.

Pedimos licença para, mais uma vez, discordar dos argumentos da Anamatra.

Assevera, textualmente, que “de uma hora para outra, sem nunca ter antes enfrentado decisões, o Juiz do quinto passa de postulante a Magistrado”. Chega ao exagero de dizer que o advogado é incapaz de analisar uma prova colhida na primeira instância, porque nunca interrogou uma testemunha. Diz também que o advogado nunca conduziu uma execução e portanto não sabe sustar atos de constrição patrimonial, através de mandado de segurança. Por derradeiro, afirma, de modo incisivo, que os do quinto não saberão ocupar cargos diretivos dos Tribunais, inclusive o de Corregedor, porque não exercitou tarefas de primeira instância.

Presumo, com todas as desculpas que o caso merece, que o encarregado de escrever as justificativas do anteprojeto não conhece nem nunca ouviu falar na atuação de um advogado, pois o faz como se fora um engenheiro, um médico, jamais um profissional de advocacia. Desconhecer a atuação do advogado numa audiência de inquirição de testemunhas é pura má vontade. Sabemos que o advogado é quem peticiona e elabora uma ação mandamental pleiteando a sustação de constrição patrimonial, e não precisa conduzir uma execução para entendê-la. Dizer que, para administrar, necessitava ter passado na primeira instância, é despautério, despropósito.

O que faz um grande administrador é a lisura, a honestidade, o bom senso e a experiência de vida. O próprio

Judiciário preocupa-se com a administração dos Tribunais, porque entende que isso é tarefa que não está afeta a magistrado e não é o concurso público que o habilita para dirigir.

O Supremo Tribunal Federal já realizou seminário enfocando esse tema, porque entende que os Magistrados necessitam de uma visão administrativa mais eficaz e mais compatível com a função diretiva.

Refere-se, também, a Anamatra ao que chama de “sistema sujeito a subjetividades”.

Afirma que os critérios de “notório saber jurídico e reputação ilibada”, não são suficientes para uma escolha objetiva.

Ficamos a imaginar se não é possível uma entidade de classe, do porte da OAB ou um Tribunal com a responsabilidade que detêm, escolher nomes que atendam aos preceitos constitucionais vigentes.

Se não somos capazes de escolher nomes e a OAB também não tem como elaborar uma lista de seus associados, teremos que assinar um atestado de incapacidade total.

Anota, por outro lado, a instituição dos magistrados, que a permanência do quinto é um desestímulo à carreira nos Tribunais.

É preciso que tenhamos em mente que a escolha do quinto é uma exceção e como tal terá que ser vista e não voltar os olhos para a peregrinação percorrida pelos Juízes de primeira instância e a dificuldade de chegar aos Tribunais.

Finaliza a Anamatra, dizendo que o pretendido “*arejamento*” dos Tribunais está resolvido com a reforma do Judiciário, que elevou a requisito essencial para as carreiras da magistratura o exercício de atividade jurídica por três anos.

Diz que tal exigência supre a suposta falta de contato dos Magistrados com outras atividades jurídicas.

Trata-se, no nosso modesto modo de ver, de um reconhecimento da importância da atividade jurídica, principalmente da advocacia na magistratura.

Os profissionais da advocacia sabem e reconhecem que os Juízes que, no passado foram advogados, são mais flexíveis e habilidosos no trato com as partes.

Questões outras já foram objeto de comentários no que pertine ao critério de escolha.

O estabelecimento do quinto destinado aos advogados e membros do Ministério Público nos Tribunais, nem sempre ocorre, necessariamente, de forma em que apareçam os outros quatro quintos para a Magistratura de carreira. Surge esse problema quando o Tribunal tem em sua composição um número que não seja múltiplo de cinco.

A regra explícita não gera a presunção de que quatro quintos destinam-se aos Magistrados de carreira.

O dispositivo constitucional que disciplina a matéria está assim redigido: “Um quinto dos Tribunais...será composto de membros do Ministério Público...e de advogados...” (BARROSO, 2003) Essa disposição é explícita não cabendo interpretação paralela, isto é, prevalece sobre a norma implícita, qual seja, de que quatro quintos serão de carreira. Assim, levando-se em consideração a regra explícita acerca do quinto, chegamos à conclusão que, havendo fração, mesmo que inferior a meio, far-se-á o arredondamento para o número seguinte. Temos que, um quinto do Tribunal que possua dezesseis membros é quatro, porquanto um quinto de dezesseis é três vírgula dois, sendo esse número para o inteiro seguinte.

O Supremo Tribunal tem decidido de modo iterativo, solidificando esse entendimento e num deles assim pronunciou-se:

Se o número total de sua composição não for divisível por cinco, arredonda-se a fração restante (seja superior ou inferior à metade) para o número inteiro seguinte, a fim de alcançar-se a quantidade de vagas destinadas ao quinto constitucional destinado ao provimento por advogados e membros do Ministério Público. (BRASIL, 2002)

De outra banda, o Superior Tribunal de Justiça, comungando com a mesma tese, dispõe:

II- Um quinto da composição dos Tribunais Regionais Federais será de Juízes oriundos da advocacia e do Ministério Público. Esta é uma norma constitucional expressa, que há de prevalecer sobre a norma implícita, que decorre de norma expressa, no sentido de que, se um quinto é dos advogados e de membros do Ministério Público Federal, quatro quinto serão de Juízes de carreira. Observada a regra de hermenêutica – a norma expressa prevalece sobre a norma implícita – força é convir que, se o número total da composição não for múltiplo de cinco, arredonda-se a fração superior ou inferior a meio – para cima, obtendo-se, então, o número seguinte. E que, se assim não for feito, o Tribunal não terá na sua composição, um quinto de Juízes oriundos da advocacia e do Ministério Público Federal com descumprimento da norma constitucional. (BRASIL, 2000)

É relevante destacar, como afirma o advogado paranaense, Conte [200-?]

que a finalidade básica do quinto constitucional é garantir o acesso efetivo à Magistratura dos advogados e membros do Ministério Público. Em outras palavras, a finalidade do quinto

constitucional não é garantir um determinado número de Juízes de carreira. É garantir sempre o quinto constitucional.

4 CONCLUSÃO

À vista do exposto, entendemos o seguinte:

a) somos favoráveis à permanência do “*quinto constitucional*”, porquanto traz grande contribuição à democratização e transparência ao Poder Judiciário;

b) não enxergamos no ato de nomeação do representante do “*quinto*” um ato mais político que jurídico, visto que, para sua elaboração, participam os Conselhos da OAB, seja federal ou estadual, de modo aberto, com acesso a toda documentação exigida e uma análise criteriosa de cada candidato;

c) não vislumbramos ingerência do Poder Executivo no Poder Judiciário, nem tampouco ofensa à separação dos Poderes da República.

A nomeação do Juiz do “*quinto*” é um ato administrativo complexo e discricionário, no qual participam os órgãos de classe e do Poder Executivo. Aliás, idêntico

processo, em tese, submetem-se os Magistrados de primeira instância que chegam aos Tribunais, por merecimento;

d) não vemos, na imparcialidade, uma prerrogativa exclusiva de Magistrado. Todo ser humano pode ser imparcial, desde que aja com bom senso e lisura.

e) finalmente, não conseguimos captar justificativas plausíveis para a eliminação da figura do quinto constitucional, entendendo, no entanto, que os critérios para escolha possam ser alterados e modificados, visando seu aperfeiçoamento.

Ao concluirmos estas considerações, queremos dizer que concordamos com a permanência do quinto constitucional, talvez melhor aprimorado, pedindo licença para apresentar algumas sugestões, a saber:

1- Eleição direta obrigatória nas Seccionais, para a escolha da lista sêxtupla, com ampla divulgação a fim de permitir o maior número de candidatos inscritos;

2- Escolha de lista trinômine escolhida pelo Conselho Seccional e enviada ao Poder Executivo, retirando dos Tribunais a prerrogativa de redução da lista sêxtupla, nos termos da proposta de Emenda Constitucional nº 96-A-92, pelo que se sabe, já aprovada, em segundo turno, pela Câmara Federal; e

3- Talvez a mais polêmica das sugestões, que seria o concurso público para preenchimento do quinto de advogados e membros do Ministério Público, afastando, assim, como dizem os críticos, a subjetividade da escolha.

REFERÊNCIA

ALBUQUERQUE, Xavier de. Quinto Constitucional dos Tribunais de Alçada e Acesso aos Tribunais de Justiça. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, [1992].

BARROSO, Luis Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil Anotada**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 10594. Relator: Ministro José Delgado. **Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 02 de maio de 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Ordinária nº 493. Relator: Ministro Octavio Gallotti. **Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 10 de nov. 2000.

CONTE, Miguel Luiz. **Noções sobre o quinto constitucional**. [S.n.] [200-?]

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 14, n. 1, p. 87-105, 2006.

CRETELA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição 1988**. Editora Forense Universitária, 1990.

ESTATUTO da Advocacia e da OAB e Legislação Complementar. Brasília. OAB Federal, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo. Editora Saraiva, 1993.

MORAIS, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

A CONCILIAÇÃO DA VIDA LABORAL E FAMILIAR NO CONTEXTO DA PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA.

Claudio Pedrosa Nunes¹

1 INTRODUÇÃO

A temática dos direitos humanos e da dignidade da pessoa é a ordem do dia neste momento de intensas transformações dos comportamentos sócio-econômicos. Globalização, flexibilidade e avanços tecnológicos são objeto de recorrentes discussões nos domínios acadêmicos, jurídicos, políticos, religiosos e até na área das ciências da saúde.

¹ Claudio Pedrosa Nunes é Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 13ª Região, Mestre em Direito Público pela UFPE e Doutorando em Direito do Trabalho pela Universidade de Salamanca (Espanha).

O ponto nodal que emerge desses embates é sempre a incessante busca da preservação dos direitos e da dignidade da pessoa humana, onde a salubridade do ambiente em que vive, a qualidade de vida e o tratamento igualitário e digno sob proteção do Estado e suas instituições são ao mesmo tempo a origem e as consequências resultantes das soluções que se idealizam.

Consoante anota *Mota de Souza*², a dignidade da pessoa humana está embutida necessariamente na idéia de família, sendo esta, por sua vez, categoria político-jurídica que antecede o Estado, de modo que a este (o Estado) cabe realizar políticas de preservação e oferecer solitudes às sociedades familiares, no que estará cumprindo sua missão de velar pela dignidade da pessoa humana.

² MOTA DE SOUZA, Carlos Aurélio. **O Casamento. O Direito de Família à Luz da Dignidade Humana. O Novo Código Civil: Estudos em Homenagem ao Professor Miguel Reale**, São Paulo: LTr, 2003, p. 1103. Considerando a família um instituto do Direito Natural, o autor escreve que “A Constituição Federal instituiu como fundamentos da República brasileira a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III); elevada a valor supremo do ordenamento jurídico, deve informar toda a legislação infraconstitucional e as relações jurídicas e sociais. É no Direito de Família, em toda sua abrangência, que esta tutela da dignidade humana haverá de se aplicar, seja na fundação e desenvolvimento das relações familiares, seja na sua dissolução, pois é na família que se centra a pessoa, em relação de pró-existência com as demais”.

Nesse particular, pretendemos, em breve estudo, acrescentar mais um tópico que reputamos de significativa importância, respeitante ao aumento do nível de satisfação da vida do homem e da mulher enquanto trabalhadores, em conjunto com o seu desenvolvimento pessoal e familiar.

Assim é que nos propomos fazer uma abordagem sobre a questão da conciliação da vida laboral e familiar, cujo intento é demonstrar o que existe hoje de concreto no Brasil e na Espanha, de modo a estimular o debate entre tantos quantos julguem conveniente considerar o homem enquanto trabalhador e membro de um corpo familiar, numa conciliação capaz de integrar um dos tópicos da discussão concernente à preservação da dignidade da pessoa humana.

Em tal perspectiva, dividiremos este estudo em duas partes: a) uma relativa à existência ou não de políticas formais de conciliação da vida laboral e familiar no Brasil, designadamente em sede de legislação constitucional e infraconstitucional; b) outra relativa ao ambiente de conciliação da vida laboral e familiar hoje existente na Espanha, nomeadamente no âmbito do fomento à integração da mulher no mercado de trabalho.

Obviamente que se trata de um estudo resumido, como o exige a eficiência de uma obra de autoria coletiva. Entretanto, como sugerimos em linhas precedentes, nosso propósito é trazer à lume as primeiras informações acerca da questão da possibilidade de conciliação da vida laboral e familiar, conforme o que se extrai da legislação brasileira e

espanhola, com o objetivo de inaugurar e estimular o debate entre os doutos e interessados.

2 A CONCILIAÇÃO ENTRE TRABALHO E FAMÍLIA NO BRASIL.

A Constituição brasileira de 1988, em seu artigo 226, confere à família a condição de base da sociedade, devendo merecer pronta proteção do Estado. Trata-se de disposição genérica, mais parecendo conter um comando de norma programática. Porém, desse comando podemos retirar a base da interpretação de alguns dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) no sentido de fomentar práticas do dia-a-dia do trabalhador, homem e mulher, para fins de conciliação da vida laboral e familiar.

É certo que no Brasil nada há de normativo específico acerca da conciliação da vida laboral e familiar do trabalhador, de modo que qualquer estudo nesse particular demandaria o exame e interpretação de comandos legais e infralegais genéricos, com soluções a ser idealizadas a partir daquilo que se entenda conveniente e aplicável, com autorização de norma análoga.

Disso deflui que, quando o artigo 226 da Constituição Federal atribui ao Estado o dever de zelar pela

proteção da família, parece ser lícito considerar que, nessa proteção, insere-se a preservação da unidade, da continuidade e da permanência da convivência familiar, contemplando o homem na condição de trabalhador.

E isto nos conduz a pensar na questão dos percalços que o empregador, mesmo inadvertidamente, possa causar à unidade da família quando determinar a transferência de um trabalhador de uma cidade para outra, retirando-o de seu *habitat* natural referente à convivência familiar e ao local de trabalho em que se achava plenamente adaptado, rompendo bruscamente a harmonia familiar.

É dizer que a transferência, neste caso, resultaria na ruptura, de certo modo, da convivência e deveres diários do trabalhador com sua família, convivência esta já levada a efeito por longo tempo, desde a constituição do casamento ou outra forma de integração a uma entidade familiar, sem falar em outros compromissos regulares que toda pessoa possui em seu domicílio primitivo.

A grande questão concentra a possibilidade (ou não) de o trabalhador invocar o direito à preservação da unidade familiar contra ato do empregador que, legitimamente amparado por lei, determine a transferência do empregado para outra cidade distante daquela onde é domiciliada a sua família, por período igual ou superior a ano.

O regime jurídico de transferência do trabalhador, no direito do trabalho pátrio, esta previsto no Título IV, Capítulo III, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), especificamente nos artigos 468 a 470 daquele diploma legal. Afora tal normativo, não existe nenhuma outra regra jurídica, de origem legislativa, que disponha sobre o regime de transferência do trabalhador em geral.

Por força dos artigos 468 e 469 da Consolidação Trabalhista, desde que cumpridos os requisitos ali dispostos, o empregador tem direito subjetivo de determinar o deslocamento do trabalhador, prerrogativa assegurada pelo poder de direção que lhe é natural (artigo 2º, CLT) e, mais amplamente, pelo direito de propriedade previsto no artigo 5º, XXII, da Constituição Federal³.

Há aqui, portanto, dois valores em colidência: a) o direito do trabalhador de invocar a preservação da convivência e conseqüente unidade familiar; b) o poder de direção do empregador, que lhe confere a prerrogativa de utilizar e

³ Entre os fundamentos do poder do empregador está o da propriedade privada que, segundo CÉLIO GOYATÁ, compõe o poder hierárquico, consubstanciando “um poder inalienável que não pode ser subtraído e nem retirado do empregador no regime de produção de livre iniciativa (...). É-lhe inerente. Não deve e não pode ser abalado em sua estrutura. A sua própria etimologia diz de sua importância. Hierarquia deriva dos étimos gregos ‘hieros’ (sagrado) e ‘arché’ (comando), e é uma classificação de lugares pela ordem de subordinação” (Cf. **Alguns Temas de Direito do Trabalho**, in **Revista LTr**, nº 38, fev.1974, p. 113).

adaptar seu corpo funcional da forma que lhe aprouver, nos limites da lei, remanescente do direito de propriedade acima citado.

Diante desse embate, devemos nos ocupar das justificativas e demais orientações político-jurídicas que permitirão deduzir qual desses valores deve prevalecer ou como devem ser aplicados em harmonia, para fins de chegar-se a uma desejável conciliação entre interesse empresariais e operários. É o que faremos a seguir.

3 TRABALHO VERSUS PODER EMPRESARIAL. DISCIPLINA JURÍDICO - CONSTITUCIONAL.

O artigo 170 da Constituição prescreve que a ordem econômica é *fundada* na valorização do trabalho humano (em primeiro lugar) e na livre iniciativa, tendo por *finalidade* a existência digna da pessoa humana, conforme os ditames da justiça social. Assim, por conduto da própria Constituição, a pessoa humana, preservada em sua dignidade, prevalece ou precede aos interesses puramente econômico-financeiros.

Poder-se-ia dizer, em breve trocadilho, que a preservação da dignidade da pessoa humana, enquanto constituída em família, representa a finalidade, o fim a que se

voltou a Constituição, do que os preceitos da ordem econômica constitui o meio, isto é, o instrumento de realização da dignidade humana.

Aliás, o mesmo se pode dizer do alcance teleológico do artigo 1º, IV, da *Lex Legum*, onde os *valores sociais do trabalho* precedem à *livre iniciativa*. Portanto, a tutela da dignidade do trabalhador compõe o elenco de direitos fundamentais que, por sua natureza, como sugere *Zippelius*⁴, antecede ao próprio Estado e, com maior razão, aos empreendedores.

⁴ ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado, 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 1997, p. 179. Ao tratar dos conflitos que surgem no contexto da organização social do Estado, o autor sugere que se persiga uma harmonização dos seus fins, tendo em consideração os diversos momentos históricos que traduzem a fisionomia dos valores sociais em embate. São suas as palavras: “As decisões da constituição em favor de determinados fins fundamentais do Estado e de determinados princípios fundamentais de ordem e de direitos (Estado social, Estado de Direito, garantia dos direitos fundamentais, separação dos poderes etc., § 8º, II) surgem então como expressões das concepções específicas de justiça e ordem, próprias de uma determinada comunidade jurídica e numa determinada situação histórica: em parte como consagração das concepções dominantes nos âmbitos da ética social e da política, em parte como decisões orientadoras (...). A própria forma do Estado e os modelos de ordem social subordinados surgem sob este aspecto como esquemas organizativos, mais ou menos bem sucedidos, para uma harmonização óptima e justa (segundo a compreensão desta comunidade estatal) dos interesses existentes, e para uma realização óptima dos fins específicos que deverão ser perseguidos pelo Estado”.

No caso específico da transferência do trabalhador, parece corolário lógico que o ato empresarial de transferência que implique ruptura da convivência e da unidade familiar representa ameaça à dignidade dos seus integrantes, sendo, assim, violador de princípio constitucional e, portanto, abusivo.

No âmbito da Administração Pública brasileira, já existe disciplinamento dessa questão. O Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em interpretando o artigo 226 da Constituição Federal, decidiu que é direito do servidor público resistir a eventual transferência que lhe distancie da convivência com seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente, exatamente para fins de preservação da unidade familiar.

Entendeu aquele Pretório que o interesse público prevalecente no particular é o que concerne diretamente ao dever de proteção do Estado à família, como quis o constituinte de 1988. Nessa situação, o interesse da Administração Pública cede lugar ao bem considerado maior, qual seja, aquele que pertine à continuidade da unidade familiar no plano concreto⁵.

⁵ Traz-se à colação a ementa da decisão do TRF da 5ª Região: “Transferência não justificada. Para se proceder à transferência do servidor público há que estar evidenciado o real interesse da

Pensamos que, *mutatis mutandis*, o mesmo argumento pode ser invocado para obstar ato de transferência de servidor público regido pela Consolidação Trabalhista, quando o interesse público em que se sustenta a decisão da Administração não transcender, em importância, à proteção constitucional da unidade familiar.

O entendimento constante do referido precedente jurisprudencial é ainda plenamente aplicável, segundo julgamos, nas relações de emprego regulares, ou seja, na execução dos contratos de trabalho celebrados com empresas ou outras sociedades privadas, não integrantes da Administração Pública. Trata-se do que a doutrina espanhola tem denominado “derechos laborales inespecificos”, conforme leciona *Palomeque López*⁶.

administração, nos termos da Súmula 149 do então egrégio TFR. O emprego do cônjuge e as enfermidades da genitora e do filho do impetrante reforçam o entendimento de que o ato transferidor não pode prevalecer em detrimento da unidade familiar” (art. 226 CF – A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado)” (TRF – 5ª Região – 2ª Turma – MAS nº 1729/CE, Rel. Juiz JOSÉ DELGADO, Diário da Justiça, Seção II, 13.ago.1990), apud ALEXANDRE DE MORAIS, in **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**, São Paulo: Atlas, 2002, p. 2022).

⁶ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. **Derechos Fundamentales Generales y Relación Laboral: Los Derechos Laborales Inespecificos. El Modelo Social en la Constitución Española de 1978**, edición del Ministério de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p. 229. Para o eminente catedrático da Universidade de Salamanca, os

Os direitos de proteção à dignidade da pessoa humana, entre os quais se insere a preservação da unidade familiar, são indissociáveis de quaisquer indivíduos, nacionais ou estrangeiros, não deixando de amparar o trabalhador enquanto profissional envolto no ambiente regular e estrito da relação de emprego.

Mesmo quando o empregado acha-se integrante do ambiente produtivo, para desenvolvimento do qual colabora com seu trabalho, é considerado cidadão digno dos direitos e garantias fundamentais prescritos na Constituição (artigo 5º, CF), entre os quais o direito de convivência regular com sua família, ou seja, o direito à preservação, no plano empírico, da unidade familiar.

direitos trabalhistas inespecíficos são “otros derechos constitucionales de carácter general y, por ello, no específicamente laborales que pueden ser ejercidos, sin embargo, por los sujetos de las relaciones de trabajo (los trabajadores en particular) en el ámbito de las mismas, por lo que en tal caso adquieren un contenido o dimensión laborales sobrevenidos. Se produce así una ‘impregnación laboral’ de derechos de titularidad general o inespecífica por el hecho de su ejercicio por trabajadores asalariados (también eventualmente por empresarios) a propósito y en el ámbito de un contrato de trabajo. Son derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercidos en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales en razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer...”.

4 MOBILIDADE GEOGRÁFICA E CONCILIAÇÃO ENTRE TRABALHO E FAMÍLIA NA ESPANHA

4.1 INTRÓITO

Na Espanha, o tratamento da conciliação da vida laboral e familiar mereceu maior atenção do legislador, designadamente com a edição da Lei nº 39/1999. Referida lei foi editada com escopo essencial de favorecer a inserção da mulher no mercado de trabalho, sem menoscabo de suas atividades familiares regulares.

Não obstante, a norma em comento acabou se transformando numa inovação trabalhista de grande utilidade no sentido de chamar a atenção para o respeito à dignidade humana do trabalhador, considerando uma dimensão mais abrangente em relação à mera concessão de direitos sociais como salário justo, períodos de descanso, aposentadoria etc. É o que iremos desenvolver a seguir.

4.2 PERFIL DA LEI Nº 39/1999

A limitação do emprego de instrumentos flexibilizatórios em sede de conciliação entre vida laboral e

familiar foi objeto de importante debate no âmbito da legislação e da doutrina espanholas. Sua aceitabilidade pela comunidade empresarial e de trabalhadores daquele país autoriza a que possivelmente possa servir de modelo a ser adotado no Brasil, ainda que com algumas alterações.

Em tal particular, leciona *Almendros González*, a modo de comentários acerca da Lei nº 39/1999⁷, que uma característica desse modelo diz respeito à reversão da tendência da legislação espanhola recente no sentido de incentivar e garantir a introdução de permissivos flexibilizatórios demasiado amplos nas condições laborais em geral, a exemplo do que sucedera por meio das Leis nºs 11/1994 e 12/2001⁸.

⁷ A Lei nº 39/1999, apelidada “Lei de Conciliação da Vida Familiar e Laboral-LCVFL”, dispõe sobre a adoção de programas, inclusive de índole protetiva, que assegurem tempo e criem incentivos para que o trabalhador possa cuidar regularmente dos assuntos que tocam à sua família. Referida lei introduz uma série de alterações no Estatuto dos Trabalhadores (Real Decreto Legislativo nº 1/1995), na Lei de Prevenção de Riscos Laborais (Lei nº 31/1995), na Lei Geral de Seguridade Social (Real Decreto Legislativo nº 1/1994) e na Lei de Procedimento Laboral (Real Decreto Legislativo nº 2/1995). Para os especialistas espanhóis, as disposições da referida lei proporcionam inclusive melhores condições de acesso e adaptação da mulher ao mercado de trabalho.

⁸ Entende o renomado jurista ibérico que “la LCVFL potencia un modelo de regulación intervencionista y heterónimo que invierte la tendencia flexibilizadora característica de las anteriores reformas laborales, tomando el papel garantista clásico de las normas laborales. Consiguientemente, la mayor parte de sus preceptos

Assim, reitera-se o diagnóstico segundo o qual as garantias legais de admissão ou impedimento de transferência do trabalhador para fins de gozo de direitos da vida familiar enseja interpretação cuidadosa e diferenciada no tocante à flexibilidade das condições de trabalho.

O artigo 39.1 da Constituição espanhola de 1978 impõe ao Estado encomendar aos poderes públicos o implemento de proteção social, econômica e jurídica da família, em face do que se confere à normativa infraconstitucional de conciliação entre trabalho e família o objetivo de regulação e efetivação das políticas ou programas do Estado espanhol no particular⁹.

Não obstante a LCVFL não se refira expressamente aos casos de mobilidade geográfica do trabalhador para efeito de proveito da vivência familiar, o intento teleológico que se extrai do texto da referida lei (proteção da família pelo Estado-Poderes Públicos) sugere hermenêutica ampla capaz de abranger referido regime jurídico (mobilidade geográfica).

tienen carácter de derecho necesario, lo que limita la autonomía colectiva (aunque lógicamente ésta pueda ampliar y mejorar los derechos reconocidos legalmente) y, por supuesto, individual” (Cf. **Familia y Trabajo. Comentario Práctico a la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral: Aspectos Laborales**, op. cit., p. 16).

O mesmo entendimento deve ser vislumbrado no contexto do Real Decreto nº 1251/2001, que regula as prestações econômicas do sistema de Seguridade Social por maternidade e risco durante a gravidez.

Por outro lado, conforme enuncia *Almendros González*, a conciliação da vida familiar e laboral permite a inserção do homem como co-responsável pela gestão das atividades domésticas, o que representa a concretização de um dos supostos do princípio constitucional da igualdade entre homens e mulheres (artigo 14 da Constituição da Espanha).

Aliado a isso encontra-se o fomento à integração da mulher ao mercado de trabalho, na medida em que a ombreia com o homem em sede de prestação de serviços fora do lar. Evidentemente que a previsão de supostos que auxiliem na aproximação geográfica de marido e mulher trabalhadores perfaz o cumprimento dessa missão do Estado, alçada a nível de prevalência sobre condutas flexibilizatórias amplas¹⁰.

⁹ O artigo 39.1 da Constituição Española prescreve que “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”.

¹⁰ Anota o autor que “la LCVFL ha aparecido en nuestro ordenamiento jurídico acompañada de de una campaña de divulgación y publicidad dirigida a concienciar a la sociedad de la oportunidad de esta ley a la corresponsabilización de los varones en las obligaciones familiares” (Cf. **Familia y Trabajo. Comentario Práctico a la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral: Aspectos Laborales**, op. cit., p. 24-25).

Importante registrar que os imperativos de conciliação da vida familiar e laboral são objeto de intensas discussões no conjunto da comunidade europeia, diante do que fora editada a Resolução nº 29/2000, do Conselho da União Europeia, com o objetivo de fomentar “a participação equilibrada de homens e mulheres na atividade profissional e na vida familiar”, ao tempo em que insta os Estados membros a promover políticas públicas para sua efetividade.

A despeito, outrossim, das limitações aos processos de flexibilidade laboral via alteração geográfica, tendo em vista os imperativos legais de auxílio para conciliação da vida familiar e laboral, é imperioso demarcar o alcance da expressão “entidade familiar”, conforme os ditames da Lei nº 39/1999, para efeito de postulações de direitos laborais no particular¹¹.

¹¹ Entretanto, destaque-se que a Lei nº 39/1999 (Lei de Conciliação da Vida Familiar e Laboral) somente admite como beneficiários de seus preceitos os trabalhadores que se constituam em matrimônio heterossexual formal, conforme ensina ALMENDROS GONZÁLEZ com estas palavras: “La construcción de este modelo protector de la familia que garantiza la conciliación de responsabilidades familiares y laborales se erige sobre una determinada concepción de familia: el marco familiar estable formado por una pareja heterosexual casada” (Cf. **Familia y Trabajo. Comentario Práctico a la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral: Aspectos Laborales**, op. cit., p. 34).

Entendemos, todavia, que não nos compete enveredar pormenorizadamente nessa seara, conquanto alheia ao objeto do estudo a que ora nos propomos. Fato é que em se considerando o trabalhador em relação com o que se considere juridicamente uma “família”, estará o empresário vinculado à normativa constitucional e legal de referência à conciliabilidade da vida familiar e laboral, com impacto sobre sua iniciativa de modificações contratuais em matéria de lugar de trabalho.

A recente discussão – tanto na Espanha como no Brasil – acerca da admissão do casamento homossexual ou do reconhecimento de direitos laborais e previdenciários aos casais homossexuais é de fundamental importância para efeito de aplicação das regras e princípios em comento, ao que remetemos o leitor à leitura específica apropriada nesse particular¹².

¹² Em sessão realizada em 20 de abril de 2005, o Parlamento espanhol (Congresso dos Deputados) aprovou a lei do casamento homossexual. Trata-se de projeto de lei que altera o Código Civil em matéria de direito de contrair matrimônio. Pelo projeto, que ainda depende de ratificação pelo Senado daquele país, o artigo 44 do Código Civil é acrescido do parágrafo segundo, o qual tem a seguinte redação: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. Os efeitos trabalhistas e previdenciários decorrentes da referida lei certamente trarão impacto sobre a conciliação da vida

A importância dos efeitos da Lei nº 39/1999-LCVFL se manifesta, ademais, como limitação à flexibilidade de saída (despedida), na medida em que a proíbe expressamente, se atendidos os requisitos da referida lei a respeito dos riscos da trabalhadora durante a gravidez (artigos 7º e 8º). É efetivamente uma norma de acentuada cogência e que revela o caráter de direito fundamental que se atribui às situações de risco ao nascituro e à mulher trabalhadora gestante.

4.3 LIMITAÇÃO DO PODER EMPRESARIAL

Veja-se que o artigo 39 da Constituição da Espanha insere o capítulo da proteção à família no título relativo “aos direitos e deveres fundamentais dos cidadãos”. Nesse desenho, remanesce de grande valia a idealização de mecanismos flexibilizatórios internos cuja finalidade seja permitir a ideal conciliação entre trabalhadores e empresariado.

É certo, como visto, que os casos de gravidez e, de resto, as questões pertinentes à conciliação do trabalhador com sua vida familiar afugentam a liberdade empresarial de

familiar e laboral, alterando no particular alguns dispositivos da Lei

maleabilidade funcional e geográfica. Isto, porém, não quer significar supressão absoluta de práticas flexibilizatórias, tanto quanto estas sejam consentidas pela comunidade laboral via norma autônoma ou heterônoma para fins de inserção de trabalhadores nos processos de crescimento produtivo em proveito de todos.

Assim, há dois aspectos a considerar. Por um lado, a proibição de despedida concentra diretriz que certamente inibe as faculdades flexibilizatórias de condução dos recursos humanos disponíveis (afugentando, inclusive, a contratação sobretudo de mulheres, ante os receios laborais do empresário nesse pormenor).

Porém, por outro lado, tal se constitui em boa alternativa para “obrigar” trabalhadores e empresários a reconhecer a importância e excelentes resultados que a utilização adequada das faculdades legais de alteração das condições de trabalho no curso do contrato laboral (aliado à necessidade de qualificação profissional do trabalhador) pode oferecer para pacificação laboral e busca de espaços que redundem em proveito e conciliação entre capital e trabalho.

A ação tutelar do Estado em matéria de riscos do trabalho não deve ser concebida como um contra-senso em

nº 39/1999.

termos de incentivo a modernos instrumentos de adaptabilidade de condições de trabalho, mas como imperativo de implemento de direitos fundamentais dos cidadãos, conjugado com a função social da empresa.

A proibição de despedida de trabalhadores protegidos pela lei espanhola de conciliação da vida familiar e laboral (Lei nº 39/1999, de 05 de novembro) perfaz também obediência às normas internacionais que dispunham sobre o elenco de direitos fundamentais dos trabalhadores, de que são exemplos, entre as principais, a Convenção 158 da OIT, de 22.06.1982 (artigo 5), e as Diretivas Comunitárias nºs 76/207 e 92/85 CEE¹³.

No Brasil, a limitação de mobilidade geográfica da trabalhadora grávida é legalmente disciplinada (artigo 391, parágrafo único, CLT), assim como também é proibida sua despedida automática (artigo 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), salvo quanto à

¹³ Nesse sentido é a sentença do STJCE de 03.02.2000, em que são partes SILKE e KARIN MAHLBURE, apud CRUZ VILLALÓN, Jesus, in **Estatuto de Los Trabajadores Comentado**, Madrid: Tecnos, 2004, p. 527.

trabalhadora doméstica¹⁴, o que confirma a tendência mundial de limitações à flexibilidade de saída no particular.

A problemática da determinação do lugar do trabalho do empregado se eleva na medida em que o trabalhador incorpora direitos subjetivos e até potestativos, invertendo-se a situação corrente na relação jurídica laboral em que o empregador estabelece quase que unilateralmente as condições de trabalho. Nesse sentido, sugere *Luigi Angiello* que o “*ius resistendae*” do trabalhador é o oposto similar ao poder de direção ou modificação contratual substancial do patrão¹⁵.

¹⁴ A trabalhadora doméstica não é contemplada com a garantia de emprego prevista no artigo 10, II, “b”, da Constituição Federal, porque regida por lei específica (Lei nº 5.859/72) e destinatária apenas das disposições dos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV do artigo 7º da Constituição Federal. No particular, o Tribunal Superior do Trabalho decidiu: “A vedação de despedida prevista no art. 10, inciso II, alínea b, do ADCT não contempla a empregada doméstica, porquanto a proteção não se inclui entre os direitos assegurados pelo art. 7º, parágrafo único, da Constituição da República aos trabalhadores domésticos. Embora a lei não resguarde a empregada doméstica gestante da despedida arbitrária ou sem justa causa, deve o empregador pagar, a título de indenização, o equivalente ao salário-maternidade, visto que, com a denúncia do contrato, obsta o gozo da licença a que a trabalhadora teria direito, consoante disposição contida no art. 7º, XVIII, da constituição da República, combinada com o parágrafo único do mesmo dispositivo” (Cf. TST, RR 426.347/98, Rel. Min. DARCY CARLOS MAHLE).

Não é de esquecer, outrossim, o grande problema que pode gerar um programa de transferência coletiva de trabalhadores frente aos interesses e direitos do trabalhador singularmente considerado, como ocorre na Itália, conforme bem registra *Angiello*. Tal confronto evidentemente apresenta peculiaridades dignas de atenção.

É que se a transferência coletiva constitui pressuposto que aproveita sobretudo à melhoria da gestão e produção empresarial, ainda que com anuência sindical, concentra, por outro lado, situações de possível enfrentamento em termos de direitos individuais indisponíveis, ou outros direitos de elevada envergadura que reclame invocação de preservação de direitos fundamentais¹⁶.

¹⁵ Fazendo paralelo entre os direitos subjetivos dos trabalhadores frente às faculdades de alteração do contrato de trabalho, num contexto da mobilidade geográfica, expõe o autor que “in sostanza, il problema veniva impostato nei seguenti termini: da un lato l’estensione dei poteri dell’imprenditore di determinare il luogo della prestazione lavorativa; dall’altro, la posizione del lavoratore di fronte al trasferimento e i limiti dello ‘jus resistentiae’”. (Cf. **II Trasferimento dei Lavoratori**, op. cit., p. 3).

¹⁶ A situação acima invocada reflete a complexidade dos confrontos entre disciplinamento individual e coletivo de condições de trabalho e, portanto, põe risco à efetivação da flexibilidade via negociação sindical. O problema central parece residir na definição e alcance do que se possa entender por direito laboral individual envolto em direitos fundamentais constitucionais e gravados por cláusula de inderrogabilidade. Assim é que LUIGI ANGIELLO realça que “tali questioni incidono anche sul tema dei trasferimenti collettivi che

Portanto, a exemplo do que ocorre no tocante às limitações empresariais relativas à conciliação da vida familiar e laboral – que também não deixa de estar inserida no elenco de direitos fundamentais previstos no artigo 39 da Constituição espanhola – o embate relativo a outros direitos fundamentais de fixação de residência em determinado lugar alheio ao querer empresarial se revela de grande importância e complexidade em tema de mobilidade geográfica.

E quais são estes “outros direitos fundamentais”? Obviamente que somente a casuística de cada situação particular demonstrará o que se pode reputar como um direito fundamental individual no contexto a que ora nos referimos.

Porém, podemos conceber alguns, em uma previsão de ordem geral: a) o direito de educação do trabalhador e de seus filhos em escolas especializadas ou públicas adaptadas à realidade do trabalhador (artigo 44 da Constituição da Espanha); b) os cuidados com a saúde do trabalhador e dos

possono formare – ed hanno formato – oggetto di accordi sindacali che – a prescindere per ora dalla loro validità – vanno ad incidere su interessi dei singoli lavoratori coinvolti. L’azione sindacale dunque si manifesta in modo sensibile nella materia dei trasferimenti collettivi, non esplicandosi, peraltro, allo stesso modo in tema di trasferimenti individuali. Le ragioni di tale atteggiamento sindacale sono abbastanza intuitive: sul piano individual ele vicende modificatividel luogo della prestazione sono disciplinate da norme inderogabili volte a circoscrivere il potere dell’imprenditore” (Cf. **II Trasferimento dei Lavoratori**, op. cit., p. 9).

seus, designadamente em casos de minusvalia e outras deficiências (artigos 43 e 49 da Constituição Espanhola); c) exigências atinentes ao exercício de um sacerdócio religioso em determinados lugares, especialmente nos casos de estrangeiros de cultura religiosa diferente da do país de prestação dos serviços (liberdade religiosa e condições de efetivação de seu exercício (artigo 16 da Constituição Espanhola).

Desta forma, é lícito reconhecer que a flexibilidade geográfica da prestação de serviço é assaz tortuosa quando referente ao confronto com o exercício de direitos fundamentais de âmbito individual. Sem embargo, entendemos que é ainda a negociação coletiva que pode oferecer soluções adequadas em termos de encontro do ponto de equilíbrio em meio à flexibilidade do lugar do trabalho.

É indubitoso, outrossim, que a legitimidade da representação sindical será um diferencial importante, aliado à participação efetiva de todos os trabalhadores no torno do momento de evolução das negociações, inclusive por intermédio de reuniões periódicas ou mesmo assembléia geral. O ajuste do econômico com o social, nesse particular, terá na negociação coletiva um reverencial importante.

5 CONCLUSÕES

Abordamos, neste breve estudo, algumas questões acerca da possibilidade, percalços e ação do Estado na adoção de políticas de conciliação da vida laboral e familiar como importante aspecto a ser considerado na tutela e preservação da dignidade da pessoa humana.

Nosso propósito foi enfatizar o que há de fundamental no Brasil e na Espanha nesse particular, perquirindo o que há de relevante em termos de legislação, doutrina e jurisprudência, numa perspectiva de fomentar o debate acerca desse novo paradigma envolto na relação entre empregado e empregador.

No Brasil, a questão que reputamos mais importante é a que diz respeito à transferência do trabalhador de seu *habitat* familiar natural, quando, no cumprimento do contrato e diante do poder empresarial do empregador, tiver o obreiro de ser desligado da convivência habitual com sua família e de seus afazeres particulares e domésticos indispensáveis à sua adequada formação intelectual e psicológica.

Nesse sentido, mencionamos o tratamento constitucional da família por força do artigo 226 da Lei Maior, realçando o papel do Estado quanto à proteção que deve

oferecer às entidades familiares, designadamente no sentido de que cabe ao mesmo (o Estado) atuar no sentido de assegurar a convivência harmônica e sem rupturas dos membros da sociedade conjugal.

Em seguida, fizemos referência à legislação trabalhista relativa à transferência do trabalhador, designadamente diante do comando dos artigos 469 e 470 da Consolidação Trabalhista, revelando os paradoxos e complexidades do tema em se tratando de necessidade de conciliação da vida laboral e familiar.

Também nos reportamos ao embate existente entre a prevalência ou não dos direitos sociais dos trabalhadores e os direitos de livre disposição da propriedade privada e liberdade de empresa dos empresários, enfocando as possibilidades de verificação de uma relação de coordenação ou subordinação entre esses bens constitucionais, através do confronto entre os artigos 1º, 5º, 6º, 7º e 170 da Constituição do Brasil.

A partir do item 3 deste trabalho ressaltamos a fisionomia das políticas de conciliação da vida laboral e familiar na Espanha, investigando seus pormenores e alcance, de modo a aproveitá-lo como modelo a ser estudado e invocado no Brasil, observando, sobretudo, sua grande utilidade para efeito de inaugurar um novo viés de preservação da dignidade humana no contexto das relações do trabalho.

Trilhando novos rumos em termos de dignidade da mulher e sua inserção no mercado de trabalho, foi editada, na Espanha, a Lei nº 39/1999, denominada Lei de Conciliação da Vida Familiar e Laboral (LCVFL). Seu objetivo primitivo foi depois alterado, ampliando-se seu campo de atuação para abranger as situações em que o varão, enquanto trabalhador, tivesse assegurado o direito de participar mais intensamente do ambiente familiar, inclusive integrando-se com as atividades domésticas em igualdade de condições com a mulher.

Realçamos, por fim, a questão da transferência do trabalhador espanhol em confronto com os poderes empresariais assegurados constitucionalmente naquele país ibérico, ressaltando a importância nível de maturidade das organizações sindicais, tornando as negociações entre as categorias um substancial instrumento de fomento às políticas de conciliação da vida laboral e familiar, numa perspectiva inovadora do desenvolvimento e preservação da dignidade do trabalhador.

REFERÊNCIAS

ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Angel. **Familia y Trabajo. Comentario Práctico a la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral: Aspectos Laborales**, Granada: Comares, 2000.

ANGIELLO, Luigi. **II Trasferimento dei Lavoratori**, Padova: CEDAM, 1966.

CRUZ VILLALON, Jesus. **Estatuto de los Trabajadores Comentado**. Madrid: Tecnos, 2004.

MORAIS, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**, São Paulo: Atlas, 2002.

MOTA DE SOUZA, Carlos Aurélio. **O Casamento. O Direito de Família à Luz da Dignidade Humana. O Novo Código Civil: Estudos em Homenagem ao Professor Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003.

GOYATÁ, Célio. Alguns Temas de Direito do Trabalho. **Revista LTr**. São Paulo, n. 38, fev. 1974.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. **Derechos Fundamentales Generales y Relación Laboral: Los Derechos Laborales Inespecíficos. El Modelo Social en la Constitución Española de 1978**. Madrid: Ministério de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 3 ed.,
Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 1997.

A NOVA LEI DE FALÊNCIAS E O CRÉDITO TRABALHISTA¹

Cláudio Armando Couce de Menezes²

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.

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.

² Juiz Presidente do TRT da 17ª Região.

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).

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)!

MARTINS³ (2005) 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 tributário⁴. E isso quando os balanços das instituições financeiras não cessam de apontar lucros cada vez maiores!

OLIVEIRA⁵ (2005), 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

³ “A Nova Lei de Falência e suas implicações nos direitos dos trabalhadores”, *Jornal Síntese*, 03/05, ano 9, nº 97, p.4.

⁴ 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).

⁵ “A Nova Lei de Falência e a Execução Trabalhista”, *Revista LTR*, vol. 69, 05 de maio de 2005, p. 584.

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 empresarial⁶.

⁶ “...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 carregá-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,

No mesmo diapasão, registre-se, posiciona-se MARTINS (2005, p. 584):

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 igualdade⁷ e ao preceito que trata da proibição da vinculação do salário mínimo para qualquer fim⁸.

é de corar um monge franciscano o total desinteresse da comunidade sindical: sindicatos, 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).

⁷ “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).

⁸ “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).

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 empregados⁹.

⁹ ”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, concluímos pela imperiosa revisão do art. 83, I, da nova Lei de Falência, para restabelecer o superprivilégio do crédito trabalhista¹⁰.

REFERÊNCIA

MARTINS, SÉRGIO Pinto. A nova lei de falência e suas implicações nos direitos dos trabalhadores. **Jornal Síntese**, Porto Alegre, v. 9, n. 97, mar. 2005.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. A nova lei de falência e a execução trabalhista. **Revista Ltr**, São Paulo, v. 69, n. 5, p. 581-4, maio, 2005.

¹⁰ Outras regras também estão a merecer uma pronta revogação (arts. 6º, § 5º; 54, parágrafo único e 83, VI, “c” da Lei 11.101/05).

