

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:

DENISE GOMES PEREIRA DE MELO
JOSÉ VIEIRA NETO
ROGÉRIO NUNES COSTA DA SILVA

REVISTA DO
TRIBUNAL REGIONAL DO
TRABALHO
DA 13ª REGIÃO

v. 15 n. 1 - 2007
João Pessoa - Paraíba

R. Trib. Reg. Trabalho 13ª Região	João Pessoa	v. 15	n. 1	p. 1-765	2007
---	-------------	-------	------	----------	------

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

- A CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNRURAL
Tercio Sampaio Ferraz Junior (CONVIDADO)..... 14
- JOGO DO BICHO E RELAÇÃO DE EMPREGO
Eduardo Sérgio de Almeida..... 58
- REPERCUSSÕES DAS LEIS 11.232/05 E 11.382/06
NO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA
TRABALHISTA
Francisco das C. Lima Filho..... 80
- A INDÚSTRIA DO DANO MORAL NA RELAÇÃO
DE TRABALHO
Nívea Maria Santos Souto Maior..... 136
- DA REDUÇÃO EX OFFICIO DA CLÁUSULA
PENAL PREVISTA EM ACORDO. ENFOQUE À
LUZ DO ARTIGO 413 DO CÓDIGO CIVIL
Eduardo Henrique Brennand Dornelas Câmara..... 159
- INFLUÊNCIA DAS REGRAS DE “COMMON
LAW” ATRAVÉS DO CONTROLE DIFUSO E
ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE
Cybelle Rodrigues de Souza..... 177
- A ALIENAÇÃO POR INICIATIVA PARTICULAR
NO PROCESSO DO TRABALHO
Sérgio Cabral dos Reis..... 202
- CONTORNOS INTERPRETATIVOS DO TERMO
RELAÇÃO DE TRABALHO
Thiago Marques Vieira..... 250
- TELETRABALHO NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO
Pollyanna Vasconcelos Correia Lima de Andrade..... 284

• SÚMULA DE EFEITO VINCULANTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO Francine Cabral de Aguiar Fonseca.....	304
• FEDERALISMO BRASILEIRO: DA RETÓRICA À REALIDADE Gustavo de Paiva Gadelha.....	323
• O PRINCÍPIO DA ISONOMIA E AS AÇÕES AFIRMATIVAS NO DIREITO DO TRABALHO Lysandra Leopoldina de Souza.....	347
• O PEDIDO E A SUCUMBÊNCIA NAS AÇÕES DE INDENIZAÇÃO: QUESTÕES POLÊMICAS E CONTROVERTIDAS Adriano Mesquita Dantas.....	368
• EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA “RATIONE LOCI” À LUZ DO ART. 651 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO Pedro Aurélio Garcia de Sá.....	388

ACÓRDÃOS

• JUÍZA ANA CLARA DE JESUS MAROJA NÓBREGA.....	406
• JUIZ EDVALDO DE ANDRADE.....	431
• JUIZ VICENTE VANDERLEI NOGUEIRA DE BRITO.....	453
• JUIZ FRANCISCO DE ASSIS CARVALHO E SILVA.....	477
• JUIZ AFRÂNIO NEVES DE MELO.....	496
• JUIZ CARLOS COELHO DE MIRANDA FREIRE.....	525
• JUÍZA HERMINEGILDA LEITE MACHADO.....	532
• JUÍZA OLGA AIDA JOAQUIM GOMIERI.....	585

SENTENÇAS

- JUIZ JOSÉ ARTUR DA SILVA TORRES..... 604
- JUIZ MAURÍCIO MACHADO MARCA..... 626

TRABALHOS ACADÊMICOS VENCEDORES DA VI SEMANA DO JUDICIÁRIO

- AS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA DIANTE DA EFETIVIDADE DO PROCESSO
Renan Paes Felix..... 666
- O CONTROLE EXTERNO NO ESTADO E NA SOCIEDADE: O PAPEL DO TRIBUNAL DE CONTAS
Verônica Veríssimo Lopes..... 703
- ANÁLISE CONSTITUCIONAL ACERCA DO AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL INDENIZADO
Eddla Karina Gomes Pereira..... 743

**TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
13ª REGIÃO**

COMPOSIÇÃO

ANA CLARA DE JESUS M. NÓBREGA (PRESIDENTE)
EDVALDO DE ANDRADE (VICE-PRESIDENTE)
VICENTE VANDERLEI NOGUEIRA DE BRITO
ANA MARIA FERREIRA MADRUGA
FRANCISCO DE ASSIS CARVALHO E SILVA
AFRÂNIO NEVES DE MELO
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
Paulo Henrique Tavares da Silva – 2ª Vara de João Pessoa
Herminegilda Leite Machado – 3ª Vara de João Pessoa
Mirtes Takeko Shimano – 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
Rômulo Tinoco dos Santos – 8ª Vara de João Pessoa
Arnaldo José Duarte do Amaral – 9ª Vara de João Pessoa
Roberta de Paiva Saldanha – 1ª Vara de Campina Grande
Normando Salomão Leitão – 2ª Vara de Campina Grande
Humberto Halison Barbosa de Carvalho e Silva – 3ª Vara de
Campina Grande
José Airton Pereira – 4ª Vara de Campina Grande
Ana Paula Azevedo Sá Campos Porto – 5ª Vara de Campina
Grande

Juarez Duarte Lima – Vara de Areia
Maria Lilian Leal de Sousa – Vara de Cajazeiras
Maria Iris Diógenes Bezerra – Vara de Catolé do Rocha
Antônio Cavalcanti da Costa Neto – Vara de Guarabira
André Wilson Avellar de Aquino – Vara de Itaporanga
Eduardo Sérgio de Almeida – Vara de Itabaiana
Solange Machado Cavalcanti – Vara de Mamanguape
José Fábio Galvão – Vara de Monteiro
Maria das Dores Alves – Vara de Patos
João Agra Tavares de Sales – Vara de Picuí
Adriana Sette da Rocha Raposo – Vara de Santa Rita
Nayara Queiroz Mota de Sousa – Vara de Sousa
Antônio Eudes Vieira Júnior – Vara de Taperoá

JUÍZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS

Claúdio Pedrosa Nunes – 4ª Vara de Campina Grande
Arnóbio Teixeira de Lima – 1ª Vara de João Pessoa
Ana Paula Cabral Campos – Central de Mandados de João
Pessoa
David Sérgio Coqueiro dos Santos – 5ª Vara de Campina
Grande
Carlos Hindenburg de Figueiredo – 9ª Vara de João Pessoa
Paulo Roberto Vieira Rocha – 5ª Vara de João Pessoa
Ana Cláudia Magalhães Jacob – 6ª Vara de João Pessoa
Eduardo Souto Maior Bezerra Cavalcanti – 3ª Vara de João
Pessoa
André Machado Cavalcanti – 1ª Circunscrição
Joliete Melo Rodrigues – 7ª Vara de João Pessoa
Rosivânia Gomes Cunha – Juízo Auxiliar de Precatório
Adriano Mesquita Dantas – 8ª Vara de João Pessoa
Taís Priscilla Ferreira Resende da Cunha e Souza – 2ª Vara de
João Pessoa

Ana Beatriz Dias Fernandes – 3ª Circunscrição
Veruska Santana Sousa de Sá – 1ª Vara de Campina Grande
Alexandre Roque Pinto – 4ª Circunscrição
Eduardo Henrique Brennand Dornelas Câmara – Vara de
Santa Rita
José de Oliveira Costa Filho – 3ª Circunscrição
Marcello Wanderley Maia Paiva – 4ª Vara de João Pessoa
Alexandre Amaro Pereira – 3ª Circunscrição
José Artur da Silva Torres – 4ª Circunscrição
Lindinaldo Silva Marinho – 4ª Vara de João Pessoa
Andrea Lomgobardi Asquini – 4ª Circunscrição
Mirella D'arc de Melo Cahu Arcoverde de Souza – Vara de
Guarabira
Renata Maria Miranda Santos – 3ª Vara de Campina Grande
Marcelo Rodrigo Carniato – 5ª Circunscrição
Clóvis Rodrigues Barbosa – 5ª Circunscrição
Sérgio Cabral dos Reis – 2ª Circunscrição
Katharina Vila Nova de Carvalho Mafra – 2ª Vara de Campina
Grande

EDITORIAL

Ao término de mais um ano de trabalho, o Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região resolve se comunicar novamente. E, o faz através deste instrumento – a sua Revista.