O CONTRATO DE TRABALHO E O FENÔMENO DA REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO.

Denise Clerot¹

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 identificou como fundamentos do Estado Democrático de Direito, constituído pela República Federativa do Brasil: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Não trata este artigo de mera norma programática, mas da instituição de valores a serem doravante observados tanto pelo legislador como pelo intérprete da lei, a fim de que todo o ordenamento jurídico até então vigente e as normas

¹ Técnico Judiciário TRT 13ª Região

subseqüentes somente se mostrem legitimadas e estiverem em consonância com tais princípios fundamentais.

São tidos fundamentais porque são a base desse Estado Democrático, sem os quais a vida em sociedade restaria inviabilizada. Assim, a verdadeira democracia somente pode existir no plano factual se respeitados, em primeiro lugar, os valores do ser e, em um segundo plano, os aspectos patrimoniais.

2 DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Nessa esteira de raciocínio ficou bem clara a intenção do constituinte de 1988 no sentido de repensar o modelo jurídico em busca da preservação da dignidade humana, posto que ausente esta, a cidadania ou mesmo os valores sociais do trabalho cairiam em um vazio conceitual.

A esse respeito, a moderna doutrina civilista, enquanto representante maior do chamado direito privado, já adota a terminologia “direito civil constitucional” para

denominar essa nova fase inaugurada com a novel codificação de 2002, como esclarece o professor Farias (2003):

A expressão “Direito Civil Constitucional” quer apenas realçar a necessária releitura do Direito Civil, redefinindo as categorias jurídicas civilistas a partir dos fundamentos principiológicos constitucionais, da nova tábua axiológica fundada na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) solidariedade social (art. 3º, III) e na igualdade substancial (arts.3º e 5º).

Dessa forma, é possível afirmar que as normas já existentes à época da nova constituição foram reinterpretadas, enquanto que a produção legislativa subsequente denota o esforço do legislador para adequar-se à valorização do ser humano e ao atendimento de suas necessidades sociais, à exemplo da preocupação com a função social da propriedade e dos contratos, a boa-fé objetiva, a criação de um código do consumidor, o redimensionamento da concepção de família para albergar o ente monoparental; o bem de família legal e a sua extensão pela jurisprudência ao morador solteiro; a tutela dos valores ligados à honra, à imagem, à intimidade e à vida privada, entre outros tantos institutos que apontam para essa nova perspectiva de humanização.

3 REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E DIREITO DO TRABALHO

O fenômeno da repersonalização, contudo, parece não ter tido o mesmo alcance quanto se trata de direito do trabalho. Como visto anteriormente, enquanto o novo código civil, principal codificação voltada a regular as relações privadas, relega a um segundo plano os institutos puramente patrimonialistas, o direito do trabalho, até então na vanguarda da tutela dos direitos da personalidade, trilha na contramão da história.

Sob o manto das convenções e acordos coletivos, e até mesmo ajustes individuais, intenta-se, na prática, transacionar valores mínimos instituídos por lei, inclusive os voltados à garantia da incolumidade física e psíquica do trabalhador

A flexibilização paulatina dos direitos trabalhistas objetivam a inversão do papel social do direito do trabalho à medida em que procura valorizar a negociação coletiva tal qual detivessem as partes o mesmo peso para impor as suas condições.

Trata-se, portanto, de “uma reivindicação empresarial identificável com uma explícita solicitação de

menores custos sociais e maior governabilidade do fator trabalho”, na lição de Barros (2006).

Importa ressaltar que a flexibilização heterônoma, aquela perpetrada pelo próprio Estado, encontra-se embrionária, com algumas poucas modificações visíveis à exemplo dos arts. 58-A e 476-A da CLT, havendo rumores de que, após o período eleitoral, a consolidação deve sofrer profundas reformas justamente para atender aos reclamos desse ser não identificável, mas detentor de super-poderes chamado “mercado”.

A tendência no Direito do Trabalho, portanto, é o sacrifício dos valores do ser em prol do interesse econômico da classe dominante. Busca-se o barateamento do produto através sucateamento da mão-de-obra, passando ao largo do princípio da dignidade da pessoa humana.

Conveniente a esse respeito o estudo do professor paranaense Fachin (2001), na aclamada obra intitulada “Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo”, de onde se destaca o seguinte trecho:

A repersonalização do Direito Civil recolhe, com destaque, a partir do texto constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana. Para bem entender os

limites propostos à execução à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, têm sentido verificações preliminares. A dignidade da pessoa humana é princípio fundamental da República Federativa do Brasil. É o que chama de princípio estruturante, constitutivo e indicativo das idéias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. Tal princípio ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema interno harmônico, e afasta, de pronto, a idéia de predomínio do individualismo atomista no Direito. Aplica-se como leme a todo o ordenamento jurídico nacional compondo-lhe o sentido e fulminando de inconstitucionalidade todo preceito que com ele conflitar. É de um princípio emancipatório que se trata.

Tomando por empréstimo a nomenclatura adotada pelo professor Fachin e, trazendo sua doutrina para o Direito do Trabalho, enquanto ramo do direito privado, temos que as leis que instituem preceitos relativos à proteção da integridade física e psíquica do trabalhador, como os atinentes à medicina e segurança do Trabalho, constituem o “patrimônio mínimo” do prestador de serviços, de modo que qualquer ajuste contratual, individual ou coletivo, ou mesmo projeto de lei tendente a abolir tais preceitos, deve observa-lo sob pena de infringir direitos de natureza constitucional.

4 CONCLUSÃO

É certo que a Constituição Federal concedeu autonomia às negociações coletivas, inclusive com exceções pontuais em relação às possibilidades de redução salarial e de jornada, compensação e turnos ininterruptos de revezamento, além do reconhecimento das convenções e acordos coletivos, contudo impõe-se o respeito a existência de direitos trabalhistas irrenunciáveis e indisponíveis, que balizam a chamada autonomia privada coletiva, porquanto dirigem-se à preservação da dignidade do trabalhador, igualmente alçada à proteção constitucional.

REFERÊNCIAS

BARROS. Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006.

FACHIN. Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

FARIAS. Cristiano Chaves. **Direito Civil**. Salvador: Jus Podium. 2003.

PREVENCIONISMO E SUAS PERSPECTIVAS

Maria do Socorro Leadebal Bonifácio¹

1 INTRODUÇÃO

O prevencionismo está aqui inserido na sua vertente de tensão em torno dos compromissos legais de proteção ao trabalho e ao trabalhador, re-visitando-se a produção legislativa em torno deste e apontando, ao mesmo tempo, quais as perspectivas que tem sido traçadas pelos Órgãos envolvidos para a obtenção de resultados, aproveitando estudo em curso sobre normas, políticas e práticas de proteção ao trabalhador, sob a vertente do meio ambiente do trabalho.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 POLÍTICAS DE PROTEÇÃO E SUAS ORIGENS.

Essas políticas de proteção registram, por assim dizer, um primeiro *round*, no sentido de uma busca de

regramento institucional, com a ação individual de Owen ao promover reformas sociais na sua fábrica, experiências que motivaram a publicação de dois livros (1812 e 1820). É dele, aliás, a proposição para que fossem instituídas medidas protetivas ao trabalhador - melhorando-se as condições de vida industrial e do trabalho – pela via internacional.²

Estavam lançados, então, os alicerces para um organismo permanente e supranacional voltado para a promoção do bem-estar e desenvolvimento do ser humano “[...] através da dignificação do trabalho e do trabalhador” (BARROS, 1999, p. 46)³, constituído com as vestes de Organização Internacional do Trabalho, sob o manto do Tratado de Versalhes, em 1919.

Dito assim, pareceria o resgate de um romance passado na metade do século XIX, ambientado na Europa dos grandes pensadores e das guerras, sem uma força efetiva de poder de repercussão na atualidade.

Na verdade, é esse o contexto das idéias que uniram movimentos de intelectuais, de juristas, das igrejas, dos

¹ Maria do Socorro Leadebal Bonifácio. Analista Judiciária do TRT da 13ª Região. Especialista em Processo Civil pelo UNIPÊ.

² C.M. Barros.. *O Direito Internacional*. Em A. M. Nascimento (Coord). *A Transição do Direito do Trabalho no Brasil*. Págs. 41/62.

³ Texto creditado ao Presidente Roosevelt, apud C.M. Barros, pág. 46.

próprios operários em meio a um processo de reformulação do Estado e da exigência por uma nova organização econômica, cabendo as palavras de Bobbio (1992, P. 34)⁴ quanto à:

O campo dos direitos sociais, finalmente, está em contínuo movimento: assim como as demandas de proteção nasceram com a revolução industrial, é provável que o rápido desenvolvimento técnico e econômico traga consigo novas demandas, que hoje não somos capazes de prever.

Inúmeros foram os embates⁵ que antecederam o

⁴ N. Bobbio. *A Era dos Direitos*. 1992, p. 34.

⁵ No artigo de C. M. Barros registra-se em 1841 a pregação do professor *Daniel Legrand* para instituir “*um Direito Internacional para proteger as classes operárias contra o trabalho prematuro e excessivo*”; a “*Primeira Internacional Socialista*”, em 1864; O Congresso de Berlim, em 1890; o surgimento e difusão do movimento sindical na Europa e nos Estados Unidos, no início do século XIX; a Encíclica *Rerum Novarum*, em 1891; o 1º e 2º Congresso Internacional de Legislação do Trabalho, ambos em 1900, que inspiraram as duas primeiras Convenções Internacionais do Trabalho, após as duas Conferências em Berna, uma em 1905 e a outra em 1906, de caráter diplomático e, ainda, as necessidades advindas dos efeitos da 1ª Guerra Mundial, entre outros.

lançamento dos primeiros registros normativos desse direito à proteção, assinalando-se a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar, em 1919.

Estava estabelecida, então, a tensão de produzir riquezas vinculando-se o progresso econômico à justiça social, aqui sob o enfoque do respeito ao trabalho e à dignidade do trabalhador, bem assim o papel intervencionista do Estado nessas relações, afinal de contas, medidas protetivas custam dinheiro e tempo - necessariamente nessa ordem, - encarecendo o produto final e diminuindo a competitividade da empresa, não importando a sua destinação, ou seja, para consumo interno ou externo.

3 ENTRE NÓS.

O cenário no Brasil não era tão diferente⁶, uma vez que a 1ª guerra mundial impulsionou o crescimento da indústria nacional, abrindo as portas para a exportação dos seus produtos e a conquista de mercados.

⁶ E. de Moraes Filho. *Direito do Trabalho. Páginas de história e outros ensaios*. págs. 38/39

Essa atmosfera tornou-se um meio propício para as discussões em torno da fruição dos ganhos com a produção também em solo pátrio.

Anota-se a edição, ainda no século XVIII, começo da República, das primeiras normas relativas às indústrias nascentes, como os Decretos n.ºs. 1.162 e 1.313 (1890 e 1891). O primeiro de garantia de liberdade do trabalhador e o segundo relativo à fiscalização dos estabelecimentos fabris (número e condições de trabalho dos menores).

Na primeira década do século XIX, manteve-se o mesmo quadro. No período, podemos apontar o Decreto n.º 1.150, de 05.01.1904 e a Lei n.º 1.637, de 05.01.1907. O primeiro sobre privilégios do salário do trabalhador do campo e o segundo sobre legislação sindical.

Na segunda década do século XIX, podemos assinalar apenas projetos de lei. A partir de 1920 (3ª década) surgem as primeiras Leis trabalhistas de n.ºs. 4.682, de 24.01.23 (Eloy Chaves); 5.109, de 20.12.26; 4.982, de 23.12.25 (férias); 5.492, de 16.07.28 e Decretos N.ºs.16.027, de 30.04.23 (criando o CNT) e 17.934, de 12.10.27 (trabalho de menores).

No entanto, é a partir de 1930 que surge, em profusão, legislação de cunho trabalhista ou social, editadas principalmente através de Decretos. Citamos os de n.ºs 19.671-

A, de 04.02.31 (DNT); 19.770, de 19.03.31 (sindicalização); 20.303, de 19.08.31 (nacionalização do trabalho e marinha mercante); 21.186, de 22.03.32 (horário de trabalho no comércio); 2.364, de 04.05.32 (horário de trabalho na indústria); 21.396, de 12.05.32 (comissões mistas de conciliação); 21.417-A, de 17.05.32 (trabalho das mulheres na indústria e no comércio).

De 1934 a 1937, período constitucional, destacam-se o Decreto nº 24.637, de 10.07.34 (reforma de Lei de acidentes do trabalho), o Decreto 24.594, de 12.07.34 (reforma da Lei Sindical) e as Leis nºs. 62, de 05.06.35 (rescisão dos contratos de trabalho); 185, de 14.01.36 (comissões de salário mínimo) e 367, de 31.12.36 (IAPI).

Após 1937, temos a registrar os Decretos-Leis nºs. 910, de 20.11.38 (trabalho dos jornalistas); 1402, de 05.07.39 (associação profissional ou sindical); 1.523, de 18.08.39 (2/3 dos vencimentos em caso de incorporação ao serviço militar).

Essa atividade legislativa denota que o projeto de um Código do Trabalho estava longe de ser alcançado, sobretudo em decorrência das resistências apresentadas de parte a parte (patrões e empregados, leia-se), bem assim das incursões - tidas como - tímidas do Estado.

Ademais, os debates e regulamentações não encontravam respaldo legal ou institucional no ordenamento

jurídico nacional então vigente.

Em meio a essas circunstâncias foi editado o Decreto nº 5.452, no dia 1º de maio de 1943⁷, consolidando a legislação do trabalho já editada no Brasil, com a ressalva que se extrai do art. 1º: “Parágrafo único. Continuam em vigor as disposições legais transitórias ou de emergência, bem como as que não tenham aplicação em todo o território nacional.”

Ou seja, essa ressalva tenta expressar uma compreensão das realidades nacionais, naquilo em que desiguais e, por isso, merecedoras de um tratamento diferenciado.

Talvez seja esse o moto para as disposições do art.

⁷ Data alusiva às comemorações do Dia do Trabalho. Sobre as comemorações dessa data pode ser dito que no dia 1º de maio de 1886, em Chicago, grevistas entraram em choque com a polícia. Explodiu uma bomba e morreram quatro operários e sete policiais. Alguns líderes grevistas foram presos e executados no ano seguinte. Em junho de 1889, os socialistas reunidos em Paris, para fundar a II Internacional, aprovaram a resolução de consagrar o dia 1º de maio de todos os anos, como o Dia Internacional dos Trabalhadores, em memória das vítimas de Chicago. A iniciativa se propagou lentamente, a princípio encontrando resistência das autoridades, que perseguiram politicamente os manifestantes, mas aos poucos se consolidou. Hoje, sob a designação de Dia do Trabalho, são feitas comemorações em quase todos os países do mundo, com pequenas variantes quanto à data. O Dia do Trabalho, porém, só foi institucionalizado com o Estado Novo, em 1938, e declarado feriado nacional pelo governo do Marechal Eurico Gaspar Dutra, com a Lei n. 662, de 6 de abril de 1949.

7º, quanto a:

Art. 7º Os preceitos constantes da presente Consolidação salvo quando fôr em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam : (Redação dada pelo Decreto-lei nº 8.079, 11.10.1945) (...)

b) aos trabalhadores rurais, assim considerados aqueles que, exercendo funções diretamente ligadas à agricultura e à pecuária, não sejam empregados em atividades que, pelos métodos de execução dos respectivos trabalhos ou pela finalidade de suas operações, se classifiquem como industriais ou comerciais. (BRASIL, 1945)

De assinalar, no particular, que a redação do mencionado artigo veio como “retoque” do Decreto-Lei nº 8.079/45, quanto a não se aplicar ao rurícola mais de dois anos depois.

4 PREVENCIÓNISMO NA CLT

Os passos iniciais do prevenCIÓNismo⁸, nos limites

⁸Cf. A. Alberton, após citar SOTO (1978), quanto as primeiras referências escritas, relacionadas ao ambiente de trabalho e dos

do art. 7º anunciado, foram lançados na CLT, recorrendo-se aos artigos 154 a 201⁹.

Qual a evolução desde 1943?

O texto original do Capítulo V da Consolidação sofreu transformações por intermédio do Decreto-Lei nº 229, de 28.02.1967 e posteriormente pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977, que praticamente reescreveu todo o Capítulo, certamente, em decorrência dos altos índices da infortunistica no trabalho e o alto custo a ser pago pelo INSS no atendimento e reabilitação dos acidentados¹⁰.

Pode ser percebido que ao art. 156 o legislador de 77

riscos inerentes a eles, datarem de 2360 a.c., encontradas num papiro egípcio, o "Papiro Seller II", apenas em 1700, com a publicação da obra "De Morbis Artificum Diatriba" do médico italiano Bernardino Ramazzini foi que o assunto de doenças do trabalho começou a ter maior repercussão. Ramazzini, considerado o Pai da Medicina do Trabalho, descreveu uma série de doenças relacionadas a cerca de 50 profissões, deixando uma pergunta no ar "Qual é sua ocupação?", qual não seja alertar para a desinformação quanto ao risco das inúmeras doenças que qualquer trabalhador poderia estar sendo alvo.
⁹CLT, com as atualizações, obtida no site http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm
Acesso em 28/07/2006.

¹⁰ Com base na teoria da responsabilidade objetiva, adotada na Alemanha, pelo Governo Bismark, em 1884, na primeira lei específica de acidentes do trabalho do mundo, e seguida por diversos países, a partir do início do século, foi editado, no Brasil, o Decreto Legislativo n. 3.724 de 15.01.1919 e todas as sucessivas leis especiais sobre o seguros de acidentes do trabalho, que vigoraram no país até 1967, quando o seguro foi integrado na Previdência Social.

impôs nova redação, inserindo o poder fiscalizador do Órgão Nacional do Poder Executivo execute tarefas tendentes à:

Art. 156 - Compete especialmente às Delegacias Regionais do Trabalho, nos limites de sua jurisdição: (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

I - promover a fiscalização do cumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho; (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

II - adotar as medidas que se tornem exigíveis, em virtude das disposições deste Capítulo, determinando as obras e reparos que, em qualquer local de trabalho, se façam necessárias; (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

III - impor as penalidades cabíveis por descumprimento das normas constantes deste Capítulo, nos termos do art. 201. (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977) (BRASIL, 1977)

Essa referência se apresenta obrigatória, diante da constatação de que os arts. 154 e 155 da redação anterior não previam qualquer imposição de penalidade pelo descumprimento das regras pertinentes à segurança e higiene do trabalho¹¹, como, aliás, pode ser visto sobre o tema na

¹¹ Aqui já podemos citar a NR 28, que estabelece a forma, meios e limites para a fiscalização e aplicação de penalidades, chamada a atenção de que não estava contemplada na redação original do art.

redação a seguir:

Art.156. Cabe ao Departamento Nacional do Trabalho ou às Delegacias Regionais do Trabalho, mediante autorização expressa do ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, supletivamente às autoridades sanitárias federais, estaduais ou municipais, a fiscalização do cumprimento dos dispositivos deste capítulo, competindo-lhes, nos limites das respectivas jurisdições:

- a) estabelecer as normas detalhadas e aplicáveis a cada caso particular em que se desenvolvem os princípios estabelecidos neste capítulo;
 - b) determinar as obras e reparações que em qualquer local de trabalho se tornam exigíveis em virtude das disposições deste capítulo, aprovando-lhes os projetos e especificações;
 - c) fornecer os certificados que se tornem necessários referentes ao cumprimento das obrigações impostas capítulo;
 - d) tomar, em geral; todas as medidas que a fiscalização torne indispensáveis.
- (BRASIL, 1977)¹²

É o momento, então, de transcrever as ponderações

200 e seguintes da CLT, embora já se ocupasse de embargar e/ou interditar instalações.

¹² Texto transcrito do endereço eletrônico antes citado.

de Nascimento (1989, p. 512)¹³ quanto ao fato de que “a complexidade e extensão da matéria levou o Poder Executivo a discipliná-la por meio de normas regulamentadoras” (NR), aprovadas pela Portaria n. 3.214, de 8 de junho de 1978.”

Ou seja, passaram-se 35 anos (!) para que, finalmente, fossem elencados os riscos das atividades laborativas e a forma de minimizá-los, quando impossível a sua eliminação.

Ficaram, então, estabelecidos os deveres de cada parte, sempre na direção de cumprir, fazer cumprir e observar as normas de segurança e medicina do trabalho, como se vê dos artigos 157 e 158, concebendo-se um Órgão Nacional – hoje Ministério do Trabalho e Emprego – como autoridade na matéria, consoante artigo 155, I.

Também por força da redação de 1977, entram em cena a CIPA – Comissão Interna de Prevenção de Acidentes, no art. 163; o Programa de Prevenção de Risco Ambiental – PPRA, da NR 5 e o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional – PCMSO, da NR 7.

Os riscos, por sua vez, foram agrupados por atividade, e é a mesma Portaria que permanece em vigor, atualizando-se os eventos e as práticas diretamente na Norma

¹³ A. M. Nascimento. *Curso de Direito do Trabalho*. pág. 512.

Regulamentar pertinente, conforme seu art. 2º, ou com a edição de uma nova norma, como é o caso da NR 32 - Norma Regulamentadora de Segurança e Saúde no Trabalho em Estabelecimentos de Saúde, acrescentada pela Portaria MTE nº 485, de 11.11.2005, DOU 16.11.2005.

5 PERSPECTIVAS

Hoje em dia, os temas de Segurança e Medicina do Trabalho se submetem a um sistema Tripartite Paritário - Governo, Trabalhadores e Empregadores - e os novos regramentos são estabelecidos em consonância com a Portaria Nº 1.127/2003, do Ministério do Trabalho e Emprego¹⁴.

Mas o perfil traçado por Süsskind (2000, p. 917) ainda se mostra atual, quando fala das estatísticas - dadas a conhecer - no nosso País serem trágicas, devidas à:

¹⁴ Disponível no endereço: <http://www.mte.gov.br/Empregador/SegSau/Legislacao/portarias/2003/Conteudo/2756.asp>.

- a) falta de conscientização de empresários e trabalhadores para a importância da prevenção dos infortúnios do trabalho; [...]
- b) formação profissional inadequada; [...]
- c) jornadas de trabalho com horas extraordinárias[...];
- d) alimentação imprópria e insuficiente;
- e) prestação de serviço insalubre em jornadas de trabalho concernentes às atividades normais.¹⁵

Aliás, é desse mesmo quadro traçado que parte a Minuta da proposta de construção de uma Política Nacional de Saúde e Segurança do Trabalhador - PNSST¹⁶, da qual merece transcrição:

[...] o atual sistema de segurança e saúde

¹⁵ Cf. A. Sússekind, ao atualizar o Cap. XXV, das *Instituições de Direito do Trabalho*, Vol. II. No qual pode ser visto o realce dado ao Programa Internacional para Melhorar as Condições de Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho, estudos dos quais resultou a Convenção de nº 155. Frisando que o recebimento do adicional respectivo se torna mais relevante do que a utilização do EPI, bem assim a resistência das empresas quanto a empreender reformas visando eliminar ou reduzir riscos. pág. 917

¹⁶ Texto disponível no endereço:
<<http://www.fundacentro.gov.br/CTN/pnsst.asp?D=CTN>>

do trabalhador carece de mecanismos que incentivem medidas de prevenção. Hoje, há uma ênfase na reparação dos danos em detrimento da prevenção dos acidentes e doenças. Em 2003, os gastos da Previdência Social com acidentes e doenças do trabalho consumiram cerca de 8 bilhões de reais. Isso, levando-se em conta apenas o setor formal de economia (...)

A PNSST vai aplicar o princípio de que quem gera o risco deve ser o responsável por seu controle e pela reparação do dano causado.

A efetividade de tais normativos, portanto, continua a depender do trabalho de formação da mão-de-obra e da otimização do sistema de fiscalização, sendo certo que muitas empresas “preferem” a monetarização do risco, conseqüência do sistema infrator/pagador, fiando-se, inclusive, na fragilidade das ações de fiscalização reportadas na entrevista com o Diretor do DSST, Virgílio César Romeiro Alves, veiculada na Revista nº 291, do Grupo CIPA¹⁷.

¹⁷ Ler, acerca das dificuldades que permeiam as ações de fiscalização e o prevencionismo, entrevista com o Diretor do DSST, Virgílio César Romeiro Alves, veiculada na Revista nº 291, do Grupo CIPA, acesso em 16.02.2006, no endereço http://www.cipanel.com.br/rev_entrevista.asp?id=1&n=291

6 CONCLUSÃO

Pode não parecer sério utilizar tais expressões para finalizar este trabalho, mas é como se estivéssemos deixando “a raposa tomar conta do galinheiro”, contando, os bem-intencionados de plantão, com a possibilidade de uma “fuga das galinhas”.¹⁸

¹⁸ A Fuga das Galinhas é um filme destinado ao público infantil, que mistura aventura e comédia, diferentemente dos desenhos, com muita imagem gerada por computador e canções envolventes, a produção utiliza uma técnica antiga e trabalhosa, na qual a massa de modelar é a matéria-prima usada na "confeção" dos personagens. Os cenários são diminutas maquetes. A história, sob a ótica infantil, é audaciosa, e uma atração a parte são as vozes de astros famosos como Mel Gibson. Elas são prisioneiras — cercadas de arame farpado, temendo por suas vidas e sonhando apenas com o mundo exterior. Todas as tentativas de fuga fracassam e a líder é levada para passar um tempo na solitária. Mas essa não é uma prisão qualquer... e tão pouco elas são detentas comuns. Elas são as presas da Granja dos Tweedy, onde toda galinha que não botar o ovo do café da manhã acaba virando o jantar. Ginger e suas colegas, contudo, estão determinadas a fugir antes de irem para a mesa. O tempo começa a se esgotar quando a gananciosa dona da granja, a Sra. Tweedy, descobre um novo jeito de "ferrar seu ninho" — transformando galinhas em tortas de galinha. Quando chega à granja um galo americano chamado Rocky (voz de Mel Gibson), as coisas começam a mudar. Rocky diz que é um galo voador, e Ginger logo vê nele sua tábua de salvação. Acontece que as coisas não são bem o que aparentam ser, e a pobre galinha ainda tem de enfrentar muitos perigos até... in:

É que, ao considerar que os infortúnios do trabalho foram registrados desde o ano 2360 a.c.; a evolução dos métodos da produção; os dados econômicos; os manifestos avanços da ciência e da tecnologia, podemos ter a sensação de que a reflexão tecida culminaria por admitir que a fragilidade das ações fiscalizadoras dos Órgãos competentes finda por relegar apenas aos partícipes da relação de produção a responsabilidade pela prevenção, o que, em última análise, implica em deixar quase que exclusivamente na consciência do patrão adotar ou não práticas protetivas.

REFERÊNCIAS

ALBERTON, Anete. **Uma metodologia para auxiliar no gerenciamento de riscos e na seleção de alternativas de investimentos em segurança.** 1996. Dissertação. (Mestrado em Engenharia de Produção) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1996. Disponível no endereço: http://www.eps.ufsc.br/disserta96/anete/cap3/cap3_ane.htm
Acesso em 28/07/2006

<http://www.webcine.com.br/filmessi/fugagali.htm> Acesso em 28/07/2006

ALVES, Virgílio César Romeiro, **Entrevista concedida**. Revista CIPA nº 291. Disponível no endereço: http://www.cipanet.com.br/rev_entrevista.asp?id=1&n=291
Acesso em 16/02/2006

BARROS. Cássio Mesquita. O direito internacional. In: NASCIMENTO, Amauri Mascaro (Coord.). **A transição do direito do trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)** com atualizações. Disponível no endereço: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em 28/07/2006.

BRASIL. Decreto lei 8.073, de 11 de outubro de 1945. Altera a redação do artigo 7º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto lei 5.452, de 1 de maio de 1943. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Rio de Janeiro, 13 out. 1945. Disponível no endereço: <http://www.planalto.gov.br/legisla.htm>. Acesso em 18/09/2006.

BRASIL. Lei 6.514, de 22 de dezembro de 1977. Altera o Capítulo V do Título II da Consolidação das Leis do Trabalho, relativo à segurança e medicina do trabalho e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 23 dez. 1977. <http://www.planalto.gov.br/legisla.htm>. Acesso em 18/09/2006.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Portaria nº 1.127/2003**. Disponível no endereço:

<http://www.mte.gov.br/Empregador/SegSau/Legislacao/portarias/2003/Conteudo/2756.asp> Acesso em 22/02/2006

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Portaria nº 485, de 11 de novembro de 2005. Norma Regulamentadora de Segurança e Saúde no Trabalho em Estabelecimentos de Saúde (NR 32). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 16 nov. 2005.

FUNDAÇÃO Jorge Duprat de Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho. **Política Nacional de Segurança e Saúde do Trabalhador**. Disponível no endereço: <<http://www.fundacentro.gov.br/CTN/pnsst.asp?D=CTN>> Acesso em 16/02/2006.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Direito do Trabalho**: páginas de história e outros ensaios. São Paulo: LTr, 1982

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 7ª ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. (Coord). **A transição do direito do trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 1999.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. Atualizado. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. 19ª ed. São Paulo: LTr, 2000. v. 2.

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO CONTEXTO DO DESEMPREGO ESTRUTURAL

Marcela de Almeida Maia¹

RESUMO

O presente artigo apresenta como tema central a reflexão sobre a necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana ante o cenário de desemprego estrutural ora vivenciado, principalmente por ser a valorização do trabalho humano e a busca pelo pleno emprego deveres constitucionais assumidos pelo Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Valorização do trabalho humano. Desemprego estrutural. Dignidade da pessoa do trabalhador.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho é um meio legítimo de ascensão social, tanto no tocante ao valor material, quanto ao valor moral. O

¹ Advogada e Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba, área de concentração em Direito Econômico.

homem sente-se cidadão, ou seja, parte integrante da sociedade no qual se encontra inserido no momento em que pode contribuir para o seu desenvolvimento, bem como quando consegue prover a si próprio e a sua família o necessário à subsistência.

Vários instrumentos jurídicos tentam prover boas condições de trabalho, bem como justa remuneração aos obreiros. A Constituição Federal de 1988, em diversos pontos do texto, expõe a relevância do trabalho, como, por exemplo, nos artigos 6º ao 11 nos quais o direito ao trabalho é tratado como direito fundamental social, no artigo 170 explicita no *caput* que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e no inciso VIII estabelece a busca pelo pleno emprego.

Contudo, mesmo com um grande aparato legal, o direito ao trabalho encontra-se em crise. O grande avanço tecnológico, pensado inicialmente como um meio de beneficiar o trabalhador, posto que o ajudaria a realizar o serviço em menor tempo, acabou por se transformar em um pesadelo ao trazer como conseqüência o desemprego estrutural, com a diminuição considerável do número de postos de trabalho.

É, destarte, nesse contexto de desemprego que se entende pertinente a reflexão sobre a necessidade de proteção

do direito ao trabalho como meio de assegurar a dignidade da pessoa humana, haja vista ser através do labor que se consegue prover o sustento próprio e dos que de si dependem, bem como a inserção social.

2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988, inegavelmente, apresenta eminente cunho social. Com efeito, foi elaborada no momento em que os valores do Estado do Bem-estar Social eram enfatizados e no período de redemocratização do Brasil. Assim, havia grande preocupação com a seara social e com a necessidade de imposição de limites ao mercado.

O Brasil não mais vivenciava a época do “milagre econômico”, encontrava-se em recessão econômica decorrente, dentre outros fatores, das duas crises do petróleo ocorridas na década de 1970. Os níveis de pobreza cresceram em todo o território nacional, de forma que, se no início da década de oitenta 24,4% (vinte e quatro vírgula quatro por cento) da população brasileira era pobre, em 1988

observou-se um aumento dessa proporção para 39,3% (trinta e nove vírgula três por cento) da população (SINGER, 2000).

Urgia uma legislação que priorizasse o desenvolvimento social. A Constituição Federal de 1988 tentado atingir esse propósito trouxe em seu texto uma série de normas programáticas que vinculam a atuação do Estado ao desenvolvimento da seara social através da promoção da educação, da saúde, da previdência social, do trabalho, dentre outros.

O direito ao trabalho encontra-se assegurado em diversos trechos da Lei Maior brasileira (MORAES, 2005). No Preâmbulo da Carta Magna nacional explica-se que o Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o exercício, além de outros, dos direitos sociais. No art. 1º expõe-se que a República Federativa do Brasil apresenta como um de seus fundamentos “os valores sociais do trabalho”. No art. 3º afirma-se que constitui objetivo fundamental do Estado brasileiro “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. No Título II que trata dos direitos sociais, expõe-se nos artigos 6º ao 11 o direito ao trabalho como um direito fundamental. No *caput* do art. 170, referente aos princípios da atividade econômica, tem-se que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos

existência digna, conforme os ditames da justiça social, observando dentre outros, o princípio da busca do pleno emprego, conforme o inc. VIII do mesmo artigo. Este rol de artigos constitucionais, embora exemplificativo, é capaz de demonstrar a relevância conferida ao trabalho humano.

Com efeito, mesmo no capítulo destinado à parte eminentemente capitalista - a ordem econômica – o direito ao trabalho não foi olvidado. Registre-se que não se assegura apenas o direito ao trabalho, mas os valores sociais do trabalho. Isto implica dizer que ao trabalhador não deve apenas ser assegurado um espaço no mercado de trabalho como se sua força laboral fosse mera mercadoria, mas devem ser asseguradas condições básicas para a realização do serviço, tendo em vista que é realizado por um cidadão em prol da satisfação das necessidades sociais. É devido a esta finalidade social e cooperativa do trabalho que deve ser garantida a dignidade da pessoa do trabalhador em todos os momentos da execução da atividade laboral, bem como no pagamento de um salário capaz de permitir ao empregado, conforme o art. 7º, inc. IV da Constituição Federal de 1988, “atender as suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”.

Esta é a grande diferença entre a Emenda Constitucional de 1969 e a Constituição Federal de 1988. A primeira, em seu art. 160, inc. VI, assegurava que era um princípio da ordem econômica “a expansão das oportunidades de emprego produtivo”. A segunda prevê a valorização social do trabalho, ou seja, além da ampliação do mercado de trabalho, preocupa-se com as condições de realização do labor.

Contudo, o desejo do legislador não saiu dos limites do texto constitucional. A realidade atual marcada pelo desemprego estrutural dificulta a implementação de políticas que valorizem o trabalho humano e que exaltem os valores sociais deste. Com efeito, a luta, agora, repousa não na conquista de novos direitos laborais, mas na manutenção dos postos de emprego existentes.

3 DESEMPREGO ESTRUTURAL NO BRASIL

O Estado brasileiro apresenta como um dos princípios que devem ser observados pela ordem econômica “a busca do pleno emprego”. Entretanto, até hoje, passados 18 anos da outorga da Constituição Federal o governo não

conseguiu implementar medidas políticas satisfatórias para o alcance do objetivo almejado.

Pelo contrário, o economista da UNICAMP Márcio Pochmann analisando dados oficiais de 141 países, constatou que, em 1999, o Brasil era o terceiro país em desemprego aberto no mundo, em números absolutos. De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil possuía, naquele momento, 7,7 milhões de pessoas desempregadas².

Dados da OIT demonstram que em 2003, 8.640 milhões de pessoas economicamente ativas estavam desempregadas, correspondendo a 9,7% de desempregados na população economicamente ativa brasileira³.

O IBGE, que realiza pesquisas mensais sobre o mercado de trabalho, divulgou relatório apontando que, em março de 2006, a taxa de desemprego alcançou o patamar de 10%⁴ nas regiões metropolitanas brasileiras.

² O resultado a nível mundial especificou um total de 138 milhões de pessoas sem emprego. O Brasil atingiu 5,61% do total, ficando atrás apenas da Rússia, que apresentou o total de 9,1 milhões e da Índia, com 40 milhões.

³ Dados disponíveis na página <<http://www.laborsta.ilo.org/>>. Atualizado em Maio/2006. Acesso em 18.05.2006. Excluída a zona rural da Região Norte do país.

⁴ No universo de 22.242 milhões de pessoas economicamente ativas nas regiões metropolitanas de Porto Alegre, São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Salvador e Recife, 2.314 milhões estão sem

Segundo Santos (1999) uma das características do mercado de trabalho brasileiro é a alta concentração de trabalhadores no mercado irregular, ilegal, clandestino ou não-formal, abrigando cerca de 55% da população economicamente ativa.

Estes dados tornam inquestionável a situação de emergência que o problema do desemprego ocupa no cenário nacional.

Com efeito, as empresas e indústrias apresentam como finalidade de metas diminuir os custos, sendo a diminuição de postos de emprego a estratégia mais valorizada e utilizada, por acarretar encargos muito pesados⁵, bem como pelo desenvolvimento de máquinas que realizam o trabalho de vários empregados, não havendo razão para a manutenção de cargos excedentes.

O desemprego estrutural é, portanto, originado por esta situação: fim de postos de trabalho em virtude da criação de máquinas capazes de desempenhar as funções de forma

emprego. Dentre estas pessoas, 47,9%, ou seja, 1.108 milhões está procurando emprego no período compreendido entre 31 dias e 6 meses, e 14%, o equivalente a 323.960 mil pessoas, há mais de um ano e menos de dois anos. Dados disponíveis na página <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em 17.05.2006.

⁵ No Brasil, os encargos sociais correspondem a 102% do salário pago ao empregado. Na França este percentual é de 80%; na

mais rápida e econômica. Esta realidade não é nova, sempre foi verificada ao longo da história, com a criação da roda, da máquina de tear, da máquina a vapor, da utilização do petróleo e da energia na indústria, contudo, a “inovação” consubstancia-se na velocidade, na intensidade com que as novas tecnologias estão sendo originadas e aplicadas a todos os setores da economia, bem como na perfeição com que as novas máquinas realizam suas funções, tornando prescindível a atuação humana. De Masi (2000) confere suporte a este pensamento, pois esclarece que antigamente, não obstante a tecnologia retirasse alguns postos de trabalho, havia a necessidade de trabalho humano para a construção das máquinas, e o lucro angariado era reinvestido na mesma ou em novas fábricas, de forma que se estava contribuindo para a geração de novos empregos, hodiernamente, houve ruptura dessa sistemática com o advento da eletrônica, principalmente com a introdução dos microprocessadores, posto que não mais há compensação dos empregos extintos.

O avanço da tecnologia no Brasil é tão veloz quanto nos demais países do globo, principalmente depois que se iniciou a transição da economia fechada para a economia aberta, quando se fez necessário aos empresários brasileiros

Alemanha, 60%; na Inglaterra, 59%, na Itália, 51%, nos Estados

tornerem-se mais competitivos para se manterem no mercado nacional e conquistarem o mercado internacional. Assim, o aumento da produtividade alcançado com a utilização das máquinas incentivam as demissões em massa. Os setores primário e secundário precisam cada vez menos de trabalhadores. O setor terciário não sendo capaz de absorver todo o contingente de mão-de-obra que existe a sua disposição, trouxe como consequência o aumento do número de contratações precárias, terceirizadas e sem carteira de trabalho assinada⁶.

Por outro lado, Pastore (1998, p. 183) afirma que “um trabalhador no Brasil custa o valor do seu salário mais 102%”⁷, de forma que os altos encargos trabalhistas e sociais

Unidos, 30% e no Japão, 12%. (SANTOS, 1999, p. 69-70).

⁶ De acordo com o IBGE, em março de 2006 existiam cerca de 2.890 milhões de pessoas trabalhando sem carteira de trabalho assinada, no universo de 22.242 milhões de pessoas entrevistadas nas regiões metropolitanas de Porto Alegre, São Paulo, Rio de Janeiro, Salvador e Recife. Dados disponíveis em <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em 17.05.2006.

⁷ Paga-se percentagens sobre o salário para previdência social (20%), FGTS (8%), salário-educação (2,5%), acidente de trabalho (2% em média), Sesi (1,5%), SENAI (1%), SEBRAE (0,6%), INCRA (0,20%), repouso semanal (18,91%), férias (9,45%), feriados (4,36%), abono de férias (3,64%), aviso prévio (1,32%), auxílio enfermidade (0,55%), gratificação natalina (10,91%), despesas de rescisão contratual (2,57%), incidência do FGTS sobre o 13º salário (0,87%) e incidência das obrigações sociais sobre as obrigações de salários indiretos (13,68%) (PASTORE, 1998, p. 183).

com os quais o empregador deve arcar por cada empregado e a impossibilidade de negociá-los, também contribui para a troca de mão-de-obra humana por “mão-de-obra de silício”.

Registre-se, ainda, que as privatizações das empresas estatais no início da década de 1990 ocasionaram um grande número de demissões devido ao princípio de enxugamento de despesas do setor privado.

A flexibilização das leis trabalhistas emergiu na seara nacional como uma tentativa de incentivar a manutenção dos postos de trabalho já existentes e a criação de novos empregos. Assim, verificou-se a introdução do sistema de institutos como, por exemplo, o sistema de banco de horas que conferiu a possibilidade de compensação da jornada em um período de doze meses; o novo modelo de contrato provisório disciplinado pela Lei nº 9.601/98 estabelecendo a possibilidade de contratação mediante negociação coletiva para a criação de novos postos de trabalho nas empresas, concedendo, em contrapartida, diminuição de encargos sociais e trabalhistas e preferência aos recursos do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) como vantagens para os empregadores; a inclusão na Consolidação das Leis Trabalhistas, em 1994, do art. 58-A permitindo a contratação em regime de tempo parcial, desde que a jornada de trabalho não exceda 25 (vinte e cinco) horas semanais.

Estimula-se, igualmente, a negociação coletiva entre os representantes dos empregadores e os sindicatos, mas que poderá apresentar complicadores para a classe trabalhista, principalmente pelo fato de o sindicalismo brasileiro ter uma história de fragilidade, sem poder de barganha, devido ao sistema corporativista adotado desde o início da institucionalização do Direito do Trabalho no Brasil, na década de 1930.

Contudo, não se conseguiu alcançar os objetivos que se propunha com a flexibilização das normas de continuidade do contrato de trabalho e de aumento do número de empregos, pelo contrário, estas medidas serviram apenas para precarizar, ainda mais, o cenário laboral pátrio, pois os lucros conseguidos pelos empregadores com as medidas flexibilizadoras não são transformados em investimentos em novos postos de trabalho ou em melhorias das condições de trabalho.

O mercado de trabalho está se modificando, a relação de emprego apresenta-se mais flexível, precário e desprovido das garantias de estabilidade observadas no modelo convencional⁸. Dupas (2001) assevera que essa

⁸ Até a promulgação de 1988, havia o sistema de estabilidade decenal, que impedia a rescisão contratual sem justa causa quando o empregado alcançasse dez anos de trabalho em uma mesma empresa.

mudança no paradigma da relação de emprego tem causado perplexidade, porque o emprego, nas sociedades ocidentais, ocupa lugar central não apenas referente à auferição de renda, mas também na integração social do indivíduo e na formação de sua identidade pessoal.

Registre-se, por outro norte, que, não obstante teoricamente o crescimento do número de empregos formais oferecidos esteja diretamente relacionado com o crescimento da economia, segundo Pastore (1998), embora a economia brasileira tenha crescido 18,3% entre 1992 e 1996, ao invés de haver um aumento do emprego formal na média de 7,5%, houve uma redução de 0,21%.

Segundo Korpi (1991), respeitado escritor sueco defensor da social democracia, são necessárias três condições para que os governantes consigam implantar uma política eficaz de pleno emprego: que os problemas do desemprego sejam levados à sociedade e com ela debatidos; que os meios de pôr tal política em prática estejam disponíveis aos cidadãos e sejam por eles conhecidas; e que os diversos partidos

Na década de 60, houve a introdução do sistema do FGTS, impondo multa de 10% sobre o valor depositado em conta corrente de titularidade do empregado existente no momento da rescisão. Após 1988, apenas esse sistema vigora, havendo como único mecanismo de proteção contra a demissão sem justa causa, o pagamento de multa de 50% sobre o valor do FGTS depositado.

políticos compartilhem da mesma opinião, de forma que a alternância partidária não estanque o desenvolvimento do projeto inicial.

Mesmo possuindo, o mencionado autor, realidade diversa da brasileira como suporte para seus pensamentos, indiscutível é que os requisitos por ele apontados para o alcance do pleno emprego apresentam conotação genérica, podendo ser relacionada a todos os países do globo.

Com efeito, analisando-se a história das políticas públicas implementadas pelos governos brasileiros, observa-se que nenhuma das orientações propostas por Korpi (1991) foram seguidas, bem como observa-se que em nenhum momento o pleno emprego foi alcançado. De fato, não há uma discussão efetiva com a sociedade civil, tanto empregadores como trabalhadores (empregados e desempregados), quanto às necessidades que devam ser priorizadas, não há a elaboração de um plano e debate com a sociedade antes de colocá-lo em prática, e as políticas são modificadas a cada quatro anos, a cada nova eleição, inexistindo uma continuidade de propostas e ações públicas.

Corroborando com o pensamento de Cecato (2005), o direito ao trabalho, não obstante tenha como base os direitos humanos de primeira e segunda geração, revela-se, hodiernamente, como um direito de terceira geração, ou seja,

de solidariedade e de fraternidade, visto que há necessidade de engajamento de toda a sociedade em prol da luta contra o desemprego, principalmente, o desemprego estrutural.