Na verdade, o nosso tribunal está vivo, trabalhando a todo o vapor em prol da efetividade das leis materiais e adjetivas que regem o trabalho em nosso país. No entanto, é preciso, que informe este fato aos seus jurisdicionados, com alguns dos seus mais preciosos acórdãos, que estão publicados neste número da Revista, ao mesmo tempo em que busca atualizar os leitores com as contribuições originais e mais significativas dos que atenderam ao seu chamado para apresentação de pensamento dogmático – jurídico mais atualizado.

Cabe-nos, agora, agradecer o interesse e empenho da atual Administração desta Corte, na pessoa da Exma. Juíza Ana Clara de Jesus Maroja Nóbrega, para a publicação deste número da Revista.

Também, mais uma vez, é de se ressaltar a dedicação dos servidores Dr. Leonardo Maroja Arcoverde Nóbrega, Professora Denise Gomes Pereira de Melo, Jornalista José Vieira Neto e Rogério Nunes Costa da Silva

Devemos, enfim, agradecer a todos aqueles que, de algum modo, contribuíram para tornar possível a edição desta obra.

A Comissão.

ARTIGOS

A CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNRURAL

Tercio Sampaio Ferraz Júnior¹

1 DO OBJETO

Este trabalho pretende discutir a recepção da Lei Complementar n. 11/71, com as alterações estabelecidas pela LC n. 16/73, e da Lei n. 6.260/75, que estabelecia uma contribuição anual obrigatória a cargo do empregador rural, correspondente a 12% de um décimo do valor da produção rural do ano anterior já vendida ou avaliada segundo as cotações de mercado (art. 5º - I) e de um vigésimo do valor da parte da propriedade rural por ventura mantida sem cultivo, segundo a última avaliação feita pelo INCRA (inciso II).

Em questão está a revogação daquela legislação anterior à CF de 1988 pela Lei n. 7787/89, art. 3º, par. 1º, ou pelo art. 138 da Lei n. 8213/91. Discute-se, em particular, se a Lei n. 8212/91 extrapola a exigência do art. 195 – I da CF/88,

¹ Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 14-57, 2007.

quando estabelece como base de cálculo o recebimento bruto e não o resultado da comercialização. Trata-se, em suma, da existência de algum vício na instituição de contribuição previdenciária, incidente sobre o valor da comercialização da produção rural em relação a empregadores rurais, pessoas físicas e dos períodos passíveis de repetição de indébito em virtude de pagamentos indevidos a título da contribuição social em análise, em face da CF/88.

2 CONTRIBUIÇÕES

O FUNRURAL, instituído na Lei n. 4214/63, como fundo destinado à assistência e previdência do trabalhador rural, previa uma contribuição de 1% sobre o valor comercial dos produtos agropecuários, recolhidos pelo próprio produtor.

Pela Lei Complementar n. 11/71, foi instituído o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural (PRORURAL), cujo custeio era provido (LC/11, art. 15) por duas contribuições: (i) *de 2% devida pelo produtor sobre o valor comercial dos produtos rurais*, e (ii) *daquela de que tratava o art. 3º do DL 1146/70 (elevada a 2,6%, dos quais 2,4% caberiam ao FUNRURAL pela Lei n.4863/65).*

O art. 149 da CF/88 entrou em vigor com a promulgação da Constituição. Nele se fala da competência da União para instituir contribuições sociais. A chamada contribuição para o FUNRURAL, sendo contribuição social, mas referida também à competência estabelecida no art. 195 – I da CF, tem de ser entendida sistematicamente, para efeitos de sua recepção, na correlação desses artigos com o disposto no art. 145, o primeiro sob o capítulo que trata do *sistema tributário nacional*. O par. 5º do art. 34 do ADCT contém um dispositivo que assegura a legislação anterior quando não incompatível com o novo sistema. E o art. 56 do ADCT fala do art. 195-I da CF, que, originalmente, previa o financiamento da seguridade social, *nos termos da lei*, o que ocorreu com o advento da Lei Complementar n. 70/1991.

Sem entrar no mérito de uma discussão que até hoje perdura, ou seja, sobre a natureza tributária da contribuição (cf. nesse sentido o texto recente de José Afonso da Silva, que, ao tratar do art. 195, revê, inclusive, seu antigo posicionamento, em *Comentário contextual à Constituição*, São Paulo, 2005, p. 764), é importante assinalar que, na Constituição de 1.988, as contribuições conhecem, no concerto do sistema tributário, uma menção em separado. Assim, no art. 145, discriminam-se, na competência instituidora da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, “*os seguintes*

tributos”: os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria. Já as contribuições (sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas), de competência da União, aparecem no *caput* do art. 149, submetidas, com destaque expresso, a alguns dos princípios do regime tributário constitucional, sendo que o parágrafo único do mesmo artigo fala da competência de Estados, Distrito Federal e Municípios para estabelecer contribuições destinadas ao custeio da previdência de seus funcionários.

Esse deslocamento de um artigo (145) para outro (149), que levanta alguns problemas de sistematização, tem sua explicação.

Embora a tributação seja um dos fenômenos mais antigos na história das organizações políticas, sua configuração sistemática, em termos jurídicos, é bastante recente. Conhecida no âmbito da Ciência das Finanças, do Direito Financeiro e do Direito Administrativo, a possibilidade de uma configuração autônoma no âmbito de um Direito Tributário data do aparecimento da Lei Tributária alemã de 1.919.

A menção a este detalhe histórico não se deve a uma preocupação erudita, mas tem uma importante razão. É que, por conta desta origem, os primeiros estudos do tributo foram

buscar luzes comparativas em outros direitos públicos mais tradicionalmente estabelecidos, como o Direito Penal, fazendo de suas condições de certeza e segurança um decisivo paradigma. Daí a idéia do **tipo** tributário, do respeito à tipificação como uma estrutura referente a uma *causa geradora* de certos efeitos, tendo em vista a **capacidade** do agente. Explica-se, assim, que, desde logo, na análise do tributo, dois conceitos se tornassem relevantes, dominando as sistematizações: o de *fato gerador* e o de *capacidade contributiva*.

Em face do princípio do consentimento, que desde o século XII veio sendo consagrado na tradição ocidental, a exigência de controle da tributação encaminhou-se para a **estrita legalidade** da sua imposição, donde a correspondente exigência, em nosso ordenamento, do perfil constitucional do fato gerador e da capacidade contributiva, como base da competência tributária material. Seguiu-se daí que o controle constitucional dos tributos passou a pressupor uma espécie de interpretação, caracterizada pela busca de limites e freios, o que se pode chamar de *interpretação de bloqueio*. Na sua base está a correta configuração da materialidade constitucional dos tributos, por seu fato gerador e pela capacidade contributiva.

Este esquema funcionou e funciona a contento quando se pensa, fundamentalmente, em impostos, taxas e

contribuições de melhoria, casos em que a identificação dos tributos pelo fato gerador e pela capacidade contributiva sempre foi perfeitamente possível. Com o crescimento do *estado do bem estar social* (e o advento do *estado interventor*, e, hoje, do *estado regulador*), a identificação e o controle dos tributos, com base naqueles conceitos, passaram a sofrer conhecidas alterações, o que ocorreu, mormente, com a figura da *parafiscalidade* e das *contribuições*.

A parafiscalidade representou uma resposta à complexidade das organizações políticas para além do Estado mínimo, com a conseqüente multiplicação de entidades paraestatais a cumprir funções sociais nem estritamente privadas nem estritamente estatais. A busca de recursos para estas entidades gerou as contribuições sociais, cuja natureza, cifrada pela parafiscalidade, introduziu, na sua configuração estrutural, a noção de finalidade, de escopo e de afetação a fins específicos. Com isto, na sua configuração como tributo (não reconhecida de imediato) não desaparecia, mas perdia ênfase a questão do fato gerador e da capacidade contributiva. Isto porque as contribuições passavam a ter, como materialidade de seu “fato gerador”, não, como nos impostos, uma atividade e uma conduta típicas do agente econômico, mas uma atividade do próprio ente estatal, na conferência de um *benefício*. Por outro lado, à diferença das taxas e ressalvadas as decorrentes

de poder de polícia, não havia uma correlação direta entre a atividade estatal e o benefício a receber, posto que a afetação a fins não decorria de uma estrita reciprocidade. Daí seguia um entendimento das contribuições como um tipo de tributo, caracterizado por um fato gerador consistente numa atividade estatal, indiretamente referida ao obrigado (assim, dentre outros, Geraldo Ataliba: Hipótese de Incidência Tributária, RT, São Paulo, 1.990, p. 147).

Assinale-se, como faz Marco Aurélio Greco, em seu *Contribuições (uma figura “sui generis”)* – São Paulo, 2.000, p. 135 ss. – que, em sua configuração constitucional, salta aos olhos o caráter *finalista* das contribuições. Elas podem, no caso do *caput* do art. 149, ser estabelecidas pela União “*como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas*”. Ora, quem fala em *instrumento* fala em *meio* para um *fim*: **atuar** nas respectivas áreas, atendendo-lhes os respectivos **interesses**. Ou seja, quanto à finalidade, as contribuições admitem uma finalidade **imediata** que é ser instrumento de atuação, e uma finalidade **mediata**, que é atender o interesse do grupo ou área (cf. Greco, op. cit. p. 136).

Isto faz com que a exigência de legalidade das contribuições se desloque do controle da validade *condicional* para o da validade *finalística* de suas normas (cf. Ferraz Jr., *Teoria da Norma Jurídica*, Rio de Janeiro, 1.978, p. 109 ss.),

ou seja, desloque-se da relevância do critério de subsunção do fato gerador escolhido ao fato gerador definido constitucionalmente, para a relevância do critério de adequação, proporcionalidade e comedimento no atendimento a certos fins constitucionais – relação meio/fim (Greco, op. cit. p. 118 ss.).

A análise das contribuições, quanto à finalidade mediata, revela que não é nota relevante o benefício da coletividade, posto que isto é característica de qualquer tributo. Relevante aqui é o benefício específico, *direto* do grupo e *indireto* de seu membro. Ao fim e ao cabo, a finalidade mediata das contribuições tem por referência um grupo em função do qual é caracterizada a exigência de um benefício especial e específico, mas quem desfruta, individualmente, do benefício é o membro do grupo enquanto tal. O importante é existir este benefício para o membro do grupo social ou área, que é o seu contribuinte.

Com isso é possível traçar uma distinção entre contribuição social, taxa e imposto, tendo em vista a *finalidade*.

A contribuição distingue-se da taxa e do imposto de escopo. Afinal, taxas podem ou não pressupor um benefício do contribuinte: pressupõem-no, por exemplo, nas taxas de serviço; não o pressupõem no pagamento pelo exercício do

poder de polícia. E, quando o pressupõem, o benefício não fica limitado a um grupo social. Já o imposto de escopo busca atender, de modo indiscriminado e indivisível, uma finalidade eleita. Não há referência a grupo.

Importante, pois, é existir, na configuração da *hipótese de incidência da contribuição*, um benefício especial, individualizável para o obrigado e, como tal, suscetível de ser mensurado ou repartido. Esse desfrute não consiste necessariamente em uma prestação positiva e direta (por exemplo, os benefícios previdenciários para o trabalhador), podendo ser também um desfrute indireto, posto que o membro se exime de uma *obrigação* direta (por exemplo, para a empresa, a “obrigação” social de atender diretamente, por meios próprios, às necessidades previdenciárias do empregado, tendo em vista a natureza *social* – e não apenas econômica – da relação de trabalho). Obviamente, conquanto o desfrute seja também na forma indireta, o benefício especial e especificado pela referência ao *grupo* não se confunde com o seu sentido *erga omnes*, posto que, como em todos os tributos, ele deve estar a serviço da coletividade, pois, caso contrário, não seria um benefício, mas um privilégio.

Assim, a ***hipótese de incidência da contribuição*** **deve estabelecer**, com rigor tipológico, a **finalidade** mediata e imediata, por consequência, o **grupo** e a **área**, a **conexão**

entre o custeio e o próprio benefício, o benefício para o contribuinte, membro do grupo (cf. Yonne Dolácio de Oliveira: Contribuições Especiais. A – Noções gerais. B – Contribuição de Intervenção no domínio econômico, Direito Tributário Atual, vol. 14, 1995, p.186 ss.).

3 CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS

A análise das contribuições, quanto à finalidade mediata, revela que não é nota relevante o benefício da coletividade, posto que isto é característica de qualquer tributo. Relevante aqui é o benefício específico, *direto* do grupo e *indireto* de seu membro. No que se refere às contribuições sociais, entretanto, essas características merecem uma consideração mais detalhada.

Isso porque, quanto à finalidade, as contribuições sociais objetivam financiar o conjunto de ações destinadas a assegurar, **a todos**, os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, apontando para a seguridade social como um todo. Nesses termos, pelo art. 195, “a própria Constituição prevê universalidade de cobertura (todos integram o grupo) e a

contribuição por toda a sociedade (todos participam)” (Greco, p. 242).

No caso das contribuições sociais, surge, então, um problema para a noção de grupo. Se **todos** integram e **todos** contribuem, não há, propriamente, grupo. Na verdade, o que une todos os destinatários num grupo, é o valor da *solidariedade social*. Trata-se de uma expressão, cujo conteúdo está nas relações humanas enquanto relações entre seres que sobrevivem pela sua própria força de trabalho, mas constituídos em igualdade como pessoas, isto é, *ao mesmo tempo*, reconhecidos como distintos entre si (*princípio de independência em relação aos instrumentos da sobrevivência*) e também igualados pelas condições da sobrevivência (*os seres humanos têm um destino comum: a própria vida*).

Nesses termos pode-se entender que a Seguridade Social deva ser financiada *por toda a sociedade* (CF art. 195, *caput*), mas que, no entanto, *algumas diferenças no financiamento* possam ser estabelecidas.

Justifica-se, assim, que as entidades beneficentes, definidas em lei, *serão isentas* de contribuição (par. 7º), que as contribuições previstas no inciso I, do art. 195, possam ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica ou da utilização intensiva de mão-de-obra (par. 9º), que, em destaque especial, o produtor, o parceiro, o

meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuam mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção, fazendo jus aos benefícios nos termos da lei (par. 8º).

A relação fim/meio, fundamental para o equacionamento da finalidade na configuração do fato gerador da contribuição, merece, nas regras do art. 195 da CF, menção especial. Determina, assim, o seu par. 5º que: *“Nenhum benefício ou serviço da Seguridade Social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”*.

A importância do dispositivo está em exigir do **legislador**, na configuração tipológica, **em lei**, da contribuição social, a **vinculação entre custeio e benefício**. Nesse sentido, revela-se significativa a decisão do STF, ao proclamar:

A exigência inscrita no art. 195, par. 5º, da Carta Política traduz comando que tem, por destinatário exclusivo, o próprio legislador ordinário, no que se refere à criação, majoração ou extensão de outros benefícios ou serviços da seguridade social (cf. STF – 1ª T. – REextr. N. 151.122 (Ag. Rg)/SP Rel. Min. Celso de Mello, em Alexandre de Moraes, Constituição do Brasil interpretada e

legislação constitucional, São Paulo, 2002, p. 1903).