Destarte, no momento em que o setor privado não tem interesse em promover o pleno emprego, que a sociedade civil não se encontra ainda estruturada para o combate ao desemprego e que o Estado não tem condições de arcar com o compromisso, assumido constitucionalmente, de busca do pleno emprego (art. 170, inc. VIII) e de proteger os trabalhadores em face da automação (art. 7º, inc. XXVII), não resta outra alternativa às pessoas que fazem parte da população economicamente ativa e estão sem emprego senão a entrada no mercado informal ou ilegal, onde qualquer noção de dignidade lhes é renegada.

4 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal de 1946, a primeira a tratar da dignidade, estipulava em seu art. 145 a valorização do trabalho humano e a garantia de trabalho capaz de possibilitar a existência digna, enfatizando o trabalho como obrigação social.

A garantia da “existência digna” presente na Lei Maior de 1946 e olvidada na Constituição Federal de 1967, quando o Brasil estava sob o sistema ditatorial, volta a aparecer na Carta Magna de 1988.

Com efeito, o princípio orientador do atual ordenamento jurídico brasileiro é o da dignidade da pessoa humana, uma vez que por estar a coletividade política nacional assentada em valores que o priorizam (SILVA, 2003), inspira o sentido das demais normas. De fato, encontra-se previsto como fundamento do Estado Democrático de Direito pelo art. 1º, inc. III da Carta Magna. Embora não haja pensamento pacífico quanto ao seu conceito e conteúdo, o preceito da dignidade inegavelmente decorre do fato de ser o homem não um objeto, mas um sujeito de direitos inserido em uma sociedade com valores morais e sociais e que possui a faculdade de se autodeterminar e de se desenvolver. Dray (1999, p. 143) afirma que:

[...] a realidade é que a defesa desta dignidade parte da constatação de que o Homem que se visa defender não é o homem liberal, concebido de forma isolada [...]. Pelo contrário, o Homem cuja dignidade se visa tutelar é o homem que vive em sociedade e como parte integrante de um todo comunitário. Assim, a dignidade humana deixa de ser

vista como a liberdade individual de cada um, absoluta e indefinida, passando a ser entendida como o livre desenvolvimento da personalidade de homens solidários, que vivem em sociedade e que perante esta são responsáveis.

Seguindo esta linha de raciocínio, observa-se que Sarlet (2001) apresenta pensamento congruente ao de Dray no momento em que propõe - não obstante reconheça a dificuldade em conseguir alcançar um determinado e singular conceito do que seja dignidade⁹ - ser a dignidade da pessoa humana uma qualidade inerente e peculiar de cada ser humano capaz de torná-lo merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, fazendo, assim, emergir um conjunto de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa contra qualquer ato desumano ou degradante, garantam-lhe as condições mínimas para desfrutar de uma vida saudável e proporcionem-lhe possibilidade de participar ativamente e de maneira “co-responsável nos destinos da

⁹ “[...] não há como negar, de outra parte, que uma conceituação clara do que efetivamente seja esta dignidade, inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental, se revela no mínimo difícil de ser obtida, isto sem falar na questionável (e questionada) viabilidade de se alcançar algum conceito satisfatório do que, afinal de contas, é e significa a dignidade da pessoa humana hoje.” (SARLET, 2001, p. 38).

própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos” (SARLET, 2001, p. 60).

Ressalte-se que para um ser humano tomar consciência do seu papel enquanto co-responsável pelo desenvolvimento pleno e satisfatório da sociedade em que vive, é necessário que se sinta cidadão, posto que, corroborando com Perone (2001), é o *status* de cidadão que torna o homem titular dos direitos sociais, dentre os quais se encontra o direito ao trabalho. Inegável é, portanto, que a proteção do direito ao trabalho encontra-se dentro do rol dos direitos que devem ser garantidos aos cidadãos para que eles desfrutem de dignidade, principalmente porque, citando Cecato (2005, p. 417), “na ausência de trabalho não há que se falar em dignidade, porque a privação do ganho salarial tem reflexo direto e decisivo nas condições materiais indispensáveis a uma vida digna”.

O mencionado preceito encontra-se, portanto, estreitamente vinculado aos direitos fundamentais sociais, sendo, assim, inquestionavelmente, princípio norteador da valorização do trabalho humano e da garantia dos valores sociais do trabalho, devendo apresentar como defende Süsskind (1999, p. 58), “profunda ressonância na interpretação e aplicação das normas legais e das condições contratuais de trabalho”.

Em considerando o direito ao trabalho um direito fundamental social, encontrando suporte no princípio da dignidade da pessoa humana, não pode ser negado ao empregado a sua dignidade enquanto trabalhador.

Com efeito, o trabalho é uma das mais antigas relações existentes entre os homens, sendo para Rousseau (1999, p. 27) a forma de aquisição da propriedade privada no período primitivo, isto é, antes do contrato social, no momento em que afirma:

Em geral, para que qualquer pessoa tenha sobre um terreno o direito de primeiro ocupante, são necessárias as seguintes condições: primeiramente, que esse terreno ainda não esteja habitado por ninguém; segundo, que apenas se ocupe a quantidade necessária para subsistir; em terceiro lugar, que tome posse dele não através de uma cerimônia fútil, mas pelo **trabalho** e pela cultura, único sinal de propriedade que, por falta de títulos jurídicos, deve ser respeitado pelos outros. (grifo nosso)

Verifica-se que, implicitamente, traz senso de legitimidade, de forma lícita de se conseguir os bens necessários à sobrevivência. Essa conotação ainda hoje se encontra inserida na noção da palavra *trabalho*. Daí porque os princípios constitucionais da valorização do trabalho humano e

do valor social do trabalho só devem ser olvidados ante atividades que maculem gravemente os valores da sociedade, como no caso de trabalho realizado para o tráfico de drogas como vendedor de entorpecentes.

Destarte, o homem, enquanto trabalhador, deve ter a sua dignidade assegurada, pois é através da atividade laboral que ajuda a desenvolver a sociedade na qual está inserido, adquire condições para prover a subsistência própria e da sua família, bem como consegue ser respeitado, e um ser digno, segundo Kant (RABENHORST, 2006, p. 113) “deve ser tratado pelos outros, mas também, por ele mesmo, sempre com respeito”.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dignidade da pessoa humana, embora seja de difícil definição e delimitação, encontra-se arraigada a duas vertentes. A primeira trata da possibilidade de o homem ter acesso aos bens e serviços básicos que lhe propiciem o desenvolvimento saudável físico e mental. Já a segunda versa sobre o sentir-se digno, sentir-se inserido na sociedade. O trabalho é o meio através do qual as pessoas conseguem

alcançar os dois planos da dignidade. Com efeito, através dele consegue-se o necessário para manter a própria subsistência e daqueles que de si dependem, bem como alcança-se a satisfação de sentir-se membro da sociedade civil. Assim, o desemprego retira do trabalhador os dois viés da dignidade.

A consciência de que o desemprego estrutural, ao extinguir postos de trabalho, diminui a capacidade do mercado de absorver a mão-de-obra disponível, torna o “estar desempregado” um problema desde o momento da ruptura do vínculo laboral – fato que outrora não acontecia, porque o desemprego era conjuntural –, em virtude da grande dificuldade para conseguir adentrar novamente no mercado de trabalho, de forma que várias pessoas passam mais de um ano sem conseguir novo emprego.

O desemprego torna-se, então, um problema não só material – visto que o desempregado não consegue usufruir do mínimo necessário para sobreviver –, mas também moral, porque o respeito que o desempregado sente por si mesmo desaparece.

Assim, necessário se faz que o Estado, a sociedade civil e mesmo o setor privado da economia tentem encontrar meios para combater o desemprego estrutural, haja vista a realidade ora vivenciada ser problema não apenas daqueles

que se encontram fora do mercado de trabalho, mas de todos aqueles que compõem a sociedade.

REFERÊNCIAS

CECATO, Maria Áurea Baroni. Considerações acerca da dignidade do trabalhador ante os reflexos da automatização. **Verba Juris**: Anuário da pós-graduação em Direito. João Pessoa, v. 4, n. 4, p. 415-46, jan./dez. 2005.

DE MASI, Domenico. **O ócio criativo**. Tradução Lea Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

DRAY, Guilherme Machado. **O princípio da igualdade no direito do trabalho**: sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

DUPAS, Gilberto. **Economia global e exclusão social**: pobreza, emprego, estado e futuro do capitalismo. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

KORPI, Tomas. **Labour market policies, employment alternatives, and the probability of leaving unemployment in Sweden**. Stockholm: Stockholm Research Papers in Demography. n. 65, 1991.

MORAES, Alexandre (Coord.). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de Outubro de 1988. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 14, n. 1, p. 168-191, 2006.

PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos. **Direito do trabalho e ideologia**. Tradução de António Moreira. 5 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

PASTORE, José. **O desemprego tem cura?** São Paulo: Makron Books, 1998.

PERONE, Giancarlo. Direitos do trabalhador como indivíduo: os direitos sociais. In SILVESTRE, Rita Maria; NASCIMENTO, Amauri Mascaro (Org.). **Os Novos Paradigmas do Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 61-74.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. A dignidade do homem e os perigos da pós-humanidade. **Verba Juris: Anuário da Pós-Graduação em Direito**. João Pessoa, v. 4, n. 4, p. 105-26, jan./dez. 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Leonardo Manuel Pereira Brum. 4 ed.[S.l.]: Mem Martins, 1999. (Publicações Europa – América).

SANTOS, Enoque Ribeiro. **O direito do trabalho e o desemprego**. São Paulo: LTr, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Paulo Henrique Tavares da. **Valorização do trabalho como princípio constitucional da ordem econômica brasileira: interpretação crítica e possibilidades de efetivação**. Curitiba: Juruá, 2003.

SINGER, Paul. **Globalização e desemprego: diagnóstico e alternativas**. 4 ed. São Paulo: Contexto, 2000.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

**PAGAMENTO ANTECIPADO DA
RETRIBUIÇÃO DO MÊS DE FÉRIAS:
ponto frágil da rede de proteção ao
salário.**

Celso de Barros Filho¹

O trabalho tem importância indiscutível para o homem, como garantia de sua sobrevivência. O salário é elemento indispensável à realização desse fim e corresponde ao objetivo nuclear do contrato individual de emprego.

Traduzindo bem a importância das parcelas salariais, Delgado (2004, p. 763), afirma que elas:

(...) têm se constituído em tema central das lutas trabalhistas nos últimos dois séculos, magnetizando parte expressiva do potencial de articulação e organização dos trabalhadores no contexto empregatício.

¹ Auditor Fiscal do Trabalho.

Sua natureza essencialmente alimentar se direciona tanto à pessoa do obreiro como aos seus dependentes. Tem recebido particular tratamento do ramo especializado do Direito, que busca mecanismos para preservar-lhe a função. Foi erigido em seu entorno um sistema de salvaguarda destinado a assegurar sua integridade e intangibilidade, considerando seus aspectos imediato (preservação da dignidade humana, com a satisfação de necessidades essenciais) e mediato (indutor social e econômico).

Na avaliação de Pinto (2000, p. 289) “o sistema é tão compacto que, embora vise, em última análise, à proteção do empregado, em sua condição de economicamente fraco, chega a proteger o salário contra atos imprevidentes do próprio empregado”.

Esclarecendo sobre a *imprevidência do empregado*, aquele ilustre membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho sintetiza oportuna lição de Orlando Gomes e Élson Gottschalk, para quem ela:

(...) se manifesta nos gastos excedentes da previsão orçamentária que o valor do salário permite, geralmente representados pela aquisição de supérfluos ou o exagero com as despesas de lazer.(...) Em suma, a proteção se faz sentir sobre o salário quando as formas contratuais levem o empregado a

despojar-se, pura e simplesmente, em favor de outrem, do crédito salarial, frustrando-lhe a função alimentar e evidenciando a imprevidência de seu beneficiário. (PINTO, 2000, p. 294-5)

O direito positivo brasileiro, entretanto, desconsiderou a dogmática protetiva, ao ser alterada a época para a quitação da remuneração de férias. O Decreto-Lei nº 1.535/77 modificou todo o respectivo capítulo da CLT. Introduziu um cronograma de pagamento diferenciado, *rompendo* com a periodicidade estipulada pela própria Consolidação: o *trintídio* (art. 459, caput). Essa inovação tem rendido *sérias conseqüências* à vida financeira e social do empregado, não abordadas pela doutrina juslaboralista.

A vivência por dez longos anos como operador do Direito Material do Trabalho, realizando exame presencial das relações de emprego, possibilitou que o autor consolidasse uma visão mais pragmática sobre a aplicação do feixe de normas protetivas. Acredita-se que essas modestas credencias possam autorizar a *audácia* da abordagem da matéria deste breve estudo.

O inconformismo em questão está direcionado para os *efeitos* da combinação entre as disposições dos artigos 145 e 142 do estatuto laboral. Resulta das mesmas que as verbas destinadas ao sustento da célula familiar devem ser

antecipadas ao empregado até dois dias antes do período de fruição das férias.

Com tal insensatez pretendeu o legislador ordinário que o empregado promovesse um inimaginável exercício de ginástica em seu orçamento doméstico e lançasse mão de um numerário já comprometido com despesas essenciais para também patrocinar atividades de lazer.

Não bastasse isso, lhe impôs um prolongado *jejum financeiro*, de pelo menos dois meses, até o próximo aporte de recursos. Segundo o cronograma legal, findo o descanso anual o próximo pagamento somente será devido após o término do mês trabalhado seguinte.

Onze anos depois essa situação veio a ser apenas minorada, com a promulgação da nova Carta Política. Mais sensível à situação, o constituinte originário criou um *plus* para o poder aquisitivo do empregado. Visou proporcionar-lhe disponibilidade financeira para o atendimento das despesas acarretadas pelo necessário afastamento do trabalho. Em compensação, foi mantido o critério de adiantamento da parte da remuneração voltada ao atendimento das despesas alimentícias.

Percebendo quase simultaneamente o terço constitucional e a remuneração de dois períodos (mês de férias

e seu antecessor), muitos assalariados têm a falsa impressão de ter dobrado sua capacidade financeira.

Cria-se então um campo fértil para que se manifeste o fenômeno da *imprevidência do empregado*, já definido pelo abalizado magistério de Orlando Gomes *apud* Pinto (2004). O obreiro passa a realizar gastos excessivos que comprometem demasiadamente o valor do numerário auferido. Deixa de reservar parte dos recursos para que pudesse prover o próprio sustento e o dos seus durante os sessenta dias de abstinência monetária que terá de enfrentar.

Essa dificuldade para gerenciar o orçamento doméstico, com adequação do valor das despesas ao das receitas, é comum a muitos brasileiros. Corroboram com tal constatação os elevados índices de inadimplência registrados pelos serviços de proteção ao crédito, amplamente divulgados pela mídia. Fatores como compras mal planejadas, falta do hábito de poupar, baixo poder aquisitivo e inacessibilidade a serviços bancários de custódia de dinheiro contribuem para a formação desse quadro.

Se o salário, percebido na regularidade habitual, por vezes já não é suficiente para enfrentar todo o mês, o transtorno é maior ainda quando sua periodicidade é alterada, pelas mencionadas razões.

O empregado se coloca em situação financeira vulnerável e quando os recursos das férias minguaem, necessitará buscar caminhos para assegurar sua sobrevivência. O endividamento é um deles. Poderá ter sérios reflexos na desestruturação do núcleo familiar e na vida social.

Uma alternativa não descartável é que passe a ofertar sua força de trabalho ao empregador, suprimindo o período de descanso restante. Esse precoce retorno ao labor configura uma conversão em pecúnia que exorbita o permissivo legal (CLT, art. 143). Sepulta o sentido do ócio remunerado, que é medida de higiene física e mental altamente necessária à preservação da saúde pública.

Convém frisar que não se trata de tentar transformar as férias no instituto da licença remunerada. Esta se distingue inteiramente daquela, pela ausência da gratificação especial e de prévio aviso, que constituem garantias para o usufruto de um afastamento planejado. A licença remunerada, inclusive, amplia a desigualdade contratual laboral, pois é ato potestativo do tomador de serviços, que pode dar ensejo à perda do direito ao descanso anual (CLT, art. 133, II). Eis uma enorme fenda aberta pelo legislador e que constitui ameaça permanente a este último instituto.

Enfrentar a questão central suscitada neste ensaio é tarefa que não se vincula, necessariamente, ao demorado

processo legislativo. Não raro levam anos para se legitimar as aspirações da sociedade e, conforme aqui se verificou, por vezes são desconsiderados fatos sociais e princípios jurídicos nos quais a norma protetiva teria que se inspirar.

A negociação coletiva, relevante geratriz de fontes do Direito do Trabalho, surge como alternativa para alçar o empregado a uma *condição mais benéfica*, em perfeita harmonia com o ordenamento constitucional (CF, art. 7º, caput, parte final).

O pagamento antecipado de parcelas como o terço constitucional, o abono pecuniário e o adiantamento da gratificação natalina (direito raríssimamente exercido) é plenamente justificado, para que estejam disponíveis a tempo de custear as férias. Por serem verbas estabelecidas em patamares mínimos podem também serem majoradas via ajuste coletivo ou individual, o que ampliaria as possibilidades de lazer.

Quanto ao salário referente ao período em que ocorrem as férias, é necessário que seja desvincilhado daquela remuneração extra, para ser percebido em sua época habitual (CLT, art. 459, *caput*), a fim de se voltar aos compromissos cíclicos.

Trata-se de medida que se integra à rede de proteção do salário, para proporcionar mais sossego à vida do

empregado e, por extensão, melhor equilíbrio às mais diversas relações sociais e econômicas que se estabelecem na comunidade a partir dos frutos auferidos no liame empregatício.

REFERÊNCIA

BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). **Curso de direito do trabalho**: estudos em memória de Célio Goyatá. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 1997, vol. 2.

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.

COSTA, Armando Cassimiro; MARTINS, Irany Melquíades Rodrigues (Comp.) **Consolidação das leis do trabalho**. 32 ed. São Paulo: LTr, 2005.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 3 ed. São Paulo: Ltr, 2004.

FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 9 ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência 5 ed. São Paulo: Atlas, 2003. (Coleção temas jurídicos : 3).

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 14, n. 1, p. 192-200, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAIS FILHO, Evaristo de et al. **Introdução ao direito de trabalho**. 8 ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2000.

RODRIGUES PINTO, José Augusto. **Curso de direito do trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2000.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de Direito Constitucional do Trabalho**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. 15 ed. atual. São Paulo: LTr, 1995.

**REDUÇÃO DO INTERVALO
INTRAJORNADA NO DIREITO
DO TRABALHO BRASILEIRO:
repercussões jurídicas.**

Laine de Carvalho Guerra Pessoa Mamede¹

RESUMO

Este trabalho tem por objeto de estudo a redução do intervalo intrajornada no direito do trabalho brasileiro e as repercussões jurídicas das situações de violação, antes e após a edição da Lei nº 8.923/94. Examinam-se os aspectos jurídicos relativos à redução do intervalo destinado ao repouso e a alimentação, previstos no art. 71, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, para o trabalhador urbano, com jornadas superiores a seis horas consecutivas de trabalho, mediante uma pesquisa bibliográfica e documental. Ressalte-se que o intervalo intrajornada tem a finalidade da recomposição física e mental do trabalhador. Assim, entende-se que o intervalo intrajornada constitui-se em medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71, da CLT e art. 7º, XXII, da CF/88), infenso à negociação coletiva.

¹ Professora do Departamento de Nutrição da Universidade Federal da Paraíba. Mestre em Administração – PPGA – UFPB. Bacharela em Direito – UNIPÊ.

PALAVRAS CHAVE: Intervalo intrajornada. Saúde. Segurança. Trabalhador.

1 INTRODUÇÃO

A flexibilização do Direito do Trabalho, no ordenamento jurídico brasileiro, iniciou-se com a Constituição Federal de 1988, fixando-se um dos seus pilares na participação obrigatória dos sindicatos nas negociações coletivas (Inciso VI, do Art. 8º, da CF).

Pela dicção do Art. 7º, da Carta Magna, alguns dos direitos sociais individuais foram flexibilizados como os atinentes à remuneração (Inciso VI) e à duração do trabalho (Incisos XIII e XIV).

O legislador constituinte foi sábio ao estipular a obrigatoriedade da negociação coletiva, quando se tratar de flexibilizar os direitos sociais, pois uma categoria organizada não iria permitir a desregulamentação de direitos, de forma singela, mas somente atendendo à realidade social e jurídica.

A Constituição Federal consagra o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (inciso XXVI do artigo 7º da Constituição Federal de 1988), dispondo que ao

Sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria (artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal de 1988). É o respeito à autonomia coletiva assegurada aos Sindicatos.

A definição do que é Convenção Coletiva de Trabalho, bem como de Acordo Coletivo de Trabalho, encontra-se no Art. 611 e seu § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), *in verbis*:

Art. 611. Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.

§1º É facultado aos sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das empresas acordantes às respectivas relações de trabalho.

Os Acordos Coletivos são frutos da negociação entre Sindicatos Profissionais e Empresas e, por força do disposto no Inciso VI, do Art. 8º, de nossa Carta Magna, a participação

dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho é obrigatória.

O fato de empregados abrirem mão de direitos assegurados na legislação de proteção ao trabalho subordinado, leva à presunção de coação, neste sentido são as palavras de Gottschalk:(1995, p. 227-228):

Note-se, porém, na doutrina e jurisprudência uma tendência acentuada de se admitir uma presunção de coação como vício de vontade, invalidando o ato, pelo qual o empregado abre mão de direitos, decorrentes da relação de trabalho não somente na constância como também após o rompimento do vínculo obrigacional. Não se fundamenta tal presunção tanto no ‘temor reverencial’, aliás, juridicamente irrelevante no campo do direito civil (art. 100 do Código Civil), isto é: abuso de autoridade, como na chamada ‘coação econômica’, caracterizada pela ‘situação privilegiada’ do empregador, a sua ‘condição econômica mais vantajosa’, de um lado, e o constrangimento do empregado ‘pelas necessidades vitais’, de outro lado, fazendo com que os fatos por este praticados, não possam ser considerados como ‘manifestação livre de sua vontade’.

De acordo com o Art. 468, da CLT, a alteração unilateral ou até mesmo consensual fica inteiramente afastada se dela resultar prejuízos ao empregado, *in verbis*:

Art. 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia. (BRASIL, 2005)

No mesmo sentido, Russomano (1995, p. 115) afirma que "qualquer alteração do contrato de trabalho, embora consentida, será nula de pleno direito desde que dessa alteração resultem, direta ou indiretamente, prejuízos para o trabalhador".

De outro lado, podem os acordos e convenções coletivas, por exemplo, ampliar direitos legalmente estabelecidos, desde que inexistam normas legais proibitivas. No entendimento de Delgado (2002), os acordos e convenções coletivas podem e devem prevalecer sobre o legislado quando de interesse público, e que ampliem direitos legalmente estabelecidos em prol dos trabalhadores.

A Constituição Federal de 1988 admite a flexibilização do salário e da jornada de trabalho, desde que

garantida a manifestação dos trabalhadores por intermédio de assembléia devidamente convocada. Todavia, em se tratando de normas relacionadas à medicina e segurança do trabalho, estão fora da esfera negocial dos sindicatos e das empresas, por serem de ordem pública, inderrogáveis pela vontade das partes.

Portanto, as normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador revestem-se de caráter imperativo, visando a proteção do hipossuficiente, em oposição ao princípio da autonomia.

As matérias concernentes à medicina e segurança do trabalho não podem ser livremente estipuladas de acordo com a vontade das partes contratantes, seja diretamente entre empregados e empregadores, seja com a assistência sindical respectiva, salvo quando o próprio ordenamento jurídico permitir a flexibilização desses direitos.

Como bem coloca Delgado (2003), as normas jurídicas que dispõem sobre a estrutura e dinâmica dos intervalos trabalhistas, no Direito brasileiro, são em regra, normas cogentes, não podendo o trabalhador renunciar no âmbito da relação empregatícia, as garantias no que diz respeito aos intervalos, sob pena de invalidade.

A renúncia, bem como a transação bilateral, submetem-se ao conjunto indissolúvel de princípios e regras

do Direito do Trabalho. Assim, o espaço para renúncia é praticamente nenhum, e para a própria transação bilateral é extremamente reduzido (DELGADO, 2003).

Ao garantir aos trabalhadores a concessão de intervalos intrajornadas, previsto no art. 71, da CLT, o legislador visou preservar a saúde e a segurança dos mesmos, mediante a recomposição física e mental, evitando-se a fadiga e, conseqüentemente, acidentes do trabalho.

Contudo, nos últimos anos, várias empresas vêm procurando reduzir o intervalo intrajornada, através de Acordos Coletivos, realizados sob a chancela das Delegacias Regionais do Trabalho – DRT's, ou mediante Convenções Coletivas, tudo com fundamento nos Incisos XIII e XXVI, do Art. 7º, da Constituição Federal (2005, p. 37-38), e o § 3º, do Art. 71, da CLT (2005, p. 63), *in verbis*:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Art. 7º omissis

I a XII – omissis

XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV a XXV – omissis

XXVI – reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

XXVII a XXXIV – omissis. (BRASIL, 2005, p. 37-8).

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO
TRABALHO - CLT

Art. 71. omissis

§§ 1º e 2º - omissis

§ 3º. O limite mínimo de 1 (uma) hora para repouso ou refeição poderá ser reduzido por ato do Ministro do Trabalho quando, ouvida a Secretaria de Segurança e Higiene do Trabalho, se verificar que o estabelecimento atende integralmente às exigências concernentes à organização dos refeitórios e quando os respectivos empregados não estiverem sob regime de trabalho prorrogado a horas suplementares. (BRASIL. 2005, p. 63).

Na prática várias empresas reduzem os seus intervalos intrajornada com fundamento em convenções ou acordos coletivos sem a autorização do Ministério do Trabalho contrariando o § 3º, do Art.71, da CLT.

Tem-se admitido a flexibilização, do limite de tempo do intervalo intrajornada, consoante o permissivo legal do § 3º, do Art. 71, da CLT, através de autorização do Ministério do Trabalho e Emprego, por ato das Delegacias Regionais do Trabalho, desde que se atenda aos requisitos traçados na Portaria nº 3.116/1989, dentre os quais a organização de refeitórios e a não submissão dos empregados ao período de sobrejornada.

Essa redução não estipula um tempo mínimo de intervalo, mas normalmente a redução por autorização administrativa contempla o limite de 30 (trinta) minutos (MARTINS, 2002).

Mister que se diga, ainda, que não há incompatibilidade entre os §§ 3º e 4º, do Art. 71, da CLT, pois enquanto o primeiro autoriza a redução do intervalo intrajornada, o segundo contempla o pagamento de horas extras, quando inobservada a concessão do intervalo.

O que a empresa não pode fazer é estabelecer intervalo inferior ao legal, sem a autorização dos órgãos competentes, mesmo que concorde o empregado, pois estará violando a lei, fazendo jus o obreiro à remuneração extra.

Por se tratar o intervalo intrajornada de um direito indisponível, ainda que haja norma coletiva dispondo sobre a supressão ou redução desse intervalo, sua disposição será inválida, pois o tema intervalo constitui norma de ordem pública e de higiene do trabalho, visando o bem-estar físico e mental do trabalhador, que não pode ser negociado pelo sindicato.

No confronto entre os princípios constitucionais da liberdade de negociação coletiva (Art. 8º, Inciso VI, CF/88) e as normas de higiene, saúde e segurança do trabalhador (Art.

7º, Inciso XXII, CF/88), prevalecem estas, por tratarem-se de normas imperativas, cogentes.

Legalmente, admite-se a redução (não a supressão), por ato do Ministério do Trabalho e Emprego, nos moldes do Art. 71, § 3º, da CLT c/c a Portaria nº 3.116/1989.

Já o entendimento majoritário na seara judicial, firmou-se na orientação de não flexibilizar o referido intervalo intrajornada, por entender ser uma norma de higiene, medicina e segurança do trabalho, sendo um direito indisponível e infenso à negociação coletiva (Orientação Jurisprudencial nº 342, da Seção de Dissídios Individuais - Subseção I, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho - TST).

A redução do intervalo só é admitida mediante negociação coletiva com assistência do Ministério do Trabalho, ao qual cabe verificar se a empresa atende integralmente as exigências legais em relação à organização dos refeitórios e ao cumprimento do regime de trabalho legal. O relator destaca que esse entendimento está consolidado na Orientação Jurisprudencial nº 31 da Seção de Dissídios Coletivos – SDC, do TST, que estabelece não ser possível a prevalência de acordo sobre legislação vigente, quando esse acordo é menos benéfico do que a própria lei, “porquanto o caráter imperativo dessa última restringe o campo de atuação da vontade das partes”. (RR 686/2002).

2 REPERCUSSÕES JURÍDICAS DA REDUÇÃO DO INTERVALO INTRAJORNADA

Os fundamentos do intervalo intrajornada são de ordem pública, não podendo o tempo mínimo previsto na lei ser suprimido ou reduzido por ato individual ou coletivo, ressalvada a hipótese do § 3º do Art. 71, da CLT.

Os dispositivos legais concernentes aos intervalos intrajornadas são normas de saúde pública, não podendo ser suplantadas:

É que, afora os princípios gerais trabalhistas da imperatividade das normas desse ramo jurídico especializado e da vedação a transações lesivas, tais regras de saúde pública estão imantadas de especial obrigatoriedade, por determinação expressa oriunda da Carta da República (DELGADO, 2003, p. 119-120).

Esclareça-se que, em conformidade com o §2º, do Art. 71, da CLT, o tempo destinado ao intervalo intrajornada não é computado na duração do trabalho. Ressalte-se que o tempo desse intervalo é o previsto legalmente, ou, até mesmo, em norma coletiva, se for o caso, devendo ser aferido de

acordo com a jornada contratual, sendo irrelevante a jornada efetivamente trabalhada.

Os intervalos concedidos sem previsão legal ou que excedem esses limites serão computados na duração do trabalho, devendo ser remunerados como horas extras, consoante dispõe a Súmula nº 118, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, *in verbis*:

Os intervalos concedidos pelo empregador, na jornada de trabalho, não previstos em lei, representam tempo à disposição da empresa, remunerados como serviço extraordinário, se acrescidos ao final da jornada.

Segundo Bebber (2005), caracteriza-se por violado o intervalo intrajornada pela não concessão ou concessão parcial do tempo legal (SDBI-1 nº 307, TST), ou pela concessão total do tempo legal, mas de maneira fracionada.

Para o autor, a hipótese de conceder o tempo legal, porém pulverizado durante a jornada de trabalho, frustra os objetivos teleológicos e políticos do Art. 9º da CLT, pois a finalidade desse instituto exige a sua concessão de forma única.

No entanto, possibilidade de haver a redução do intervalo intrajornada, de acordo com o §3º, do Art. 71, da CLT e Portaria nº 3.116/89, do Ministério do Trabalho, entende-se não se considerar por violação, pois ainda existe amparo legal, apesar de haver entendimento jurisprudencial diverso com fundamento na imperatividade desse instituto.

Quanto às repercussões jurídicas ao desrespeito do intervalo intrajornada, é importante firmar dois momentos distintos para tratá-las: o primeiro, antes da Lei nº 8.923/94, e o outro, após o advento desta.

Antes da edição da Lei nº 8.923/94, o entendimento firmado pela jurisprudência (Enunciado nº 88, do TST), era de que a violação do intervalo intrajornada, sem causar acréscimo na jornada, não ensejava qualquer repercussão financeira ao trabalhador, tipificando-se como mera infração administrativa (Art. 75, da CLT). Apenas no caso em que o desrespeito ao intervalo importasse efetiva extrapolação da jornada normal de trabalho, importaria no pagamento do respectivo período como horas extraordinárias. (DELGADO, 2003; MARTINS, 2002)

Com o advento da Lei nº 8.923 em 27 de julho de 1994, rompeu-se com esse entendimento tradicional de mera infração administrativa. Ao inserir o § 4º, ao Art. 71, da CLT, a referida lei, determinou efeitos remuneratórios na situação de

desrespeito dos intervalos intrajornadas, independentemente de haver real acréscimo na jornada laborada.

De acordo com o novo disciplinamento legal, não sendo concedido pelo empregador o intervalo intrajornada, destinado ao repouso e à alimentação, ficará este obrigado a remunerar o período correspondente com acréscimo mínimo de 50% (cinquenta por cento), sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.

Delgado (2003) faz alguns esclarecimentos sobre a interpretação do § 4º, do Art. 71, da CLT, a saber:

1- A infração administrativa continuará a existir, caso afrontado o intervalo intrajornada imperativo (Art. 75, CLT). A norma jurídica relativa a tais intervalos, é de saúde e segurança do trabalho, imantada pela própria Constituição Federal (Art. 7º, XXII, CF/88). Portanto, apenas definiu-se que a multa administrativa não elide a necessidade da sobre-remuneração ao obreiro;

2- Não se trata de remunerar o tempo não concedido de intervalo por meio do simples adicional de horas extras. A lei, ao sobrevalorizar esse tempo desrespeitado, visou garantir a efetividade das normas jurídicas assecuratórias do essencial intervalo intrajornada para refeição ou descanso;

3- Não há de se falar, do ponto de vista técnico, em aplicação retroativa de tal regra a períodos contratuais

anteriores a Lei nº 8.923, de 27.7.94, não afrontando situações sociojurídicas já constituídas.

Desta forma, com o advento da Lei nº 8.923/94, suplantando a tese da mera infração administrativa, levou-se ao cancelamento do Enunciado nº 88, do TST.

No caso em que o intervalo é concedido em tempo inferior ao legal, por autorização do Ministério do Trabalho, com fundamento no § 3º, do Art. 71, da CLT, inexistirá a obrigatoriedade ao pagamento do adicional previsto no § 4º do mesmo artigo, sobre o período reduzido. Portanto, aos §§ 3º e 4º, do Art. 71, da CLT, aplica-se uma interpretação sistemática.

Contudo, mesmo que a redução do intervalo para repouso e alimentação tenha sido autorizada pelo órgão competente do Ministério do Trabalho, se verificada a prática de sobrejornada laboral, o obreiro fará jus à aplicação do § 4º, do Art. 71 da CLT. Manter sobrejornada neste caso enseja o descumprimento de um dos requisitos exigidos pela Portaria nº 3.116/89, do Ministério do Trabalho, sendo motivo para o cancelamento da respectiva autorização do intervalo intrajornada, conforme o Art. 5º da referida Portaria. Neste caso, incorre em infração administrativa e aplicabilidade do § 4º, do Art. 71 da CLT.

Ademais, as empresas não poderão, em nenhuma hipótese, estabelecer livremente, ou mesmo com a concordância dos empregados, intervalos intrajornadas fora dos ditames legais, sob pena de infração administrativa e repercussão do adicional previsto legalmente, em favor do empregado.

Süssekind (2000, p. 797), com toda propriedade, afirma:

As disposições legais vigentes, relativas à duração do trabalho, são de caráter imperativo, não podendo, em consequência, ser violadas por qualquer ajuste estipulado entre empregado e empregador, nem pelas convenções e acordos coletivos que lhe sejam aplicáveis.

Quanto ao aspecto jurisprudencial, vem se revelando maciça as Decisões Regionais e do TST, acerca da impossibilidade de redução de intervalo intrajornada, sem observância dos critérios legais cumulativos, elencados na CLT e Portarias do Ministério do Trabalho e Emprego.

À guisa de exemplo, os Tribunais Regionais do Trabalho da 3ª, 4ª e 10ª Região, sumularam a questão acerca da redução do intervalo intrajornada, *in verbis*:

TRT 3ª REGIÃO

SÚMULA Nº 05

ORIGEM: TRT 3ª R.

FONTE: DJMG 25.11.2000,
29.11.2000, 30.11.2000 e 01.12.2000

ASSUNTO: INTERVALO PARA
ALIMENTAÇÃO E DESCANSO

TEXTO: "INTERVALO PARA
ALIMENTAÇÃO E DESCANSO NÃO
GOZADO. O intervalo para alimentação
e descanso não concedido, ainda que não
tenha havido elastecimento da jornada,
deve ser remunerado como trabalho
extraordinário, com o adicional de 50%
(cinquenta por cento). Inteligência do
Art. 71, § 4º da Consolidação das Leis
do Trabalho."

(<www.trt3.gov.br>, acesso em
15.11.2005)

SÚMULA Nº 20 (CANCELADA)

ORIGEM: TRT 3ª R.

FONTE: DJMG 17.12.2003, 18.12.2003
E 19.12.2003

ASSUNTO: INTERVALO
INTRAJORNADA - REDUÇÃO -
NEGOCIAÇÃO COLETIVA -
VALIDADE.

TEXTO: (CANCELADA)

- Nota 1: Cancelada pela Resolução
Administrativa 106/2004 (DJMG
11.08.2004).

- Nota 2: Redação anterior:
"INTERVALO INTRAJORNADA -
REDUÇÃO - NEGOCIAÇÃO
COLETIVA - VALIDADE. É válida a
redução, mediante negociação coletiva,
do intervalo mínimo para repouso e

alimentação previsto no artigo 71, caput, da CLT."
(<www.trt3.gov.br>, acesso em 15.11.2005)

SÚMULA Nº 21

ORIGEM: TRT 3ª R.

FONTE: DJMG 02.03.2004,
03.03.2004, 04.03.2003

ASSUNTO: INTERVALO
INTRAJORNADA - DURAÇÃO -
HORAS EXTRAS

TEXTO: "INTERVALO
INTRAJORNADA - DURAÇÃO -
HORAS EXTRAS. A duração do
intervalo intrajornada para repouso e
alimentação é determinada pela jornada
legal ou contratual do empregado,
independentemente da prestação de
horas extras."

(<www.trt3.gov.br>, acesso em 15.11.2005)

TRT 4ª REGIÃO

SÚMULA Nº 38: INTERVALO INTRAJORNADA.
REDUÇÃO OU SUPRESSÃO POR NORMA COLETIVA.
INVALIDADE. Constituinte-se o intervalo

intrajornada em medida de higiene,
saúde e segurança do trabalho, é inválida
a cláusula de acordo ou convenção
coletiva que autoriza sua supressão ou
redução, neste caso quando não
observado o disposto no parágrafo 3º do
artigo 71 da CLT.

(<www.trt4.gov.br>, acesso em 15.11.2005)

TRT 10ª REGIÃO

1ª TURMA

SÚMULA Nº 19: INTERVALO INTRAJORNADA - NATUREZA DA PARCELA - O intervalo intrajornada definido no §4º do Art. 71 da CLT tem natureza indenizatória, razão pela qual não há que se falar em repercussão da parcela nas demais verbas rescisórias. (<www.trt10.gov.br>, acesso em 15.11.2005)

Para fulminar a questão, o Colendo TST pacificou o tema, com a edição da Orientação Jurisprudencial nº 342, da Subseção de Dissídios Individuais nº 1 – SBDI1, *in verbis*:

OJ nº 342/SBDI-1: Intervalo intrajornada para repouso e alimentação. Não concessão ou redução. Previsão em norma coletiva. Validade.
É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva.

Com a tendência da flexibilização das normas trabalhistas, não se pode deixar de ficar atento às tentativas de mitigação dos diplomas protetivos trabalhistas.

Decidem acertadamente os Tribunais Regionais e o Colendo TST, quando firmam entendimento na invalidade das

disposições convencionais e acordadas, firmadas por empresas e sindicatos, quando confrontam com as medidas de higiene, segurança e medicina do trabalho.

3 CONCLUSÕES

Com a Constituição Federal de 1988, direitos trabalhistas foram elevados a garantias constitucionais, de observância obrigatória, e alguns deles indisponíveis, visando a proteção, segurança e saúde do trabalhador.

Os intervalos trabalhistas destinados ao repouso e alimentação fazem parte das normas concernentes à saúde e segurança do trabalho, tendo a função primordial de permitir ao trabalhador sua recomposição física e mental, para o desenvolvimento de suas atividades laborais, sem que isso lhe acarrete fadiga excessiva, prevenindo-se, assim, a ocorrência de acidentes e reflexos à saúde do mesmo.

Diante do estudo dessa matéria, é importante tecer algumas considerações pertinentes, inclusive com sugestões para revisão da redação de alguns dispositivos da legislação.

Quanto à redação do Art. 71, *caput*, da CLT, sugere-se a sua revisão, pois o mesmo prescreve sobre o repouso ou

alimentação para o empregado, submetido à prestação de jornada superior a 6 (seis) horas contínuas de trabalho. Na verdade, o intervalo destina-se ao repouso e à alimentação, não havendo dúvidas quando da inclusão do § 4º, ao Art. 71, da CLT, pela Lei nº 8.923/94, que dispôs a dupla finalidade do intervalo.

Ressalte-se que a redução do intervalo intrajornada prevista no § 3º, do Art. 71, da CLT, não estipula um tempo mínimo, sendo na prática de 30 (trinta) minutos, período insuficiente para os registros do ponto, alimentação e repouso, devendo prevalecer, portanto, o tempo mínimo de 1 (uma) hora, para os trabalhadores que estão submetidos à jornada de mais de 6 (seis) horas contínuas, conforme o *caput*, do Art. 71, da CLT.

Enfatiza-se que a redução do intervalo intrajornada, nos termos do § 3º, do Art. 71, da CLT, só poderá ser concedida mediante a intervenção do Ministério do Trabalho, atendida as exigências da legislação pertinente, não podendo as partes dispor livremente sobre a redução desse intervalo.

Assim, visando coibir a violação à concessão do intervalo intrajornada, o § 4º, do Art. 71, da CLT, impõe a aplicação de obrigação de natureza indenizatória em favor do empregado, sem prejuízo da penalidade administrativa prevista no Art. 75, da CLT.

Se a intenção do legislador constituinte foi de tutelar a saúde e a segurança do trabalhador, o § 3º do Art. 71, da CLT, revela-se inconstitucional, em uma interpretação conforme, pois afronta a Constituição Federal vigente (Art. 7º, XXII), ao permitir a redução de um direito indisponível.

Desta forma, qualquer disciplinamento que possibilite a redução ou supressão do intervalo destinado ao repouso e à alimentação, deverá ser abolido do nosso ordenamento jurídico, em respeito à dignidade do trabalhador.

REFERÊNCIAS

BEBBER, Julio César. **Intervalo intrajornada**. Aplicação da Orientação Jurisprudencial nº 307 da SBDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho. Jus Navigandi, Teresina, v. 9, n. 805, 16 set. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7296>. Acesso em: 05 out. 2005.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. **CLT acadêmica**. Obra coletiva com a colaboração de Antônio Luiz Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 14, n. 1, p. 201-225, 2006.

_____. Lei nº 8.923, de 27 de julho 1994. Acrescenta o § 4º, ao Art. 71, da Consolidação das Leis do Trabalho, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 28 jul. 1994.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. Portaria nº 3.116, de 03 de abril de 1989. Delega, aos Delegados Regionais do Trabalho, competência para decidir sobre os pedidos de redução de intervalo para repouso ou refeição. Disponível em: <<http://www.mte.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2005.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Súmula nº 5**. Intervalo para alimentação e descanso não gozado. Disponível em <<http://www.trt3.gov.br>>. Acesso em 15 nov. 2005.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Súmula nº 20**. Intervalo Intra jornada – Redução – Negociação Coletiva - Validade. Disponível em <<http://www.trt3.gov.br>>. Acesso em 15 nov. 2005.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Súmula nº 21**. Intervalo Intra jornada – Duração – Horas Extras. Disponível em <<http://www.trt3.gov.br>>. Acesso em 15 nov. 2005.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Súmula nº 38**. Intervalo Intra jornada – Redução ou Supressão por Norma Coletiva – Invalidez. Disponível em <<http://www.trt4.gov.br>>. Acesso em 15 nov. 2005.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. **Súmula nº 19**. Intervalo Intra jornada – Natureza da Parcela. Disponível em <<http://www.trt10.gov.br>>. Acesso em 15 nov. 2005.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Enunciado nº 88**. Disponível em <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em 15 nov. 2005.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Orientação jurisprudencial nº 342 da Seção de Dissídios Individuais – SBDI1**. Disponível em: <http://www.tst.gov.br/basejuridica/orientação_jurisprudencial> Acesso em 04 abr. 2005.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Orientação jurisprudencial nº 346 da Seção de Dissídios Individuais – SBDI-1**. Disponível em: <http://www.tst.gov.br/basejuridica/orientação_jurisprudencial> Acesso em 04 abr. 2005.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2002.

_____. **Jornada de trabalho e descansos trabalhistas**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2003.

GOTTSCHALK, Elson. **Norma pública e privada no direito do trabalho**. Edição fac-similada, São Paulo: LTr, 1995.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários à CLT**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de direito individual do trabalho: noções fundamentais de direito do trabalho, sujeitos e institutos do direito individual**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2000.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de direito do trabalho**, 5 ed. Paraná: Juruá, 1995.

SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* **Instituições de direito do trabalho.** 19 ed. atual. São Paulo: LTr, 2000. v. 2.

AGÊNCIAS REGULADORAS: uma trajetória de sucesso?

Ana Renata Gomes Schimmelpfeng¹

RESUMO

As Agências Reguladoras estão integralizadas no cenário caracterizado pela tendência mundial, derivada do grande processo de globalização, de facilitar a execução dos objetivos primordiais do Estado, fazendo-o desempenhar suas funções com eficiência e qualidade técnica para alcançar a satisfação da coletividade. Nesse sentido, analisamos a atuação das Agências Reguladoras, consideradas autarquias especiais, caracterizando-as como uma novidade no direito brasileiro importada na década de noventa dos Estados Unidos da América, quando se intensificou o processo de privatização, sendo responsáveis pela regulação e fiscalização das atividades que outrora eram prestadas pelo Estado e que foram repassadas à iniciativa privada por meio dos institutos da concessão, permissão e autorização. Assim, faz-se necessária a abordagem do processo de Regulação Estatal em sua evolução histórica até alcançar o atual modelo em que o Estado não mais executa os serviços públicos diretamente mas tão somente fiscaliza a sua prestação através das Agências Reguladoras, isto é, deixa de ser um Estado-Executor ou Estado-Gestor para ser um Estado-Regulador. Diante desta

¹ Bacharela em Direito – UNIPÊ.

idéia central, identificamos as relações entre as Agências Reguladoras e os particulares, chamados de usuários dos serviços públicos e não meramente consumidores. Tendo o Estado-Regulador o dever de oferecer o melhor desempenho dos prestadores desses serviços e alcançar o equilíbrio entre as partes, alertamos, então, que a defesa do usuário do serviço público não é atribuição dos órgãos de defesa do consumidor e sim da respectiva Agência Reguladora. Munidos de todos os dados, cabe-nos avaliar se a trajetória dos entes regulatórios ao longo desses anos tem sido vitoriosa. Infelizmente, verificamos que a atuação das Agências Reguladoras na defesa do usuário está muito aquém do desejado, não atingindo o patamar que esperávamos quando de sua criação. Portanto, entendemos que a melhor solução é oferecer informações suficientes para que os mesmos estejam cientes de seus direitos e deveres, principalmente o meio como tal defesa será exercitada.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma do Estado. Serviços Públicos. Agências Reguladoras.

1 REFORMA DO APARELHO ESTATAL

No âmbito do Direito Administrativo, as Agências Reguladoras se constituem como tema palpitante e passível de estudos para que sejam conceituadas e explicadas. Como sabemos, as Agências Reguladoras formam um instituto sem tradição histórica no Brasil, uma vez que sua concepção foi

importada dos Estados Unidos na última década quando se intensificou o processo de privatização. Justamente por se tratar de uma novidade no direito pátrio é que se torna indispensável entender o papel dessas agências à luz do nosso ordenamento jurídico, assim como compatibilizar as suas funções com as exercidas pelos órgãos e entidades públicas já existentes. Nossa intenção é justamente tentar dirimir dúvidas freqüentes que circundam o Processo de Regulação Estatal, avaliando se o resultado pretendido quando da criação das Agências Reguladoras vem realmente sendo alcançado.

Para elucidar o cenário de seu surgimento, é necessário que se faça um verdadeiro retrocesso em nossa História. Para tanto, temos a noção oferecida pela Ciência Política da passagem de Estado Liberal para Estado Social; do Estado Social ao Estado Neoliberal, sempre guardando os devidos intervalos de tempo, a ordem cronológica e seus acontecimentos mais relevantes. No final do século XIX até as primeiras décadas do século XX, vigorou o Estado Liberal, cuja proposta era a não intervenção estatal na economia. Isto é, a atuação do Estado foi reduzida ao máximo no intuito de proteger as liberdades individuais e políticas frente ao poderio do Império. Bastos (1999, p.139) não tem dúvidas de que o fundamento dessa concepção consiste em “que o máximo de bem-estar comum é atingido em todos os campos com a menor

presença possível do Estado”.

O Estado Social surge em contraposição ao liberalismo pregado no período anterior, defendendo uma ampla atuação do Estado na área social, política e econômica, por isso também chamado de Estado Intervencionista. Em consequência de uma visão voltada para o social e não para o capital, ficou comprovado que o Estado não poderia se limitar a guardar a ordem, necessitando atuar na prestação e realização de atividades que viessem a contribuir com o desenvolvimento da sociedade. Tivemos, então, a figura de um Estado empreendedor responsável por alavancar o setor econômico.

Entretanto, o Estado sentiu que não suportava continuar com essa atuação por muito mais tempo, simplesmente porque estava eivado de corrupção e não tinha recursos suficientes, tampouco competência, organização e agilidade. Os administrados mostravam-se insatisfeitos com a prestação estatal, de fato ineficaz para resolver os problemas e, então, precisava-se urgentemente partir para uma reformulação sob pena de agravar a crise. O certo é que a conjuntura do sistema econômico-administrativo tornou o Estado Intervencionista um empecilho ao desenvolvimento da nação.

Tal fato conduziu na década de 80 a um movimento de reformas do Estado para a adoção do sistema Neoliberal,

terceira fase de um Estado comprometido com a desburocratização, desregulamentação e transferência de atividades que antes eram realizadas por empresas estatais para a iniciativa privada. Buscou-se combater excessivamente a atuação do Estado em diversos setores de atividades e serviços, retornando ao ideal de Estado reduzido às suas funções essenciais, com a tendência natural de redução dos gastos públicos.

Este é o momento em que o Estado não mais executou os serviços públicos diretamente mas, tão somente, passou a fiscalizar a sua prestação. Logo, deixou de ser um Estado-Executor para se transformar em um Estado-Regulador. Este buscou transferir a competência da execução de alguns interesses para a própria sociedade detentora e para a iniciativa privada nas formas da concessão, permissão, autorização, terceirização, privatização. As diretrizes da Regulação ficaram claras e coube ao Estado atuar no planejamento e fiscalização.

2 AGÊNCIAS REGULADORAS

2.1 ORIGEM E DEFINIÇÃO

É com a retirada da participação e intervenção do

Estado na economia que temos o surgimento das Agências Reguladoras, cuja missão é assumir o papel de regular os serviços públicos e as atividades que antes eram prestadas diretamente pelo Estado. Tal fase também apresenta seus contornos jurídicos com o Direito Regulatório, que nada mais é do que a união de regras de Direito Público, baseadas em diretrizes de Direito Administrativo, Constitucional e Econômico, com nuances de Direito Privado porque rege as agências regulatórias e sua convivência com os concessionários, permissionários e autorizatários. Assim, estamos tratando de entes cujas atribuições estão fixadas em lei para o disciplinamento, direção, fiscalização e controle do serviço prestado pela Administração Pública ou por seus concessionários, permissionários ou autorizatários.

Recepcionadas pelo Direito Brasileiro, já com as primeiras agências em pleno vigor nos setores de telecomunicações, energia elétrica e petróleo, avolumam-se debates a respeito de seus problemas jurídicos e constitucionais, o que, de plano, remete-nos à avaliação do sucesso de sua trajetória. Uma pergunta que deveria ter sido feita antes da adoção do modelo é se as condições que ensejaram o surgimento das Agências Reguladoras nos EUA seriam as mesmas para sua existência no Brasil. Aparentemente, não. Vale ressaltar que o país enfrentou um

forte processo de privatização, que, por sua vez, ensejou uma regulação. Ao contrário, nos EUA, não se falou em privatizações mas apenas no próprio exemplar de Estado Liberal que sempre caracterizou o desenvolvimento daquele país, tornando-se inevitável que os usuários dos serviços viessem a exercer mais os seus direitos, como também minorar os abusos do poder econômico. O nosso país adotou tal instituto estrangeiro por simples modismo, sem antes avaliar se realmente condizia com a realidade interna. Não resta dúvidas de que se tratava de um modelo de aparente sucesso, mas o Estado Brasileiro não parou para estudar em quais condições estavam sendo aceitas e vitoriosas.

Como se observa, o legislador nacional tentou ministrar o mesmo remédio a sintomas e pacientes com diagnósticos totalmente diferentes. Todavia, certo ou errado o molde em que vivemos, o que ficou patente é que as transformações pelas quais passaram o país não sustentariam a estrutura tradicional, gerando a necessidade de uma regulação e, conseqüentemente, órgãos para alcançar tal finalidade. A receita para atingir o sucesso se resume em menos intervenção e mais liberdade.

Não há nenhum artigo da nossa Constituição Federal que defina exatamente o que venha a ser Agências Reguladoras, conceito este que tem sido tão somente

apresentado pelos doutrinadores com base no contexto histórico e no que prevê as legislações específicas de cada Agência Reguladora que foi criada. A inexistência de um significado pré-determinado pode ser um indicativo de problema, até porque o legislador se utiliza de maneira indiscriminada do termo “agência”, para os mais variados sentidos. A especificidade do vocábulo pode ser percebido ao se mencionar a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional do Petróleo (ANP), Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Entretanto, tal ausência não se constitui como empecilho ao desenvolvimento do instituto e da sua evolução científica e doutrinária. Os elementos imprescindíveis para sua definição são: natureza autárquica, regime especial e atividades voltadas para o controle, fiscalização ou fomento de determinados setores.

Nessa esteira, Moraes (2002, p. 28) apresenta uma definição bastante completa, reforçando os elementos característicos do instituto em questão, conforme apresentado acima. Assim, afirma o renomado autor:

No Brasil, as Agências Reguladoras foram constituídas como autarquias de regime especial, integrantes da administração indireta, vinculadas ao

Ministério competente para tratar da respectiva atividade, apesar de caracterizadas pela independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo, ausência de demissão ad nutum de seus dirigentes e autonomia financeira.

Em outras palavras, as Agências Reguladoras, em sua natureza jurídica, nada mais são do que as velhas e conhecidas autarquias, pessoas jurídicas de direito público, mas o diferencial é o qualificador “especial” que lhe é dado pela lei. É pessoa jurídica dotada de personalidade jurídica de Direito Público mas que diferem das autarquias comuns por terem prerrogativas estabelecidas pela sua lei instituidora que exorbitam a norma geral. Aqui também reside uma diferença do modelo de origem em que predomina a ausência de homogeneidade do instituto, ou seja, no modelo norte-americano cada Agência Reguladora tem o seu próprio perfil.

2.2 AUTONOMIA DOS ENTES REGULATÓRIOS

Em sendo assim, não se pode esquecer que a autonomia é uma das principais características, se não a mais importante, conferida às Agências Reguladoras. A idéia que

norteou o seu surgimento foi a de se criar um ente administrativo técnico, altamente especializado e impermeável às oscilações políticas, motivo pelo qual as Agências Reguladoras foram consideradas autarquias de regime especial. Tal autonomia pode ser verificada pelo fato das agências contarem com instrumentos próprios para gerar um certo grau de independência perante o Poder Executivo. Logo, estamos diante da ausência de subordinação hierárquica entre as Agências Reguladoras e a Administração Central, na tentativa de excluir influências externas quando do desempenho de suas atribuições e se fixar na realização de seus objetivos primordiais, a exemplo da verificação dos direitos dos consumidores-usuários, sob pena de nenhuma melhoria ser efetuada na prestação dos serviços públicos. Nossa idéia se coaduna com os apontamentos feitos por Figueiredo (2004, p. 99):

É desnecessário, com efeito, enfatizar que as Agências Reguladoras somente terão condições de desempenhar adequadamente o seu papel se ficarem preservadas de ingerências externas inadequadas, especialmente por parte do Poder Público, tanto no que diz respeito às suas decisões político-administrativas quanto à sua capacidade financeira.

Esse processo apresenta alguns aspectos fundamentais, sem os quais tal autonomia não consegue ser visualizada. Os fatores elencados para a fixação da autonomia das agências são: estabilidade dos dirigentes; autonomia de gestão, caracterizada pela não subordinação hierárquica a qualquer instância do governo; existência de fontes próprias de recurso; e ausência de instância superior para revisar seus atos, ressalvada, obviamente a atuação judicial. De fato, todos esses elementos precisam estar dispostos conjuntamente para reconhecer a independência ou autonomia desses entes em relação ao poder constituído.

A estabilidade dos dirigentes deve ser apontada como o mais importante instrumento de autonomia das Agências Reguladoras. Inclusive, o destaque dado ao fator de recursos humanos é imprimir às Agências Reguladoras uma atuação dotada da maior imparcialidade possível, opção esta que foi tomada pelo legislador no momento da criação dessas entidades. Para tanto, essencial se faz o cumprimento de mandatos com prazo fixo, não podendo ser afastados por atos demissórios *ad nutum*, isto é, só ocorre destituição ou exoneração nas hipóteses previstas por lei, quais sejam, cometimento de ilícitos, desvios de conduta ou se a agência estiver se afastando da política pública definida para o setor, por ser razoável a existência de um motivo justo. Deste modo,

os agentes administrativos são nomeados para o exercício de mandato a termo, o que garante a estabilidade do colegiado dirigente da entidade para que possa executar suas decisões capitais no âmbito do setor regulamentado, sem sofrer ingerência política do Executivo.

Nesse ponto, tencionamos questionar a constitucionalidade da estabilidade dos dirigentes. Pensamos que a estabilidade aqui referida deveria limitar-se tão só ao período governamental em que o dirigente foi escolhido e nomeado por, entre outros motivos, questão de confiança. Com o fim desse marco governamental, nada incongruente que o novo governo não venha a respeitar o tempo restante dos mandatos exercidos pelos dirigentes das Agências Reguladoras. A posição que aqui defendemos pode se tornar perigosa no campo político em que vivemos, onde as pressões e os interesses particulares prevalecem, simplesmente porque as Agências Reguladoras ficam à mercê dos novos projetos e afinidades técnicas, políticas e econômicas do Presidente da República eleito. Contudo, para defender tal ponto de vista, advertimos que a independência de uma Agência Reguladora não restaria desnaturada visto que esta característica não reside apenas na estabilidade de seus dirigentes mas em todo um conjunto de fatores. A alteração do titular do cargo não enseja perda da autonomia da Agência Reguladora, que continua com

as suas mesmas atribuições e poderes. Talvez seja melhor a regra de substituição dos mandatos quando da troca de cada governante, assim como ocorre com os Ministros.

Em que pese a grande quantidade de opiniões em contrário, entendemos que a autonomia defendida não deve ser apresentada de forma ilimitada, irrestrita sob pena de total desorganização em nosso ordenamento. Por maior que seja sua autonomia, como autarquias que são, as Agências Reguladoras precisam obedecer aos princípios constitucionais que regem esse instituto. Além disso, ficam submetidas às modalidades de controle, sejam exercidas pelo Legislativo, Executivo, Judiciário e, acima de tudo, o controle social.

Resta-no elogiar essa democratização da Administração Pública como forma de conferir legitimidade e independência às Agências Reguladoras. Realmente, o nosso entendimento reside em que nem o controle estatal pleno nem o controle social pleno são desejáveis e suficientes. A proposta mais condizente é criar meios para que a sociedade venha a exercer, por suas próprias formas, o controle que lhe é permitido. A influência da população no exercício do poder jamais pode ser subtraída, visto que ela é a maior interessada no bom andamento do Estado e dos serviços que lhe são disponibilizados. Interferir no processo decisório dessas Agências Reguladoras deriva de uma parcial conquista política

e representa sinônimo de cidadania e defesa dos direitos dos usuários dos serviços públicos.

2.3 (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

No ordenamento jurídico brasileiro não há lei que defina parâmetros genéricos para a instituição das Agências Reguladoras no país. Com efeito, a vigente Constituição Federal determina em seu artigo 37, XIX, que as autarquias sejam originadas por lei específica. Como autarquias que são, as Agências Reguladoras ficam sujeitas às normas especiais que condicionam a sua criação e extinção.

As Emendas Constitucionais 08 e 09, ambas editadas em 15 de agosto de 1995, foram de suma importância para o advento das Agências Reguladoras, pois precisava-se de um órgão regulador para setores que estavam passando por grandes modificações. Todavia, sem os limites normativos em questão, cada Agência Reguladora que nascia trazia em seu bojo uma legislação específica para atender ao princípio constitucional da legalidade.

Nesse sentido, a Agência Nacional de

Telecomunicações (ANATEL) e a Agência Nacional do Petróleo (ANP) são as únicas Agências Reguladoras que possuem expressa base constitucional. A ANATEL foi criada pela Lei 9.472/97, conhecida como Lei Geral das Telecomunicações (LGT), e por muitos tem sido vista como a verdadeira face do que se considera Agências Reguladoras do modelo americano e europeu. Já a ANP foi criada pela Lei 9.478/97, decorrente da EC 09/95. A Constituição Federal faz menção a tais agências nos artigos 21, XI e 177, §2º, III, quando se refere à obrigatoriedade de órgãos reguladores para tais setores econômicos, respectivamente. As demais Agências Reguladoras não tiveram suas previsões dispostas claramente no texto constitucional, significando que decorrem de delegação efetuada mediante a lei instituidora da Agência. É o que ocorre, por exemplo, com a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), a primeira agência a ser instituída em 1996 mas que não decorreu de alteração em texto da Carta Magna, simplesmente porque esta não previu a existência de um órgão regulador para o setor de energia elétrica. Então, a ANEEL tem sido considerada uma Agência Reguladora cuja existência decorre exclusivamente de lei, por isso geralmente descrita com menor autonomia que a ANATEL. Até os dias de hoje, muitas Agências Reguladoras existem derivadas desse mesmo processo de criação da ANEEL, como ANVISA, ANS, ANA,

ANTT, ANTAQ, ANCINE.

Pelo mencionado princípio da legalidade, desejamos trazer à tona o principal problema constitucional suscitado pelas Agências Reguladoras, qual seja, fixar os limites de sua função regulatória. A matéria dividiu os doutrinadores e nossa função é apresentar um panorama dessas posições. Resta-nos saber se a Constituição de 1988, com todo o seu processo de emendas ao texto original, permite que as Agências Reguladoras possam exercer a função normativa ou apenas editar atos administrativos. Portanto, o questionamento a ser feito é o seguinte: a função regulatória só tem validade para aquelas agências com expressa previsão constitucional?

A primeira corrente defende ser indubitavelmente inconstitucional a existência de Agências Reguladora fora do contexto traçado pelo legislador ordinário de 1988, não cabendo interpretação extensiva ou analógica. A competência regulatória deve estar definida na Carta Magna para não ferir a separação dos poderes lá fixada. É a posição adotada por Motta (2003, p.178):

Aqui reside a inconstitucionalidade estrutural das Agências Reguladoras perante o sistema constitucional vigente no Brasil que, conforme antes visto, não admite que ato administrativo venha a criar (ou fazer desaparecer) aquilo que a

lei não criou (ou fez desaparecer). Pode-se, assim, concluir que as decisões técnicas das Agências Reguladoras, em face da realidade constitucional vigente, sempre se constituirão em abuso do poder regulamentar ou invasão de competência legislativa, se elas não forem devidamente controladas.

A outra corrente também apresenta argumentos sérios e capazes de seduzir os mais atentos estudiosos, considerando a irrelevância da previsão constitucional explícita. Um de seus defensores, Justen Filho (2002, p. 392) não partilha do entendimento de que “as únicas agências reguladoras admitidas em nosso sistema seriam aquelas previstas nos dispositivos constitucionais.” O referido autor afirma que a alusão constitucional ao termo órgão regulador no artigo 21, XI, e no artigo 177, §2º, III, instituiu a sua existência naqueles domínios, mas, de forma alguma impediu que demais órgãos fossem instituídos com a mesma finalidade no direito brasileiro. Além do mais, imperiosa é a sua existência naqueles setores estrategicamente elencados e o esquema regulatório tem se mostrado eficiente em muitas outras atividades para o bom desenvolvimento do país.

Não pretendemos aqui adotar uma postura radical, porquanto entendemos que ambas as posições possuem pontos positivos e negativos. Frente ao nosso Direito Constitucional,

a representatividade democrática poderia se ver abalada no instante em que as Agências Reguladoras e seus dirigentes não eleitos pelo povo editam normas jurídicas de elevada capacidade normativa no intuito de exigir subordinação e ditar regras de conduta que, quando não satisfeitas, ficam passíveis de sanções. O legislador deve, sim, ter muito cuidado na delegação desses poderes. Restaria para as Agências Reguladoras tão somente a função de editar atos administrativos sobre matérias estritamente técnicas, não inovando a ordem jurídica.

Na verdade, não há como ignorar que mesmo sob a justificativa de ação normativa exclusiva para situações técnicas, as Agências Reguladoras inovam e continuarão inovando o ordenamento jurídico brasileiro, inclusive porque a questão técnica não pode ser vista isoladamente, caminhando junto com a política e a economia.

Por outro lado, se levarmos em consideração a proposta da segunda corrente, não há o que temer a presença das Agências Reguladoras visto que as mesmas estão condicionadas e limitadas pelo nosso ordenamento jurídico. Não tentamos defender uma delegação arbitrária de poderes normativos, tampouco um poder irrestrito de elaboração de normas mas também não vemos proibição alguma na vigente Constituição para que novos entes regulatórios venham a ser

criados ao longo dos anos. Se a própria Constituição vedasse é que teríamos uma redução na função das próprias agências ditarem sua competência. Não nos parece que assim ocorra.

Com o devido respeito às opiniões em contrário, não cremos que a função regulatória seja apenas cabível para aquelas Agências Reguladoras previstas na Constituição. Não há nenhum impedimento para que o legislador ordinário exerça suas competências constitucionais para editar lei criadora de determinada agência. Em suma, a autonomia normativa, em função da própria natureza peculiar de suas atividades, deve ser defendida, desde que obedecidas as normas e princípios de Direito que lhe são superiores.

3 O VERDADEIRO PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Não se pode negar que não tem sido nada fácil a trajetória das Agências Reguladoras pelo mundo nesses mais de cem anos de existência. Em nosso país, diversos problemas têm sido apresentados, inclusive a respeito de sua constitucionalidade, como visto acima. E pior, o seu propagado sucesso vem sendo constantemente questionado à

luz dos últimos acontecimentos e da realidade com que nos deparamos.

Sabemos que a regulação tem como ponto primordial a busca pelo equilíbrio dos interesses do Poder Público concedente, do concessionário do serviço público e do usuário desse serviço repassado à iniciativa privada. A neutralidade das Agências Reguladoras não se exprime por uma equidistância absoluta dos envolvidos, sob o risco de não se alcançar o resultado esperado, mas pela busca do equilíbrio. Então, patente fica a conclusão de que as Agências Reguladoras não são definidas e nem funcionam como entidades de defesa do consumidor mas o correto é que estas devem atuar conjuntamente para a composição dos interesses em tensão.

A consecução desses objetivos pretendidos pelas Agências Reguladoras necessita da sua democratização e da efetivação de condições que permitam aos usuários e a sociedade como um todo a reivindicação de seus direitos legalmente reconhecidos. Um dos pontos considerados primordiais é fazer das Agências Reguladoras um órgão acessível e conhecido pelos cidadãos. Apesar de já existirem há alguns anos no ordenamento jurídico brasileiro, estas agências ainda possuem uma comunicação precária com os usuários dos serviços públicos, que simplesmente ficam sem

saber qual o seu verdadeiro papel.

Como as Agências Reguladoras não podem se afastar das determinações constitucionais, a sua atuação de regulação e fiscalização de mercados específicos tem que ser efetiva e constante. Não haveria justificativas para o Estado delegar seus serviços públicos à iniciativa privada, sem sequer verificar ao longo do tempo se a sociedade vem sendo atendida em seus interesses. Se o Estado, por si só, não consegue alcançá-las e os particulares também só visam a seus fins lucrativos, a comunidade estará entregue a um sistema ainda mais corrompido. Analisando por esse prisma, a presença eficaz das Agências Reguladoras prova que o sistema ao qual estão integradas está alcançando pleno êxito. Mas infelizmente não podemos nos ater somente a isso.

Os usuários dos serviços públicos cuja prestação foi transferida à iniciativa privada não podem ficar a mero alvedrio das concessionárias, sujeitando-se às suas condutas arbitrárias e ilegais sem ter a quem recorrerem. As Agências Reguladoras devem cumprir também o papel de conciliar os interesses dos usuários e, parece-nos que assim não tem ocorrido.

Justamente no que se refere à defesa dos direitos dos usuários dos serviços públicos, o órgão regulador responsável por cada setor precisa se manter independente e imparcial para

corrigir as imperfeições e aplicar sanções quando verificar infrações por parte das empresas concessionárias. Inclusive a Lei Geral das Telecomunicações, conhecida como LGT, determina tal obrigação por parte da ANATEL:

Art. 19- À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, pessoalidade e publicidade. (BRASIL. 1997).

Nesse ponto específico, os usuários recorrem aos PROCONS para encaminhar suas reclamações e nesses órgãos de defesa do consumidor o cenário não é muito otimista. Apesar de não serem os responsáveis mediatos pela defesa do usuário do serviço público concedido, os PROCONS desfrutam de grande prestígio perante à população como um todo, ao contrário das Agências Reguladoras. Assistimos a uma ausência total dos reguladores que, por sua própria natureza e definição, jamais poderiam deixar de se posicionar a favor dos direitos dos usuários dos serviços públicos. As queixas avolumam-se e, pior, relatam sempre os mesmos abusos e desrespeito.

Quanto ao seu relacionamento com as Agências

Reguladoras, os PROCONS estaduais devem encaminhar um relatório periódico para informá-las a respeito da quantidade de ocorrências envolvendo as empresas concessionárias sob o seu manto de regulação e controle. De posse dos números das reclamações efetivadas e dos setores que mais lesaram os direitos dos usuários, as Agências Reguladoras deveriam fazer uso do seu poder sancionatório para reaver a estabilidade entre as partes e diminuir a insatisfação da camada mais vulnerável nessa relação. Infelizmente, não é isso que temos observado. Raramente, as Agências Reguladoras lançam mão dos instrumentos a sua disposição para combater as injustiças praticadas pelas concessionárias.

Portanto, já possuímos substrato suficiente para questionar o sucesso das Agências Reguladoras tão propagado pela mídia e pelo Estado. Um exemplo bem recente que pode levar ao conceito de fracasso no modelo das Agências Reguladoras adotado pelo país foi a crise no setor de energia elétrica, que culminou em meses de racionamento e prejuízos incalculáveis para diversos setores da economia brasileira. Não podemos esquecer que com a criação dos entes regulatórios, esperava-se um aumento considerável na qualidade dos serviços públicos e no atendimento dispensado aos seus usuários. Em alguns casos, de fato, essa qualidade foi atendida, como no setor de telefonia móvel que aumentou

consideravelmente a abrangência no território nacional. Entretanto, o atendimento aos pleitos dos usuários tem se constituído como um verdadeiro fracasso no papel das Agências Reguladoras.

Por tudo o que foi realçado, concluímos que, infelizmente a atuação das Agências Reguladoras não ocorre de acordo com o seu discurso de proteção e fiscalização eficaz das relações jurídicas que envolvem serviços públicos. A defesa dos usuários dos serviços públicos, reconhecidamente vulneráveis diante do poderio das concessionárias, não tem sido implementada de maneira satisfatória, visto a quantidade de reclamações que são encaminhadas aos PROCONS de cada Estado da Federação. Na realidade, não como há como negar que o Brasil vem convivendo com Agências Reguladoras que permanecem omissas diante dos problemas ocasionados pelas concessionárias, seja por comodismo ou por tentativa de esconder uma verdade que o país inteiro já percebeu.

A justificativa para tal situação pode ser o pouco tempo em que essas autarquias especiais estão atuando no âmbito administrativo do país, o que não consideramos corresponder à verdade. De fato, estamos diante de institutos novos, mas já com um bom período de adaptação ao nosso ordenamento jurídico. Nesses quase dez anos de atuação, parece-nos que já houve tempo suficiente para corrigir os erros

e, conseqüentemente passar a atuar em conformidade com a lei e com o que espera a população.

ABSTRACT

The Regulatory Agencies are integrated in the scenery characterized by the world tendency, derived of the big globalization process, of facilitating the execution of the primordial objectives of the State, making it to carry out your functions with efficiency and technical quality to reach the satisfaction of the collectivity. In that sense, we analyzed Regulatory Agencies' performance, considered special autarchies, characterizing them as an innovation in the brazilian law imported in the decade of ninety of the United States of America, when it intensified the privatization process, being responsible for the regulation and fiscalization of the activities that formerly were rendered by the State and that were reviewed to the private initiative through the institutes of the concession, permission and authorization. Like this, it is done necessary the approach of the process of State Regulation in your historical evolution until reaching the current model in that the State not more it executes the public services directly but it so only fiscalizes your installment through the Regulatory Agencies, that is, stops being a State-Executor or State-Manager to be a State-Regulator. Before this central idea, we identified the relationships between Regulatory Agencies and the privates, called users of the public services and not merely consumers. Having the State-Regulator the duty of to offer the best acting of the renderings of those services and to reach the balance among the parts, we alerted, then, that the user's of the public service defense is not attribution of the organs of the consumer's defense but of the respective Regulatory Agency. With the data, it fits to evaluate us if the path of the regulatory beings to the long of those

years has been victorious. Unhappily, we verified that Regulatory Agencies' performance in the user's defense is very less than we wanted, not reaching the landing that was waited when of your creation. Therefore, we understood that the best solution is to offer enough information so that the same ones are aware of your rights and duties, mainly the middle as such defense will be exercised.

KEYWORDS: Reform of the State. Public services. Regulatory Agencies.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 08/95, regulamenta e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 10/07/2006.

CUÉLLAR, Leila. **As Agências reguladoras e o seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

FIGUEIREDO, Marcelo (Org.). **Direito e regulação no**

Brasil e nos EUA. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Agências reguladoras:** o Estado Democrático de Direito no Brasil e sua atividade normativa. São Paulo: Malheiros, 2005.

GOMES, Guilherme Lemos Santa'Anna. **Contornos jurídicos da regulação normativa.** In: Direito Empresarial Público. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal .**O direito das agências reguladoras independentes.** São Paulo: Dialética, 2002.

MORAES, Alexandre de (Org). **Agências reguladoras.** São Paulo: Atlas, 2002.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras.** São Paulo: Manole, 2003.

WALD, Arnold; MORAES, Luíza Rangel. Agências reguladoras. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília, DF, n. 141, p. 141-71, jan./mar., 1999.

ACÓRDÃOS DO TRT 13ª REGIÃO

se procedimento desproporcional porque ultrapassa o âmbito do poder fiscalizador do empregador, e configura dano à honra subjetiva do empregado a ensejar reparação nos moldes constitucionalmente previstos. Recurso ordinário parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso ordinário, provenientes da 1ª Vara do Trabalho de João Pessoa/PB, em que são partes ANDRÉ LUIS ARAÚJO LIMA, recorrente e NORDESTE SEGURANÇA DE VALORES PARAÍBA LTDA, recorrido.

O Juízo de primeira instância, pela sentença fls. 86/91, rejeitou a preliminar de argüição de litigância de má-fé, suscitada pela parte ré, e, declarando a ocorrência do perdão tácito, em face da demora de o empregado em manifestar sua irrisignação por falta cometida pelo empregador, o que ensejaria a justa causa para a ruptura do contrato de trabalho, julgou improcedente a ação de indenização por danos morais proposta pelo empregado, dispensando-o das custas processuais.

Inconformado, recorre o autor, fls. 94/100, com o intuito de que seja reformada a sentença, determinando-se a reapreciação pelo Juízo “a quo”, quanto ao valor arbitrado, para se evitar a supressão de instância e a procedência do pedido inicial.

Contra-razões, fls. 109/114, pela manutenção do julgado.

O Ministério Público do Trabalho, em parecer do Exmo. Procurador José Caetano do Santos Filho, opina pelo conhecimento e provimento do recurso do reclamante para, reformando-se a decisão atacada, julgar procedente o pedido de indenização por danos morais, fixando-se o valor de indenização em R\$ 17.500,00.

É o relatório.

V O T O

1. ADMISSIBILIDADE

Conheço do recurso, porque regularmente interposto.

2. MÉRITO

Inconformado com a sentença que concluiu pela improcedência do pedido de indenização por danos morais, recorre o reclamante às fls. 94/100.

Insurge-se, inicialmente, quanto ao valor arbitrado na sentença para efeito de custas, por entender que obstacula a interposição de recurso. Quanto ao pedido esclarece que se funda em dois fatos: primeiro, pelo seu enquadramento como pessoa desequilibrada em documentos internos, que deram causa à demissão sem justa causa e, segundo, pelas revistas efetuadas por vigilantes no ato de entrada na tesouraria, onde poderia, inclusive, ser apalpado por determinação da empresa.

Acrescenta que não houve prova em contrário, por parte da reclamada, nem sequer alegação da defesa quanto à possibilidade de rescisão indireta, o que afasta a imediatidade exigida pelo Juízo *a quo* e, conseqüentemente, a hipótese de perdão tácito admitido pela sentença recorrida, como fundamento principal da improcedência do seu pleito.

Como se percebe, o reclamante busca uma reparação da empresa demandada, em virtude de danos morais R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). Afirma que, como auxiliar de tesouraria da empresa de segurança e guarda de valores, era obrigado a se submeter quatro vezes por dia a vistorias, ou seja, trocar de roupas, ficando somente de trajes íntimos, sob olhares de um vigilante e outros empregados e às vezes, até revistas íntimas nas quais poderia ser “apalpado” por um vigilante.

Fala, ainda, em seu arrazoado, de investigações pessoais feitas, externamente, em dias de sábado, para vasculhar a vida pessoal e particular dos empregados e no constrangimento sofrido em virtude de seu enquadramento como pessoa a quem falta “inteligência emocional”, qualificação negativa que se tornou pública e notória diante das conversas ocorridas entre os senhores Airton e Vicente e os demais funcionários, além do uso de *e-mails*.

Ao defender-se, a reclamada alegou que os fatos foram distorcidos, pois com relação à sua dispensa não houve o fantasioso suposto procedimento de desrespeito ao autor, mas apenas uma redução natural dos quadros da empresa, inexistindo impedimentos que obrigassem a ré a manipular provas de má conduta do reclamante para forçar a sua dispensa, já que esta ocorreu sem justa causa.

Quanto às vistorias, diz que todas as empresas que têm como objeto a guarda e vigilância de valores elevados adotam métodos próprios de contratação e procedimentos no âmbito da empresa, já que a infalibilidade é a essência dos serviços prestados pela reclamada. Afirma que jamais praticou ato ilícito ou lesivo à honra e moral do autor, nem o submeteu a qualquer situação constrangedora, estando o

sistema adotado pela empresa dentro do padrão de tolerância do homem médio e de acordo com as regras a serem observadas por empregados encarregados da vigilância e apuração dos valores recebidos.

O Juízo de primeiro grau, analisou os fatos descritos, isoladamente, concluindo que, das alegações feitas pelo reclamante, somente as vistorias poderiam acarretar a indenização postulada. Entretanto, afastou a possibilidade em virtude falta de imediatidade do autor em postular a reparação.

Tenho que, por esse argumento, não é viável impedir o reclamante de pleitear a reparação de danos morais, se existirem. É perfeitamente compreensível que empregado somente ingresse com o processo após o desenlace contratual, sem que se configure a presunção da existência de perdão tácito, em razão da necessidade que tem o trabalhador de permanecer no emprego. Litigar contra a empresa no curso do processo normalmente enseja ruptura antecipada da relação de emprego.

Demais disso, não há prescrição a ser declarada, na hipótese em tela. Quanto ao valor da condenação, cumpre ressaltar que serviu de base apenas para o efeito de arbitramento das custas processuais, sem qualquer

relação com o valor de alçada, fixado anteriormente. Não há prejuízo processual a ser reparado.

Feitas tais considerações, tenho que o pedido deve ser analisado sob outra ótica, ou seja, deve se ater à existência ou não do ilícito e nexos causal entre a atitude do empregador e o possível prejuízo.

Quanto às alegações de ofensa à conduta profissional e pessoal do reclamante, as testemunhas por ele arroladas em nenhum momento se referiram a possíveis comentários feitos por outros empregados ou chefes que a desabonassem. O documento acostado pelo reclamante às fls. 20 (cópia de e-mail), por si só, não enseja o reconhecimento de atitude ofensiva por parte da empresa, de modo a atingir a dignidade, a moral e a honra do autor. É que, embora haja a perspectiva por parte do empregado de obter palavras de reconhecimento e incentivo por parte das pessoas hierarquicamente superiores, ocorrendo o inverso, não se pode afirmar que houve um ato lesivo da honra e boa fama.

Desse modo, em relação ao fato de que a empresa teria imputado ao reclamante pecha de pessoa desequilibrada, entendo inexistir direito à pretendida indenização, tampouco restou provado ter sido este o motivo da dispensa.

Igualmente, no que diz respeito a investigações sobre a vida particular, fora do serviço, em dias de sábado, a testemunha do reclamante informou que houve um interrogatório, uma única vez, num dia de sábado, no horário de trabalho e que a empresa não realizava fiscalização de seus funcionários no ambiente de suas residências. (fls. 81).

No tocante às vistorias e revistas dos empregados para ingresso e saída do local de trabalho, cumpre evidenciar, logo de início, que, a rigor, inexistente diferença entre revista e vistoria. Os termos são gramaticalmente sinônimos, de tal modo que o fato a ser apreciado é um só: a submissão do empregado à revista por parte do empregador no ambiente de trabalho.

Nesse aspecto, deve-se levar em conta se existe abusividade ou não e a questão, importa dizer, permite ampla margem de subjetividade por parte do julgador.

Fato é que a sociedade moderna tem debatido, sem sucesso, uma forma de compatibilizar dois direitos fundamentais do homem: a segurança e a privacidade. Parece que a cada dia a presença de um afasta, necessariamente, a do outro e, sacrifica-se cada vez mais a dignidade pessoal em prol do bem-estar da coletividade.

O homem parece depender bem mais da segurança como pressuposto da vida em sociedade, do que,

propriamente, da privacidade. Ainda não é possível determinar qual dos dois direitos prevalecerá, porém, já é possível afirmar que dificilmente coexistirão num futuro bem próximo.

No âmbito das relações de emprego, contudo, parece possível conciliar o direito do empregador de zelar pela idoneidade daqueles que lhe prestam serviços e a incolumidade da honra subjetiva dos trabalhadores.

É que existem outros meios disponíveis de precaver-se da superveniência de má-conduta por parte do empregado, especialmente quando há o devido cuidado na hora da contratação.

Especialmente na área de segurança de valores, se faz necessária a cautela do empregador quanto à integridade moral daqueles que hão de executar as tarefas inerentes à profissão, por força da responsabilidade inerente à guarda de bens alheios.

O que não parece admissível é o empregado ter que provar a sua idoneidade dia após dia, tal qual fosse a integridade moral um estado de espírito, que se altera ao sabor das circunstâncias.

A aferição habitual do caráter de uma pessoa é procedimento desproporcional, que exorbita o poder de fiscalizar, próprio do empregador, e traduz verdadeira afirmação de falta de confiança.

Assim, o poder controlador (fiscalizador) é um corolário do poder diretivo e deve ser aceito, refutando-se, contudo, ações que atentem contra direitos do cidadão-trabalhador.

Nesse sentido aponta o legislador ao editar a Lei nº 9.799/99, assecuratória de direitos específicos da mulher no mercado de trabalho, que proíbe o “empregador ou seu preposto de proceder a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias”, aplicável aos trabalhadores do sexo masculino, pelo princípio da isonomia.

Importa salientar, ainda, que o costume, embora fonte de direito, não tem o condão de invalidar a norma pré-existente, de modo a tornar lícito aquilo “que todo mundo faz”, afastando-se, de plano, o argumento patronal de que o procedimento de revista é praxe das empresas que atuam no ramo de segurança de valores.

Acerca do tema, destaco trecho de um artigo de autoria do Exmo. Procurador Cássio Casagrande, da Procuradoria do Trabalho do Rio de Janeiro, publicado em 31.05.2005 na Revista Consultor Jurídico:

“É preciso ter em mente que o contrato de trabalho tem como um de seus elementos a confiança (fidúcia),

e não parece razoável que o empregador lance diariamente uma pecha de dúvida sobre o caráter de seus empregados a pretexto de defender seu patrimônio. Até porque ele jamais o faria em relação a seus clientes ou consumidores, com os quais no mais das vezes não mantém vínculo contratual de confiança...

...Nos dias de hoje, em face dos valores da Constituição de 88, a defesa do “direito” do empregador em proceder a revista sobre o corpo do empregado e seus pertences só se explica pela permanência culturalista de uma triste herança da escravidão, que não podemos mais tolerar no atual contexto democrático de pleno respeito aos direitos civis.”

Atraindo tais considerações à hipótese em apreço, vê-se a plausibilidade do pedido, pelo menos no que respeita à violação de intimidade

consubstanciada na presença de um vigilante por ocasião da troca de roupas no vestiário.

Restou provado que os empregados sofriam o constrangimento de ter que posar de peças íntimas diante de um vigilante, na forma evidenciada pelo autor em seu depoimento:

...”que na parte da manhã ao chegar na sede da empresa, apresentava o crachá na guarita ao vigilante; após ser permitido o ingresso, seus pertences eram colocados em uma roleta giratória, que dava acesso ao vigilante, para vistoria; ...que após a vistoria dos pertences, haveria de passar por detector de metais e caso fosse acionado, era obrigado a levantar a camisa e barra da calça para verificar se havia transporte de metais; ...que após receber suas sacolas se dirigia ao pátio da empresa; que depois disso, se dirigia a um pequeno vestiário para trocar de roupa; **que neste vestiário, havia**

um vigilante para presenciar a troca de roupa; que nessa oportunidade tirava toda a roupa, vestia o macacão e uma sandália havaiana; ... **que quando trocava de roupas no vestiário, ficava de cueca.**” (fls. 80).

Tais informações restaram corroboradas pela primeira testemunha ouvida, que declarou o seguinte:

“...que estando no pátio da empresa, para chegar no seu setor de trabalho, se dirigia para o vestiário, trocava de roupa, vestia o macacão, calçava a sandália havaiana e se dirigia ao setor; que nesse vestiário havia um vigilante, observando as atividades dos funcionários; que trocavam de roupa sempre vários funcionários; que na troca de roupa demora em média, de 05 a 10 minutos”.

A segunda testemunha conduzida pelo reclamante, igualmente confirmou a existência do procedimento de revista, na forma já declarada (fls. 82).

Entretanto, o reclamante não logrou êxito em provar que teria sido “apalpado” pelo vigilante presente no vestiário, ou mesmo que tenha sido obrigado a despir-se por completo em procedimento de revista íntima, o que se considera para efeito de balizar os limites da indenização.

Diante de tudo que foi exposto, evidenciadas que restaram as revistas pessoais ensejadoras de inegável desconforto ao empregado, bem como a capacidade econômica das partes e a extensão do dano, merece parcial provimento o apelo para condenar a reclamada a pagar ao reclamante R\$ 17.500,00 (dezesete mil e quinhentos reais), a título de danos morais.

CONCLUSÃO:

Isto Posto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento para condenar a reclamada a indenizar o reclamante por danos morais em R\$ 17.500,00 (dezesete mil e quinhentos reais).

Custas invertidas.

É o voto.

ACORDAM os Juizes doTribunal regional do trabalho, Exmo.(a) Sr(a). Dr(a) Procurador(a): JOSÉ CAETANO DOS SANTOS FILHO, por maioria, dar provimento parcial ao recurso para condenar a reclamada a indenizar o reclamante por danos morais em R\$ 17.500,00 (dezesete mil e quinhentos reais), vencido o Juiz Revisor e contra o voto do Juiz Paulo Américo Maia de Vasconcelos Filho, que lhe negavam provimento.

João Pessoa, 30 de maio de 2006.

VICENTE VANDERLEI NOGUEIRA DE BRITO

Juiz Relator

CIENTE EM ____/____/____

JOSÉ CAETANO DOS SANTOS FILHO

Representante do MPT

GJVV (GJAC) DENISE/RM/JAS

ACÓRDÃO PROC. NU.: 00242.2006.005.13.00-8
RECURSO ORDINÁRIO
RECORRENTE: JOSÉ TADEU ALCOFORADO CATÃO
RECORRIDOS: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL E
ADVOCEF-ASSOCIAÇÃO
NACIONAL DOS ADVOGADOS
DA CAIXA ECONÔMICA
FEDERAL

E M E N T A:

ADVOGADO-EMPREGADO.
RATEIO DE VERBA
HONORÁRIA. EXERCÍCIO DE
MANDATO ELETIVO.
REGULAMENTO INTERNO. O
rateio de honorários advocatícios,
destinado aos advogados-
empregados da CEF, é devido nos
estritos termos previstos no
regramento interno da entidade
incumbida do repasse da verba
(ADVOCEF), inclusive quanto à
exclusão de conotação
remuneratória, razão pela qual não
poderá ser concedido durante todo o
período de afastamento para o
exercício de mandato eletivo.
Sentença de 1º grau mantida.

Recurso obreiro a que se nega provimento.

Vistos etc.

Trata-se de Recurso Ordinário proveniente da 5ª Vara do Trabalho de João Pessoa - PB, em que são partes: JOSÉ TADEU ALCOFORADO CATÃO, recorrente, e CAIXA ECONÔMICA FEDERAL E ADVOCEF-ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS ADVOGADOS DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, recorridos.

O Juízo de origem, pelo sentenciado de fls. 225/229, excluiu a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL do pólo passivo da demanda e, no mérito, rejeitou os pedidos formulados pelo autor em face da ADVOCEF – ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS ADVOGADOS DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL.