4 CONTRIBUIÇÃO SOBRE A PRODUÇÃO RURAL ANTES DA CF/88

O FUNRURAL remonta à Lei nº 2.613, de 23 de setembro de 1955., que autorizava à União a criação de uma fundação denominada Serviço Social Rural.

O FUNRURAL foi instituído na Lei n. 4214/63, como fundo destinado à assistência e previdência do trabalhador rural, sustentado pela contribuição de 1% sobre o valor comercial dos produtos agropecuários, recolhidos pelo próprio produtor.

Pela Lei Complementar n. 11/71, foi instituído o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural (PRORURAL), passando o FUNRURAL, transformado em autarquia, a subordinar-se diretamente ao Ministério do Trabalho e Previdência Social.

Note-se que a Constituição de 1967, conforme a EC n. 1 de 1969, não previa a universalidade e uniformidade e equivalência de benefícios para as populações urbanas e rurais, tanto que a súmula 613 do STF chegou a declarar que os

dependentes de trabalhador rural não tinham direito à pensão previdenciária, se o óbito ocorrera anteriormente à vigência da Lei Complementar n. 11/71. **Aliás, não só o uso da expressão *seguridade social* não ocorria antes da CF/88, como também a previsão, na competência da União, para instituir “contribuições (...) para atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da previdência social” só apareceu na EC n. 1/69 (art. 21, par. 2º, I).**

O custeio do PRORURAL era provido (LC 11/71, art. 15, com as alterações sofridas por força do art. 1º da LC 16/73) pela (i) *contribuição de 2% devida pelo produtor sobre o valor comercial dos produtos rurais, recolhida pelo adquirente, consignatário ou cooperativa, subrogados, para esse fim em todas as obrigações do produtor, pelo próprio produtor, quando industrializasse seus produtos e vendesse, no varejo, diretamente ao consumidor; além disso, (ii) pela contribuição de que tratava o art. 3º do DL 1146/70 (elevada a 2,6%, dos quais 2,4% caberiam ao FUNRURAL pela Lei n.4863/65).*

Nesse dispositivo do DL 1146/70 é que aparecia uma contribuição *referente a salários*. **Contudo, é preciso cuidado no seu entendimento.**

A contribuição referida pela LC/11 remontava ao artigo 3º do DL 1146/70, o qual dispunha:

Art 3º- É mantido o adicional de 0,4% (quatro décimos por cento) à contribuição previdenciária das empresas, instituído no § 4º do artigo 6º da Lei nº 2.613, de 23 de setembro de 1955, com a modificação do artigo 35, § 2º, item VIII, da Lei número 4.863, de 29 de novembro de 1965 (grifei).

O art. 6º da Lei n. 2613/55, por sua vez, previa três diferentes contribuições com respeito a salários. Uma (*caput* do art. 6º) era constituída pelo percentual de 3% sobre a soma paga mensalmente aos seus empregados, devido por determinadas pessoas naturais e jurídicas da área da agroindústria. Outra (par. 4º do art. 6º) era constituída pelo adicional de 0,3% sobre a contribuição devida por todos os empregadores aos institutos e caixas de aposentadoria e pensões. E uma terceira para empresas de atividades rurais, não enquadradas no *caput* do art. 6º, de 1% sobre a remuneração mensal de seus empregados.

É o seguinte o disposto nessas normas:

Art. 6º - É devida ao S.S.R. a contribuição de 3% (três por cento) sobre a soma paga mensalmente aos seus empregados pelas pessoas naturais ou jurídicas que exerçam as atividades industriais adiante enumeradas: 1 - Indústria do açúcar; 2 - Indústria de laticínios; 3 - Xarqueadas; 4 - Indústria do mate; 5 - Extração de fibras vegetais e descaroçamento de algodão; 6 - Indústria de beneficiamento de café; 7 - Indústria de beneficiamento de arroz; 8 - Extração do sal

9 - Extração de madeira, resina e lenha; 10 - Matadouros; 11 - Frigoríficos rurais; 12 - Cortumes rurais; 13 - Olaria.

...

Par. 4º - A contribuição devida por todos os empregadores aos institutos e caixas de aposentadoria e pensões é acrescida de um adicional de 0,3% (três décimos por cento) sobre o total dos salários pagos e destinados ao Serviço Social Rural, ao qual será diretamente entregue pelos respectivos órgãos arrecadadores.

Art. 7º - As empresas de atividades rurais não enquadradas no art. 6º desta lei contribuirão para o Serviço Social Rural com 1% (um por cento) do montante e da remuneração mensal para os seus empregados.

Note-se que, no dispositivo do DL 1146, em que se fala de *empresas*, mantinha **apenas a segunda contribuição**, isto é, a referente ao *adicional* devido por todos os empregadores contribuintes dos respectivos institutos e caixas de aposentadoria e pensões. As outras duas, especificamente para empresas rurais, não eram mantidas.

Em síntese: a Lei n. 2613/55 instituiu, *para todos os empregadores*, um *adicional* de 0,3% incidente sobre o total dos salários pagos, que se destinava (integralmente) ao Serviço Social Rural; alterado para 0,4%, esse adicional foi mantido pelo DL 1146/70, com a mesma integral destinação. Com a LC n. 11/71, para o custeio do PRORURAL, o adicional é mantido, mas com duas importantes alterações:

primeira, a alíquota passa a 2,6% e, segunda, é modificada a destinação, pois dos 2,6% do adicional, 2,4% iriam para o FUNRURAL e a diferença, para o custeio do PRORURAL.

Portanto, pela LC n. 11/71, art. 15, sobre salários, o mantido foi um **adicional** (*elevado a 2,6%, dos quais 2,4% caberiam ao FUNRURAL*) sobre a contribuição devida por todos os empregadores aos institutos e caixas, esta incidente sobre *salários*. Tratava-se de um **adicional**, devido por **todos os empregadores**, mas não, especificamente, por empresas da área rural. Com efeito, isso era uma forma de contribuição de empresas urbanas, **mediante uma parte do adicional devido, para um programa destinado ao trabalhador rural**. Do próprio produtor rural, o que exigia o art. 15 da LC n. 11/71 era *contribuição de 2% sobre o valor comercial dos produtos rurais*, recolhida *pelo adquirente, consignatário ou cooperativa, ou pelo próprio produtor, quando industrializasse seus produtos e vendesse, no varejo, diretamente ao consumidor*.

Note-se que, entretanto, em 06 de novembro de 1975, foi promulgada a Lei n. 6.260, que instituía benefícios de previdência e assistência sociais em favor dos *empregadores rurais* e seus dependentes, entendendo-se por *empregador rural*, a pessoa física, proprietário ou não, que, em estabelecimento rural ou prédio rústico, explorasse, com o

concurso de empregados em caráter permanente, diretamente, ou através de prepostos, atividade agroeconômica (art. 1º, par. 1º). Para o custeio dos benefícios, estabelecia uma contribuição anual obrigatória, a cargo do empregador rural, correspondente a 12% de um décimo do valor da produção rural do ano anterior já vendida ou avaliada segundo as cotações de mercado (art. 5º - I) e de um vigésimo do valor da parte da propriedade rural por ventura mantida sem cultivo, segundo a última avaliação feita pelo INCRA (inciso II). O sistema instituído era administrado pelo FUNRURAL, mantendo-se, no que não fossem contrárias ao novo sistema, as contribuições da LC n. 11/71 (Lei n. 6260/76, art. 11).

Em suma, admitindo-se que a Lei n. 6260/75 não tivesse revogado as contribuições instituídas pela LC n. 11/71, pelo sistema vigente antes da CF de 1988, restavam por ocasião de sua promulgação:

- (i) pela LC n. 11/71, art. 15, sobre a contribuição (geral) devida por todos os empregadores aos institutos e caixas, incidente sobre o total dos salários pagos, uma parte do **adicional** àquela contribuição (*elevado a 2,6%*), *era destinada ao custeio do PRORURAL*, sendo que, dos 2,6%, 2,4% integrariam a receita do Fundo (FUNRURAL);
- (ii) o próprio produtor rural (art. 15 da LC n. 11/71), também para o custeio do PRORURAL, a contribuição de 2% sobre o

valor comercial dos produtos rurais, recolhida pelo adquirente, consignatário ou cooperativa, ou pelo próprio produtor, quando industrializasse seus produtos e vendesse, no varejo, diretamente ao consumidor;

(iii) pela Lei n. 6260/75, a contribuição anual obrigatória, destinada aos empregadores rurais e seus dependentes, a cargo do empregador rural, correspondente a 12% de um décimo do valor da produção rural do ano anterior já vendida ou avaliada segundo as cotações de mercado (art. 5o - I) e de um vigésimo do valor da parte da propriedade rural por ventura mantida sem cultivo, segundo a última avaliação feita pelo INCRA (inciso II).

Isso é importante para o entendimento do disposto no art. 3º da Lei n. 7787 de 30 de junho de 1989, que, dispendo sobre alterações na legislação de custeio da Previdência Social, procurou adequá-la à nova CF, estabelecendo que:

a contribuição das empresas em geral e das entidades ou órgãos a ela equiparados, destinada à Previdência Social, incidente sobre a folha de salários, será: I- de 20% sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados empregados [avulsos, autônomos e administradores – expressão suspensa pela RSF n. 14, de 1995] (grifei).

Por sua vez, o par. 1º desse artigo estabeleceu que:

“a alíquota de que trata o inciso I abrange as contribuições para o salário família, para o salário maternidade, para o abono anual e para o PRORURAL, que ficam suprimidas a partir de 1º de setembro [de 1989], assim como a contribuição básica para a Previdência Social.” (grifei).

O PRORURAL, programa instituído pela LC/11, de 1971, para ser executado pelo FUNRURAL, era custeado, como se viu, pela contribuição de 2% devida pelo produtor rural sobre o valor comercial dos seus produtos (I) e pela contribuição de que tratava o art. 3º do DL 1146/70 (II), na forma de *parte* de um **adicional**, como examinado acima. Havia, além disso, a contribuição estabelecida pela Lei n. 6260/76, “administrada pelo FUNRURAL”.

Ora, ao suprimirem-se as contribuições mencionadas no par. 1º do art. 3º da Lei n. 7787/89, inclusive aquelas *para o PRORURAL*, posto que abrangidas pela alíquota de 20% sobre a folha de salários e devidas pelas empresas em geral, pergunta-se se, no caso do PRORURAL, teriam sido suprimidas tanto as do inciso (I) como as do inciso (II) ou apenas as do inciso (II).

O argumento em favor da segunda hipótese é de que a alíquota de 20%, referindo-se à folha salarial, só poderia ter abrangido o inciso (II), pois só esse dizia respeito a salários, restando em vigor a contribuição do inciso (I), visto que a CF

de 1988, por força do disposto no art. 195, par. 8º, teria recepcionado a possibilidade de uma contribuição sobre o resultado da comercialização da produção rural, destinada *ao produtor, ao parceiro, ao meeiro e ao arrendatário rurais “que exerçam suas atividades em regime de economia familiar”* (o garimpeiro, então incluído, foi excluído pela EC n. 20/98). Quanto aos produtores rurais, a recepção teria ocorrido a título de *faturamento*, nos termos do *caput* do art. 195, inciso I (primitivamente: contribuição social “*do empregador, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro*”).

O argumento repousa no entendimento de que a expressão: *contribuições devidas ao PRORURAL* só alcançam as contribuições com base em salários, o que, tratando-se de *parte de um adicional*, é, já por si, bastante ambíguo. Falando a lei revogadora em PRORURAL, só essa *parte* teria sido revogada? Se, por extensão, se entende que todo o adicional teria sido revogado, em que pese falar-se apenas de contribuição ao PRORURAL, o que abarcaria também a parte destinada à receita do FUNRURAL, por que não concluir, então, que, afinal, o sistema inteiro teria sido revogado? E, junto com o sistema do FUNRURAL, também o da Lei n. 6260/75?

A jurisprudência dos tribunais superiores (v. STJ, AGREsp n. 278.751/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 11/06/01, p. 120) tem entendido, no entanto, que a contribuição sobre o valor dos produtos rurais foi mantida, até sua revogação expressa pelo art. 138 da Lei n. 8213/91, que, assim, extinguiu, definitivamente, o regime previdenciário do PRORURAL. Essa manutenção haveria de ser reconhecida, mesmo que a contribuição referida contivesse um sentido ampliado de *faturamento*, equiparado, assim, à *receita*, em vários pronunciamentos do STF. Por essa via, aquela contribuição teria sido recepcionada pela CF de 1988.

O problema, portanto, está em admitir se, para efeitos de sua recepção, na contribuição (de 2%, devida pelo produtor, conforme o art. 15 – I da LC/11 de 71), a expressão “*sobre o valor comercial dos produtos rurais*” se subsume a *resultado* (para os segurados especiais que produzem em regime de economia familiar) e a *faturamento* em termos ampliados, equivalentes ao de *receita* (no que tange aos demais produtores com empregados, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas).

5 REGIME PREVIDENCIÁRIO E SEU CUSTEIO

Tenha-se em conta, inicialmente, o sentido da previdência social na CF de 1988.

A previdência social é o conjunto de direitos relativos à Seguridade Social. Sua regulamentação constitucional está no *regime geral de previdência social*, de que trata a Seção III, artigo 201.

Regime geral é regime comum a *todos*, exceção feita aos que se submetem a regimes próprios (por exemplo, o regime dos servidores públicos). Como regime de filiação obrigatória, o regime geral é um dos instrumentos de viabilização de direitos sociais conferidos pelo art. 7º da Constituição Federal. Por ser de filiação obrigatória, contrapõe-se ao regime de previdência privada, este facultativo, complementar e peculiar àqueles que o elegem.

Sob o regime geral estão os *trabalhadores e demais segurados da previdência social* (CF art. 195, II), que são os destinatários dos benefícios e serviços da Seguridade Social. Para José Afonso da Silva (op. cit. p. 765), há vinculação ao *princípio da prestação de trabalho*, com o que, num certo sentido, quebrar-se-ia a universalidade prometida no parágrafo único do art. 194.

A observação é importante, pois é bom lembrar que, embora a previdência social sob regime geral seja custeada com base em regime contributivo, nem todos os benefícios da seguridade social dependem de tal participação, isto é, nem todos são organizados sob regime contributivo. Por exemplo, a assistência social, aos que dela necessitam, independe de contribuição (art. 203). O mesmo vale para a saúde (art. 196 e seguintes).

Não obstante a crítica, pode-se assumir que, sob o regime de caráter geral, a CF de 1988 unificou os sistemas de cobertura (universalidade de cobertura e atendimento), dispondo expressamente sobre a uniformidade de benefícios e serviços para trabalhadores rurais e urbanos (CF art. 194, parágrafo único, I e II).

O art. 201 determina que a previdência social seja organizada sob *regime contributivo*. Sob esse regime, ocorre distribuição dos benefícios, independentemente de uma conta individualizada do participante. De qualquer modo, refere-se a uma *forma de custeio*, da qual participa o próprio beneficiário. As contribuições sociais do art. 195, de competência da União ao teor do *caput* do art. 149, destinam-se a instrumentalizar-lhe a atuação, a fim de assegurar, dentre outros direitos, a previdência social dos segurados sob o regime geral.

Desse prisma, há de se entender que ao sistema unificado corresponde um regime de custeio contributivo, mas baseado na diversidade de fontes e equidade de participação, isto é, no equilíbrio das diversas fontes de financiamento, de tal forma que haja diferentes formas de participação no custeio, cada qual contribuindo com valores proporcionais às possibilidades de renda (cf. José Afonso da Silva, op. cit. p. 762). O regime de custeio, nesses termos, pressupõe, de um lado, um princípio de *solidariedade financeira*, isto é, de contribuições gerais e não específicas dos segurados, submetidas a uma unidade de gestão por parte da União. De outro, contribuições sociais da empresa e dos empregadores. Por fim, uma forma de subvenção, por parte do Tesouro Federal, destinada a cobrir, na forma de transferências, as despesas com a seguridade em geral, inclusive, em especial, com a previdência.