Insurge-se o reclamante, às fls. 235/243, requerendo, de início, a reinclusão na lide da primeira demandada (CEF), postulando, em seguida, o deferimento do pleito exordial (participação em rateio de verba honorária), baseado nos seguintes argumentos: 1. as deliberações do II Congresso Nacional dos advogados da CEF, em nenhum momento, restringiram o rateio para os afastamentos compreendidos no art. 27 do regulamento de honorários; 2. Aos afastamentos previstos no art. 27 do

regulamento de honorários não se aplicam as regras restritivas do art. 27, dada a incompatibilidade entre ambas; 3. A CEF, ao regulamentar as hipóteses de incidência de honorários, inclusive os devidos em razão de acordo judicial (item 3.2 do Manual Normativo AE-061), não impôs qualquer restrição ao pagamento de honorários aos advogados em licença considerada de efetivo exercício, razão pela qual a entidade gestora (ADVOCEF) não poderia criar norma limitativa ao direito do recorrente; 4. Os sucessivos regulamentos elaborados pela ADVOCEF (mediante a participação de seus associados reunidos em assembléia) não receberam autorização da categoria para deliberar acerca dos honorários instituídos pela CEF; 5. Os honorários advocatícios possuem natureza salarial/remuneratória; 6. O regramento interno da CEF, relativo à percepção dos honorários advocatícios, agregou-se ao contrato de trabalho do recorrente, conforme previsão dos arts. 444 e 468 da CLT e 7. Incidência de honorários advocatícios aos processos instaurados antes da vigência da Lei nº 8.036/90.

Custas constantes à fl. 244.

Contra-razões pela ADVOCEF às fls. 250/259. A CEF, apesar de regularmente notificada, não apresentou contrariedade ao apelo do autor, conforme certidão de fl. 259-v.

É o relatório.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, conheço do Recurso Ordinário.

MÉRITO

A r. sentença de 1º grau rejeitou a preliminar de incompetência material dessa Justiça Especializada, acolhendo, no entanto, a de ilegitimidade passiva *ad causam* da Caixa Econômica Federal e, no mérito, julgou improcedente o pedido do autor.

O vindicante, inconformado com o sentenciado, requereu a reinclusão na lide da primeira demandada (CEF), postulando, em seguida, o deferimento do pleito exordial (participação em rateio de verba honorária), baseado nos seguintes argumentos: 1. as deliberações do II Congresso Nacional dos advogados da CEF, em nenhum momento, restringiram o rateio para os afastamentos compreendidos no art. 27 do regulamento de honorários; 2. Aos afastamentos previstos no art. 27 do regulamento de honorários não se aplicam as regras restritivas do art. 27, dada

a incompatibilidade entre ambas; 3. A CEF, ao regulamentar as hipóteses de incidência de honorários, inclusive os devidos em razão de acordo judicial (item 3.2 do Manual Normativo AE-061), não impôs qualquer restrição ao pagamento de honorários aos advogados em licença considerada de efetivo exercício, razão pela qual a entidade gestora (ADVOCEF) não poderia criar norma limitativa ao direito do recorrente; 4. Os sucessivos regulamentos elaborados pela ADVOCEF (mediante a participação de seus associados reunidos em assembléia) não receberam autorização da categoria para deliberar acerca dos honorários instituídos pela CEF; 5. Os honorários advocatícios possuem natureza salarial/remuneratória; 6. O regramento interno da CEF, relativo à percepção dos honorários advocatícios, agregou ao contrato de trabalho do recorrente, conforme previsão dos arts. 444 e 468 da CLT e 7. Incidência de honorários advocatícios aos processos instaurados antes da vigência da Lei nº 8.036/90.

A matéria, dada a sua complexidade, exige exame por partes.

Inicialmente, não se revela demasiado tecer-se algumas considerações acerca da competência da Justiça do Trabalho para apreciar a matéria, embora a questão não tenha sido reiterada em sede de contra-

razões. Filio-me, no caso, ao entendimento consagrado na OJ de nº 340 do TST: “O efeito devolutivo em profundidade do Recurso Ordinário, que se extrai do § 1º do art. 515 do CPC, transfere automaticamente ao Tribunal a apreciação de fundamento da defesa não examinado pela sentença, ainda que não renovado em contra-razões. Não se aplica, todavia, ao caso de pedido não apreciado na sentença.”

O pedido vestibular (participação em rateio de honorários advocatícios) teve origem na relação de emprego mantida pelo obreiro com a CEF. Independentemente pois, de ter o título natureza salarial ou indenizatória, é a Justiça do Trabalho competente para sua apreciação.

De outra banda, o fato da ADVOCCEF, entidade para a qual a CEF repassava os honorários advocatícios para rateio entre os advogados empregados, não ser a empregadora do autor e de ser o pedido relativo a um possível descumprimento de regulamento de pessoa jurídica, de forma alguma, retira a competência dessa Justiça Especializada, em função da postulação ter se originado, como já ressaltado, de uma primitiva relação laboral. Aliás, a obrigação de ratear os honorários seria, a princípio da Caixa, tendo essa entidade repassado para terceiro uma obrigação que era sua.

Ademais, mesmo que se entendesse que, em relação à ADVOCEF, a competência para apreciação da lide seria da Justiça Comum, não haveria como se desmembrar o julgado, admitindo-se pois, nossa competência também quanto a essa entidade, a fim de evitar-se decisões conflitantes, aplicando-se, ao caso, o princípio da unidade de convicção, que vem, inclusive, sendo utilizado em larga escala no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em hipóteses semelhantes. De acordo com esse princípio, “se um ramo do Judiciário conhece de um tema deve conhecer do outro que lhe é conexo para evitar-se decisões contraditórias.”

Apreciada essa questão, passo ao exame da matéria posta a discussão pelo recorrente.

Para uma perfeita compreensão da demanda, revela-se, no entanto, imprescindível uma breve análise da peça vestibular.

Segundo a exordial, o reclamante é advogado dos quadros da Caixa Econômica Federal, tendo sido eleito vereador do município de Sertãozinho/PB, com afastamento de suas atividades no período de 01.07.2005 a 30.06.2007 e opção pela remuneração da CEF.

Alega que, durante mais de dez anos percebeu os honorários sucumbenciais e remuneratórios pagos pela CEF, de acordo com seus normativos internos, e que eram

rateados pela segunda demandada (ADVOCEF) entre todos os advogados empregados. Argumenta, ainda, que esta Associação, dizendo-se amparada pelo Regulamento de honorários (§ 2º, art. 29), excluiu o seu nome do rateio a partir do mês de janeiro/2006, razão pela qual requereu a condenação solidária das duas entidades nos seguintes títulos: “a) na obrigação de não excluírem o reclamante do rateio da verba honorária durante o período de afastamento para exercer mandato eletivo; b) na obrigação de não excluírem o nome do reclamante dos rateios da verba honorária referentes aos processos judiciais anteriores a data do afastamento, inclusive os honorários do FGTS e da EMGEA (item V.6), condenando-as ainda, a c) não suspenderem o rateio dos honorários quando do retorno do autor às atividades da empregadora; e d) pagarem ao mesmo reclamante, em 48 horas, a importância de R\$ 2.200,81 (dois mil e duzentos reais e oitenta e um centavos), referente à participação no rateio do mês de janeiro/2006 e meses vindouros.”

Feita essa breve retrospectiva da exordial, volto à análise da matéria.

O Estatuto da OAB, visando valorizar os esforços despendidos pelos advogados nos processos que patrocinavam e com o intuito de corrigir injustiças, já que, apesar, de todo o labor por eles

desenvolvido, os honorários advocatícios pagos por terceiros, nas causas em que estes sucumbiam, ficavam sempre com a parte vencedora, veio modificar essa questão, estabelecendo, em seu art. 21, que a verba de sucumbência seria devida aos advogados empregados, *in verbis*:

“Art. 21. Nas causas em que for parte o empregador, ou pessoa por este representada, os honorários de sucumbência são devidos aos advogados empregados.

Parágrafo único. Os honorários de sucumbência, percebidos por advogado empregado de sociedade de advogados são partilhados entre ele e a empregadora, na forma estabelecida em acordo.

* O STF, no julgamento da liminar da ADIN 1.194-4 (DJU 29.03.1996), decidiu: “Por votação unânime, o Tribunal deferiu, parcialmente, a medida liminar para limitar a

aplicação do art. 21 parágrafo único da mesma lei (Lei 8.906/94) aos casos em que não haja estipulação contratual em contrário (...).”

A CEF, visando disciplinar a questão em seu âmbito interno, editou o Manual Normativo AE 061 01, dispondo nos itens 3.1 e 3.3 (fl .27) o seguinte:

“3.1. A CAIXA recebe e contabiliza os valores relativos a honorários advocatícios devidos nos processos judiciais, ajuizados ou conduzidos por advogado pertencente ao seu quadro de empregados, e repassa mensalmente tais valores à ADVOCEF”.

3.3. Em qualquer ação judicial ajuizada e/ou acompanhada por advogado empregado da CAIXA, inclusive ações de conhecimento, o percentual de honorários é de 5% (cinco por cento), a incidir sobre o

valor da recuperação ou do acordo quanto este for efetivado...”.

Verifica-se pois, que a CEF ampliou o direito aos honorários dos advogados empregados, visto que o Estatuto da OAB os previa apenas em relação à sucumbência. De acordo com o normativo interno da Caixa passaram eles a ser devidos também nos casos de acordo.

Inicialmente convém explicitar que o art. 14 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia, desvinculou a verba honorária da remuneração, nos seguintes termos:

“Os honorários de sucumbência, por decorrerem precipuamente do exercício da advocacia e só acidentalmente da relação de emprego, não integram o salário ou a remuneração, não podendo, assim, ser considerados para efeitos trabalhistas ou previdenciários.

Parágrafo único. Os honorários de sucumbência dos advogados empregados constituem fundo

comum cuja destinação é decidida pelos profissionais integrantes do serviço jurídico da empresa ou por seus representantes.”

Não há, no meu sentir, como se desvincular da remuneração a verba honorária do advogado, que também é empregado da empresa. Ela é paga justamente em função da relação de emprego mantida entre as partes, constituindo-se em um *plus* salarial, o mesmo ocorrendo com relação aos honorários decorrentes de acordos. Entretanto, como a lei, expressamente, desvincula os honorários da remuneração, curvo-me à disposição legal.

Mister se faz indagar, também, se o advogado-empregado, que se afastou dos quadros da empresa para exercer mandato eletivo municipal, hipótese dos autos, continua a gozar desse benefício durante o período de afastamento.

A resposta a essa indagação nos é dada pelos regramentos internos das duas entidades, ou seja, da Caixa e da ADVOCEF.

O normativo interno da Caixa (RH 072 03), ao tratar dos afastamentos considerados como de efetivo exercício, assim dispõe, em seu item 3.2.1. (fls. 42/43):

“Ressalvados os casos expressos em lei, é considerado como de efetivo exercício o afastamento do empregado decorrente de:

(...)

exercício de mandato eletivo federal, distrital, estadual ou municipal (RH 031)”.

Por sua vez, a ADVOCEF, entidade instituída pelos advogados empregados da CEF, editou também um normativo para tratar da questão, ou seja, o Regulamento de Honorários de Sucumbência dos Advogados da Caixa, formulado a partir de reuniões dos associados em Assembléias realizadas em Congressos Nacionais dos advogados empregados.

Do último Congresso realizado pela entidade, na cidade de Natal, no período de 12 a 14 de agosto de 2004, resultou o atual Regulamento em vigor (fls.184/198). Merece destaque o disposto nos artigos 27 e 29 desse normativo, a seguir transcritos:

“Art. 27. Terão direito de participar do rateio da verba honorária arrecadada, todos os Advogados do Quadro que se encontrarem em efetivo exercício de atividades jurídicas no âmbito da CEF.

§ 1º. Considera-se em efetivo exercício para tal fim, além das hipóteses legais contempladas na Consolidação das Leis do Trabalho, e das hipóteses previstas no Regulamento de Pessoal da CEF, o advogado que:

- a) permanecer em gozo de licença médica a partir do 16º dia (décimo sexto) dia de afastamento, enquanto perdurar tal licença;
- b) estiver em gozo de licença para tratar de saúde de pessoa da família, até o limite máximo de seis meses, e
- c) for dirigente sindical de entidade representativa dos

advogados, ou dirigente da ADVOCEF.

§ 2º. Considera-se no âmbito da CEF, toda e qualquer atividade jurídica exercida por Advogado do Quadro em nome da CEF e vinculada a uma de suas unidades....

Art. 29. O Advogado que se afastar da atividade jurídica da CEF para exercer outra atividade na CEF, ou fora dela, terá direito a participar do rateio da verba honorária arrecadada até 06 (seis) meses após a data do fato, observado o contido nos parágrafos seguintes:

(...)

§ 2º. No caso de retorno, o Advogado não participará do rateio dos honorários pelo mesmo período que os recebeu após o seu afastamento.” (grifos postos)

Na hipótese dos autos, verifica-se que o autor se afastou de suas atividades jurídicas na CEF para exercer o mandato de vereador no dia 01/07/2005, quando já estava em vigor o Regulamento supra da ADVOCEF, mandato este que irá perdurar até 30/06/2007.

Pelos termos do regulamento, verifica-se que, para que o reclamante fizesse jus ao rateio dos honorários, seriam necessárias três condições: 1. exercício efetivo; 2. atividade jurídica; 3. âmbito da CEF.

No caso, o reclamante não se encontra em efetivo exercício na Caixa, já que se afastou para exercer o mandato de vereador, nem tampouco encontra-se exercendo atividade jurídica.

Embora o normativo interno da Caixa considere, como de efetivo exercício, o afastamento do empregado decorrente de mandato eletivo municipal (RH 072 03 – fls. 42/43), o Regulamento da ADVOCEF, por ser mais específico (art. 29), é o que se aplica ao caso, até porque o normativo interno da CEF não previu como seria o rateio no caso do empregado que se encontra afastado, o que veio a ser disciplinado pelo estatuto da associação.

Também não vislumbro incompatibilidade entre regras contidas no próprio

Regulamento da ADVOCEF, mais precisamente entre os artigos 27 e 29 do mencionado diploma.

O art. 27, § 1º considera, na realidade, como de exercício efetivo, para fins de rateio, as hipóteses previstas no regulamento da Caixa, aí incluídas, a uma primeira vista, o afastamento relativo ao mandato eletivo. No entanto, enquanto esta regra diz que haverá direito ao rateio, a regra do art. 29 apenas o limita para um espaço de tempo até seis meses do afastamento. A incompatibilidade, como se vê, é apenas aparente.

É de bom alvitre destacar-se, ainda, que o Estatuto da Associação foi formulado pelos próprios empregados advogados da CEF, dentre eles, o reclamante (documento de fl. 176), em prol de toda a categoria. É de se causar estranheza que o demandante, que contribuiu na elaboração do estatuto, somente agora, quando seus interesses estão sendo contrariados, venha a suscitar a invalidade ou ineficácia dele.

Frise-se, também, que não existe qualquer empecilho para que o Regulamento dispusesse tanto acerca dos honorários de sucumbência quanto sobre aqueles provenientes de acordo, como tenta fazer crer o recorrente. O Estatuto da OAB, embora preveja apenas os primeiros, não impede que as partes disponham sobre a sua incidência em

acordos, estabelecendo, em consequência, sua normatização por meio de estatuto.

Por fim, não merece guarida as alegações do autor em relação aos honorários referentes aos planos do FGTS.

Aduz o recorrente que lhe é devida a verba honorária relativa às ações dos expurgos inflacionários dos planos econômicos ajuizadas antes da vigência da Lei 8.036/90.

Sem razão.

Conclui-se que o rateio dos honorários não tinha qualquer correlação com as ações em que os advogados participaram. O recolhimento da parcela era mensal, efetuado de acordo com os repasses feitos pela CEF, até porque se assim não fosse, seria necessário analisar-se cada feito isoladamente, a fim de averiguar quais os advogados que acompanharam os processos, excluindo-se os que não atuaram, o que seria impraticável e se desvirtuaria do fim a que os honorários foram destinados, ou seja, o proveito de toda a categoria.

Portanto, embora entenda que a verba honorária tinha típica natureza remuneratória, não há como se acolher o inconformismo do autor, em face do disposto no Regulamento da OAB (que desvincula o seu

caráter salarial) e no normativo interno da ADVOCEF, rejeitando-se, em consequência, o pleito atrial, quer em relação à CEF, quer no tocante à ADVOCEF.

Mantenho a decisão de 1º grau.

Isto posto, nego provimento ao recurso.

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, negar provimento ao recurso, com ressalva de voto dos Juízes Francisco de Assis Carvalho e Silva e Paulo Américo Maia de Vasconcelos Filho.

João Pessoa, 06 de setembro de 2006

ANA MARIA FERREIRA MADRUGA
Juíza Relatora

GJAM/TH

ACÓRDÃO PROC. Nº 01563.2005.006.13.00-5
RECURSO ORDINÁRIO
RECORRENTE: BOMPREÇO S/A – SUPERMERCADOS
DO NORDESTE
RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA.
REVISTA EM OBJETOS
PESSOAIS DOS EMPREGADOS
NO INÍCIO E TÉRMINO DO
EXPEDIENTE.
SUPERMERCADO. CONDUTA
LESIVA À DIGNIDADE DO
TRABALHADOR.

I – Ação Civil Pública
ajuizada pelo Ministério Público do
Trabalho, na qual avulta
incontroverso o fato de que a
reclamada, empresa ligada ao ramo
comercial de supermercados,
empreende sistematicamente a
revista nos pertences de seus
empregados no início e término do
expediente, sob o pretexto de

promover a segurança e de proteger seu patrimônio contra investidas criminosas.

II – Tal conduta é antijurídica, pois, além de constituir abuso do poder diretivo empresarial, atenta contra o princípio da presunção da inocência, configurando ofensa à dignidade do trabalhador.

III – Há de se ressaltar que, no ordenamento jurídico brasileiro, a intimidade do empregado – cujo conceito se estende aos seus objetos pessoais – constitui garantia inviolável, não podendo ser sobrepujada pelo direito de propriedade do empregador, sob pena de subversão dos valores jurídicos estabelecidos na Lei Maior.

IV – Diante de tais considerações, é de ser confirmada a decisão de primeira instância quanto às obrigações de não fazer impostas à ré, no sentido de abster-se de realizar

as referidas inspeções.

V – Entrementes, no caso específico dos autos, não há como concluir que a postura da empresa seja causadora de um sentimento social de indignação, de desagrado e de vergonha capaz de propiciar a indenização por dano moral coletivo em favor do Fundo de Amparo ao Trabalhador, razão pela qual se impõe excluir tal verba da condenação.

VI – Recurso parcialmente provido.

“Vistos, etc.

Trata-se de Recurso Ordinário interposto pelo BOMPREGO S.A. – SUPERMERCADOS DO NORDESTE, nos autos da Ação Civil Pública que foi promovida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO.

Após as audiências de instrução processual, fls. 198/203, o Juízo da Vara do Trabalho, por meio da decisão de fls. 205/208, rejeitou as preliminares de ilegitimidade ativa e impossibilidade do pedido, e, no mérito, julgou procedente a ação civil pública proposta pelo

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, para condenar a ré a pagar, com juros e correção monetária, indenização por dano moral coletivo no valor de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), revertida em favor do FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador, e ainda, confirmando a liminar concedida, fls. 66/67, condenou a reclamada a cumprir as seguintes obrigações: abster-se de realizar revistas íntimas em seus empregados, ex-empregados ou candidatos a emprego, assim entendidas aquelas que importem qualquer tipo de contato físico e/ou exposição de partes do corpo ou objetos pessoais, e abster-se de adotar, na defesa de seu patrimônio ou por qualquer outra razão, vigilância em áreas privadas (banheiros, vestiários, etc) ou vigilância de caráter típico e claramente individual, que configura prática vexatória e/ou atentatória da dignidade e da intimidade de seus empregados. Fixou a multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por cada empregado, ex-empregado ou candidato a emprego, em caso de descumprimento das obrigações impostas, a ser corrigida a partir da data da imposição da obrigação até o efetivo pagamento da multa. Custas pelo autor, no valor de R\$ 20.000,00, calculadas sobre o valor da causa.

Embargos de Declaração, pela reclamada, às fls. 212/219, os quais foram julgados improcedentes, fl. 224.

Contra esta decisão, recorre a reclamada, às fls. 226/244, reiterando os termos da contestação. Pretende a reforma do julgado, fundamentando na legalidade e lisura do procedimento de revista, já que não havia nenhum contato físico, pois efetuava apenas revista nas bolsas dos funcionários, de forma visual, em nada atentando contra os seus direitos fundamentais. Sustenta que sua ação era pautada em seu poder disciplinar e diretivo, inerentes a sua condição de empregador, sem que fossem cometidos quaisquer tipos de abusos. Assim, requer a reforma da sentença para que a ação seja julgada improcedente ou, pelo menos, seja reduzido o valor atribuído à indenização, em respeito ao princípio da razoabilidade e aos regramentos específicos que limitam tais indenizações.

Custas processuais pagas e depósito recursal efetivado (fls. 256/257).

Contra-razões às fls. 262/266.

O representante do Ministério Público do Trabalho não emitiu parecer, em razão de a matéria encontrar-se plenamente debatida nos autos, já que se trata de ação civil pública ajuizada por aquele Órgão (fl. 270).”

É o relatório, aprovado em sessão.

V O T O

PRELIMINAR DE NÃO-
CONHECIMENTO DOS DOCUMENTOS DE FLS. 245/255
(SUSCITADA PELO AUTOR-RECORRIDO)

A apresentação dos documentos de fls. 245/255 não se enquadra ao disposto na Súmula nº 08 do Tribunal Superior do Trabalho.

Por tal razão, acolho a preliminar em epígrafe e não conheço dos indigitados documentos.

ADMISSIBILIDADE RECURSAL
Conheço do recurso ordinário, eis que regularmente interposto.

MÉRITO

Da Conduta Ilícita Atribuída à Ré

Conforme já relatado, o Juízo da 6ª Vara do Trabalho de João Pessoa, acolhendo a argumentação formulada pelo Ministério Público na presente Ação Civil Pública, concluiu que o procedimento de revista nos pertences dos empregados da empresa, no início e término do expediente, bem como a manutenção de câmeras de segurança instaladas em lugares íntimos, constitui violação ao direito à dignidade. Por tal razão, impôs à demandada as seguintes

obrigações: (1) abster-se de realizar revistas íntimas, inclusive inspeção de objetos pessoais, em seus empregados, ex-empregados ou candidatos a emprego; (2) abster-se de adotar, por qualquer razão, vigilância individual ou em áreas privadas, tais como banheiros e vestiários; (3) pagar indenização por danos morais coletivos no importe de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), revertida em favor do FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhado, e multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por cada empregado, ex-empregado ou candidato a emprego que venha a sofrer constrangimento em decorrência do descumprimento da decisão.

A empresa recorre, afirmando que a vistoria não pode ser considerada ilícita, uma vez que se restringe ao exame visual de bolsas e sacolas, com vistas à segurança de pessoas e de seu patrimônio. Sustenta que esta prática é aceita pelo próprio Ministério Público e também é plenamente admitida pela doutrina e jurisprudência, nela inexistindo, em sua ótica, o menor traço de lesão à intimidade de seus empregados.

Sem razão, entretanto.

Inicialmente, faz-se pertinente repisar que o pedido do Ministério Público, nesta ação civil pública, originou-se do conhecimento de fatos debatidos em reclamação trabalhista anterior, na qual se reconheceu o direito

de uma ex-empregada à reparação por danos morais, em razão de haver sido submetida à revista pessoal **de modo constrangedor**, que foi levada a efeito em público e sob a suspeita infundada de haver furtado mercadorias.

É bem verdade que, na presente demanda, não há como se extrair a convicção de que tal procedimento – ou seja, a abordagem ostensiva e abusiva ao empregado – constitua uma prática constante da ré.

Há, entretanto, a certeza de que o empregador procede à revista dos pertences de seus funcionários no início e final do expediente. Trata-se de fato incontroverso, já que admitido tanto na peça contestatória quanto no depoimento do preposto e nas razões recursais.

O que se deve perquirir, portanto, é se essa simples inspeção nos objetos pessoais, ainda que não assuma feições de agressividade (tal como ocorre nos casos de apalpamento e de desnudamento do empregado perante outras pessoas) deve ser considerada como atitude contrária ao direito, a ser afastada mediante provimento jurisdicional.

Entendo que sim.

O cenário jurídico brasileiro atual é marcado por intensa preocupação no sentido de garantir o efetivo exercício da cidadania e de conferir ampla proteção dos direitos da personalidade, resultando desse processo o

enaltecimento da dignidade da pessoa natural como valor máximo a ser defendido em todos os campos do relacionamento social.

Tanto é assim, que o legislador constituinte de 1988, tendo erigido a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Brasileira (art. 1º, inciso III), traçou como meta fundamental da nação a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I) e prescreveu como direitos invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, inciso X).

O art. 170 da Carta Magna, que trata da ordem econômica, ratifica tais princípios, estabelecendo o respeito à dignidade do trabalhador como valor máximo a ser observado a realização da atividade produtiva.

No campo prático do Direito do Trabalho, assistimos, no limiar desse novo milênio, a uma atuação positiva dos organismos de defesa em busca do ajustamento da conduta dos empregadores, seja mediante instrumentos conciliatórios, seja por meios coercitivos, com o escopo de trazê-los ao bom caminho da execução contratual, tendo como norte a obtenção dos valores humanos exaltados no Texto Constitucional.

Respeito. Honra. Dignidade. São essas as expressões que conduzem, agora, à reflexão sobre a juridicidade da revista pessoal que os empregadores ligados ao ramo de supermercados lançam mão sob o pretexto de defender seu patrimônio contra eventuais furtos praticados pelos empregados.

O pacto de trabalho, como se sabe, é firmado *intuito personae*, tendo como um dos seus componentes fundamentais a confiança entre as partes. É o elemento fiduciário que dá suporte à convivência pacífica do empregador e empregado, em busca do objetivo empresarial.

Como contrato comutativo, implica a observância de um conjunto de prestações recíprocas entre os contratantes, aos quais se impõe o dever de zelar pela manutenção de um relacionamento profissional sedimentado em preceitos éticos.

Ora, se a relação trabalhista deve ser pautada, ao longo de toda a execução contratual, na confiança e no respeito mútuo, não há como admitir que o empregador possa adotar a prática de revistar os pertences de seus empregados, investindo-se ilegalmente no poder de polícia e depositando contínua suspeita sobre a atuação do colaborador.

Tal conduta afigura-se antijurídica, pois, além de constituir abuso do poder diretivo, atenta contra

o princípio da presunção da inocência, por trazer em si a sugestão de que todos os empregados têm tendência à subtração de produtos. É justamente aí que reside a ofensa à dignidade do trabalhador.

Evidente que o presente caso não deve ser analisado sob a ingênua perspectiva de que vivemos em um paraíso terrestre onde imperam a honestidade e a boa-conduta. O Brasil, nesses tempos tão conturbados, está bem longe de ser considerado um modelo de lugar seguro. Por isso mesmo, não se pode negar ao empregador, diante da possibilidade de sofrer perdas por ato lesivo praticado seja por quem for, o direito de zelar por seu patrimônio e de protegê-lo do risco de subtrações criminosas.

Isso não significa, porém, que deva fazê-lo de modo a atingir a dignidade de seus empregados, imputando-lhes, diariamente, uma carga de extrema desconfiança na condução do contrato.

O fato de se tratar de estabelecimento que comercializa centenas de produtos de pequeno tamanho, fáceis de serem furtados, não pode servir de sustentáculo ao procedimento adotado pela ré. Caso contrário, o direito à dignidade seria sobrepujado pelo direito de propriedade, bem jurídico de menor valor, acarretando a subversão dos princípios constitucionais.

Aliás, não tem a menor razão de ser a alegação de que os supermercados e outros estabelecimentos do gênero necessitam proceder às inspeções rotineiras, para fins de assegurar a higidez patrimonial. A prevalecer esse pensamento, teríamos que admitir a generalização dessas revistas pessoais, haja vista que muitos outros empreendimentos, e até mesmo os órgãos públicos e os ambientes domésticos, possuem objetos e mercadorias valiosas sob os seus domínios, suscetíveis de serem facilmente subtraídas.

Impõe colocar em relevo, também, que a empresa detém o direito de contratar aquele que considera qualificado e merecedor da confiança necessária à consecução dos serviços. Pairando dúvidas sobre o caráter do candidato, pode muito bem recusar a contratação. Noutro ângulo, caso haja ocorrências criminosas em relação a determinado trabalhador, o ordenamento jurídico autoriza o empregador a romper o contrato e obter as devidas reparações.

Convém acentuar, além disso, que a tecnologia oferece meios modernos de fiscalização que não importam em afronta concreta à dignidade dos trabalhadores, tais como as etiquetas magnéticas e os equipamentos de controle visual, desde que instalados em lugares nos quais não se configure violação da privacidade.

O que não se pode aceitar é que os empregados sejam considerados potenciais infratores, submetendo-se a fiscalização de seus pertences de forma não condizente com a dignidade humana.

Crítica importante que se faz à hipótese sob exame, e que me parece apropriada, é que, por motivo de equilíbrio contratual, se o empregador se julga detentor do direito de vasculhar os objetos do empregado, com o fito de evitar eventuais furtos, também ao empregado deve ser assegurado o direito de revistar o empregador e seus prepostos, para garantir que seus pertences não venham a desaparecer no local de trabalho.

Também não há guarida para o argumento de que a inspeção empreendida pela empresa estaria acobertada pelo fato de se tratar de procedimento comum ao qual estão sujeitas todas as pessoas no cotidiano, tal como ocorre com a revista pessoal realizada em casas noturnas e aeroportos. A vistoria em tais casos decorre de medida de segurança e tem o escopo de proteger a coletividade e o próprio cidadão revistado contra atos de violência. Decerto o exame dos objetos pessoais dos empregados da ré não possui essa finalidade, pois, se assim fosse, a revista também se estenderia aos clientes que transitam no estabelecimento, o que não ocorre na prática.

Sob outro enfoque, na trilha do pensamento externado pelo Ministério Público do Trabalho, há de se salientar que, em face do princípio da isonomia, o preceito contido no art. 373-A da CLT, embora endereçado à mulher, proíbe a realização de “revista íntima” em qualquer empregado, independente do sexo, sendo certo que o conceito de intimidade estende-se não só ao corpo como também aos objetos pessoais do trabalhador.

Por todas essas razões, pode-se concluir, como o fez o Juízo de primeiro grau, que a prática da ré de proceder à revista dos objetos pessoais de seus empregados, ainda que por meio de mera observação visual, configura violação da dignidade e dos valores sociais do trabalho.

Descabida a alegação da recorrente de que há confissão do *Parquet* quanto à legalidade do procedimento empresarial, em virtude de tê-lo admitido em termos de ajuste de conduta firmados com outros empreendimentos. A assertiva resvala no vazio, pois, além de carecer de substrato probatório, apresenta-se incoerente com a orientação adotada pela Coordenadoria Nacional de Promoção de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho do Ministério Público, referida em contra-razões, no sentido de não se admitir revistas íntimas dos empregados, assim

compreendidas aquelas que importem contato físico e/ou exposição visual de partes do corpo ou objetos pessoais (fl. 265).

E ainda que houvesse prova dos referidos ajustes, a sua existência não impediria que o Ministério Público do Trabalho, por intermédio da Procuradoria Regional da 13ª Região, questionasse, como realmente o fez, a legalidade da conduta da empresa em relação aos empregados contratados nesta unidade federativa. A independência funcional permite assim proceder, sem que nisso haja ofensa aos princípios da unidade e indivisibilidade que caracterizam a instituição.

Tampouco as convenções coletivas anexadas aos autos dão lastro ao procedimento da ré, mormente porque suas normas não se estendem aos contratos de trabalho executados no Estado da Paraíba.

Por todas essas colocações, impõe-se confirmar a decisão de primeira instância quanto às obrigações de não fazer dirigidas à ré (abster-se de realizar revistas íntimas, inclusive inspeção de objetos pessoais e de adotar vigilância individual ou em áreas privadas), as quais se mostram adequadas à restauração do ambiente laboral condizente com o respeito à intimidade e honra dos trabalhadores.

Sublinhe-se não haver sido evidenciado nos presentes autos a alegação de que a empresa mantém câmeras em lugares íntimos, afigurando-se pertinente, em todo caso, a obrigação de que não venha a fazê-lo no futuro, como já se estabeleceu na sentença.

Da Indenização Por Dano Moral Coletivo

A despeito das colocações expostas no item anterior, penso que, no caso específico, a condenação em danos morais coletivos não se faz pertinente.

Não se pode deixar de reconhecer que a revista cotidiana de bolsas e outros objetos pessoais é, até então, admitida por um segmento considerável da doutrina e jurisprudência.

Com efeito, vozes de envergadura no cenário jurídico nacional consideram antijurídicas apenas as hipóteses em que o empregado é submetido a condições tidas por degradantes (apalpamento, desnudamento etc.), aceitando a possibilidade de que sejam realizadas inspeções comuns, sem contato físico, para fins de proteção da propriedade do empregador.

A conduta da ré decerto pautou-se nesse entendimento, o que a levou, inclusive, a recusar-se a

firmar ajuste perante o Ministério Público do Trabalho, por acreditar que os procedimentos não malferiam a dignidade de seus empregados.

Em tal contexto, embora tenhamos concluído, nas linhas acima, que o procedimento de revista é antijurídico e deve ser corrigido, não nos parece justo que, de um momento para o outro, a empresa tenha que responder por dano moral em benefício do Fundo de Amparo ao Trabalhador, ainda mais se considerada a quantia exorbitante fixada na sentença.

Há de se levar em consideração, também, que a lesão perpetrada pela postura da demandada restringe-se ao universo de seus trabalhadores, não havendo como se concluir que seja causadora de um sentimento social de indignação, de desagrado e de vergonha capaz de propiciar a indenização por dano moral coletivo, tal como ocorre, por exemplo, nos casos em que a sociedade toma conhecimento de empresários que mantêm sob seu jugo trabalhadores em condição análoga a de escravo.

As obrigações de não fazer impostas na sentença, por si só, revestem-se de caráter pedagógico, na medida em que revelam à empresa que, doravante, necessário se faz que a sua conduta seja pautada na adoção de procedimentos que não venham a atingir a dignidade dos seus

funcionários. Nesse contexto, a cominação pecuniária a ser imposta, em caso de eventual inobservância do comando jurisdicional, afigura-se bastante para desestimular a demandada de persistir na realização das revistas pessoais.

Por tais razões, a indenização por danos morais coletivos deve ser extirpada da condenação.

Da Existência de Erro Material na Sentença

Convém observar que, na parte final da sentença (fl. 208), consignou-se, de forma manifestamente incorreta, que as custas processuais deveriam ficar a cargo do autor, quando deveriam ser da ré, já que a ação foi julgada procedente. O equívoco acima se insere no conceito de erro material, sanável de ofício em qualquer momento ou grau de jurisdição, nos termos do artigo 833 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Dessa forma, convém determinar a correção do dispositivo do julgado, para nele constar que as custas processuais são a cargo da ré.

Conclusão

Isto posto, dou provimento parcial ao recurso para excluir da condenação a indenização de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) por danos morais

coletivos, bem como determinar a correção de erro material na parte dispositiva da sentença de fls. 205/208, para que conste que as custas processuais são a cargo da ré.

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, com a presença do representante da Procuradoria Regional do Trabalho, Exmo. Sr. Dr. Procurador CLÁUDIO CORDEIRO QUEIROGA GADELHA, por unanimidade, não conhecer dos documentos de fls. 245/255; Mérito: por maioria, pelo voto médio, dar provimento parcial ao apelo para excluir da condenação a indenização por dano moral coletivo no valor de 2.000.000,00 (dois milhões de reais), bem como determinar a correção do erro material na parte dispositiva da sentença de fls. 205/208, para que conste que as custas processuais são a cargo da ré; vencidos parcialmente os Juízes Relator e Revisora, que lhe davam provimento para julgar improcedente a Ação Civil Pública, com as divergências parciais dos Juízes Edvaldo de Andrade e Carlos Coelho de Miranda Freire, que reduziam a condenação por danos morais ao importe de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

João Pessoa, 14 de junho de 2006.

FRANCISCO DE ASSIS CARVALHO E SILVA

Juiz designado para redigir o Acórdão

ACÓRDÃO PROC. Nº 07940.2003.000.13.00-0

AÇÃO RESCISÓRIA

AUTOR: WILSON RODRIGUES DE SOUSA FILHO

RÉU: INSS – INSTITUTO NACIONAL DO
SEGURO SOCIAL

E M E N T A: AÇÃO RESCISÓRIA.
VIOLAÇÃO À COISA JULGADA.
INOCORRÊNCIA. Não viola a
autoridade da coisa julgada sentença
resolutiva de Embargos à Execução
que, a despeito de a sentença
cognitiva, passada em julgado, não
haver feito menção à necessidade de
recolhimento de contribuições
previdenciárias decorrentes de
vínculo empregatício reconhecido no
julgado exequendo, acolheu como
adequados os cálculos de liquidação
concernentes à apuração de
contribuições previdenciárias não
recolhidas na contratualidade. Com
efeito, a teor do artigo 114, VIII, da
Constituição Federal de 1988,

competete à Justiça do Trabalho executar, de ofício, as contribuições devidas à seguridade social, previstas no artigo 195, I, “a”, e II. Assim, independente de a sentença exequenda mencionar as citadas contribuições, tendo havido reconhecimento de período contratual negado pelo empregador, com determinação de anotação de CTPS da Reclamante, é corolário lógico e imperativo que se cobrem as contribuições previdenciárias que não foram pagas, espontaneamente, nos períodos reconhecidos, não havendo se falar que a sentença de Embargos incorreu em violação ao comando emanado de sentença cognitiva transitada em julgado.

Vistos, etc.

Ação Rescisória proposta por
WILSON RODRIGUES DE SOUSA FILHO em face do
INSS-INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL,

visando desconstituir sentença prolatada em sede de Embargos à Execução intentados nos autos da Reclamação Trabalhista nº 0282.1999.004.13.00-3, em que figura como Reclamante Maria José dos Santos.

Alega o Autor que, no âmbito da Reclamação Trabalhista originária, foi condenado unicamente na anotação da carteira profissional da então Reclamante Maria José dos Santos, relativamente a dois contratos de trabalho, tendo sido devidamente cumprida a obrigação de fazer determinada em Juízo, com as anotações efetivadas na CTPS da Reclamante.

Todavia, segundo sustenta, houve posterior determinação judicial de apuração de dívida previdenciária em desfavor do ora Autor, com o desencadeamento de processo executório.

Foram opostos Embargos à Execução, acolhidos apenas parcialmente, pela sentença de fls. 254/255, para o fim de reduzir a dívida, fixando-a em R\$ 3.723,24 (três mil setecentos e vinte e três reais e vinte e quatro centavos), valores atualizados até 01/08/2003.

Aduzindo que tal decisão se houve em erro de fato, em violação à coisa julgada e a literal dispositivo de lei, e afirmando, inclusive, que comprovou o correto pagamento das contribuições previdenciárias referentes

aos pactos laborais firmados com a senhora Maria José dos Santos, invoca o Artigo 485, em seus incisos, IV, V e IX, do CPC, e pede a procedência de sua postulação, de modo a decretar-se a rescisão da decisão hostilizada, declarando-se, assim, nulo o processo de execução das contribuições previdenciárias.

Constatando que a petição inicial não se fez acompanhar de cópias da Ação Trabalhista intentada na origem, despachei às fls. 12, determinando a sua emenda, de modo que o Autor trouxesse aos autos as cópias das peças processuais alusivas ao feito originário, devidamente autenticadas, o que foi cumprido.

Contestação do Réu às fls. 280/282.

Razões finais às fls. 286/287 e fls. 289/290, pelo Autor e pelo Réu, respectivamente.

O Ministério Público do Trabalho, em manifestação de fls. 294, pugnou pela intimação do Autor, com vistas a que indicasse o dispositivo legal que entendesse violado, sugestão acolhida pelo Relator, conforme despacho de fls. 297.

Regularmente intimado, o Acionante não se pronunciou.

Às fls. 307, o representante ministerial, em nova manifestação, sugere a realização de

diligência, a fim de que o Autor apresentasse a certidão de trânsito em julgado da decisão rescindenda, o que não foi acolhido por este Relator (v. fls. 310), em virtude de tal documento se encontrar às fls. 09 dos autos.

Em parecer de fls. 313/316, o douto Ministério Público do Trabalho opinou, preliminarmente, pela declaração de inépcia da inicial quanto ao pedido de desconstituição da decisão rescindenda por violação a literal disposição de lei e, no mais, pela improcedência da demanda.

É o relatório.

V O T O

DA INÉPCIA PARCIAL DA INICIAL

Aponta o douto representante do Ministério Público do trabalho a inépcia da petição inicial, relativamente ao pedido de desconstituição do julgado por violação a literal disposição de lei, em virtude de não ter o Autor indicado expressamente – apesar de intimado para tanto –, a norma que considera violada.

Sobre o tema, a respeitável doutrina de Manoel Antonio Teixeira Filho pondera que, mesmo sendo recomendável ao Autor que indique sempre na peça de ingresso a norma que teria sido fustigado pela decisão

rescindenda, seria possível o Autor ater-se à narração dos fatos e à formulação de respectivo pedido, ainda que não tenha indicado o preceito legal supostamente violado. Isso, em virtude da incidência do princípio *iura novit curia* (“o juiz conhece a lei”).

Entretantes, o entendimento dominante do Colendo TST se direciona no sentido inverso do acima colocado, conforme se extrai do teor da Orientação Jurisprudencial nº 33, da SBDI-2, abaixo transcrita:

ACÇÃO RESCISÓRIA. PETIÇÃO INICIAL. VIOLAÇÃO LITERAL DA LEI. PRINCÍPIO *IURA NOVIT CURIA*

Fundando-se a ação rescisória no artigo 485, inciso V, do CPC, é indispensável expressa indicação na petição inicial da ação rescisória do dispositivo legal violado, não se aplicando, no caso, o princípio *iura novit curia*.

Entende, pois, a jurisprudência, que a pretensão rescisória fundada no inciso V do artigo 485 do

CPC somente se revela viável mediante demonstração inequívoca de violação literal de lei, o que pressupõe a indicação expressa do dispositivo considerado desrespeitado, eis que, nesse caso, a regra jurídica indicada se constitui a própria razão da postulação rescisória.

No caso em exame, o Autor sustentou na inicial (fls. 03) a violação a literal dispositivo de lei, argumentando que tal ofensa “*reside no fato de aproveitar um processo inexecutível, para promover uma execução totalmente divorciada do provimento condenatório, pois, ao que se sabe, inexistente título executível. Ora, como executar um título judicial inexistente? No caso, quando muito, caberia execução por título extrajudicial, porém a competência para a execução seria da Justiça Federal e não do Trabalho*”. (sic)

Em manifestação de fls. 294, a douta Procuradoria sugeriu a intimação do Autor, a fim de que o mesmo indicasse, de forma objetiva, qual o preceito legal que entendia violado.

Este Relator, em despacho às fls. 297, acolheu a proposição do MPT e determinou a intimação do Acionante para que, no prazo de dez dias, e sob as penas da lei, fizesse a indicação do dispositivo legal supostamente desrespeitado.

Regularmente intimado, seja por via postal (fls. 298), seja através de Oficial de Justiça (v. fls. 300/302), o Autor manteve-se inerte.

Desse modo, e na forma da Orientação Jurisprudencial acima indicada, de cujo teor compartilho, não resta outro caminho que não seja a decretação da inépcia parcial da petição inicial, no tópico alusivo ao pedido de desconstituição do julgado rescindendo por violação a literal dispositivo de lei.

Isto posto, acolho a preliminar suscitada pelo Ministério Público do Trabalho e declaro a inépcia da inicial quanto ao pedido de rescisão da sentença por violação a literal dispositivo de lei, fundada no inciso V, do artigo 485 do CPC.

DA PRETENSÃO RESCISÓRIA FUNDADA EM ERRO DE FATO E OFENSA À COISA JULGADA

O estudo dos autos demonstra que o Autor, nos autos da Reclamação Trabalhista, foi condenado a anotar na Carteira de Trabalho da Reclamante os seguintes períodos de trabalho: 03/07/1991 a 31/10/1995 e 01/11/1995 a 28/01/1999 (reconhecidos em sentença judicial transitada em julgado - fls. 124/129 e 148/153), tendo sido determinado,

pelo Juízo de origem, a quantificação das contribuições previdenciárias referentes aos períodos de trabalho reconhecidos no comando judicial (fls. 173).

O Executado, citado para pagar e após a realização da penhora, apresentou Embargos à Execução, acolhidos apenas parcialmente, por não haver sido comprovado nos autos o correto recolhimento da verba previdenciária nos citados períodos (fls. 254/255)

Segundo o Autor, a decisão rescindenda (sentença de Embargos à Execução), se houve em ofensa ao comando emanado da decisão cognitiva, passada em julgado, a despeito de condenar o ora Autor na anotação da CTPS da então Reclamante, não lhe imputou qualquer condenação em contribuições previdenciárias, de modo que resulta ilegal a cobrança de tais contribuições no bojo da Reclamação trabalhista originária.

O seu inconformismo não tem razão de ser.

Com efeito, a Constituição Federal, em seu artigo 114, inciso VIII, dispõe que, entre as atribuições conferidas à Justiça do Trabalho, se insere a execução, de ofício, das contribuições destinadas à seguridade social previstas no artigo 195, I, “a” (contribuições do empregador, incidentes sobre folha de salários e demais rendimentos do

trabalho pagos ou creditados a qualquer título a pessoa física que lhe preste serviço), e II (contribuições do trabalhador), e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir.

Desse modo, conforme bem colocado no parecer ministerial, o simples reconhecimento de vínculo empregatício por sentença, como ocorrido na Reclamação Trabalhista originária, é motivo bastante para autorizar o desencadeamento de processo executório com vistas à cobrança das contribuições previdenciárias que, a rigor, deveriam ter sido pagas em época própria pelo empregador. Como não o foram, cabe a esta Justiça Especializada, por autorização constitucional, promover à respectiva cobrança.