Pela CF o financiamento se dá, portanto, por toda a sociedade, de forma direta e indireta. Como a gestão é única, ainda que sob participação *quadripartite* (CF, art. 194, parágrafo único - VII), a *solidariedade* acaba por exigir um financiamento mediante recursos provenientes do orçamento da União, por meio de arrecadação tributária e de dotações.

No que se refere à participação das empresas e empregadores (CF, art. 195-I), entende-se aí presente uma

distinção necessária pela diversidade contida na expressão: *empregador. Nem todo empregador é empresa. É empregador, mas não é empresa, por exemplo, o empregador doméstico, o produtor rural e o pescador. Além disso, certas bases de incidência da contribuição só existem para empresas, como é o caso do faturamento (donde os problemas surgidos pela equiparação de faturamento e receita) e o lucro.* De certo modo, a distinção chega a atingir a contribuição sobre *folha de salários*, o que explica a extensão contida na norma: *e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhes preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício* e a equiparação de firmas individuais à empresa e a sanção específica destinada no art. 195, par. 3º, à *pessoa jurídica*. A distinção, porém, traz problemas, o que esclarece, de um lado, a necessidade de ter sido declarada a constitucionalidade da inclusão de sócios e administradores de sociedade e titulares de firmas individuais como contribuintes obrigatórios (STF, súmula 466); de outro, a exigência de norma específica (CF, art. 195, par. 8º) para a inclusão, como *segurados*, do produtor, do parceiro, do meeiro e do arrendatário rurais, que, por suas peculiaridades, *contribuem sob forma especial*.

Quanto à contribuição do produtor rural, em síntese, à luz do art. 195 da CF, quando de sua promulgação, **há de se**

distinguir, de um lado, o produtor rural, pessoa jurídica e pessoa natural que tenha empregados, obrigado à contribuição sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro; de outro, o produtor sem empregados permanentes, que exerce sua atividade em regime de economia familiar, que contribui, de forma especial, sobre o resultado da comercialização da produção.

Nesses termos, pois, deve ser tratado o tema da recepção da LC n. 11/71 pela CF de 1988.

6 RECEPÇÃO DA LC N. 11/71

A LC n. 11/71 instituiu a contribuição sobre a produção, não exigindo contribuição do trabalhador. Em conformidade com o regime constitucional anterior, era perfeitamente possível a convivência de dois sistemas, um urbano e outro rural.

Pela CF de 1988, o sistema foi unificado, o que, por si, levantaria dúvidas sobre a recepção da LC n. 11/71. Embora o regime de custeio admita formas diferentes de financiamento, inclusive com dispositivo especial, adequado ao produtor rural que pratica sua atividade em regime de

economia familiar, o sistema unificado corresponde a um regime de custeio contributivo, baseado na diversidade de fontes e na **equidade** de participação, isto é, no equilíbrio das diversas fontes de financiamento, de tal forma que haja diferentes formas de participação no custeio, cada qual contribuindo com **valores proporcionais** às possibilidades de renda.

A recepção é governada, como se sabe, por certas premissas. Com a nova constituição, os princípios gerais de todos os ramos do direito passam a ser os que dela constem ou os que dela se infiram; as normas legais e regulamentares anteriores são reinterpretadas em face da nova constituição, só subsistindo se conforme com suas normas e seus princípios; as normas anteriores, contrárias à nova constituição, não subsistem (cf. Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, 3ª edição, 1996, tomo II, p. 276).

Independentemente da distinção entre a inconstitucionalidade por não ocorrer a recepção e a revogação, por força da inconstitucionalidade, pode-se dizer que, no tocante às contribuições para o setor rural, a CF de 1988 inovou, mediante a unificação dos sistemas urbano e rural, quer por força do princípio da universalidade, quer pelo regime de custeio, em que a participação contributiva se rege

pela equidade. Nesses termos, a LC n. 11/71, que instituía um regime diferenciado de previdência, acolhendo os trabalhadores rurais e artesanais em um regime diferente, cujo custeio derivava da produção das agroindústrias e de um adicional à contribuição sobre folha salarial de todos os empregadores (urbanos), não parece enquadrar-se nos princípios e valores da CF de 1988.

Admitindo-se, porém, em atenção à *interpretação conforme*, que o sistema da LC n. 11/71 tivesse subsistido, mesmo assim algumas observações sobre o sentido da norma subsistente (art. 15 – I) em face da CF/88, com base no *faturamento*, merecem atenção.

Mesmo alegando-se, como se vê pela jurisprudência antes mencionada, um sentido *alargado* de *faturamento*, conforme a interpretação do STF em seguidos julgados, sua equiparação plena a *receita bruta* nunca chegou a ser afirmada.

A par da análise das divergências jurisprudenciais que, no passado, chegaram a apontar para uma indevida equiparação entre *faturamento* e a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, deve-se lembrar que, em princípio, a CF/88, ao optar por *faturamento* ao invés de *receita bruta*, deu destaque aos ingressos de numerários

permanentes e contínuos (provenientes de vendas), eliminando os transitórios ou incertos.

Nesse sentido, o entendimento uniforme do STF (ADC n. 1 – 1/DF e ADIn n. 1.103 – 1/DF) do *faturamento* como *receita das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza* (ao teor da LC 70/91), mesmo admitindo um sentido de faturamento para efeitos fiscais que alcança todas as vendas, ainda que não acompanhadas de *fatura*, nunca atingiu outros numerários, isto é, aqueles que não resultam de venda, como juros, aluguéis, variações monetárias, *royalties*, lucros e dividendos, descontos obtidos etc. (o que, aliás, levanta sérias dúvidas sobre a constitucionalidade do dispositivo constante do art. 25 da Lei n. 8870/94, que onerou os produtores rurais com uma contribuição incidente sobre a sua receita bruta).

Nesses termos, a interpretação do texto constitucional pelo STF podia até ser extensiva, mas não era analógica. E era extensiva na linha da extensão admitida pela LC 70/91, mas não era analógica, como se *faturamento* fosse um termo substituto para todas as vendas e **também** para todos os valores (totalidade das receitas auferidas, não importando sua classificação contábil). Mesmo que se admitisse um possível alargamento analógico do termo constitucional *faturamento*, a equiparação analógica iria além

de qualquer similitude. Diferentemente do caso de extensão, aceito pelo STF (vendas faturadas e não faturadas, isto é, todas as vendas), a equiparação de *faturamento* não só vendas, mas também ao ingresso de qualquer outro numerário, praticaria uma absorção do termo *faturamento* pelo termo *receita*, na medida em que tudo seria, abstratamente, *qualquer valor auferido*. Ou seja, enquanto a interpretação do STF foi extensiva (estende o sentido de faturamento, a qualquer venda, com ou sem emissão de fatura) a equiparação analógica, estabelecendo uma equivalência semântica entre os dois termos, sem autorização para tanto, tendo em vista o disposto no art. 195, I, b da CF, na redação vigente à época, seria inconstitucional.

Aliás, ao fazer-se uma equiparação analógica, embaralham-se os termos (*faturamento/receita*), ferindo o CTN, art. 114. A analogia deixa, na verdade, o tipo indefinido, ao alterar (contra o art. 110 do mesmo CTN) o conteúdo e o alcance dos institutos, conceitos e formas do direito privado. A referência do faturamento à compra e venda, mantido aquele com outra base de cálculo diferente de receita, não autorizaria a criação de um tipo aberto por confusão indefinida dos conceitos (*faturamento como qualquer valor auferido*). Vale, nesse sentido, mencionar a disposição do Código Comercial, art. 219, que fala em *faturamento* como o “conjunto das

receitas operacionais que a empresa realiza em decorrência de atos de compra-e-venda, seja de mercadorias, seja de serviços”. Ou seja, mesmo admitindo-se o elastério de *faturamento* para todas as vendas, mesmo sem fatura, não há como admitir que *faturamento* possa ser equiparado a *qualquer valor auferido*, independentemente da forma contábil, o que significaria um novo “tipo”, conduzindo a uma inconstitucionalidade por usar uma base de cálculo não autorizada pela CF.

Esse entendimento, que parecia ter ficado superado com a nova redação dada pela EC. n. 20/98, ao inciso I, alínea *b* do art. 195 (“*b*) a receita ou o faturamento”), todavia ainda subsiste.

Argumentou-se, em favor da superação, que a EC 20/98 viera a emprestar o embasamento constitucional, retroativo, às equiparações, mediante lei, entre *faturamento* e *receita*. Teria ocorrido, assim, um fenômeno equivalente, *mutatis mutandis*, àquele em que uma lei que se revele incompatível com a Constituição vem a ser retificada, em vista de novo dispositivo constitucional.

No entanto, há de se reconhecer que não há como aplicar retroativamente o novo dispositivo. Como esclarece Canotilho (1991, p.297):

também no que respeita ao direito ordinário anterior inconstitucional à face da Constituição antes da revisão, não deverá considerar-se como retroativamente convalidado, só por deixar de ser contrário à Constituição após a revisão. Desde logo, por uma razão prática: a admitir-se essa solução, estaria aberta a porta para ‘revisões’ antecipadas por via de lei ordinária, feita ‘à conta de’ futura revisão constitucional; por outro lado, a razão invocada para convalidar o direito ordinário anterior à Constituição – designadamente a de que os órgãos de fiscalização da constitucionalidade não podem ser guardiões de uma ordem constitucional presumida – não colhe aqui, pois a *ordem constitucional continua a ser a mesma*, embora parcialmente alterada (Fundamentos da Constituição, Coimbra, 1991, p.297).

Mesmo, porém, que se insistisse na sua incidência retroativa, é importante atentar para a questão de ordem gramatical e lógica, na interpretação do novo dispositivo constitucional, que, de qualquer modo, manteve a **distinção** entre os dois termos.

Como se sabe, o conectivo “ou” exerce, em português, duas funções lógicas: conjunção e disjunção, que em latim eram expressas por conectivos diferentes (respectivamente: *vel...vel*, *aut...aut*). Exemplo da primeira função: “considere-se em sua casa ou moradia”; da segunda, “pagaremos, à sua escolha, a passagem ou a estada no país”. Para reforçar o segundo sentido usa-se repetir o “ou” (“ou a

passagem ou a estada”) ou determinar pelo pronome demonstrativo (o, a, os, as) as duas alternativas (“**a** passagem ou **a** estada” diferentemente de “casa ou moradia”). Pode ser que a intenção normativa do constituinte derivado tenha sido a de acabar com as discussões judiciais sobre a distinção de estrita legalidade entre receita e faturamento, que são, tecnicamente e na jurisprudência do STF, conceitos que não se equivalem (receita pode abarcar o faturamento, mas a recíproca não é verdadeira). Assim, ainda que a intenção do constituinte derivado tivesse sido outra, objetivamente, a nova redação constitucional **não equiparou** os conceitos. Apenas estendeu a possibilidade da base de cálculo, antes restrita ao faturamento, também para a receita. Ou seja, na nova redação, o “ou” tem função disjuntiva e não conjuntiva, como se observa pelo uso dos demonstrativos (“**a** receita ou **o** faturamento”). Destarte, o novo dispositivo, trazido pela Emenda Constitucional, ao contrário do que se possa pensar, reforça a tese de que, na Constituição Federal, mormente para efeitos fiscais, *faturamento* e *receita* **eram conceitos distintos**, ainda que, **a partir da Emenda Constitucional n. 20/98, ou um ou outro** possam configurar base de cálculo de contribuição social.

Aliás, a equiparação de *faturamento* a *receita* foi, de novo, recentemente examinada em ação direta de

inconstitucionalidade, tendo por objeto o art. 3º, par. 1º, da Lei n. 9718/98, cuja inconstitucionalidade fora argüida, por ter ampliado o conceito constitucional de faturamento para nele fazer compreender a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente do tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotadas para as receitas. O STF, mantendo seus posicionamentos anteriores, declarou a inconstitucionalidade do referido artigo, **tendo rechaçado a equiparação entre receita e faturamento**, mesmo em face da nova redação dada ao art. 195, I – b (*a receita ou o faturamento*) pela EC n. 20/98, cuja retroatividade foi recusada, tomando-se *faturamento* nos termos da redação vigente antes da EC n. 20/98.

Assim, a admitir-se que não tivesse sido revogada pelo art. 3º da Lei n. 7787/89, a validade da contribuição ao FUNRURAL/PRORURAL, nos termos da LC n. 11/71, art. 15, I, *a e b*, estaria comprometida pela forma como teria sido subsumida à fonte: *faturamento*, tomado como equivalente à *receita*. Ou seja, a expressão da norma constante do art. 15 da LC/11 de 1971 (*contribuição devida pelo produtor sobre o valor comercial dos produtos rurais*) já trazia, quando da promulgação da CF de 1988, uma dúvida séria e pertinente sobre a sua recepção, quando se tenta considerá-la subsumida a *faturamento* em um sentido de tal modo ampliado, capaz de

alcançar uma equiparação com o termo *receita*. Afinal, pode-se dizer, **comercialização da produção é algo diverso de faturamento e este não se confunde com receita bruta.**

Ademais, o referido art. 15 da LC n. 11/71 **não fazia a distinção** entre os produtores rurais, pessoa jurídica e pessoa física com empregados permanentes, e pessoas físicas, em regime de economia familiar, sem empregados com vínculo permanente. Somente com a Lei n. 8212/91 é que a contribuição sobre o resultado da comercialização da produção rural passou a ser exigida apenas do produtor sob economia familiar, sujeitando a empresa rural ao mesmo regime das empresas urbanas.

Por todas essas razões, parece-me não ter ocorrido a recepção da contribuição prevista pela LC n. 11/71, art. 15, I, a e b, devida pelo produtor rural sobre o valor comercial dos seus produtos, por não subsumir-se ao faturamento, nos termos da CF de 1988.

Supondo-se, contudo, que tivesse sido ela recepcionada e que só tivesse sido revogada pela Lei n. 8213/91, valeria a pena notar ainda, também em termos constitucionais, o que sucede com essa legislação posterior, que veio a reformular inteiramente o regime de custeio da Seguridade Social.

7 REGIME DE CUSTEIO VIGENTE E SEUS PROBLEMAS CONSTITUCIONAIS.

A Lei n. 8212/91, que distinguiu entre o produtor rural, pessoa jurídica e pessoa física, sofre uma volta atrás, com a Lei n. 8540/92. Assim, o empregador rural, pessoa física, com empregados permanentes, equiparado, em 1991, à pessoa jurídica e, portanto, sujeito ao regime das empresas urbanas, pela Lei. n. 8540/92, incluiu o empregador rural, pessoa física referida no inciso *a* do inciso V do art. 12 da Lei de 91, como obrigada ao art. 25 da LOSS, à alíquota de 2% da receita bruta decorrente da comercialização de sua produção, dando margem a que o empregador rural, pessoa física, com empregados permanentes, viesse a ser obrigado a contribuir sobre a comercialização de sua produção rural, como se empregador rural, sem empregados permanentes, em regime de economia familiar fosse.

Com efeito, em 1994, a Lei n. 8212/91, teve seu art. 22 modificado pela Lei n. 8870/94, art. 25. O *caput* desse artigo passou a exigir *da pessoa física e do segurado especial*, portanto, dos empregadores, pessoa física, com empregados sob vínculo permanente, uma exação de 2,5% da receita bruta proveniente da comercialização de sua produção, como se

empregador rural em regime de economia familiar fosse. E o par. 2º desse artigo criou uma contribuição social para as empresas agroindustriais, sobre o *valor estimado da produção agrícola próprio, considerando o seu preço de mercado*.