Em se tratando de execução de ofício em decorrência da decisão cognitiva, não se afigura indispensável à menção expressa no comando judicial acerca de contribuições previdenciárias a cargo do empregador.

Nesse sentido, inclusive é a Orientação Jurisprudencial nº 81, da SBDI-2, do Colendo TST, que transcrevo a seguir:

AÇÃO	RESCISÓRIA.
DESCONTOS LEGAIS.	FASE DE
EXECUÇÃO.	SENTENÇA
EXEQUENDA	OMISSA.

INEXISTÊNCIA DE OFENSA À COISA JULGADA. Os descontos previdenciários e fiscais devem ser efetuados pelo juízo executório, ainda que a sentença exequenda tenha sido omissa sobre a questão, dado o caráter de ordem pública ostentado pela norma que os disciplina. A ofensa à coisa julgada somente poderá ser caracterizada na hipótese de o título exequendo, expressamente, afastar a dedução dos valores a título de imposto de renda e de contribuição previdenciária.

Como visto, impertinente é a alegação de ofensa à coisa julgada.

Noutro aspecto, relativamente ao outro fundamento da postulação rescisória, a Lei Adjetiva Civil, ao dispor sobre o erro de fato autorizativo da Rescisória, afirma, no § 1º do artigo 485, que, apenas, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente

um fato efetivamente ocorrido é que se torna possível à rescisão.

Manoel Antônio Teixeira Filho, citando Liebman, considera que:

"O erro de fato não é um erro de julgamento e sim de percepção do juiz, consistente em uma falha que lhe escapou à vista, no momento de compulsar os autos do processo; falha essa relativa a um ponto decisivo da controvérsia" (in Ação Rescisória no Processo do Trabalho, editora LTR, 3ª edição, p. 292).

Dessa feita, é de se concluir, de acordo com Barbosa Moreira, citado pelo professor Humberto Theodoro Júnior:

"O pensamento da lei é o de que só se justifica a abertura de via para rescisão quando seja razoável presumir que, se houvesse atentado a **prova**, o juiz não teria julgado no

sentido em que julgou. Não, porém, quando haja ele julgado em tal ou qual sentido, por ter apreciado mal a prova em que atentou". (*in* Curso de Direito Processual Civil, vol I, 37^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 583).

A partir dos ensinamentos acima, verifica-se que no julgado rescindendo não houve o pretendido erro de fato a que alude a Autora, até mesmo porque a alegação de erro se ampara na circunstância de haver ocorrido, na origem, quantificação de valores que, segundo afirmado, não foram objeto da sentença exequenda. Tal assertiva refoge, por completo das hipóteses legais atinentes ao erro de fato insculpidas ao longo do artigo 485 do CPC.

O erro de fato que torna possível a rescisão, como já demonstrado e a teor do comando legal

inculpido no § 1º do artigo 485 do CPC, ocorre, apenas, quando a sentença admitir um fato inexistente ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

O Acórdão vergastado não apresenta má percepção do Juízo na análise das provas, como quer fazer entender a Autora, consistente em uma falha que lhe escapou à vista, no momento de compulsar os autos do processo; falha essa relativa a um ponto decisivo da controvérsia.

Desse modo, não há falar-se na existência de erro de fato no julgado rescindendo.

Diante de tais considerações, não há como se amparar o pleito do Autor.

Isto posto, julgo improcedente o pedido rescisório.

Custas pelo Autor no importe de R\$30,00, calculadas sobre R\$ 1.500,00, valor atribuído à causa na inicial.

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, com a presença da Representante da Procuradoria Regional do Trabalho, Exmª. Srª. Drª. Francisca Helena Duarte Camelo, por unanimidade, acolher a preliminar suscitada pelo Ministério Público do Trabalho e declarar a inépcia da inicial quanto ao pedido de desconstituição da decisão rescindenda por violação a literal

disposição de lei; Mérito: por unanimidade, julgar improcedente o pedido. Custas no importe de R\$ 30,00, calculadas sobre R\$ 1.500.00.

João Pessoa, 28 de julho de 2005.

AFRÂNIO NEVES DE MELO

Juiz Relator

FRANCISCA HELENA DUARTE CAMELO

Representante do MPT

GJAF/MP

ACÓRDÃO

RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTEs: KING SPORT'S LTDA.
JOÃO FERREIRA DA SILVA
RECORRIDOS: OS MESMOS

E M E N T A: PRINCÍPIO DA
PRIMAZIA DA REALIDADE.
CONTRACHEQUES
FRAUDULENTOS. APLICAÇÃO
DO ART. 9º DA CLT.

Tendo a empresa reclamada pago
salário misto ao obreiro no curso da
contratualidade, composto de parte
fixa e de comissões, sem que essas
últimas constassem integralmente
dos contracheques, urge aplicar o art.
9º da CLT, para desconsiderar o teor
da prova documental.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.
HIPÓTESE DE CABIMENTO.

Na Justiça do Trabalho, para o
percebimento dos honorários

advocatícios, além da parte estar assistida por sindicato da categoria profissional, deve comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal, ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família, a teor da Súmula nº 219 do TST.

Vistos etc.

Trata-se de recursos ordinário e adesivo, provenientes da 7ª Vara do Trabalho de João Pessoa, em que são recorrentes KING SPORT'S LTDA e JOÃO FERREIRA DA SILVA, e recorridos OS MESMOS.

O Juízo a quo, por meio da decisão de fls. 186/189, julgou improcedente o pedido formulado na ação de consignação em pagamento proposta pela reclamada — KING SPORT'S LTDA —, em face do reclamante, JOÃO FERREIRA DA SILVA e julgou procedente o pedido formulado na reconvenção, para condenar a reclamada a pagar os seguintes títulos: parte fixa do salário do reconvinte correspondente a um salário-mínimo e meio, cuja apuração

deverá se restringir aos últimos cinco anos laborados (03/02/2000 a 03/02/2005); férias simples mais 1/3; férias proporcionais a 4/12 mais 1/3; 13º salário proporcional a 1/12; reflexos das comissões sobre os descansos semanais remunerados existentes nos últimos 5 (cinco) anos do contrato; FGTS incidente sobre as comissões pagas desde 01/10/99 (limite do pedido e data em que o obreiro passou a trabalhar para a reclamada) com reflexos sobre a multa rescisória multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT. Condenou-a ainda, a proceder à retificação do salário constante da CTPS do obreiro, de forma que passe a constar que, além do salário fixo, havia salário à base de comissões. Custas pela reclamada no importe de R\$ 600,00, calculadas sobre R\$ 30.000,00, valor atribuído à condenação.

Embargos declaratórios opostos pelo reclamante às fls. 192/193, os quais foram rejeitados, consoante decisão de fls. 195/197.

Irresignada, recorre ordinariamente a reclamada, fls. 203/212, pugnando pela reforma da decisão de piso. Alega que tanto a prova documental quanto a testemunhal, produzidas pelo reclamante, são imprestáveis, motivo pelo qual não poderiam ter servido de base para a condenação imposta pelo Juízo de 1º Grau. Aduz que a maioria dos documentos acostados dizem respeito ao período

prescrito e que, na verdade, o demandante tentou confundir o julgador de primeira instância. Aponta fragilidade no depoimento das testemunhas arroladas e aduz que o obreiro exercia função de gerente, razão por que não recebia pagamento de comissões, mas apenas um salário e meio, ou seja, mais do que os demais vendedores. Afirma que os recolhimentos do FGTS e INSS eram feitos sobre a remuneração mensal do reclamante, conforme atestam os documentos dos autos, e que cabia ao mesmo provar que recebia comissões, além do salário fixo, ônus do qual não se desvencilhou. Afirma, ainda, que tais comissões, mesmo que devidas, não poderiam ser apuradas, em face da ausência de documentos. Requer o provimento do recurso ordinário e a reforma da decisão atacada.

Custas e depósito recursal às fls.

213/214.

Contra-razões pelo reclamante às fls.

218/221.

Recurso adesivo do reclamante às fls. 222/223, pugnando pela correção de equívoco no julgado, vez que o Juiz a quo considerou como sendo parte fixa do pagamento o valor correspondente a um salário-mínimo e meio, quando deveria ter considerado como sendo um salário e meio do piso da categoria. Alega, ainda, que não foi deferido o

pedido de condenação da reclamada no pagamento da repercussão da renda variável, dos últimos cinco anos trabalhados, referente ao FGTS e ao RSR, bem como no 1/3 de férias e nos 13^{os} salários do período. Pretende, ainda, a condenação em honorários advocatícios a base de 15%.

Despacho à fl. 227, determinando a reautuação do feito, bem como a notificação da reclamada para oferecer contra-razões ao recurso adesivo interposto pelo reclamante.

Contra-razões da reclamada às fls.231/235.

Dispensada a remessa ao Ministério Público do Trabalho, com fulcro no § 1º do art. 31 do Regimento Interno desta Corte.

É o relatório.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

Conheço do recurso ordinário e do recurso adesivo, eis que satisfeitos os pressupostos legais.

MÉRITO

RECURSO ORDINÁRIO DA
RECLAMADA

A recorrente visa reformar a sentença de piso, alegando que as provas produzidas nos autos não foram suficientes para demonstrar que o obreiro recebia comissões, além do salário fixo ajustado, visto que se referem a períodos atingidos pela prescrição parcial ou pertencem a épocas diferentes das postuladas. Alega que tanto a prova deponencial quanto a documental são imprestáveis e que não poderiam servir como base do julgado combatido.

Aduz que o obreiro exercia função de gerente e, como tal, não recebia pagamento de comissões mas, tão-somente, de um salário e meio, quantia que superava a remuneração percebida pelos demais vendedores. Afirma que os recolhimentos do FGTS e INSS eram feitos sobre a remuneração mensal do recorrido, conforme atestam os documentos dos autos, cabendo a este provar que recebia comissões, além do salário fixo, ônus do qual não se desvencilhou.

Alega, também, que tais comissões, mesmo que devidas, não poderiam ser apuradas, em face da insuficiência de documentos nos autos. Pede que seja julgada improcedente a demanda.

Assiste parcial razão à recorrente.

Da leitura da reconvenção de fls. 33/38, infere-se que o obreiro tenta convencer o juízo de que percebia remuneração composta de duas partes: um salário fixo e outro variável, este último referente às comissões por vendas efetuadas no período. Em razão disso, pede, dentre outras coisas, que lhe seja pago o salário fixo referente aos últimos cinco anos, sob o argumento de que somente percebeu as comissões.

O Juízo a quo, acatando as razões do reconvincente, julgou improcedente a ação de consignação proposta pela reclamada, condenando-a ao pagamento da parte fixa do salário correspondente a um salário-mínimo e meio, dentre outras verbas, conforme requerido.

Compulsando os autos, verifica-se que os depoimentos das testemunhas do obreiro são uníssonos no que se refere à percepção de comissões sobre as vendas efetuadas pelo mesmo (fl. 132). Daí concluir-se que os contracheques acostados aos autos não demonstram o real salário pago pela empresa, conforme transcrição a seguir:

"(...); que recebia apenas comissões; que apesar disso assinava contracheques em que constava salário fixo;(...); que esse

procedimento também era adotado em relação aos demais vendedores: que o consignado também recebia comissões, mas tais comissões eram registradas em uma folha à parte, tal como a dos vendedores, a exemplo do doc. de fl. 57; que geralmente o valor das comissões superava o valor do salário do comércio. (...)" (primeira testemunha)

"(...) que o consignado e os vendedores recebiam apenas comissões, apesar de assinarem contracheques em que constava pagamento de salário fixo; que tem ciência desse fato, eis que era responsável, como caixa, pelo pagamento dos empregados; que havia (sic) duas folhas de pagamento, uma com o salário fixo, que não era recebido pelo consignado e pelos vendedores, e outra folha com o valor das

comissões;(..." (segunda
testemunha)

Por outro lado, a primeira
testemunha da reclamada, assim afirma, fl.132:

“(...); que os vendedores recebem
salário fixo mais comissões, (...);
que, retificando o que disse, conhece
os documentos referentes ao
pagamento de comissões acostados
aos autos, a exemplo do de fl. 52,
(...)”

Para corroborar suas assertivas, o
obreiro juntou aos autos os documentos de fls. 103/108, os
quais, após analisados, ratificam a existência de um segundo
contracheque e do pagamento das comissões em torno do
percentual pleiteado exordialmente.

Neste norte, é inconteste que o
reclamante logrou êxito no encargo probatório que lhe cabia,
uma vez que comprovou suas alegações através dos
depoimentos uníssonos de suas testemunhas. Em resumo,
conclui-se que o salário recebido pelo autor, acrescido do

verdadeiro índice comissional apenas era mostrado no segundo contracheque que ficava de posse da reclamada. Evidenciada a fraude, deve-se dar prevalência à verdade real que emerge dos autos.

Não se olvide, por outro lado, o que dispõe a CLT, em seu art. 9º da CLT, in verbis:

“Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

Analisando-se os referidos documentos, mais precisamente o de fl. 119, chega-se à conclusão de que o obreiro, apesar de assinar dois recibos de pagamento, recebia, tão-somente, a quantia especificada no contracheque de maior valor.

Note-se que no exemplo retrocitado (comprovante de novembro de 2001 – fl. 119), o salário bruto devido ao demandante foi de R\$ 1.028,35. Todavia, além dos descontos legais (contribuição sindical e INSS) foi efetuado, também, um desconto de R\$ 400,00 sob a rubrica “306 Débito”, o qual corresponde, aproximadamente, ao valor

líquido constante no segundo contracheque, que, no exemplo citado, foi de R\$ 402,20.

Depreende-se, assim, que os empregados, ao contrário do que sustenta o obreiro, não fariam jus à percepção do somatório dos valores constantes em ambos os demonstrativos, mas apenas ao valor total das comissões, que compreende a parte fixa acrescida da diferença havida entre o valor bruto estampado no contracheque maior (parte variável-comissões) e o valor líquido constante no demonstrativo de menor valor (parte fixa).

Esta prática é largamente utilizada no âmbito das relações de emprego comercial e por demais conhecida da Justiça Laboral. Consiste no caso de ser o vendedor comissionista, quando as comissões mensais não alcançarem o mínimo legal ou convencional, o credor do trabalho deverá assegurar-lhe esta importância de acordo com o comando constitucional (art. 7º, VII). Essa obrigação é uma decorrência do fato de que o risco do empreendimento econômico deverá ser suportado pelo empregador.

Na hipótese de o obreiro efetuar vendas cuja comissão atinja cifras maiores do que o seu salário fixo, perceberá unicamente aquele valor, caso contrário, fará jus apenas ao valor correspondente ao salário fixo.

Assim tem se posicionado a jurisprudência pátria, conforme arestos abaixo transcritos:

“VENDEDORA - SALÁRIO FIXO ANOTADO NA CTPS E REGISTRADO NOS RECIBOS - COMISSÕES EXTRA-FOLHA - PROVA - O salário pago "por fora" dos recibos e não anotado na CTPS, pela sua própria natureza e, em regra, pela inexistência de documentos, pode ser comprovado através de prova oral. Nesse sentido, uma vez que os depoimentos das testemunhas comprovaram que a reclamada pagava comissões à reclamante, que era vendedora, tais valores devem ser considerados como o real salário, e não aquele valor fixo consignado nos recibos salariais e na CTPS.” (TRT 3ª R. - RO 00512-2003-099-03-00-3 - 1ª T. - Rel. Juiz Márcio Flávio Salem Vidigal - DJMG 05.09.2003 - p. 5)

“COMISSIONISTA PURO -
GARANTIA SALARIAL MÍNIMA
- PREVISÃO EM CONVENÇÃO
COLETIVA - DIFERENÇAS
SALARIAIS - Não se enquadrando
o autor no comissionista puro
previsto em Convenção Coletiva de
Trabalho, eis que recebia salário
fixo, acrescido de comissões, não faz
jus às diferenças salariais
pretendidas, a título de garantia
mínima assegurada àqueles. Mesmo
porque sempre recebeu remuneração
superior ao piso normativo
assegurado a toda a categoria.
Sentença que se mantém.” (TRT 15^a
R. - RO 38159/2000 - 5^a T. - Rel^a
Juíza Olga Aida Joaquim Gomieri -
DOESP 14.01.2002)

Muito embora os recibos acostados
às fls. 91/103, não se prestem a atingir o fim colimado,
também não procede a condenação no pagamento da quantia

ali consignada, além dos valores confessadamente percebidos pelo obreiro referentes às comissões.

Diante das evidências, não há como acolher o pleito do reconvinte, no sentido de condenar a empresa a pagar o salário fixo e seus consectários, dos últimos cinco anos trabalhados. Não há prova, nos autos, de que tenha sido firmado acordo entre as partes visando o pagamento de um valor fixo acrescido de uma parte variável, formada por comissões sobre vendas

É de causar estranheza que somente no atual momento, após a rescisão contratual, venha o obreiro alegar o não recebimento do salário devido durante todo o pacto laboral, que perdurou por dezessete anos. Chegando-se, portanto, à ilação que o demandante pretende receber verbas que não lhes são devidas, ocorrendo, como consequência, o enriquecimento ilícito.

Sob este prisma, merece reforma a sentença para que seja excluído da condenação o pagamento do salário fixo e seus consectários legais, permanecendo, apenas a condenação referente às comissões auferidas ao longo do contrato de trabalho, quais sejam: verbas rescisórias, reflexos sobre as férias simples e proporcionais + 1/3, o 13º salário proporcional, o FGTS, a multa rescisória e o repouso semanal remunerado.

As verbas rescisórias constantes no TRCT de fls. 07/09 devem ser calculadas com base na média das comissões percebidas, eis que não houve pagamento anterior. Já as demais verbas devem ser pagas sobre a média do valor das comissões que extrapolou o salário fixo (subtração dos valores dos contracheques acostados pelo demandante, fls. 46/73 e 112/127), tendo em vista que as mesmas foram quitadas no valor do salário constante dos recibos de menor valor, evitando o enriquecimento sem causa.

A apuração da média das comissões deve ser realizada tomando por base as comissões registradas nos 12 (doze) meses mais recentes, cujos contracheques (parte variável) constem dos autos, tendo em vista não existirem recibos atuais. Não procede a alegação patronal de que os recibos acostados pelo demandante referem-se a períodos prescritos, haja vista muitos deles serem relativos aos anos de 2002 e 2003.

Isto posto, dou provimento parcial ao recurso ordinário da reclamada, para limitar a condenação ao pagamento das verbas concernentes às comissões e seus reflexos legais, tendo como base a média das comissões percebidas, que serão apuradas de acordo com os recibos mais recentes acostados pelo obreiro, conforme as diretrizes traçadas na fundamentação.

RECURSO ADESIVO DO
RECLAMANTE

Inconformado com a decisão, o obreiro interpõe recurso adesivo às fls. 222/223. Pugna pela correção de equívoco no julgado, sob o argumento de que foi considerado como sendo parte fixa do pagamento o valor correspondente a um salário-mínimo e meio, quando deveria ser um salário e meio do piso da categoria. Assevera que não foi deferido o pedido de condenação da reclamada no pagamento da repercussão da renda variável, dos últimos cinco anos trabalhados, referente ao FGTS e ao RSR, bem como no 1/3 de férias e nos 13^{os} salários do período. Pretende, também, a condenação em honorários advocatícios à base de 15%.

Ab initio, a questão pertinente ao salário fixo resta prejudicada, tendo em vista o desfecho do recurso da reclamada, apreciado anteriormente. Na oportunidade foi excluído da condenação o pagamento do salário fixo e seus consectários legais.

No tocante à repercussão das comissões sobre o FGTS e o RSR, bem como sobre o terço das férias e os 13^{os} salários, nos últimos cinco anos trabalhados, razão parcial assiste ao recorrente.

A decisão vergastada concedeu a repercussão sobre o FGTS e o RSR nos últimos cinco anos, porém foi silente no tocante ao terço constitucional e ao 13º salário, durante o período imprescrito, motivo pelo qual deve ser acrescido à condenação o reflexo das comissões sobre os referidos títulos, conforme pleiteado na exordial.

Também procede o pagamento dos honorários advocatícios á base de 15%.

A Lei nº 5.584/70 prevê que os honorários advocatícios são devidos na Justiça do Trabalho quando o empregado está assistido por sindicato da categoria profissional representativo e obedeça os ditames do § 10 do art. 789 da CLT, quando então os honorários pagos pelo vencido reverterão em favor do sindicato assistente (art. 16, Lei nº 5.584/70).

A verba honorária visa cobrir as despesas efetuadas pela entidade de classe com a manutenção de advogados em número suficiente para atender aos pedidos de assistência.

Logo, deve ser concedida a verba honorária nos casos em que o trabalhador estiver assistido na demanda por advogado do sindicato da categoria ou até de outra categoria, e receber salário inferior ao dobro do mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita

demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família, conforme disposto na Súmula nº 219 do TST, que incorporou a Orientação Jurisprudencial nº 27 da SDI-II, através da Resolução nº 137/2005, publicada no DJ em 22/08/2005.

Assim tem se posicionado o Colendo Tribunal Superior do Trabalho, conforme decisão abaixo transcrita:

“HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS
- HIPÓTESE DE CABIMENTO - 1.
Conflita com a jurisprudência dominante do Tribunal Superior do Trabalho, consubstanciada na Súmula nº 219, o entendimento firmado pelo Tribunal a quo, ao condenar o reclamado ao pagamento de honorários advocatícios apenas com supedâneo no princípio da sucumbência. 2. Para o percebimento dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, além de estar assistida por sindicato da categoria profissional, deve a parte comprovar

a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal, ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. 3. Recurso de revista conhecido e provido para expungir da condenação os honorários advocatícios.”(TST - RR 722.988/01.2 - 1ª T. - Rel. Min. João Oreste Dalazen - DJU 20.05.2005)

In casu, observa-se que o demandante encontra-se assistido pelo sindicato patronal e, apesar de receber salário superior ao dobro do mínimo, encontra-se em situação econômica que não lhe permite demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família, conforme alegado na reconvenção de fls. 33/38.

Em assim sendo, deve haver a condenação em honorários advocatícios à base de 15% sobre o valor da condenação.

Isto posto, dou provimento parcial ao recurso adesivo do reclamante, para acrescer à condenação a repercussão das comissões sobre o terço das férias e os 13^{os}

salários, nos últimos cinco anos trabalhados, bem como os honorários advocatícios à base de 15%, em favor do sindicato assistente.

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, com a presença do Representante da Procuradoria Regional do Trabalho, Exmo. Sr. Dr. Eduardo Varandas Araruna, RECURSO DA RECLAMADA – por unanimidade, dar provimento parcial ao recurso para limitar a condenação ao pagamento das verbas concernentes às comissões e seus reflexos legais, tendo como base a média das comissões percebidas, que serão apuradas de acordo com os recibos mais recentes acostados pelo obreiro, conforme as diretrizes traçadas na fundamentação do voto em tela; RECURSO ADESIVO DO RECLAMANTE – por unanimidade, dar provimento parcial ao recurso, para acrescer à condenação a repercussão das comissões sobre o terço das férias e os 13^{os} salários, nos últimos cinco anos trabalhados, bem como os honorários advocatícios à base de 15%, em favor do sindicato assistente.

João Pessoa, 01 de fevereiro de 2006.

ANA CLARA DE JESUS MAROJA NÓBREGA

Juíza Relatora

GJAN/LU - TCN

ACÓRDÃO PROC. Nº 01622.2005.004.13.00-2
RECURSO ORDINÁRIO
RECORRENTE: PETROBRÁS TRANSPORTE S/A –
 TRANSPETRO
RECORRIDO: JOAQUIM LOURENÇO JÚNIOR

E M E N T A:

 RESPONSABILIDADE
CIVIL. ACIDENTE DE
TRABALHO.

1. DANOS MORAIS.
CARACTERIZAÇÃO. INDENIZA-
ÇÃO DEVIDA. O direito à
indenização fundada em dano moral
gerado por ato ilícito requer a
presença de três requisitos: prejuízo,
ato culposo do agente e nexo causal
entre o referido ato e o resultado
lesivo. Evidenciado nos autos que o
reclamante sofreu acidente de
trabalho com culpa do empregador e
que há o nexo causal entre as lesões
por ele sofridas e o infortúnio,

impõe-se a compensação pecuniária respectiva.

2. DANOS MATERIAIS.
LUCROS CESSANTES.
PENSIONAMENTO CIVIL.
CONCOMITÂNCIA COM
BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO.
POSSIBILIDADE. A imposição da obrigação de indenizar com base na lei civil, quando a parte já recebe benefício previdenciário, de forma nenhuma implica *bis in idem*. É que o direito do beneficiário repousa em duas causas distintas. A compensação previdenciária específica paga pela instituição previdenciária, a título de indenização acidentária, decorre do infortúnio, sem especular sua causa. A indenização paga pelo empregador é informada pela responsabilidade defluente do exercício de atividade perigosa, da qual resultou o acidente. Também não há falar, outrossim, em

enriquecimento sem causa, pois a indenização trabalhista é alimentar. A do direito comum é reparatória. Elas têm distintas finalidades.

3. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. CPC, ART. 602. EMPRESA IDÔNEA INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INCLUSÃO EM FOLHA DE PAGAMENTO. DISPENSA. IMPOSSIBILIDADE. Revestindo-se a pensão de inquestionável caráter alimentar, a constituição de capital por parte do devedor como forma de assegurar o cumprimento da obrigação é medida que se impõe, com previsão contida no artigo 602 do CPC. Assim, ainda que a executada seja uma sociedade de economia mista, notoriamente sólida e idônea, deve-se manter inalterada a obrigação de constituir um capital que garanta o cumprimento da

decisão, sendo certo que esta pode se estender por vários anos e, embora previsível, não se pode afirmar com absoluta certeza que as condições financeiras da ré se manterão estáveis durante o período da condenação, ou mesmo que permanecerá ela integrada à Administração Pública. Precedentes do STJ modificando entendimento anterior (REsp 246596/MG e REsp 579112/RJ). Recurso não provido.

“Vistos etc.

O Juiz da 4ª Vara do Trabalho de João Pessoa/PB, por meio da sentença às fls. 186/199, julgou procedente em parte a reclamação trabalhista ajuizada por JOAQUIM LOURENÇO JÚNIOR em face da PETROBRÁS TRANSPORTE S.A. – TRANSPETRO, condenando-a ao pagamento de ‘indenização correspondentes à remuneração do autor, a partir da data do evento até a data da alta, remuneração essa que corresponde ao que efetivamente percebia o autor por ocasião de seu afastamento, reajustáveis nas mesmas épocas em que reajustados os salários dos demais

empregados da ré, na mesma função do autor e condena-se ainda, a ré a constituir um capital cuja renda assegure o cumprimento, nos expressos termos do art. 602 do CPC; pagamento do tratamento médico; indenização de dano estético fixada em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) e de danos morais fixada em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação' (*sic* – fl. 199).

A recorrente alega que o acidente de trabalho ocorreu por culpa exclusiva do empregado, que foi imprudente e negligente no desempenho de suas funções, expondo-se a perigo desnecessário, razão por que o ônus financeiro, neste caso, é de exclusiva responsabilidade da previdência social. Invoca o artigo 6º da Constituição Federal para afirmar que era imprescindível a prova da culpa do empregador, cujo ônus era do reclamante, não sendo lícito presumi-la ou mesmo inverter o ônus da prova. Assegura que não concorreu para o infortúnio, inexistindo nexo de causalidade entre a sua conduta e o acidente. Pede a improcedência da ação ou, no mínimo, o reconhecimento de culpa concorrente. Por fim, protesta contra a determinação de constituição de capital para assegurar o cumprimento da sentença, argumentando que ela é empresa sólida, com patrimônio considerável, o que já constitui garantia do

cumprimento de eventual condenação, e afirma que o reclamante continua incluso em sua folha de pagamento, não percebendo salário em face da suspensão do contrato de trabalho.

Depósito recursal e custas efetuados às fls. 236/237.

Contra-razões apresentadas às fls. 242/248.

O Ministério Público do Trabalho não teve vista antecipada dos autos, considerando não estar a hipótese inserida nas exceções previstas no Regimento Interno deste Regional, art. 31, § 1º.”

É o relatório, lido e aprovado na sessão de julgamento, que adoto para os devidos fins.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

Conheço do recurso, eis que regularmente interposto.

MÉRITO

Pretende a recorrente ver julgada improcedente a reclamação contra si ajuizada, alegando que o acidente de trabalho ocorreu por culpa exclusiva do empregado, que foi imprudente e negligente no desempenho de suas funções, expondo-se a perigo desnecessário, razão por que o ônus financeiro, neste caso, é de exclusiva responsabilidade da previdência social.

Invoca, outrossim, o artigo 6º da Constituição Federal para afirmar que era imprescindível a prova da culpa do empregador, cujo ônus era do reclamante, não sendo lícito presumi-la ou mesmo inverter o ônus da prova. Assegura que a empresa não concorreu para o infortúnio, inexistindo nexos de causalidade entre a sua conduta e o acidente. Pede a improcedência da ação ou, no mínimo, o reconhecimento de culpa concorrente.

Para melhor deslinde da matéria, mister se faz uma breve digressão acerca dos fatos que ensejaram a propositura da presente ação.

Relata a inicial que no dia 26 de abril de 2004, a bordo do navio-tanque Itaituba, de propriedade e armação da Transpetro, fundeado no porto de Lagos, na Nigéria, por volta das 11h00, o reclamante, juntamente com outro colega, foi vítima de acidente de trabalho. Diz que naquele momento se preparavam para iniciar o serviço em

plataforma de trabalho, que se encontrava suspensa pelos cabos de aço que compõem seu sistema de manuseio, sendo sustentada pelo guindaste de boreste, quando os cabos romperam-se, ocasionando a queda da prancha de uma altura de 6 metros. Como consequência, o autor sofreu ferimentos graves, que o limitavam ao leito até a época da propositura da ação, em outubro de 2004.

Às fls. 19/39, foram colacionadas fotos do navio no dia do infortúnio.

Contestando (fls. 48/81), a ré confirmou o acidente, mas negou a existência de culpa, seja ela absoluta ou concorrente, sob a alegação de que o empregado foi imprudente. Acrescenta que, considerando a experiência na atividade, o postulante deveria ter previsto que os cabos utilizados não suportariam o peso de duas pessoas adultas, competindo-lhe solicitar ao comandante o fornecimento de material apropriado ou a locação deste, se inexistente a bordo.

No caso específico dos autos, é indubitável que o acidente ocorreu, não só no ambiente de trabalho, como no exercício das atividades laborais, ou seja, a manutenção, verificação, limpeza e conservação de cabos e equipamentos do convés do navio. Por outro lado, a reclamada não logrou êxito em provar a culpa do empregado no evento.

A conjunção de tais fatos já atribui ao empregador a responsabilidade pelo acidente ocorrido.

Ademais, restou plenamente configurada a culpa da recorrente.

Ora, ao alegar fato impeditivo do direito do autor, qual seja a imprudência, competia à Transpetro comprovar suas assertivas, o que não ocorreu, pois não trouxe aos autos documentos nesse sentido, tampouco produziu prova oral.

Note-se que o acidente ocorreu durante o dia, no convés do navio, onde certamente havia outros empregados trabalhando, inclusive superiores, os quais poderiam e deveriam ter, em caso de culpa exclusiva do empregado, impedido a realização da tarefa de modo inapropriado e em desacordo com as normas de segurança.

Na verdade, a demandada, de certo modo, confessou não existir no navio os apetrechos necessários para a realização do serviço com segurança, quando afirmou na contestação (fl. 52) que caso o reclamante constatasse a necessidade “de substituir os cabos por outros, mais fortes, destinados ao içamento de volumes pesados”, deveria “pedir ao Comandante a locação de material apropriado aos fornecedores de navios locais ou, ainda, RECUSAR-SE A, NAQUELAS CONDIÇÕES, EFETUAR O

SERVIÇO”.

De outra parte, é difícil exigir de um empregado, nas condições do autor, executor de serviços braçais, fora do seu país, num navio mercante, que se recuse a efetuar um serviço sob a alegação de falta de segurança.

E não se fale de culpa concorrente, pois como já foi dito, a empresa nenhuma prova fez de que o reclamante agiu com imprudência ou qualquer das outras modalidades de culpa.

Estão conjugados, na hipótese, os requisitos constantes do artigo 186 do Código Civil Brasileiro. Houve fato lesivo (incapacidade temporária para o trabalho), causado por ato omissivo do empregador, gerando, subseqüentemente, dano moral e psicológico; físico e profissional e com total nexo de causalidade. Indiscutível, pois, o dever de reparar.

Protesta, ainda, a recorrente contra a determinação de constituição de capital para assegurar o cumprimento da sentença, argumentando que ela é empresa sólida, com patrimônio considerável, o que já constitui garantia do cumprimento de eventual condenação.

Diz também que o reclamante continua incluso em sua folha de pagamento, não percebendo salário em face da suspensão do contrato de trabalho.

É inquestionável a suspensão do contrato de trabalho no presente caso, inexistindo para o demandante a obrigação de trabalhar e para a ré a de lhe pagar salários.

Tratando-se de empregado filiado à previdência social, a ocorrência de acidente de trabalho lhe confere o direito à percepção de auxílio-acidente. Tal benefício, contudo, tem natureza previdenciária, não se confundindo com o salário, tampouco com a indenização devida em virtude de dano patrimonial, moral ou estético.

O Superior Tribunal de Justiça tem decisões uniformes acerca desse tema, como bem exemplificam as ementas abaixo transcritas, *in verbis*:

RESPONSABILIDADE CIVIL.
ACIDENTE DO TRABALHO.
INDENIZAÇÃO. DIREITO
COMUM. AUTONOMIA. LEI
6.367/76. DIREITO DE
ACRESCER. POSSIBILIDADE.
ENUNCIADO Nº 57 DA SÚMULA
DO EXTINTO TFR.
PRECEDENTES. DOCTRINA.
RECURSO DESACOLHIDO.

I – Ocorrido o acidente em 1987, quando em vigor a Lei 6.367/76, possível ao empregado lesado, comprovando dolo ou culpa – ainda que leve – da empregadora, exigir-lhe indenização de direito comum, a esta não aproveitando alegar, para furtar-se a tal obrigação, haver o dependente da vítima obtido junto ao órgão previdenciário o benefício acidentário respectivo, cujo valor sequer se admite seja abatido do montante reparatório por ela devido.

II – (...) (REsp 148955/PR, RECURSO ESPECIAL 1997/0066182-2, Relator Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Órgão Julgador T4 – QUARTA TURMA, Publicação/Fonte DJ 17.05.1999) CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE RODOVIÁRIO. MORTE DE CONDUTOR DE VEÍCULO DE

CARGA. ACÓRDÃO ESTADUAL.
NULIDADE NÃO
CONFIGURADA. REVISÃO
FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE.
SÚMULA Nº 7 – STJ.
PENSIONAMENTO CIVIL POR
ATO ILÍCITO. CONCOMITÂNCIA
COM PENSÃO
PREVIDENCIÁRIA. ORIGEM
DIVERSA. FILHA MENOR.
LIMITE DE PENSIONAMENTO
(VINTE E CINCO ANOS).
INDEPENDÊNCIA ECONÔMICA
PRESUMIDA. DIREITO DE
ACRESCER.

- I. (...)
- II. (...)
- III. O pensionamento por ilícito civil não se confunde com o pago pela Previdência Social, por ter origem diversa, de sorte que possível a concomitância entre ambos, não ficando eximido o

causador do sinistro se, porventura, a vítima ou seus beneficiários percebem pensão paga pelo INSS. Precedentes.

IV. (...)

- V. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido. (REsp 575839/ES, RECURSO ESPECIAL 2003/0119701-0, Relator Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, Órgão Julgador T4, Fonte DJ 14.03.2005, p. 348.)

ACIDENTE NO TRABALHO.
PENSÃO DO INSS.
COMPENSAÇÃO.

Não se permite a compensação da indenização devida pelo empregador, com base no direito comum, com a pensão paga pelo INSS.

(...)

Recurso conhecido e provido. (REsp 257292/MG, RECURSO ESPECIAL 2000/0042150-2, Relator Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Órgão Julgador T4, Fonte DJ 02.10.2000, p. 175.)

A imposição da obrigação de indenizar com base na lei civil, quando a parte já recebe benefício previdenciário, de forma nenhuma implica *bis in idem*. É que o direito do beneficiário repousa em duas causas distintas. A compensação previdenciária específica paga pela instituição previdenciária, a título de indenização acidentária, decorre do infortúnio, sem especular sua causa. A indenização paga pelo empregador, como na hipótese, é informada pela responsabilidade defluente do exercício de atividade perigosa, da qual resultou o acidente. Também não há falar, outrossim, em enriquecimento sem causa, pois a indenização trabalhista é alimentar. A do direito comum é reparatória. Elas têm distintas finalidades.

Tal distinção é crucial no caso dos autos, pois o Juízo primário optou por deferir ao empregado indenização por dano patrimonial. O termo salário foi usado pela julgadora primária apenas como referência para a base de

cálculo, ou seja, o valor da indenização teria como parâmetro o salário mensal do empregado. Dessa forma, a reclamada foi condenada ao pagamento de valor correspondente aos salários devidos desde o afastamento do obreiro, em virtude do acidente, até a alta médica.

Repita-se que a remuneração do obreiro foi utilizada apenas como parâmetro para fixar o valor da indenização. Esta não se confunde com salário, ônus que, como já frisado anteriormente, o empregador está desobrigado de cumprir até o retorno do empregado ao serviço.

Por esses motivos, não vislumbro razão para a reforma da decisão nesse aspecto.

Quanto à obrigação de constituir capital nos termos do CPC, artigo 602, também não há o que alterar na sentença.

É bem verdade, a jurisprudência inicial acerca desse tema, no âmbito do STJ, inclinou-se no sentido de não exigir a constituição de capital prevista no dispositivo legal acima citado, quando a executada fosse empresa idônea, de notória solvabilidade, bastando, neste caso, a inclusão do beneficiário da pensão em folha de pagamento. Esse entendimento foi adotado principalmente em relação a empresas ou concessionárias do serviço público.

Não obstante, nos dias atuais, diante das incertezas do mundo econômico, bem como da crescente desestatização, a jurisprudência do STJ vem sendo modificada, para impor a constituição de capital como forma de assegurar ao longo dos anos a integral satisfação do julgado.

Os arestos abaixo transcritos bem exemplificam essa tendência, *in verbis*:

CIVIL. INDENIZAÇÃO. ATO
ILÍCITO. ACIDENTE DO
TRABALHO. JUROS. TERMO
INICIAL. RFFSA.
CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL.
DISPENSA.

1 – (...)

2 – Nada obstante o entendimento pretoriano dispensar a RFFSA da constituição de um capital como garantia assecuratória do adimplemento da obrigação (Resp 2587, Resp 29257 e Res 191.125), em 22 de maio de 2002, a 2ª Seção desta Corte, no julgamento do Resp 302.304/RJ, em situação análoga,

houve por bem estabelecer que diante "da realidade da economia dos nossos dias, não há razão suficiente para substituir constituição de capital prevista no art. 602 do Código de Processo Civil pela inclusão em folha de pagamento".

3 – Recurso conhecido em parte e, nessa parte, provido. (REsp 246596/MG, RECURSO ESPECIAL 2000/0007606-6, Relator Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, DJ de 11.10.2004.)

PROCESSO CIVIL.
INDENIZAÇÃO POR DANOS
QUE REDUZIRAM A
CAPACIDADE LABORATIVA DO
AUTOR. PENSÃO VITALÍCIA.
PRESTAÇÕES VINCENDAS.
CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL.
VERBA HONORÁRIA. A
experiência comum previne ser

temerário, em face da celeridade das variações e das incertezas econômicas no mundo de hoje, asseverar que uma empresa particular, por sólida e confortável que seja a sua situação atual, nela seguramente permanecerá, por longo prazo, com o mesmo *status* econômico em que presentemente possa ela se encontrar. A finalidade primordial da norma contida no *caput* e nos parágrafos 1º e 3º do artigo 602 do CPC é a de dar ao lesado a segurança de que não será frustrado quanto ao efetivo recebimento das prestações futuras. Por isso, a cautela recomenda a constituição de um capital ou a prestação de uma caução fidejussória, para garantia do recebimento das prestações de quem na causa foi exitoso. Honorários advocatícios devidos em percentual sobre o somatório dos valores das

prestações vencidas mais um ano das vincendas, não sendo aplicável o disposto no § 5º do artigo 20, CPC. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. (REsp 579112/RJ, RECURSO ESPECIAL 2003/0128067-8 Relator Ministro CÉSAR ASFOR ROCHA – QUARTA TURMA, DJ de 19.09.2005.)

Nesse matiz, embora a executada seja uma sociedade de economia mista, notoriamente sólida e idônea, entendo que se deva manter inalterada a obrigação de constituir um capital que garanta o cumprimento da decisão, sendo certo que esta pode se estender por vários anos e, embora previsível, não se pode afirmar com absoluta certeza que as condições financeiras da ré se manterão estáveis durante o período da condenação, ou mesmo que permanecerá ela integrada à Administração Pública.

Isto posto, nego provimento ao recurso.

Outrossim, determino ainda a remessa de cópias da peça inicial, contestação, sentença e deste acórdão ao MPT, para as providências que entender cabíveis.

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 maioria, negar provimento ao recurso, vencida a Exma. Sra. Juíza Relatora, que lhe dava provimento parcial, para excluir da condenação a obrigação de constituir capital, nos termos do artigo 602 do CPC. Determino ainda a remessa de cópias da peça inicial, contestação, sentença e deste acórdão ao Ministério Público do Trabalho, para as providências que entender cabíveis.

João Pessoa, 26 de abril de 2006.

EDVALDO DE ANDRADE

Juiz Revisor designado para redigir o Acórdão

GJEA/MM

ACÓRDÃO PROC. NU 00387.2004.003.13.40-9

AGRAVO DE PETIÇÃO

AGRAVANTE: ADILSON XAVIER DE SOUZA

AGRAVADO: ACHÉ LABORATÓRIOS

FARMACÊUTICOS S/A

E M E N T A: OBRIGAÇÃO DE FAZER EM
EXECUÇÃO PROVISÓRIA.
REINTEGRAÇÃO.

DEFERIMENTO. Havendo
determinação de reintegração, que só
pode ser atacada por meio de recurso
de revista (efeito devolutivo), é
plenamente aceita a execução
provisória, para não cair no vazio a
imposição nesse sentido, sem contar
que não haverá prejuízo para a
empresa-agravante, pois se
beneficiará do labor do empregado.
Agravado de petição provido.

Vistos etc.

Trata-se de agravo de petição
interposto por ADILSON XAVIER DE SOUZA contra o

despacho decisório de fl. 54, em que consta como agravada, ACHÉ LABORATÓRIOS FARMACÊUTICOS S/A.

O agravante, em seu recurso de fls. 58/60, ataca o despacho decisório que não ordenou a sua imediata reintegração aos quadros funcionais da empresa, sob o fundamento de que, caso haja recurso, só é cabível o de revista, o qual não tem efeito suspensivo (§ 1º do art. 896 da CLT), sem contar que só retornará às suas atividades quando do término do benefício previdenciário. Adverte que, caso não seja determinada a sua reintegração, poderá ser letra morta a sentença nesse aspecto, levando em conta a demora no julgamento do recurso de revista.

Adverte, ainda, que a qualquer tempo o magistrado, usando do poder geral cautelar (CPC, arts. 273, 796 e 798), poderá adotar medidas que torne possível a execução de sentenças e acórdãos, como a que ora se executa provisoriamente.

Aduz que o seu retorno não causará nenhum prejuízo à empresa-agravante, sendo, inclusive, beneficiada com o seu trabalho. Pede o provimento do recurso.

Contra-razões, pelo agravado, às fls. 63/82, defendendo a manutenção do despacho-decisório.

O Ministério Público do Trabalho deixou de emitir parecer, em face do que dispõe o art. 31 do R.I. deste Regional.

Petição do agravante à fl. 86, com documentos, fls. 87/116.

É o relatório.

V O T O

Conheço do agravo de petição, por preenchidos os requisitos legais de sua interposição.

PRELIMINAR DE
INTEMPESTIVIDADE DAS CONTRA-RAZÕES,
LEVANTADA DE OFÍCIO

A notificação endereçada ao agravado para apresentar contrariedade foi expedida em 10 de agosto de 2005 (quarta-feira, fl. 62). Passadas as 48h, (Enunciado nº 197 do Colendo TST) o prazo começou a fluir em 15/08.2005 (Segunda-feira), findando-se em 22.08.2005.

Ocorre, porém, que as contra-razões só foram interpostas em 23.08.2005, fl. 63, fora, portanto, do octídio legal.

É de se registrar que o agravado afirmou, fl. 64, que a notificação de fl. 62, só foi recebida em

15.08.2005. Contudo, não fez prova de tal fato, uma vez que o ônus era exclusivo seu (v. nova redação da Súmula nº 197 do Colendo TST).

Isto posto, arguo, de ofício, a presente preliminar, e não conheço das contra-razões por intempestivas.

MÉRITO

O ora agravo de petição visa atacar despacho decisório que não ordenou a reintegração imediata do agravante aos quadros da empresa, embora se trate de execução provisória de obrigação de fazer.

Embora existam posicionamentos em contrário, entendo ser possível a execução provisória de julgado que determina a reintegração de empregado, vez que, o artigo 899 da CLT permite tal ato, desde que possível restabelecer o status quo ante em caso de modificação de sentença. Tanto é assim, que a OJ nº 87, da SDI-II do Colendo TST, que afirmava ser impossível, por meio de execução provisória, dar efetividade à obrigação de fazer, foi cancelada pelo Colendo TST, em 22.08.2005.

É mister ressaltar que a sentença judicial goza de presunção de legalidade, desta maneira, deve ela ser prestigiada, até prova absoluta de sua ilegalidade.

Logo, não há que se falar em ilegalidade na determinação do imediato cumprimento da sentença de reintegração no emprego da litisconsorte, posto que a r. decisão encontra esteio no art. 899 da CLT, segundo, como já comentado, os recursos terão efeito meramente devolutivo.

Seguindo a inteligência do caput do citado artigo, os recursos cabíveis na seara trabalhista não possuem efeito suspensivo, permitindo a execução provisória do julgado.

Nesse sentido, cabe a execução provisória do julgado, mesmo que para a reintegração de empregado, até porque, mesmo que a sentença, futuramente venha a ser reformada, não restará nenhum prejuízo para a impetrante. É que, ocorrendo a reintegração, haverá uma contraprestação de serviços, ou seja, o empregado desprenderá seu trabalho, já o empregador pagará seus salários.

Ao revés, neste caso, o prejuízo milita em favor do agravante, que teve seu direito declarado, mas ficará a mercê do tempo do recurso que serve unicamente à empresa, além da necessidade de se coibir a abusividade no direito de recorrer.

Por outro lado, a discussão desta possibilidade foi reacesa desde o advento da Lei n.º 9.270, de

17.04.1996, que acrescentou o inc. X ao art. 659 da CLT, conferindo ao Juiz do Trabalho a prerrogativa de determinar, liminarmente a reintegração no emprego de dirigente sindical afastado. A nova regulamentação não deixa pairar mais dúvida quanto à possibilidade de se executar provisoriamente a decisão que determina a reintegração no caso específico do dirigente sindical, vez que quem pode o mais – determinar liminarmente a reintegração – pode o menos – determinar a reintegração em execução provisória, após o pronunciamento do Juízo de 1º Grau sobre o caso.

Desde então, os que são favoráveis à execução provisória com a finalidade de reintegração de empregado vem ganhando força, pautados, basicamente, na necessidade do trabalhador ser retirado do ócio, liberando-o da dramática espera pelo trânsito em julgado da decisão. Invocam o princípio da instrumentalidade das formas que, no processo moderno, impõe a necessidade de se dar eficácia à sentença, não colocando o trabalhador em situação degradante de sua dignidade, não havendo que se falar em irreversibilidade dos efeitos da reintegração para o executado, que terá sido recompensado pelo trabalho prestado pelo empregado.

Com lastro nesses fundamentos é que os Tribunais Regionais já amadurecem a possibilidade de

reintegração de empregado, mesmo em execução provisória, senão vejamos alguns julgados:

“REINTEGRAÇÃO EM EXECUÇÃO PROVISÓRIA – LEGITIMIDADE – Viável a execução provisória de qualquer sentença cujos recursos não tenham efeito suspensivo, em vista do que dispõe o artigo 899, caput, da CLT, inclusive aquelas relativas à obrigação de fazer, sendo certo que a espera do trânsito em julgado da sentença, que determina a reintegração de empregado provisoriamente estável, para somente então efetivar-se o cumprimento da medida acarreta-lhe prejuízos que não poderão ser completamente reparados posteriormente. Por outro lado, a reintegração não impõe qualquer dano ao empregador, que apenas remunerará serviços que lhe foram

prestados. Ressalte-se, por oportuno, que executar provisoriamente uma obrigação de reintegrar não significa torná-la definitiva, já que a impetrante poderá, posteriormente, se alterado o julgado de origem, afastar o litisconsorte passivo necessário de suas atribuições sem que qualquer prejuízo lhe seja imposto.” (TRT 2ª R. – MS 11325 – (2003025799) – SDI – Relª Juíza Vânia Paranhos – DOESP 17.10.2003)

“EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – tendo o juiz determinado reintegração por sentença definitiva, pendente de recurso ordinário, perfeitamente possível a execução provisória, visto tratar-se de expediente de efeito meramente devolutivo e face ainda a utilização de mão-de-obra do empregado, evitando assim prejuízos

irretratáveis à parte obrigada.” (TRT 22ª R. – MS 10077-2002-000-22-00-8 – (1441/2002) – Rel. Juiz Francisco Meton Marques de Lima – DJPI 23.10.2002 – p. 23)

Como já dito, embora os citados julgados ainda sejam minoria, encontram respaldo junto ao Egrégio TST, conforme jurisprudência daquela Corte, verbis:

“AGRAVO REGIMENTAL
INTERPOSTO CONTRA
DECISÃO LIMINAR –
JULGAMENTO DO MÉRITO DA
RECLAMAÇÃO CORREICIONAL
– Considerando que o agravo regimental de fls. 123/142 foi interposto contra decisão liminar proferida em reclamação correicional, cujo mérito já foi julgado para se concluir pela improcedência da medida correicional, infere-se que o exame do referido recurso ficou prejudicado, pois a decisão atacada,

de caráter precário, foi substituída por outra, que exauriu a análise da questão trazida nas razões do agravo regimental.

AGRAVO REGIMENTAL – DECISÃO QUE JULGOU IMPROCEDENTE A RECLAMAÇÃO CORREICIONAL – REINTEGRAÇÃO DE EMPREGADO – Verifica-se que a ordem de reintegração do trabalhador não causa manifesto prejuízo à empresa, uma vez que envolve contraprestação de serviços. Por parte do empregado, um ‘facere’, em estado de subordinação; por parte do empregador, obrigação de fazer e de pagar salários até o trânsito em julgado da decisão de mérito. Ademais, é impertinente a alegação de que a obrigação de fazer não enseja execução provisória, porque o objetivo da tutela antecipada é exatamente satisfazer o provimento jurisdicional de mérito buscado na demanda, e, portanto,

exige cumprimento imediato. Além disso, pela sistemática da Lei Processual Civil (art. 273, § 3º), ‘a execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588’, ou seja, o rito da execução provisória. Agravo regimental desprovido.”
(TST – AGRC 48328 – TP – Rel. Min. Ronaldo José Lopes Leal – DJU 27.06.2003) (Grifo nosso)

Por último, cabe salientar que o recurso ordinário impetrado pela empresa ACHÉ LABORATÓRIOS FARMACÊUTICOS S/A foi desprovido em 01.03.2005, fls. 40/50.

Logo, se continuarmos seguindo esta orientação, da impossibilidade da execução provisória nos casos de reintegração, maxima venia, estaríamos admitindo o que diz o prof. LUIZ GUILHERME MARINONI, para quem, “Um sistema que não admite a execução da sentença na pendência do recurso causa dano ao autor, ao passo que o sistema que a admite pode causar prejuízo ao réu. Note-se, porém, que não admitir a execução imediata da sentença é o mesmo que dizer que o autor pode ser prejudicado e que o réu

sequer pode ser exposto a riscos.” (Tutela antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença, 3ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, 1999, fls. 183)

Em face do exposto, dou provimento ao recurso para determinar a reintegração do agravante, na forma exposta pela sentença de 1º Grau, fls. 33/38, após o término do benefício previdenciário, observadas as medidas que assegurem o caráter prático das obrigações, também contidas na decisão de 1º Grau.

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, com a presença da Representante da Procuradoria Regional do Trabalho, Exma. Sra. Dra. Francisca Helena Duarte Camelo, por unanimidade, dar provimento ao recurso, para determinar a reintegração do agravante, na forma exposta pela sentença de 1º Grau (fls. 33/38), após o término do benefício previdenciário, observadas as medidas que assegurem o caráter prático das obrigações, também, contidas na decisão de 1º Grau.

João Pessoa/PB, 25 de outubro de 2005.

PAULO MAIA
Juiz Relator

GJPM/

ACÓRDÃO PROC. NU.: 00146.2005.002.13.00-0
RECURSO ORDINÁRIO
RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO
TRABALHO
RECORRIDA: SOCIEDADE ANÔNIMA DE
ELETRIFICAÇÃO DA PARAÍBA –
SAELPA

E M E N T A: “FATO INDICIÁRIO”.
COMPROVAÇÃO. TUTELA
INIBITÓRIA. POSSIBILIDADE.
Comprovada a ocorrência situação
anterior, representada pela
condenação do réu em decorrência
prática de atos contrários ao direito,
mormente a adoção de práticas
discriminatórias, capazes de inspirar
o temor de que voltem elas a ter vez
no porvir, constatado está o “fato
indiciário” autorizador da obtenção
do provimento judicial de jaez
inibitório. Recurso Ordinário
parcialmente provimento.
Vistos etc.

Trata-se de Recurso Ordinário oriundo da 2ª Vara do Trabalho de João Pessoa/PB, sendo partes o MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, recorrente, e a SOCIEDADE ANÔNIMA DE ELETRIFICAÇÃO DA PARAÍBA – SAELPA, recorrida.

A instância originária, nos termos da decisão de fls. 232/237, julgou improcedentes os pedidos formulados por meio da presente ação civil pública.

Irresignado, o autor interpôs o presente Recurso Ordinário (fls. 240/250), afirmando, em substância, haver prova nos autos dando conta de que a ré pauta sua conduta de admissão e demissão de empregados em razão de critérios discriminatórios relativos a sexo, origem, raça, idade, cor, estado civil, situação familiar, estado de gravidez, estado de saúde, apresentação de deficiência ou de quaisquer outras condições pessoais incompatíveis com os encargos a serem desenvolvidos pelo empregado ou candidato. Pugna pelo provimento do recurso.

Contra-razões às fls. 254/273.

O Ministério Público do Trabalho, atuando como fiscal da lei (fls. 278/280), manifesta-se pelo conhecimento e provimento do recurso.

Após a leitura do relatório e antes da manifestação do advogado da reclamada na tribuna, o MPT pediu a palavra e reforçou as suas argumentações recursais.

É o relatório.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

Do não conhecimento do recurso, sustentado em contra-razões

Afirma a recorrida a intempestividade do recurso, sob o argumento de que, cientificadas as partes sobre a data de prolação da sentença, nos termos da Súmula n.º 197, teria o recorrente feito interposição além do prazo.

Nada obstante a advertência encerrada na ata de fls. 221, relativa ao verbete mencionado, o fato é que “as intimações e notificações ao Ministério Público do Trabalho” devem ser levadas a efeito “mediante a remessa dos autos às respectivas sedes das Procuradorias Regionais do Trabalho” (Provimento Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho n.º 04/2000, publicado no DJU de 04/07/2000).

A disciplina imposta pela instância ad quem, ao tratar de intimações e notificações destinadas ao Ministério Público do Trabalho, alcança não apenas as situações em que este atua como custos legis, mas também como parte e, tendo a notificação nos autos ocorrida em 14/06/2005 (fls. 239), tempestivo o recurso, pois interposto em 22/06/2005 (fls. 240).

Como satisfeitos os demais pressupostos de admissibilidade, rejeito a preliminar e conheço do recurso.

MÉRITO

Os pedidos formulados pelo ora recorrente são de têmpera reparatória e inibitória.

No tocante   pretendida tutela inibitória, at m-se o recorrente a casos pretéritos que foram objeto de considera o por parte deste 13  Regional (Processos n.  01454.2002.001.13.00-3 e 01231.2003.002.13.00-3), por meio dos quais fora constatada a ado o de postura discriminatória por parte da recorrida. A partir disso, tenciona evitar a repeti o do referido ilícito.

O provimento em questão — que pode vir a atuar de três maneiras distintas, ou seja, com o fim de evitar o ilícito, impedir sua repeti o ou obstruir o seu

prossequimento —, funda-se em fato consumado e no temor de que volte ele a ter vez no futuro.

Nesses casos, faz-se necessária indagação relativa à possibilidade de que esse fato acabado (fato indiciário) possa, uma vez associado a uma prova indiciária e considerada a natureza do ilícito denunciado, autorizar a formulação de um juízo que faça pressupor novel ocorrência no porvir.

Acerca da matéria, convém registrar a lição de Luiz Guilherme Marinoni¹, verbis:

"Na ação inibitória destinada a impedir a repetição ou a continuação de um agir ilícito, a prova da probabilidade do ilícito é facilitada em virtude de já ter ocorrido um ilícito ou de a ação ilícita já ter se iniciado. Diante da prova do fato passado (fato indiciário), e tomando-se em consideração a natureza do ilícito, torna-se fácil estabelecer um raciocínio (presuntivo) que, ainda que partindo de uma prova indiciária (prova que aponta para o fato futuro), permita a formação de um juízo (presunção) de probabilidade de ocorrência de um fato futuro.

(...)

É possível que o réu não negue que praticou ou praticará o ato, mas apenas que este não tem ou terá a

natureza ou a extensão daquele vedado pela norma. Nesse caso, tratando-se de ação inibitória, a prova não precisará demonstrar um fato indiciário que indique a probabilidade da ocorrência de outro, mas apenas que o ato que se pretende praticar é contrário ao direito. Na hipótese de ação de remoção, bastará a demonstração de que o ato praticado está em desacordo com o direito."

No caso dos autos há situação anterior, representada pela condenação da ré pela prática de atos contrários ao direito, precisamente a adoção de práticas discriminatórias, capazes de inspirar o temor de que voltem elas a ter espaço posteriormente.

Transcrevo ementa e fundamentos relativos às decisões proferidas nos casos paradigmáticos, verbis:

**"E M E N T A: EMPREGADO
PORTADOR DE DEFICIÊNCIA
FÍSICA REABILITADO.**

DISPENSA IMOTIVADA. LEI Nº 8.213/91 (ART. 93, § 1º). ESTABILIDADE PROVISÓRIA ESPECIAL. REINTEGRAÇÃO. O empregado portador de deficiência física, que passa por um processo de reabilitação junto ao INSS, goza, nos termos do art. 93 e § 1º da Lei nº 8.213/91, de estabilidade provisória especial. A dispensa imotivada sem a observância dos requisitos contidos na citada norma dá ensejo à reintegração no emprego, com direito aos salários vencidos e demais vantagens que vinha percebendo. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE. Para que o empregado tenha o dano moral ressarcido, é imprescindível a prova não só da existência do prejuízo, como também que este decorreu de ato lesivo do empregador e a este possa ser imputada a

responsabilidade pela indenização. In casu, presentes tais requisitos, confirma-se a sentença que deferiu a reparação do dano moral. Recurso patronal não provido." (Processo n.º 01454.2002.001.13.00-3. Pub. No DJE-PB em 21.11.2003. Relator Juiz Francisco de Assis Carvalho e Silva)

Nesse julgado, firmou-se o seguinte fundamento, verbis:

"Emerge dos autos, indubitavelmente, que o autor é portador de deficiência física, decorrente de acidente que resultou na perda de parte do braço direito. Passou por um processo de reabilitação junto ao órgão previdenciário, consoante denota o certificado de fl. 16, retornando ao trabalho na função de Engenheiro Eletricista, com a dedicação de sempre, conforme atestam os documentos de fls. 98/100, onde

consta o exercício de vários cargos importantes na empresa. Aliás, estes fatos são confirmados pela própria recorrente, quando con-fessa que até pouco antes da dispensa cobriu o autor de elogios.

Ocorre que, na condição de deficiente físico reabilitado, o reclamante só poderia ser demitido mediante substituição por outra pessoa em condições semelhantes. É o que prescreve o § 1º do art. 93 da Lei nº 8.213/91 – dispositivo já exaustivamente debatido -, e que não foi observado pela reclamada, aí residindo a origem ilícita de sua conduta, que se defende fundamentada na tese de que apenas utilizou-se de seu poder diretivo.

Portanto, não há dúvida da existência e autoria do fato, nem da caracterização do nexó de causalidade entre este e a relação de emprego."

O segundo julgado referido contém a ementa e os fundamentos a seguir transcritos, verbis:

"E M E N T A: DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. HIPÓTESE CONFIGURADA. CONDENAÇÃO EXCESSIVA. REDUÇÃO. Em relação à indenização por danos morais, há um entendimento unânime na doutrina e jurisprudência pátrias atuais, no sentido de que, em tais hipóteses, tal encargo deve se revestir de um maior cuidado, exigindo-se a caracterização acerca da existência do prejuízo alegado, bem como da responsabilidade do Empregador pela atitude que causou infortúnios ao Obreiro. Assim, para que se configure a existência de prejuízo moral suscetível de indenização, faz-se imperiosa, além da presença de uma conduta proposital do Empregador, um nexo causal entre

ela e o possível dano sofrido pelo Empregado, o que ficou manifesto na hipótese vertente. Entretanto, apesar da atitude reprovável da Recorrente ter sido comprovada, é certo que a condenação imposta foi exagerada em relação à dimensão do dano sofrido pelo Empregado. Recurso Ordinário a que se dá parcial provimento para minorar a indenização imposta à Reclamada. (Processo n.º 01231.2003.002.13.00-3. Pub. No DJE-PB em 14.12.2004. Relator Juiz Afrânio Neves de Melo)"

(...) Ora, comprovada a privação que sofreu o Autor, tem-se que a situação foi bastante prejudicial ao mesmo, chegando inclusive a ficar doente, com crises de hipertensão, o que configura num elemento nitidamente prejudicial a imagem do empregado

diante de seus familiares e dos demais colegas de trabalho.

Saliente-se, por oportuno, que a própria médica da Reclamada, ao depor em juízo, confirmou que o Reclamante sofria de problemas de hipertensão antes mesmo da privatização da empresa, o que só vem a agravar a atitude da Reclamada que, mesmo sabendo dos problemas de saúde do Demandante, deixou o mesmo passar pela situação humilhante de ficar sem trabalho. (...)"

Assim, diante desses fatos, condeno o recorrido a abster-se da prática de recusar emprego, de dispensar e de considerar para fins de estipulação de remuneração, formação profissional, promoção no emprego, critérios de sexo, origem, etnia, idade, cor, estado civil, situação familiar, estado de gravidez, estado de saúde, orientação sexual, política ou religiosa, apresentação de deficiência ou de quaisquer outras condições pessoais

incompatíveis com os encargos a serem desenvolvidos pelo empregado ou candidato.

Em caso de descumprimento, multa de duzentos mil reais, por cada destinatário da ação discriminatória, atualizável por índice oficial, a critério do juízo executante, até a data do efetivo pagamento, com valores reversíveis ao FAT ou outro congêneres.

No tocante à tutela ressarcitória, melhor sorte não cabe ao recorrente.

Mesmo indiscutível a ignomínia da postura discriminatória, não se pode considerar a irradiação da conduta do recorrido a ponto de lesar a moral de uma coletividade indeterminada.

Vê-se que sequer no ambiente de labor a dita conduta desdobrou efeitos a ponto de serem reputadas como lesivas, na extensão e forma apontadas pelo recorrente.

Não se quer, com isso, em hipótese alguma, invalidar a conclusão anterior do Tribunal, nos casos supracitados, mas apenas realçar o caráter episódico da conduta empresarial, capaz, sim, de inspirar o temor de sua repetição, mas, até o momento, insuficiente para ser tomada

como lesiva à honra da coletividade ou capaz de infligir-lhe sofrimento a reclamar reparação.

Assim, diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso para condenar a recorrida na obrigação de não fazer, na forma e com as seqüelas traçadas em fundamentação, como se aqui estivessem transcritas.

Custas invertidas, pela recorrida, no valor de R\$ 100,00 (cem reais), calculadas sobre R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), valor arbitrado à condenação.

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Terceira Região, com a presença do Representante da Procuradoria Regional do Trabalho, Exm^o. Sr. Dr. Márcio Roberto de Freitas Evangelista, por unanimidade, rejeitar a preliminar de não conhecimento do recurso por intempestividade, suscitada em contra-razões; Mérito: por maioria, dar provimento parcial ao recurso para condenar a recorrida na obrigação de não fazer, na forma e com as seqüelas traçadas na fundamentação do voto em tela, como se aqui estivessem transcritas, contra os votos dos Juízes Paulo Américo Maia de Vasconcelos Filho e Herminegilda Leite Machado, que lhe negavam provimento. Custas invertidas, pela recorrida, no valor de R\$ 100,00 (cem

reais), calculadas sobre R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), valor arbitrado à condenação.

João Pessoa, 08 de novembro de 2005

CARLOS COELHO DE MIRANDA FREIRE

Juiz Relator

CIENTE EM

MÁRCIO ROBERTO DE FREITAS EVANGELISTA

REPRESENTANTE DO MPT

GJCC/VLA/SLLM

**ACÓRDÃOS DE OUTROS
REGIONAIS**

00178-2004-074-03-00-2-RO

RECORRENTE: FERNANDO ELÍSIO GOMES

RECORRIDAS:

- 1) CONSTRUTORA OAS LTDA.**
- 2) CONSÓRCIO CANDONGA**
- 3) COMPANHIA VALE DO RIO DOCE**
- 4) ALCAN ALUMÍNIO DO BRASIL LTDA.**

EMENTA:

FORMAÇÃO DE NOVAS CATEGORIAS ECONÔMICAS E PROFISSIONAIS. POSSIBILIDADE.

ENQUADRAMENTO. Em razão do disposto no artigo 8º, I, da CF/88, que veda ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical, o quadro de atividades e profissões de que trata o artigo 577 da CLT, embora não revogado, passou a ser considerado apenas como modelo, já que não abrange as novas categorias resultantes da evolução socioeconômica e tecnológica ocorrida no país nas últimas décadas.

Assim, nada impede a formação de novos grupos de empregadores e trabalhadores, bastando apenas que observem as regras gerais a respeito do que vem a ser categoria econômica, profissional e diferenciada, e que o novo sindicato “*ofereça possibilidade de vida associativa regular e de ação sindical eficiente*”, como ressalta o artigo 571 da CLT. Assim, enquadrando-se a atividade preponderante da empregadora em uma nova categoria regularmente constituída, aplicam-se aos seus empregados as normas coletivas firmadas pelo sindicato profissional correspondente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso ordinário, oriundos da Vara do Trabalho de Ponte Nova/MG, em que figuram, como recorrente, **FERNANDO ELÍSIO GOMES** e, como recorridos, **1) CONSTRUTORA OAS LTDA; 2) CONSÓRCIO CANDONGA; 3) COMPANHIA**

VALE DO RIO DOCE e 4) ALCAN ALUMÍNIO DO BRASIL LTDA.

RELATÓRIO

Ao de f. 477/478, que adoto e a este incorporo, acrescento que o Exmo. Juiz João Bosco de Barcelos Coura, em exercício na Vara do Trabalho de Ponte Nova/MG, pela r. sentença de f. 477/484, extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, em face das reclamadas Consórcio Candonga, Companhia Vale do Rio Doce e Alcan – Alumínio do Brasil S/A, e julgou improcedentes os pedidos formulados por FERNANDO ELÍSIO GOMES em desfavor da CONSTRUTORA OAS LTDA.

O reclamante interpõe recurso ordinário (f. 485/494), pretendendo que seja reconhecido como representativo de sua categoria o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Construção e do Mobiliário de Ponte Nova e Região, e aplicáveis as convenções coletivas por este firmadas, com o deferimento das horas “in itinere”; das diferenças do adicional de horas extras e indenização de cesta básica.

A primeira reclamada, CONSTRUTORA OAS LTDA, e a terceira reclamada, COMPANHIA VALE DO RIO DOCE, apresentam as contra-razões de f. 495/507 e 521/526, respectivamente. As demais

reclamadas não apresentaram contra-razões (certidão de f. 526 v.).

É o relatório.

VOTO

JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Satisfeitos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço do recurso ordinário interposto pelo reclamante. Não conheço das contra-razões da primeira reclamada, CONSTRUTORA OAS LTDA., no que tange ao tópico relativo aos honorários advocatícios, pois a matéria não foi devolvida à apreciação deste Tribunal. Também pelo mesmo fundamento, não conheço das contra-razões da terceira reclamada, COMPANHIA VALE DO RIO DOCE, pois o reclamante não se insurgiu contra a extinção do processo, sem julgamento do mérito, em relação a esta empresa e a segunda e quarta reclamadas, e nas suas contra-razões a terceira reclamada apenas discute tal questão.

JUÍZO DE MÉRITO

**ENQUADRAMENTO
PROFISSIONAL DO
RECLAMANTE –**

APLICABILIDADE DOS ACORDOS COLETIVOS

Insurge-se o reclamante contra a decisão primeva, que entendeu ser o Sindicato dos Trabalhadores na Indústria da Construção Pesada de Minas Gerais - SITICOP-MG - o legítimo representante da sua categoria profissional, inexistindo qualquer nulidade formal entre os acordos coletivos firmados entre a primeira reclamada, CONSTRUTORA OAS LTDA, e o referido sindicato. Afirma que o SITICOP-MG “*é um sindicato de papel, criado sob encomenda para desorganizar o movimento sindical*” e burlar a convenção coletiva firmada pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Construção e do Mobiliário de Ponte Nova e Região - SINDICOM. Argumenta que as obras da Barragem do Candonga estão sob a base territorial deste sindicato; que o SITICOP contratou o Sr. José Nicomedes dos Santos, que também “*era presidente do Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Construção e do Mobiliário de Ponte Nova e Região*”, mas que tal contrato foi cancelado “unilateralmente”, obrigando a primeira reclamada, CONSTRUTORA OAS LTDA, a homologar suas rescisões diretamente no serviço de atendimento aos trabalhadores do sindicato de Ponte Nova, SINDICOM. Sustenta que este sindicato, ao credenciar advogado para prestar assistência aos seus filiados, apenas cumpriu o artigo

514, “b”, da CLT; que há decisão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais declarando nulos os atos praticados pelo SITICOP; que não existe o ramo da “construção pesada”; que esta qualidade não consta no CNPJ da reclamada; que inexiste definição legal do que seja uma empresa do ramo da construção pesada e que na CTPS do reclamante há a seguinte anotação: “*Esp. Do estabelecimento – Construção Civil*”.

Não lhe assiste razão.

O reclamante juntou aos autos acórdão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, de 12.11.03, que declarou a nulidade dos atos constitutivos do Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Construção Pesada do Estado de Minas Gerais e cassou o seu registro (f. 459/464). Tal decisão, contudo, no presente caso, não deve ser considerada, pois não há a confirmação de seu trânsito em julgado e, além disso, não se trata de um documento novo, uma vez que já existente antes do ajuizamento da ação em 27.02.04, e o autor não comprovou a impossibilidade de sua oportuna apresentação. Além disso, apresentado quando já encerrada a instrução processual (f. 445).

Deve-se considerar, portanto, que o SITICOP está regularmente registrado, mormente diante da declaração do Ministério do Trabalho de f. 104, cabendo apenas averiguar se o reclamante pertence à categoria dos Trabalhadores nas Indústrias da Construção Pesada e se esta categoria existe de forma autônoma.

De acordo com o modelo sindical adotado pelo Brasil, a regra geral é a de que o enquadramento profissional opera-se pela atividade preponderante exercida pela empresa.

Segundo o contrato social da primeira reclamada, Construtora OAS Ltda, ela tem por objeto “*a exploração da atividade de engenharia civil e da indústria da construção civil e pesada (...)*” (f. 468). É incontroverso, ainda, que o reclamante foi admitido para trabalhar como pedreiro na construção de uma usina hidrelétrica no Rio Doce, denominada Hidrelétrica Candonga. Cabe destacar que na CTPS do laborista consta que a “*esp. do estabelecimento*” é a “*const. civil*” (f. 10). No entanto, é certo que laborou na construção de uma barragem de uma hidrelétrica.

Não se trata, portanto, de mera atividade de engenharia civil, mas de construção pesada, diante da grandiosidade do empreendimento, sendo esta, portanto, a atividade preponderante da empregadora.

Sobreleva notar que no quadro de que trata o artigo 577 da CLT, não consta, destacadamente, a atividade em questão. A princípio, a atividade de construção de uma hidrelétrica estaria inserida no 3º Grupo (trabalhadores nas indústrias da construção e mobiliário), no subitem que menciona os “*trabalhadores nas indústrias da construção de estradas, pavimentação, obras de terraplanagem em geral (pontes, portos, canais, barragens, aeroportos, hidrelétricas e*

engenharia consultiva)”.

No entanto, em razão do disposto no artigo 8º, I, da CF/88, que veda ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical, tal quadro de atividades e profissões, embora não revogado, passou a ser considerado apenas como modelo, já que a sua elaboração dependia da aprovação do Ministério do Trabalho, mediante proposta da Comissão do Enquadramento Sindical (artigo 570, da CLT).

Assim, como não poderia ser diferente, o quadro do artigo 477 da CLT não abrange as novas categorias resultantes da evolução socioeconômica e tecnológica ocorrida no país nas últimas décadas. Isso, entretanto, não impede a formação de novos grupos de empregadores e trabalhadores, bastando apenas que observem as regras gerais a respeito do que vem a ser categoria econômica, profissional e diferenciada.

Aliás, o artigo 571 da CLT, expressamente, permite o desmembramento de categorias, desde que o novo sindicato “*ofereça possibilidade de vida associativa regular e de ação sindical eficiente*”. É o que ocorreu com os trabalhadores nas indústrias da construção pesada, que, em razão do seu desenvolvimento, dissociaram-se do agrupamento dos trabalhadores nas Indústrias da Construção e do Mobiliário, formando uma categoria própria, o que é perfeitamente admissível.

Veja-se que no documento de f. 101/103 (Termo de Parceria) consta que o SITICOP representa “os trabalhadores em obras de construção e manutenção de estradas, pontes, viadutos, aeroportos, obras de terraplanagem, obras de infra-estrutura, barragens, sancamento, inclusive tratoristas e operadores de máquinas utilizadas na construção e veículos fora de estrada, com base territorial em todo o Estado de Minas Gerais”.

A doutrina perfilha esse entendimento, como pondera Arnaldo Süssekind, in “Direito Constitucional do Trabalho”, 3ª edição, 2004, Ed. Renovar, págs. 379/381, quando discorre acerca da concentração e do desmembramento de categorias:

“Precisamente porque o agrupamento de empresas que realizam a mesma atividade caracteriza uma comunhão de interesses em determinada fase do desenvolvimento socioeconômico nacional, configurando uma categoria econômica específica, a que corresponde a categoria profissional dos respectivos empregados, estatuiu o art. 570 da CLT, considerado em vigor pelo

Supremo Tribunal Federal, que os sindicatos devem ser constituídos, preferentemente, por categorias específicas. Esta é a regra. A exceção é o sindicato concentrar, na sua representação, categorias similares ou conexas. E tanto é exceção que o parágrafo único do citado artigo só a admite quando os componentes de uma categoria específica não puderem sindicalizar-se com eficiência.

Por se tratar de exceção, o art. 571, que complementa o precedente, prescreve que qualquer das atividades concentradas poderá dissociar-se para formar um sindicato específico, de atividades idênticas, desde que ‘ofereça possibilidade de vida associativa regular e de ação sindical eficiente’. É certo que esse dispositivo condiciona a dissociação ao “juízo da Comissão de Enquadramento Sindical”. Mas, nesse ponto, é inquestionável que ele entra em

testilha com o art. 8º, I, da Constituição. Aliás, como asseverou a Suprema Corte:

‘A Constituição vigente valoriza o chamado livre impulso associativo, ao erigir como única limitação à organização sindical, nos três graus, a unicidade de representação de uma categoria econômica ou profissional, na mesma base territorial’.

O ‘caput’ do art. 570 da CLT, depois de fixar a regra do sindicato por categoria de atividades específicas, admitiu a subdivisão da mesma, mediante a proposta da Comissão de Enquadramento Sindical aprovada pelo Ministério do Trabalho. É claro que o desmembramento da categoria específica em razão da sua subdivisão não mais depende do pronunciamento da aludida Comissão, já extinta, e do Ministro

de Estado. Contudo, o princípio que se deduz da norma legal pode e deve justificar a deliberação dos grupos interessados em prol desse desmembramento, desde que caracterizado o surgimento de uma nova categoria em decorrência do desenvolvimento socioeconômico, especialmente de nova tecnologia, formando uma unidade sociológica com ressonância nos hábitos da população e, como corolário, no mercado consumidor. Relevante é que as peculiaridades da respectiva atividade intervenculem as empresas que a empreendem, evidenciando a comunhão de interesses.

Nesse sentido, em bem fundamento acórdão, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

‘O impetrante não tem o poder de impedir o desmembramento de qualquer de suas categorias econômicas e profissionais distintas

e específicas, porque os filiados não podem ser compelidos a nele permanecerem filiados e proibidos de formar novo sindicato mais representativo e que atende melhor os seus interesses’.

(...)

Como bem observou AMAURI MASCARO NASCIMENTO, o artigo 571 da CLT flexibilizou a rígida estrutura sindical ‘ao autorizar a dissociação ou desmembramento de categorias, o que leva à conseqüente criação de novos sindicatos que se destacam do agrupamento originário’”.

Diante do exposto e da abalizada doutrina citada, conclui-se que inexistente qualquer irregularidade formal quanto à representação do reclamante pelo Sindicato dos Trabalhadores na Indústria da Construção Pesada de Minas Gerais - SITICOP-MG. Este ente sindical, como é incontroverso, tem sua base territorial o Estado de Minas Gerais e, portanto, abrange o município em que o reclamante laborava para uma empresa que tem como atividade

preponderante a indústria pesada. Logo, não prospera a tese do autor de que a ele se aplicam as convenções coletivas firmadas pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Construção e do Mobiliário de Ponte Nova (f. 12/31).

Não altera essa conclusão o fato de o SITICOP ter firmado um “termo de parceria” (f. 101/103) com o Sr. José Nicomedes dos Santos, presidente do Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Construção e do Mobiliário de Ponte Nova e Região. Segundo esse documento, o Sr. José Nicomedes foi nomeado representante do SITICOP em Ponte Nova e outros municípios, sendo-lhe outorgado poderes para realizar o atendimento das demandas sindicais da categoria em nome deste sindicato; homologar as rescisões dos contratos, etc., mediante o recebimento de 20% do montante das arrecadações das contribuições confederativas e assistenciais dos municípios de trata o documento.

Observa-se que o termo de parceria foi firmado com o Sr. José Nicomedes e não com o sindicato do qual é o presidente. Também não há a comprovação de que esse termo foi rescindido “unilateralmente”, como afirma o reclamante, em tese inovatória nas razões do recurso ordinário, o que, de qualquer modo, é inadmissível, por ferir o princípio do contraditório. Além disso, embora conste no TRCT (f. 11 e 100) o carimbo do Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Construção e do Mobiliário de Ponte Nova-MG, também há a assinatura do Sr. José Nicomedes, o que comprova que ainda

vigorava o termo de parceria com o SITICOP.

Ademais, como bem ressalvado pelo Juízo primevo, nota-se que o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Construção e do Mobiliário de Ponte Nova sempre teve conhecimento dos acordos coletivos firmados entre o SITICOP e a Construtora OAS Ltda, e nunca questionou, pelas vias normais, a legitimidade da representação deste último. Outrossim, o “termo de parceria” apenas revela o reconhecimento da legitimidade do SITICOP pelo sindicato local representante da categoria da construção civil, do qual é o presidente o Sr. José Nicomedes.

Tampouco há que se falar em violação ao artigo 612 da CLT, pelo fato de constar nos acordos coletivos de f. 105/140, vigentes de 01.06.01 a 31.10.02, e de 01.11.02 a 31.05.04, que eles abrangeriam os *“empregados integrantes da categoria profissional representada pelo sindicato conveniente que **trabalharão** para a CONSTRUTORA OAS LTDA na obra de construção da HIDRELÉTRICA DE CANDONGA”* (grifos acrescidos). É que, de acordo com o artigo 611, parágrafo 1º, da CLT, os acordos coletivos aplicam-se a todos os contratos individuais de trabalho firmados com os atuais e futuros empregados da empresa, contratados quando da sua vigência, já que, a teor do artigo 8º, II, da CF/88, os sindicatos representam todos os integrantes da categoria, independentemente de serem ou não seus associados. Cabe destacar que, no caso do reclamante, ele

foi admitido em 19.08.02 e dispensado em 17.11.03, quando perfeitamente em vigor tais normas coletivas.

Finalmente, insta ressaltar que as Orientações Jurisprudenciais 23 e 31 da SDC do TST se referem a hipóteses não relacionadas com o caso em comento e que a questão discutida no recurso ordinário em procedimento sumaríssimo nº 00886-2003-074-03-00-2, do qual fui terceira votante, era distinta da presente, haja vista as particularidades de cada caso.

Ante o exposto, deve ser mantida a decisão primeva, que entendeu ser o Sindicato dos Trabalhadores na Indústria da Construção Pesada de Minas Gerais - SITICOP-MG - o legítimo representante da categoria profissional do reclamante e que a ele se aplicam os acordos coletivos firmados entre a primeira reclamada, CONSTRUTORA OAS LTDA, e o referido sindicato.

Nego provimento.

HORAS “IN ITINERE”

O recorrente alega que os acordos coletivos firmados entre o SITICOP e a primeira reclamada são leoninos, especialmente no que tange à questão das horas “in itinere”, pois violam os artigos 4º e 58, parágrafo 2º, da CLT.

Considerando o exposto no tópico anterior, ou seja, de que se aplicam ao reclamante os acordos coletivos de f. 105/140, e, ainda, que a Constituição Federal, no seu art. 7º XXVI, da CF/88, assegura o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, possível a vedação acordada pela categoria na Cláusula Sétima e na Cláusula Nona dos ACT's (f. 107 e 128), de seguinte teor: *“A empresa remunerará seus empregados pelo tempo gasto em transporte realizado em veículo de sua propriedade ou por ela contratado, entre o local do canteiro da obra até as frentes de trabalho e vice-versa. Não pagará, entretanto, qualquer parcela pelo próprio transporte ou pelo tempo gasto entre a residência do empregado e o local do canteiro das obras, mesmo que em veículo de empresa terceirizada, respeitada a legislação do vale transporte”*.

Registre-se que, não obstante a previsão contida no art. 58, parágrafo 2º, da CLT, é possível a exclusão, por instrumento de negociação coletiva, do cômputo do tempo de deslocamento da residência até o local de labor da jornada de trabalho, ainda que presentes os requisitos das horas “in itinere”, pois não se trata de norma de ordem pública, as quais visam, por exemplo, a preservação da saúde do trabalhador. A norma em comento tem por fim, apenas, remunerar o tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho de difícil acesso ou não servido por transporte

público, não havendo, pois, que se falar em violação ao artigo 4º da CLT.

Também admitindo a exclusão do pagamento de horas “*in itinere*”, por acordos ou convenções coletivas de trabalho, o seguinte acórdão:

***EMENTA: HORAS "IN ITINERE"
" - NEGOCIAÇÃO COLETIVA -
FLEXIBILIZAÇÃO - VALIDADE.***

O legislador constituinte, ao assegurar o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho - inc. XXVI do art. 7º, da CF -, deu importância capital às normas instituídas pelas próprias partes para regular as relações jurídicas no âmbito das categorias econômicas e profissionais envolvidas no processo de produção, daí porque não se pode negar validade aos instrumentos normativos firmados entre a reclamada e o Sindicato representativo da categoria profissional, quando se negociou o

fornecimento de transporte gratuito aos empregados, sem caracterização de tempo à disposição (TRT 3ª R. - 2T - RO/6980/01 - Rel. Juiz Hegel de Brito Boson - DJMG 04/07/2001 P. 21).

Sobreleva notar que, considerando o alhures exposto, não altera o decidido os documentos de f. 448/456, referentes ao auto de infração do Ministério do Trabalho e à inspeção judicial realizada em 20.04.04. Esses documentos sequer podem ser considerados, no presente caso, pois juntados após o encerramento da instrução processual e não se trata de documentos novos.

Em sendo assim, deve ser mantida a decisão primeva no aspecto.

Nego provimento.

**DIFERENÇA DO ADICIONAL
DAS HORAS EXTRAS –
INDENIZAÇÃO DAS CESTAS
BÁSICAS**

Aduz o reclamante que as convenções coletivas prevêm o adicional de horas extras de 100% e cestas básicas de R\$42,00, em valores, portanto,

superiores aos do acordo coletivo.

Como exposto alhures, aplica-se ao reclamante os acordos coletivos firmados entre o SITICOP e a primeira reclamada, CONSTRUTORA OAS LTDA. Logo, não são devidas quaisquer diferenças quanto ao adicional de horas extras e ao valor das cestas básicas.

Nego provimento.

Impende mencionar que não foram devolvidas à apreciação deste Tribunal, conforme artigo 515 do CPC, a questão referente à extinção do processo, sem julgamento do mérito, com fulcro no artigo 267, VI, do CPC, quanto à segunda, terceira e quarta reclamadas, e os pedidos indeferidos de horas extras pelo labor em domingos e feriados, pelo desrespeito ao intervalo intrajornada e interjornada; de diferenças de adicionais noturnos e reflexos; de diferenças salariais; de aplicação da multa da CCT; de aplicação da multa do artigo 467 da CLT; de honorários advocatícios; de devolução dos descontos indevidos, e de isonomia salarial.

CONCLUSÃO

Conheço do recurso ordinário

interposto pelo reclamante; não conheço das contra-razões da primeira reclamada, CONSTRUTORA OAS LTDA, no que tange ao tópico relativo aos honorários advocatícios, e não conheço das contra-razões da terceira reclamada, COMPANHIA VALE DO RIO DOCE; no mérito, nego-lhe provimento.

FUNDAMENTOS PELOS

QUAIS,

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, pela sua Oitava Turma, em, preliminarmente, à unanimidade, conhecer do recurso ordinário interposto pelo reclamante; não conhecer das contra-razões da primeira reclamada, CONSTRUTORA OAS LTDA, no que tange ao tópico relativo aos honorários advocatícios, e não conhecer das contra-razões da terceira reclamada, COMPANHIA VALE DO RIO DOCE; no mérito, sem divergência, negar-lhe provimento.

Belo Horizonte, 26 de janeiro de 2005.

DENISE ALVES HORTA
Juíza Relatora

Acórdão nº AC.16987/06 4ª Turma**TRT-PR-01321-2005-658-09-00-****1(RO)**

RECUSA AO USO DE UNIFORME POR CRENÇA RELIGIOSA – ATO DE INDISCIPLINA – JUSTA CAUSA CONFIGURADA – ARTIGO 482, “H”, DA CLT: A recusa pelo empregado em usar uniforme instituído no âmbito de trabalho configura justa causa na forma de indisciplina. A liberdade religiosa garantida constitucionalmente não autoriza o empregado a ignorar normas contratuais absolutamente lícitas e condizentes com os bons costumes, como, de resto, já constatado no caso vertente. A exigência de uso de uniforme, por outra vertente, configura-se mera prerrogativa inerente ao poder diretivo do empregador, sem o qual

fica obstaculizada a fixação das diretrizes da empresa e dos modos como deseja ver alcançados seus fins e a prestação laboral. Encontra abrigo, ainda, no *jus variandi* patronal. Justa causa que se mantém.

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da MMª 2ª Vara do Trabalho de **FOZ DO IGUAÇU-PR**, em que é recorrente **JANE ANTUNES DA SILVA** e recorrida **CHURRASCARIA BUFALO BRANCO LTDA**.

I. RELATÓRIO

Recorre a **autora** em face da r. sentença de fls. 90/97, proferida pela Exmo. Juiz do Trabalho LOURIVAL BARÃO MARQUES FILHO. Em razões de fls. 98/100, pretende o reconhecimento de que a dispensa se deu sem justa causa.

Contra-razões às fls. 102/105.

Entendo que os interesses em causa não justificam a remessa prévia dos autos ao MPT.

II. FUNDAMENTAÇÃO

1. ADMISSIBILIDADE

CONHEÇO do recurso ordinário, bem assim as contra-razões, por presentes os pressupostos de admissibilidade.

2. MÉRITO

2.1. JUSTA CAUSA

Confirmada, pelo Julgador de origem, a forma motivada do rompimento do vínculo, busca a autora a reforma da decisão. Argumenta, em síntese, que sua recusa em usar o uniforme de trabalho seria legítima, pois abusiva e em extrapolação ao poder diretivo do empregador, a exigência do uso de calça. Invoca, nos termos do art. 468 da CLT, prejuízo aos “*seus padrões morais e religiosos*”.

Irretocável a r. sentença.

O art. 2º da CLT concede ao empregador o poder de dirigir a prestação dos serviços. Este poder diretivo é a exteriorização e a concretização do poder hierárquico inerente à condição de empregador, eis que é através daquele que o empregador fixa as diretrizes da empresa e os modos como deseja verem alcançados seus fins e a prestação laboral.

Além deste poder diretivo, a autoridade do empregador manifesta-se sobre outra vertente: o

poder disciplinar, sendo que, no Direito Laboral pátrio, as penas admitidas são a advertência, suspensão e a despedida por justa causa. As duas primeiras possuem tanto caráter punitivo, quanto preventivo. Já a última só tem como fim a punição.

A justa causa, em sentido amplo, comporta definição no seguinte sentido: consequência advinda de ato ilícito de uma das partes contratantes, que, segundo sua natureza ou repetição, representa séria violação dos deveres inerentes ao contrato, autorizando o rompimento da relação empregatícia, sem ônus para a parte que não deu ensejo à rescisão.

Dentre as figuras elencadas no art. 482, da CLT, encontra-se a *indisciplina*, caracterizada, em linhas gerais, pelo descumprimento de ordens **gerais** de serviço. No caso, estrutura-se a controvérsia ao redor de fato não negado pela empregada, qual seja, a recusa por parte da autora, em utilizar-se do uniforme de trabalho eleito pelo empregador.

A partir disto, a tipificação da conduta indisciplinada encontra-se suficiente e robustamente demonstrada pelo conjunto probatório pertinente ao ato que desencadeou a dispensa, autorizando, pois, o rompimento justificado do vínculo.

De plano, ressalte-se a existência de prova documental, não desconstituída por qualquer elemento probante nos autos, de uma advertência (fls. 37) e de duas suspensões (fls. 36), ambas as penalidades aplicadas em virtude da recusa da autora em utilizar o uniforme fornecido pela empresa (fls. 39).

Contam os autos, ainda, com inarredável meio de prova, qual seja, confissão expressa por parte da autora, que, em depoimento pessoal (fls. 88), confirmou que “*recusou-se a utilizar a calça do uniforme, pois é evangélica, sendo vedada a utilização deste tipo de vestimenta pela sua religião*”, pois, “*perante os olhos de Deus é abominação a mulher utilizar vestes de homem*”. Corroborou, ainda, que a sócia da ré advertiu-a verbalmente “*no sentido de que precisava utilizar a calça*”.

A conduta obreira, *data venia*, ressentente-se de amparo legal. Ao reverso. Afronta, na literalidade, norma impositiva do dever de disciplina por parte do empregado em face do empregador, enquadrando-se, com perfeição, na hipótese da letra “h” do artigo 482 da CLT.

Não se olvida que *é válida e juridicamente protegida a resistência obreira a ordens ilícitas perpetradas pelo empregador no contexto empregatício*¹. Direito, esse, de resistência (*jus resistentiae*) que encontra

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 14, n. 1, p. 413-421, 2006.

abrigo seguro no art. 188, inciso I, do Código Civil Brasileiro em vigência.

No entanto, a questão controvertida, qual seja, a exigência do uso de uniforme por parte do empregador, não se amolda, de nenhuma forma, ao conceito de ordem patronal *ilícita*. Trata-se de mera prerrogativa inerente ao poder diretivo do empregador, poder este dissecado no início do voto, e que, repise-se, exterioriza e concretiza o **poder hierárquico** inerente à condição de empregador, sem o qual fica obstaculizada a fixação das diretrizes da empresa e dos modos como deseja verem alcançados seus fins e a prestação laboral.

Da mesma forma, a alteração da vestimenta exigida e fornecida pelo empregador não se evidencia como *abusiva*. Efetivamente, não vislumbro resquícios de caráter de abusividade na conduta do empregador que, em última análise, somente busca, com sua atitude, **padronizar** a roupa utilizada por seus funcionários *durante a jornada laboral*, sem imiscuir-se no uso das roupas pessoais dos empregados fora do horário de trabalho. Encontra, antes, abrigo no princípio do *jus variandi* patronal, *salvo* ajuste expresso e anterior, pelas partes contratantes, da impossibilidade de alteração do uniforme. Não é o caso.

A última hipótese de irregularidade na conduta patronal seria aquela em que o uniforme imposto se revelasse *ofensivo à moral ou aos bons costumes*. Também sob tal aspecto melhor sorte não assiste à autora.

Com efeito, o tipo de roupa adotado na empresa – calça - e cujo uso passou a ser objeto de insurgência por parte da autora, em nada afronta a chamada moral e bons costumes. Estes devem ser aquilatados segundo as normas gerais de conduta da sociedade em que vivem os litigantes. Estivéssemos nós num país, v.g., fundamentalista, e então os parâmetros gerais a serem tomados como fonte de julgamento seriam outros. Como bem ressaltado pela r. sentença “ a utilização de calça por mulheres é uma prática que se revela há várias décadas nas civilizações ocidentais, e em nada ofende a liberdade de crença da autora.”

Não altera tal conclusão o argumento de ser a autora “evangélica” e que, em virtude de sua crença, é “abominável” a utilização de calça por mulheres. A liberdade religiosa garantida constitucionalmente não autoriza o empregado a ignorar normas contratuais absolutamente lícitas e condizentes com os bons costumes – como, de resto, já constatado-. *Mutatis mutandis*, não obriga o empregador a pautar-se segundo costumes pessoais de seus empregados, tendo que modificar, para tanto, diretrizes de funcionamento

do estabelecimento, diretrizes estas fixadas sem afronta ao princípio maior da legalidade.

O acerto de tal inferência á facilmente demonstrável: imagine-se se cada um dos funcionários da empresa seguisse uma orientação religiosa, ou por outro motivo de cunho íntimo, também se negasse ao uso de uniforme, ou, ainda, ao cumprimento de diversa ordem (também lícita, gize-se) procedimental. Cada qual tendo as próprias razões pessoais para desatendimento ao poder diretivo de direção do empregador. A inviabilidade do empreendimento estaria decretada.

A Constituição da República, embora tenha garantido que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa, excepcionou a regra quando acresceu ao texto legal: “salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei” (art. 5º, inc. VIII).

Nesse contexto, **mantenho** a sentença que reconheceu a existência de justa causa para rompimento do vínculo.

Pelo que,

ACORDAM os Juízes da Quarta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DO RECURSO DA**

AUTORA. No mérito, por igual votação, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, na forma da fundamentação.

Custas na forma da lei.

Intimem-se.

Curitiba, 31 de maio de 2006.

JUIZ ARNOR LIMA NETO

RELATOR

aln/@.

Relator : Juiz AMAURY RODRIGUES
PINTO JUNIOR

Recorrente : RODRIGO SCHOSSLER (em
causa própria)

Recorrido : ELIZIEL DA SILVA SOARES

Origem : 5ª Vara do Trabalho de Campo
Grande/MS

**SENTENÇA DA LAVRA DO EXMO. JUIZ OSCAR
ZANDAVALLI JÚNIOR**

**COBRANÇA DE HONORÁRIOS
ADVOCATÍCIOS -
COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA
DO TRABALHO – EMENDA
CONSTITUCIONAL Nº 45/2004.**

1. Com a reforma constitucional, a Justiça do Trabalho passou a atuar em todos os litígios decorrentes de relações jurídicas cujo objeto seja a prestação de serviços, desde que executada com personalidade por pessoa natural, eis que em tal

situação estará caracterizada uma "relação de trabalho". 2. A Constituição Federal positiva a competência trabalhista para as relações de trabalho sem excluir aquelas que, para fins específicos da Lei 8.078/90, foram qualificadas como "relação de consumo". 3. É preciso perceber que a exceção consignada na parte final do parágrafo segundo, do artigo terceiro do Código de Defesa do Consumidor, serve apenas para separar todas as demais relações de trabalho daquela que se caracteriza como sendo empregatícia, assim procedendo para consignar que o tomador dos serviços dos empregados não se beneficia dos direitos e garantias conferidos ao consumidor. Não se trata, portanto, de regra definidora de competência jurisdicional, apenas limitando o campo de atuação do direito material

garantido por aquele diploma legal (Código de Defesa do Consumidor).

4. Recurso provido para reconhecer a competência da Justiça do Trabalho para conhecer da ação de cobrança de honorários advocatícios. **5.** Decisão por maioria.

V O T O

1 - CONHECIMENTO

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

2 - MÉRITO

2.1 - HONORÁRIOS

ADVOCATÍCIOS - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Trata-se de ação de cobrança de honorários advocatícios que, em primeira instância, foi extinta sem apreciação do mérito, sob a alegação de que a Justiça do

Trabalho seria incompetente para julgá-la.

O recorrente argumenta que, após a emenda constitucional n. 45/2004, todas as ações oriundas da relação de trabalho passaram a ser da competência da Justiça do Trabalho.

Assiste-lhe razão.

Com a promulgação da EC n. 45/2004, o art. 114, I, da CF/88 passou a ter a seguinte redação:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

Não é difícil perceber que a competência jurisdicional trabalhista foi sensivelmente ampliada, pois antes só eram resolvidos litígios decorrentes da relação de emprego, ou seja, litígios entre empregados e empregadores.

Agora, devem ser encaminhados para a Justiça do Trabalho todos os litígios que decorram das

relações de trabalho, cujo conceito é muito mais amplo que a simples relação empregatícia.

Claro que a relação empregatícia é uma relação de trabalho, porém, existem outras espécies de relações jurídicas que podem ser intituladas “relações de trabalho” e que não se constituem numa “relação de emprego”.

É o caso, por exemplo, do vínculo existente entre o representante comercial autônomo e a empresa representada. Nessa situação a relação jurídica é de trabalho, mas não de emprego, sendo que, por força da emenda constitucional n. 45/2004, passou a ser da Justiça do Trabalho a competência para solucionar os litígios dela decorrentes.

Na verdade, com a reforma constitucional, a Justiça do Trabalho passou a atuar em todos os litígios decorrentes de relações jurídicas cujo objeto seja a prestação de serviços, desde que executada com personalidade por pessoa natural, eis que em tal situação estará caracterizada uma “relação de trabalho”.

A falta de subordinação jurídica passou a ser aspecto irrelevante para efeitos de fixação de competência.

Neste aspecto, é lapidar a lição de AMAURI MASCARO NASCIMENTO, em artigo denominado “A Competência da Justiça do Trabalho para

Relação de Trabalho”:

A alteração da competência constitucional material da Justiça do Trabalho pela Reforma do Poder Judiciário quanto aos tipos de vínculo de trabalho que podem ser submetidos à sua apreciação reside num ponto: a competência que era para ‘dissídios entre trabalhadores e empregadores’, passa a ser para ‘ações oriundas da relação de trabalho’, não se limitando mais a questões de trabalho contra empregadores, mas de todo prestador pessoa física contra todo tomador do trabalho da pessoa física, o que abrangerá prestações de serviços autônomos, serviços eventuais e outros tipos, mudança que vai exigir algum tempo para que possa ser devidamente assimilada. Pensamos, em linhas gerais, que toda relação de trabalho para a qual a competência

agora é da Justiça do Trabalho deve preencher requisitos básicos: a) profissionalidade, pressupondo, portanto, remuneração; b) pessoalidade, para significar que o trabalho deve ser prestado por pessoa física diretamente [...]; c) a própria atividade do prestador do serviço como objeto do contrato [...]; d) a subordinação ou não passa a não definir a competência, porque o judiciário trabalhista será competente em ambos os casos, influindo, se os serviços forem subordinados, para o enquadramento jurídico diante do poder de direção sobre o mesmo exercido, levando-o para a esfera da relação de emprego, e se inexistente a subordinação, competente, também, será a Vara do Trabalho, porém para apreciar a questão como prestação de serviços autônomos ou outra; e) a eventualidade ou não, igualmente

passa a não ter importância sob a perspectiva da competência, porque se os serviços forem contínuos ou não eventuais, estarão no âmbito da relação de emprego, e se forem eventuais, estarão na esfera da prestação de serviços eventuais, em ambos os casos competente a Justiça Trabalhista, mudando, apenas, o enquadramento jurídico a ser dado ao caso concreto. (COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves. *Nova competência da justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 26-27).

Também nesse sentido registrou ESTÊVÃO MALLETT, em “Apontamentos sobre a Competência da Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 45”:

Deixa a Justiça do Trabalho de ter como principal competência, à vista da mudança em análise, o exame dos

litígios relacionados com o contrato de trabalho, para julgar os processos associados ao trabalho de pessoa natural em geral. Daí que agora lhe compete apreciar também as ações envolvendo a atividade de prestadores autônomos de serviço, tais como corretores, médicos, engenheiros, arquitetos ou outros profissionais liberais, além de transportadores, empreiteiros, diretores de sociedade anônima sem vínculo de emprego, representantes comerciais, consultores etc, desde que desenvolvida a atividade diretamente por pessoa natural. (COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves. *Justiça do Trabalho: competência ampliada*. São Paulo: LTr, 2005, p. 72).

O Juiz *a quo*, embora reconheça a ampliação da competência da Justiça do Trabalho, empresta à EC 45/2004 uma interpretação restritiva, excluindo da órbita

trabalhista aquelas demandas que, embora tenham como objeto a prestação de serviço, fiquem caracterizadas como uma “relação de consumo”, incluindo neste rol os honorários advocatícios.

Com a devida vênia, entretanto, a Constituição Federal não faz a restrição detectada pelo julgador da origem, pois positiva a competência trabalhista para as relações de trabalho sem excluir aquelas que, para fins específicos da Lei 8.078/90, foram qualificadas como “relação de consumo”.

É preciso perceber que a exceção consignada na parte final do parágrafo segundo, do artigo terceiro do Código de Defesa do Consumidor serve apenas para separar todas as demais relações de trabalho daquela que se caracteriza como sendo empregatícia, assim procedendo para consignar que o tomador dos serviços dos empregados não se beneficia dos direitos e garantias conferidos, por aquele diploma legal, ao consumidor. Não se trata, como é fácil perceber, de regra definidora de competência jurisdicional, apenas limitando o campo de atuação do direito material garantido por aquele diploma legal (Código de Defesa do Consumidor).

Essa questão está muito bem abordada pelo Juiz RODNEI DORETO RODRIGUES, em

trabalho realizado com o seu filho GUSTAVO, sob título “ A Nova Competência da Justiça do Trabalho – Uma Abordagem Inicial”, *in verbis*:

Nesse contexto, não pode haver dúvida de que as consultas médicas, odontológicas, ou a advogados, ou mesmo expeditas intervenções cirúrgicas, para ficar apenas nesses exemplos, obviamente, a par de tipificarem relações de consumo (de serviços), igualmente consubstanciam relações de trabalho. É relevante destacar que, sendo a relação de trabalho também de consumo, o direito material fundamentalmente aplicável haverá de ser o contemplado no Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, o fato de não se aplicar o direito material positivado na legislação trabalhista (CLT) é absolutamente irrelevante, não constituindo nenhuma novidade. Mesmo no

regime anterior, a Justiça do Trabalho tinha competência para solucionar os conflitos derivados das pequenas empreitadas, valendo-se, para tanto, das normas de direito comum. Por óbvio, competência diz respeito a disciplina processual, em nada interferindo no direito material aplicável. (COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves. *Justiça do Trabalho: competência ampliada*. São Paulo: LTr, 2005, p. 461-462).

Destarte, porque a pretendida cobrança de honorários advocatícios decorre de uma relação de trabalho, tenho como caracterizada a competência jurisdicional da Justiça do Trabalho, *ex vi* do art. 114, I, da Constituição Federal, motivo pelo qual dou provimento ao recurso e, forte no art. 515, § 3º, do CPC, prossigo no julgamento da causa.

2.2 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - CONTRATO - FALTA DE

INTERESSE DE AGIR

Em ação trabalhista já extinta o autor prestou serviços advocatícios em prol do demandado, o qual firmou acordo judicialmente homologado, mas não quitou os honorários pactuados.

A presente demanda objetiva cobrar os honorários advocatícios devidos e, para tanto, o autor apresenta os documentos que comprovam a homologação do acordo, a execução do valor devido ao trabalhador (pois o acordo não foi adimplido) e o contrato de honorários.

Ocorre que o autor não tem interesse de agir para ajuizar a presente ação de cobrança.

Primeiro porque, pelos documentos acostados aos autos, o trabalhador ainda nem recebeu o crédito trabalhista a que teria direito.

Segundo porque, conforme o art. 24 da Lei 8.906/94, o contrato de honorários se constitui em título executivo e, segundo o parágrafo primeiro do mesmo dispositivo legal, a execução poderá ser concretizada nos próprios autos em que surgiu o crédito.

Ora, se o contrato de honorários se constitui em título executivo, não há interesse na propositura de uma ação de cobrança, cujo objetivo é exclusivamente

obter título executivo.

Na verdade, basta ao advogado juntar aos autos da ação trabalhista o seu contrato de honorários e pedir reserva do crédito, que deverá ser deduzido do crédito recebido pelo trabalhador.

Assim, por falta de interesse de agir, extingo o processo sem julgamento do mérito.

POSTO ISSO

Conheço do recurso e, no mérito, dou-lhe provimento para reconhecer a competência da Justiça do Trabalho para apreciar a demanda e, prosseguindo no julgamento, extinguir o processo sem julgamento do mérito, por falta de interesse de agir, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

AMAURY RODRIGUES PINTO JUNIOR

Juiz Relator

SENTENÇA

VARA DO TRABALHO DE CAJAZEIRAS - PB
ATA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO DE
RECLAMAÇÃO No. 000 00048.2006.017.13.00-2

Aos vinte um dias do mês de junho do ano de dois mil e seis, às 16h00min, estando aberta a audiência da Vara do Trabalho de Cajazeiras (PB), na sua sede, Rua Maria da Piedade Viana, s/n, Por do Sol, nesta cidade, com a presença do Sr. Juiz do Trabalho **Dr. JUAREZ DUARTE LIMA**, foi, por ordem deste, apregoados os litigantes:

ANTÔNIA LUCIENE BRAGA e Outros - autores e
MARIA DE FÁTIMA CARTAXO ANDRADE E CIA.
LTDA. - Ré.

Ausentes as partes.

Submetido o processo a julgamento foi proferida a seguinte decisão:

Vistos, etc.

ANTÔNIA LUCIENE BRAGA, EDILSON GUEDES ALBUQUERQUE JÚNIOR, LEONARDO GUEDES BRAGA e LETÍCIA GUEDES BRAGA, qualificados nos autos, sendo os três últimos menores impúberes representados pela mãe, ajuizaram ação de indenização por ato ilícito com pedido liminar de antecipação dos efeitos da tutela em face de **MARIA DE FÁTIMA CARTAXO ANDRADE E CIA. LTDA.**, anteriormente distribuída para 4ª. Vara da Comarca de Cajazeiras (PB) e, na referida ação os autores postulam em sede de antecipação de tutela fixação de alimentos provisionais e depois em caráter de pensão alimentícia definitiva, indenização por danos morais e materiais, honorários advocatícios, juros e correção monetária, conforme os fundamentos de fato e de direito elencados na peça inicial de fls. 03/18, que passam a integrar este relatório como se transcritos literalmente. Juntaram procuração e documentos.

A ré, após citada apresentou sua defesa por escrito, oportunidade em que argüiu preliminares e no mérito pugnou pela improcedência do pedido, conforme os termos lançados de fls. 62/89. Juntou procuração e documentos.

Em sede da 4ª. Vara da Comarca de Cajazeiras (PB), o processo seguiu os devidos trâmites legais e por argüição dos próprios demandantes, aquele juízo declarou a

incompetência absoluta da Justiça Comum Estadual para julgar o presente feito determinando a remessa dos autos para esta Vara do Trabalho.

Incluído o processo na pauta de audiência desta Vara do Trabalho, as partes foram notificadas e na audiência aprezada compareceram, oportunidade em que recusaram a primeira proposta de conciliação, ratificaram os termos da inicial e contestação, respectivamente, a ré juntou novos documentos e se manifestou sobre reiteração do pedido de antecipação de tutela formulado pelos autores.

Deferida a antecipação de tutela quanto à fixação de pensão provisória.

Em continuação, ocorreu o adiamento da audiência em razão de impossibilidade de comparecimento do advogado da empresa ré.

Na audiência de prosseguimento, dispensado o depoimento das partes, houve produção de prova testemunhal e encerrada a instrução processual, as partes apresentaram suas razões finais e recusaram a segunda proposta de conciliação.

Alçada fixada nesse momento em igual a inicial.

É o relatório.

FUNDAMENTOS DA DECISÃO

DA RAZÃO SOCIAL DA EMPRESA RÉ

Segundo se extrai dos documentos de fls. 91/107, a empresa ré tem como razão social MARIA DE FÁTIMA CARTAXO ANDRADE E CIA. LTDA. e conforme a peça de resistência tem como nome de fantasia Posto Combustível Nossa Senhora de Fátima, logo, quem deverá figurar no pólo passivo da ação é aquela e não este.

De ofício, determino que a Secretaria da Vara do Trabalho proceda às alterações de estilo.

PRELIMINARMENTE

IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

Em sede da prefacial em epígrafe, sustenta a ré ser impossível o atendimento de apreciação da petição inicial na seara judicial, ante a ausência de pedido certo e determinado, em conformidade com o art. 286 do CPC, afora os autores não terem trazidos aos autos prova alguma dos danos sofridos.

Sem razão, entretanto.

O pedido é juridicamente possível quando a pretensão deduzida em juízo estiver amparada pelo direito objetivo.

Ora, a indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidentes de trabalho, inclusive fixação de pensão alimentícia, é um direito protegido pelo nosso ordenamento jurídico, basta atentar, entre outras disposições legais pertinentes à espécie, para os artigos 5º., X, 7º., XXVIII da Constituição Federal e artigos 186, 927 e 951 do Código Civil Brasileiro.

A ré demonstra total desconhecimento da verdadeira natureza jurídica das condições da ação, invocando argumentos estranhos.

Rejeito esta preliminar.

INÉPCIA DA INICIAL

Aduz a ré a inépcia da peça proemial, sob os argumentos de sua ausência de culpa no tocante ao evento ali narrado que culminou com a morte do seu ex-empregado Edílson Guedes Albuquerque e a referida peça ser confusa e imprecisa, não permitindo uma avaliação lógica.

Não há o que se falar em inépcia da peça inicial se não configuradas no caso vertente, quaisquer das situações previstas no art. 295, parágrafo único, do vetusto CPC, máxime, em razão daquela peça processual declinar com clareza a **causa petendi** e os pedidos, o que possibilitou ampla defesa à própria ré.

Por outro lado, o exame do nexos causal e a culpa do causador do dano, conduz a uma incursão ao mérito da ação, o que não é possível em sede de defesa indireta do processo.

Rejeito esta preliminar.

FALTA DE INTERESSE DE AGIR

Defende a ré inexistir interesse de agir, que segundo a mesma difere de interesse processual, tendo em vista que os autores, apesar de citarem na peça vestibular que sofreram danos materiais e morais, tal fato não corresponde à verdade, pois, manejam a presente ação apenas com o intuito de satisfazerem o ego, sentirem uma satisfação pessoal em ver alguém ser chamado a juízo sem qualquer razão.

Não lhe assiste razão, entretanto.

Como elemento de condição da ação o interesse processual não difere do interesse de agir e, caracteriza-se, quando presentes os dois elementos básicos: necessidade e

adequação, isto é, a parte há de ter a necessidade de exercer o direito de ação para alcançar o resultado pretendido e o procedimento escolhido tem que ser o adequado, requisitos atendidos pelos autores na demanda.

De outra parte, o reconhecimento ou não de existência de dano moral ou material e o causador, é matéria de mérito e com ele será decidido.

Rejeito esta preliminar.

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

Não vislumbro haver litigância de má-fé, como pretende a ré, quando os autores apenas exerceram seu direito de ação, garantia constitucional, em busca de um direito que consideram legítimo, não restando caracterizada quaisquer das hipóteses do art. 17 do vetusto CPC.

Rejeito esta preliminar.

DEFEITO DE REPRESENTAÇÃO – AUSÊNCIA DE INSTRUMENTO PROCURATÓRIO

Informa a peça de resistência que autores Edílson Guedes de Albuquerque Júnior, Leonardo Guedes Braga e Letícia Guedes Braga não outorgaram procuração ao advogado

subscritor da inicial e se intimados não sanarem a falha processual, deverá ocorrer à extinção do processo sem resolução do mérito.

Com a juntada do instrumento procuratório de fls. 209, o vício de representação processual foi sanado, razão pela qual, resta prejudicado o exame desta prefacial.

NO MÉRITO

Pretendem os autores a condenação da parte adversa no pagamento de uma pensão alimentícia, à base de um salário mínimo para cada um, sendo que aos menores, tal prestação seja adimplida até que os mesmos completem vinte e cinco anos de idade, afora indenização por danos materiais e morais nos valores de R\$ 384.800,00 (trezentos e oitenta e quatro mil e oitocentos reais) e R\$ 260.000,00 (duzentos e sessenta mil reais), respectivamente, alegando em síntese que Edílson Guedes de Albuquerque, esposo e pai, no dia 23.11.2003, mourejava para a empresa ré, no Posto Nossa Senhora de Fátima, quando, atendendo um chamado de um colega frentista, foi desligar o registro de uma bomba com defeito, que estava derramando gasolina em um carro, e foi exposto ao desencadear de um incontrolável incêndio,

sofrendo queimaduras de 2º e 3º. graus, em 80% do corpo, motivo pelo qual veio a óbito doze dias após aquele evento, restando caracterizado um acidente de trabalho motivado por negligência patronal.

A ré, por seu turno, rechaça a pretensão dos autores, atribuindo a culpa do sinistro a própria vítima, sob o prisma de que o “**de cujus**” exercia as funções de digitador e se encontrava em seu posto de serviço e, sem receber ordens dos proprietários do posto demandado inventou de jogar água em um carro que havia sido abastecido por outro frentista, ocasionando um curto circuito nas instalações do referido veículo, originando um incêndio, uma vez que havia derramado no chão uma certa quantidade de gasolina.

Inicialmente é importante destacar que, a Carta Magna, em seu artigo 1º elege como fundamento do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana (inciso III) e os valores sociais do trabalho (inciso IV), bem como, assegura a prevalência do interesse social sobre o mero interesse particular do lucro (artigos 5º, inciso XXIII e 170, inciso III). Dispõe ainda, o referido texto que a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (artigo 193).

Como se constata, o texto constitucional valorou sobremaneira a dignidade da pessoa humana, bem como

enalteceu o valor social do trabalho e, nesse contexto consagrou a possibilidade de buscar indenização decorrente de dano moral, material ou à imagem (Inciso V, artigo 5º. CF).

De outra parte, a norma fundamental do inciso IV do art. 1º da Constituição Federal ganha especificação trabalhista em vários dispositivos do art. 7º, como o que prevê a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (inciso XXII), e o que impõe a obrigação do seguro contra acidente do trabalho, sem prejuízo, ressalte-se, da indenização por motivo de conduta dolosa ou culposa do empregador (inciso XXVIII).

Destarte, o direito à indenização em caso de acidente de trabalho, quando o empregador incorrer em dolo ou culpa, vem enumerado no art. 7º da Lei Maior como autêntico direito trabalhista.

Na questão de segurança e saúde ocupacional, como afirmado alhures, o constituinte consagrou como direito do trabalhador urbano e rural a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (CF – art. 7º, XXII), razão pela qual, o empregador tem a obrigação de adotar todas as providências necessárias para evitar os acidentes e as doenças relacionadas com o trabalho.

É que o exercício da atividade da empresa inevitavelmente expõe a riscos o trabalhador, exigindo medidas preventivas severas para proteger sua integridade física e saúde, máxime em se tratando da atividade desenvolvida pela ré, que implica, por sua natureza (atividade perigosa – art. 193 da CLT), riscos permanentes para os trabalhadores que ali executam seus serviços, a possibilitar danos e até mesmo a morte, exigindo-se uma maior atenção quanto ao atendimento de todas as cautelas para evitar acidente de trabalho.

Ao comercializar produto inflamável, a exemplo da gasolina, exige-se da empresa ré providências necessárias para se evitar acidentes relacionados com o trabalho, mormente se houver gasolina derramada no chão, pois, é possível que produzam vapores altamente inflamáveis, podendo incendiar-se por fagulhas da eletricidade estática (eletrificação de certos materiais pelo atrito), acionamento de aparelhos celulares, controles eletrônicos ou mesmo por ignição do próprio veículo.

Ora, é cediço que a ré como empregadora é responsável pela segurança do ambiente de trabalho. É de sua responsabilidade preservar incólume a integridade física e mental dos seus empregados, razão pela qual, ao permitir a utilização de uma bomba de gasolina que apresentava defeitos

e veio incendiar o seu ex-empregado Edílson Guedes de Albuquerque, vindo a óbito, portanto, caracterizando-se acidente de trabalho, demonstra por si só, que não foi diligente no cumprimento das normas de segurança de trabalho.

O acervo probatório existente nos autos revela o afirmado no item precedente, senão vejamos.

Em sede de inquérito policial foram ouvidas algumas pessoas, em cujos depoimentos falaram o seguinte:

a) Getúlio Dantas Cartaxo: **que era vizinho da vítima Edílson e este sempre comentava que havia problemas nas bombas, tipo vazamento, do posto combustível anunciado nestes autos; que o vazamento fazia parte do bico da mangueira da bomba; que a vítima Edílson costumava avisar ao Sr. Francisco José Cartaxo para o mesmo tomar as providências necessárias para contornar a situação referente à fragilidade das bombas e o risco que as mesmas podiam causar (...)** – fls. 246;

b) Cícero Quirino Braga – (...) **que por volta das 19h30, no dia 23.11.2003, encontrava-se no Posto Nossa Senhora de Fátima trabalhando como frentista, quando naquele momento passou a abastecer um veículo, ocasião em que afirma o depoente que foi surpreendido quando ao abastecer o veículo a mangueira rompeu-se na parte do bico onde é feita a pressão da saída da gasolina**

diretamente ao tanque no qual veio jogar gasolina no depoente como também foi jogada gasolina no carro que estava abastecendo; que a esta altura a vítima Edílson Guedes de Albuquerque, por ser um funcionário exemplar e sempre estava observando o que se passava no posto, encontrava-se na guarita onde estava fechando o caixa e logo que o mesmo percebeu que o depoente estava encharcado de gasolina o mesmo saiu do seu local de trabalho e veio ajudá-lo trazendo uma pata com água para jogar no veículo para evitar que queimasse a pintura do carro, de onde ocorreu a explosão vindo a ser causada pelo veículo, achando ter sido uma centelha elétrica, que não sabe de onde surgiu o fogo, tendo neste momento o depoente corrido para fechar a bomba de onde estava sendo distribuída a gasolina; que informa o depoente que na hora da explosão esta atingiu a vítima em todo o seu corpo (...) – fls. 247/248;

c) Francisco Arnaud de Arruda – (...) que o incidente aconteceu no dia 23.11.2003; que encontrava-se em sua residência que fica vizinho a residência da vítima quando veio tomar conhecimento que a vítima Edílson Guedes de Albuquerque havia sofrido um acidente no referido posto com queimaduras de 2º. e 3º. graus que foi provocado por um vazamento na mangueira da bomba

combustível quando o frentista estava abastecendo um veículo; que a vítima ao ajudar o frentista sofreu queimaduras advindas da explosão do combustível (...) - fls. 249/250;

d) José Nilson Lacerda – (...) no dia 23.11.2003 estava na churrascaria ao lado do Posto com a sua namorada (...). Mais adiante: verificou que no posto de combustível Nossa Senhora de Fátima viu uma pessoa pegando fogo correndo em direção à churrascaria pedindo socorro, o qual, diz o depoente, que o seu corpo estava em chamas e que várias pessoas tentavam apagar o fogo, tendo o depoente socorrido em seu próprio carro (...); (...) soube por comentários que quando o frentista estava abastecendo o veículo a mangueira rompeu-se derramando gasolina no frentista e no veículo, haja vista que a mangueira é curta para distribuição da gasolina para o veículo e por esse motivo rompeu-se (...); (...) que por experiência própria, para poder abastecer o seu veículo teve que encostar o veículo bem próximo à bomba, além do normal (...) – fls. 251/252.

Em sede de instrução processual e perante o juiz titular desta Vara do Trabalho entre as testemunhas ouvidas (duas das quais prestaram depoimento perante a autoridade policial) depuseram o seguinte:

a) José Nilson Lacerda – (...) **que no dia 23.11.2003 o depoente se encontrava em uma churrascaria ao lado do posto do reclamado; que o depoente chegou a ver o de cujus quando o mesmo estava tomado pelas chamas de fogo; que naquele momento o depoente socorreu o de cujus até o hospital e no caminho chegou a conversar com o mesmo e o mesmo indagado sobre o que tinha causado o acidente o mesmo afirmou que foi por conta de um problema na mangueira da bomba de gasolina (...); (...)** que antes do fato ocorrido com o de cujus o depoente abastecia sua moto e carro no posto reclamado; que o depoente em algumas vezes o frentista chegou a pedir que o depoente aproximasse mais o carro em virtude da mangueira estar curta (...); (...) que o de cujus disse no caminho do hospital que foi auxiliar o frentista que estava abastecendo o carro quando surgiu o fogo (...) – fls. 380;

b) Francisco Wanderley Dantas Martins – (...) **que no dia 23.11.2003 quando aconteceu o acidente com o de cujus o depoente estava trabalhando de moto taxista e tomou conhecimento do acidente por telefonema (...); (...)** que chegou a abastecer sua moto com o próprio de cujus; que soube através do de cujus que havia uma das bombas de gasolina com a mangueira curta porque cortavam a

mesma quando apresentava rachaduras, o que ocasionava a diminuição da mesma (...) – 380/381;

c) Cícero Quirino Braga – (...) – no dia 23.11.2003 o depoente se encontrava trabalhando no posto reclamado; que nesse dia chegou um carro para ser abastecido e enquanto o depoente abastecia acidentalmente a mangueira da bomba se rompeu espalhando combustível que atingiu o depoente e parte lateral do carro; que enquanto isso o de cujus se encontrava no caixa do posto e quando o mesmo presenciou aquele fato se dirigiu em direção ao depoente trazendo consigo uma pata com água e quando o depoente saiu para desligar a bomba o de cujus jogou a água em cima do veículo para evitar que a gasolina queimasse a pintura do carro e em seguida surgiu a labareda de fogo que alcançou o de cujus (...) – fls. 381;

d) Tarcísio Siqueira Souza – (...) que no dia 23.11.2003 o depoente encontrava-se próximo ao posto na churrascaria por volta das 18:00, já escurecendo (...); (...) que enquanto o depoente tomava água de coco um carro estava sendo abastecido no posto reclamado e ocorreu um problemzinho no abastecimento que ocasionou a saída de fogo debaixo do carro (...) – fls. 382.

Como se vê, do que se extrai da prova depoencial, tudo partiu de um defeito na mangueira da bomba de

combustível que se rompeu na parte do bico e espalhou gasolina e ela não apresentava bom estado de funcionamento, tanto é, que o **de cujus** avisara antes a um dos sócios da empresa ré Sr. Francisco José Cartaxo para o mesmo tomar as providências necessárias para contornar a situação referente à fragilidade das bombas e o risco que as mesmas podiam causar (fls. 24), mas nada foi feito.

Ao permitir o funcionamento de uma bomba de gasolina com defeitos na mangueira, contribuiu para o infortúnio laboral, pois, era previsível o rompimento na parte do bico e derramamento de gasolina no chão, altamente inflamável, que bastaria fagulhas da eletricidade estática (eletrificação de certos materiais pelo atrito), para provocar um incêndio.

Ressalte-se, que, a prova testemunhal revelou que uma das bombas de gasolina estava com a mangueira curta porque cortavam a mesma quando apresentava rachaduras e com isso ocasionava sua diminuição, logo, o uso dessa mangueira no abastecimento de veículos, certamente fragilizava sua estrutura ainda mais, colocando em risco os trabalhadores e consumidores.

Não se pode olvidar que os relatórios de medição metrológica do INMETRO acostados aos autos não servem para comprovar o bom estado de funcionamento das

mangueiras das bombas de gasolina, conforme pretende a ré e sim, servem apenas para assegurar ao cidadão a exatidão dos instrumentos de medições, no caso vertente, da bomba medidora de combustível.

Dentre tantas normas legais na área de segurança, medicina e saúde do trabalhador há a do artigo 157 da CLT, ora transcritos:

“Art. 157. Cabe às empresas:

I – cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;

II – instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais:

III -omissis.

A empresa ré demonstrou total descaso quanto ao cumprimento das normas de segurança do trabalho.

Se não bastasse, os autos não evidenciam que a ré instruiu seus funcionários para uma situação de vazamento de combustível, pois, nenhum plano de emergência foi posto em prática para evitar que acontecesse o acidente de trabalho que vitimou o seu ex-empregado.

Tanto é verdade, que ingenuamente o **de cujus** foi com uma pata com água para evitar que ocorresse uma lesão

na pintura do carro que era abastecido, prática não recomendável em situação dessa espécie.

Menos ainda, restou comprovado nos autos tenha havido ação de combate a incêndios, utilizando dos meios de extinção de incêndios em gasolina, que pudessem amenizar as queimaduras que o **de cujus** sofreu.

O art. 186 Código Civil de aplicação subsidiária ao Direito do Trabalho (CLT – parágrafo único do art. 8º.) estabelece o seguinte:

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

E complementa o art. 927 desse mesmo diploma legal:

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

A culpa, no sentido jurídico, traduz omissão de cautela, que as circunstâncias exigiam do agente (empregador) a fim de sua conduta, num momento dado, não viesse a criar situação de risco e, finalmente, não gerasse dano previsível a outrem (empregado). Da inobservância resulta a obrigação de ressarcir.

Emerge dos autos, de forma cristalina, a empresa ré ter sido negligente e imprudente no cumprimento de normas de segurança e medicina do trabalho e dessa forma, resta caracterizada sua culpa no infortúnio laboral devendo responder pelo dano moral e dano material.

O benefício previdenciário (pensão) recebido mensalmente do INSS pela viúva, não exclui o direito da vítima, no caso, de seus sucessores, à indenização pelos danos materiais e morais sofridos, uma vez que se a vítima sobrevivesse ao infortúnio laboral teria direito a acumular o seguro acidentário e a indenização por responsabilidade civil atribuída ao empregador uma vez que assegurado pela Constituição da República ao estabelecer no artigo 7º., inciso XXVIII, que a cobertura do seguro acidentário não exclui o cabimento de indenização, nos casos de dolo ou culpa do empregador.

No caso de óbito do trabalhador, que é a situação posta nos autos, sem excluir outras reparações a indenização consiste na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima (Código Civil – art. 948, II).

A fixação da duração provável da vida da vítima deverá ser feita com aplicação supletiva da legislação previdenciária.

A Lei 9.876/99 introduziu o fator previdenciário para cálculo da aposentadoria, por idade ou por tempo de contribuição. Essa lei acrescentou dois parágrafos ao artigo 29 da Lei 8.213/91, os quais estabelecem a correlação entre o fator previdenciário e a expectativa de sobrevida, apurada a partir da tábua completa de mortalidade construída pelo IBGE, publicada de acordo com o artigo 1º do Decreto 3.266/1999, diploma que regulamentou a periodicidade e a publicação desses dados demográficos.

Ao consultar a tábua completa de mortalidade publicada pelo IBGE, em relação ao ano de 2003 (ano do sinistro), percebe-se que uma pessoa com 32 anos (idade da vítima) tinha uma expectativa de sobrevida equivalente há 46 anos, não obstante a inicial fixar o limite de 37 anos.

Defiro o pagamento de pensão mensal no importe de R\$ 322,66 (trezentos e vinte e dois reais e sessenta e seis centavos), equivalente a 2/3 do que auferia o funcionário Edílson Guedes de Albuquerque, à época de seu óbito e declarado na contestação (fls. 85 e 178), afora 13º. salário calculado com base no valor da pensão mensal, para serem rateados entre os autores até quando o **de cujus** completaria 69 anos idade (em observância aos arts. 128 e 460 do CPC), ressaltando que a viúva perceberá a integralidade da pensão mensal e 13º. salários, após seus filhos completarem 25 anos

de idade.

A fim de manter o poder aquisitivo do valor da pensão mensal será reajustada anualmente, na mesma proporção do aumento do salário mínimo ocorrido no respectivo período, a contar de 23.11.2003.

O pagamento da pensão e 13º. salário em referência tem como marco inicial a data de ocorrência do sinistro (23.11.2003), devendo a ré pagar as parcelas vencidas devidamente corrigidas de uma só vez, deduzindo-se o que os autores receberam por conta a título de antecipação de tutela.

Deverá a ré constituir capital com o fim de garantir a renda da pensão mensal, na forma do art. 602 do CPC (art. 475-Q – com a nova redação dada pela Lei 11.232, de 22.12.2005).

Os autores pleiteiam também indenização por dano material, cujo pagamento deve ser de forma integral, porém, o pagamento desse dano já compreende a pensão mensal assegurada aos autores.

Na dicção do art. 948 e incisos I e II, do Código Civil Brasileiro, a indenização por dano material abrange os danos emergentes no acidente de trabalho com óbito

consistente no pagamento das despesas de tratamento da vítima, o funeral e o luto da família, bem assim, os lucros cessantes que compreendem a prestação de alimentos às pessoas da vida da vítima, uma vez que por morte do acidentado, por óbvio, ocorreu a suspensão dos rendimentos gerados pelo contrato de trabalho.

No caso sob análise, restringem os autores aos lucros cessantes (rendimentos salariais), que devem ser pagos mês a mês e não integralmente, porquanto não se aplica a norma contida no parágrafo único do art. 950 daquele mesmo diploma legal, uma vez que sua aplicação se restringe em caso da vítima sobreviver ao acidente (“caput” do art. 950 do CC).

Desse modo, não merece acolhimento à indenização por danos materiais em parcela única e no valor total de R\$ 384.800,00 (trezentos e oitenta e quatro reais mil e oitocentos reais), uma vez que, como afirmado alhures, vai ser paga através da pensão mensal assegurada aos autores.

Na indenização por dano moral, uma vez demonstrada a ilicitude do ato e conseqüentemente a culpa do agente, inquestionável torna-se a reparação.

O dano moral, de conceituação ampla, é, em substância, a lesão que se causa ao patrimônio imaterial do indivíduo, que, em verdade, lhe causa dano, mágoa e tristeza.

No caso em apreço, é imensurável a dor provocada

pela ausência do marido em relação à mulher (viúva) e muito mais grave em relação aos filhos do casal, ora autores da ação.

O falecimento de Edílson Guedes de Albuquerque representa para os autores um mal sem limites e evidentemente, não haverá indenização capaz de afastar completamente a dor, porque esta não tem peso, odor, forma, valor ou tratamento eficaz. Só o tempo pode curá-la e seu transcurso é igualmente penoso.

A reparação do dano moral além de resultar de expressa previsão constitucional e infraconstitucional, é um dever do empregador e a fixação do quantum indenizatório se faz por arbitramento na forma do parágrafo único do art. 953 do novel Código Civil, devendo o magistrado arbitrar a indenização em montante que possa, de certa forma, amenizar o sofrimento experimentado pela vítima.

Destarte, a título de compensação pelo dano verificado e considerando o grau de culpa, o dano em si, às condições sociais e econômicas da vítima e da empresa e, sobretudo, a gravidade do dano moral sofrido pelos autores com efeitos na sua alma, arbitro o valor da indenização por dano moral em R\$ 70.000,00 (setenta mil reais).

Juros e correção monetária nos termos da lei.

Enquanto esta decisão não transitar em julgado,

mantém-se o contido na antecipação de tutela de fls. 353/355 e despachos de fls.367 e 377 dos autos.

Quanto aos recolhimentos de natureza previdenciária e tributária, observe-se a Lei 10.035/2000 e Resolução 01/96 da Corregedoria Geral do TST.

Honorários advocatícios incabíveis, por não se tratar da hipótese preconizada no art. 14 da Lei no. 5.584/70, (Súmulas n. 219 e 329 do TST).

É o entendimento deste juízo.

CONCLUSÃO

ISTO POSTO, e considerando tudo mais que dos autos consta, rejeito as preliminares argüidas na defesa e no mérito, julgo procedente em parte o pedido de fls. 03/18, para condenar **MARIA DE FÁTIMA CARTAXO ANDRADE E CIA. LTDA.** a pagar a **ANTÔNIA LUCIENE BRAGA, EDILSON GUEDES ALBUQUERQUE JÚNIOR, LEONARDO GUEDES BRAGA e LETÍCIA GUEDES BRAGA**, no prazo de 48 horas após o trânsito em julgado da decisão, pensão mensal no importe de R\$ 322,66 (trezentos e vinte e dois reais e sessenta e seis centavos), afora 13º. salário

a serem rateados entre os autores até quando o de **cujus** completaria 69 anos idade, sendo que a viúva perceberá a integralidade da pensão mensal e 13º. salário, após seus filhos completarem 25 anos de idade, que deverá ser reajustada anualmente (pensão mensal), na mesma proporção do aumento do salário mínimo ocorrido no respectivo período. O pagamento da pensão e 13º. salário em referência tem como marco inicial a data de ocorrência do sinistro (23.11.2003), devendo a ré pagar as parcelas vencidas devidamente corrigidas de uma só vez, deduzindo-se o que os autores receberam por conta e a título de antecipação de tutela; indenização por dano moral no valor de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais), que deverá ser paga em parcela única, observando-se em tudo os demais limites e condições fixados na fundamentação supra, que passam a integrar este decisum como se transcritos literalmente.

Juros e correção monetária na forma da lei.

Deverá a ré constituir capital com o fim de garantir a renda da pensão mensal, na forma prevista na legislação processual civil.

Enquanto a sentença não transitar em julgado, mantém-se o contido na antecipação de tutela de fls. 353/355 e despacho de fls.367 e 377 dos autos.

Custas processuais, pela ré, no importe de R\$

2.000,00 (dois mil reais), calculadas sobre R\$ 100.000,00 (cem mil reais), valor ora arbitrado a condenação.

Quanto aos recolhimentos de natureza previdenciária e tributária, observe-se a Lei 10.035/2000 e Resolução 01/96 da Corregedoria Geral do TST.

Intimações desnecessárias ante a aplicação da Súmula 197 do TST.

E, para constar, foi lavrada a presente ata, que após lida e achada conforme, foi assinada na forma legal.

JUAREZ DUARTE LIMA

Juiz do Trabalho

FRANCISCO ANTONIO LEOCÁDIO

Diretor de Secretaria