Essa contribuição, destinada às empresas agroindustriais, pessoas jurídicas, foi considerada inconstitucional pelo STF (ADIn 1.103-1/DF), **por usar uma base de cálculo não autorizada pela CF** (não se enquadra nem em folha salarial, nem em faturamento, nem em lucro). Ora, concluiu o acórdão, como o art. 195, par. 4º, da Constituição prevê que a instituição de outras fontes de receita para a Seguridade Social requer *lei complementar* e a Lei n. 8870/94 é *lei ordinária*, a nova fonte também por esse motivo foi declarada inconstitucional.

Em que pese não ter sido apreciada a norma do *caput* do art. 25 dessa Lei, que instituiu contribuição destinada a produtores rurais - pessoas físicas e segurados especiais – (aliás, por ter sido a ação direta ajuizada pela CNI e não por entidade própria do setor), é importante o mérito da decisão quanto à base de cálculo, mesmo que se tenha referido somente ao par. 2º do referido artigo.

Pode-se entender, assim, que o motivo utilizado pelo STF para declarar inconstitucional a norma do par. 2º do art.

25 (contribuição de pessoas jurídicas, empresas agroindustriais) sirva também para a norma do seu *caput*.

De um lado, como, por essa norma, o produtor rural, pessoa física que tenha empregados, é compelido a uma contribuição sobre a *receita bruta proveniente da comercialização da sua produção* (por ter sido equiparado, pela LC n. 70/91 – art. 1º, à pessoa jurídica conforme a legislação sobre o imposto de renda), ficaria ele, além disso, também compelido a satisfazer, de um lado, a contribuição sobre a folha de salários e, de outro, a COFINS, com o que estaria ferido o art. 150 – II da CF (isonomia).

Por outro lado, não cabe invocar-se, como fundamento da exigência em relação aos produtores rurais com empregados, o par. 8º do art. 195, que se destina apenas ao produtor rural que exerce sua atividade sem empregados sob vínculo permanente e sob o regime de economia familiar.

Assim, tratando-se de fonte nova (exação sobre o resultado da comercialização da produção que, ao teor do par. 8º do art. 195 da CF, **só** cabe ao empregador sem empregados, sob economia familiar), seria igualmente inconstitucional por força do o art. 195, par.4º da CF que prevê lei complementar para a instituição de outras fontes de receita para a Seguridade Social, sendo a Lei n. 8870/94 *lei ordinária* (cf. José Mörschbacher: *A contribuição das empresas rurais da Lei n.*

8870/94 e sua inconstitucionalidade, Revista de Estudos Tributários, n. 20, julho-agosto, 2001, p. 17 ss.; Hugo de Brito Machado e Hugo de Brito Machado Segundo: *Inconstitucionalidade da contribuição previdenciária dos produtores rurais, instituída pela Lei n.8870/94*, Revista Dialética de Direito Tributário, n. 72, setembro, 2001, p. 99 ss.).

Referida alteração, trazida pela Lei 8540/92, por distinguir entre o empregador rural (que passou a contribuir sobre a comercialização da produção rural) e o urbano (que continuou a contribuir sobre a folha de salários), passou a ofender os princípios da isonomia e da proibição de do confisco, após a declaração de inconstitucionalidade da exigência em relação às empresas agroindustriais (que voltaram a contribuir sobre a folha), pois o empregador rural pessoa física (que possui – em regra – menor capacidade contributiva do que as agroindústrias) restou mais onerado por continuar contribuindo sobre o valor da comercialização da produção rural.

Isso sem prejuízo da inconstitucionalidade referente ao fato de a exação referir-se à ***receita bruta proveniente da comercialização da sua produção***, ignorando que **comercialização da produção é algo diverso de**

faturamento e este não se confunde com receita bruta, como já demonstrado a propósito da LC n. 11/71.

E mesmo em relação ao produtor rural, pessoa física, sem empregados permanentes, sob regime de economia familiar, há de se convir que a CF, art. 195, par. 8º, fala em **resultado da comercialização da produção**, expressão essa que não pode, também, ser, pura e simplesmente, equiparada a *receita bruta*, sobretudo quando se examina o caso do recolhimento por cooperativas.

8 CONCLUSÃO

Em relação ao **produtor rural segurado especial** (que produz em regime de economia familiar, sem empregados permanentes), deve-se admitir que não ocorrera recepção das normas anteriores à CF/88, motivo pelo qual todos os pagamentos efetuados a esse título, até o advento da Lei 8212/91 seriam indevidos.

E, após o advento da Lei 8212/91, considerando-se que a mesma extrapolou o conceito de *resultado* previsto no art. 195, par. 8º, da CF/88, os pagamentos seriam indevidos, face à inconstitucionalidade da norma ou, ainda, admitindo-se

a interpretação conforme, a contribuição seria devida apenas sobre o *resultado*, estritamente considerado, sendo este a soma das receitas operacionais, abatidos os custos (tributos incidentes, despesas de sua administração e dos insumos fornecidos). Neste caso, o crédito surge pela diferença entre o montante pago (com base no valor total da comercialização da produção rural) e o efetivamente devido com base no *resultado*.

Em relação ao **produtor rural, pessoa física que possui empregados permanentes**, deve-se admitir que, nesta situação, como explicitado neste parecer, também não houve a recepção das normas anteriores à CF/88, em relação à cobrança do FUNRURAL com base na comercialização da produção rural, pela divergência de sistemáticas e por não possuir, a pessoa física cooperada, *faturamento* ou *lucro* (art. 195, I, da CF/88).

Subsistiu, por conseqüência, a cobrança sobre a folha de pagamentos (2,6%) até o advento da Lei 7787/89, quando esta foi expressamente revogada e substituída pela contribuição de 20% das *empresas* em geral, não se aplicando este dispositivo ao produtor pessoa física, mesmo com empregados, por não estar ele enquadrado no conceito de empresa.

Após a vigência da Lei 8540/92, a partir de 1º/04/1993, com a extensão, a esses produtores com empregados, da regra prevista para os segurados especiais, surge uma nova inconstitucionalidade, pela ausência de previsão constitucional para tanto e ausência de instituição por lei complementar (como visto, aplica-se aqui o mesmo entendimento proferido pelo STF na ADIn 1.103-1/DF). Neste ponto, conforme o posicionamento, ou todos os pagamentos feitos com essa base são indevidos, ou é indevida a diferença entre esses pagamentos e os exigidos com base na folha de salários (caso se entenda que os mesmos são equiparados à empresa).

Em relação à **empresa rural, ou pessoa jurídica com empregados permanentes**, há de se admitir que, nesta situação, como explicitado neste parecer, também não houve a recepção das normas anteriores à CF/88, em relação à cobrança do FUNRURAL com base na comercialização da produção rural, pela divergência de sistemáticas e por não haver previsão para exigência da aludida contribuição sobre o *valor da comercialização da produção rural* (art 195, I, da CF/88).

Mesmo admitindo-se a recepção limitada aos termos constitucionais (interpretação conforme), seriam indevidas

(nascendo para o Fisco o dever de restituir) as exigências que extrapolaram a base de cálculo *faturamento*.

Ainda, a cobrança da contribuição sobre o valor estimado da produção rural, por força do advento da Lei 8870/94, é inconstitucional, como decidiu o STF no julgamento da ADIn 1.103-1/DF, subsistindo apenas a cobrança sobre a folha de salários até os dias de hoje.

JOGO DO BICHO E RELAÇÃO DE EMPREGO

Eduardo Sérgio de Almeida¹

1 INTRODUÇÃO

O Jogo do Bicho, modalidade de loteria muito popular no Brasil, especialmente entre a população de pouca instrução e de baixa renda, foi criado ainda no período monárquico. A origem desse Jogo remonta ao fim do Império e início do período republicano, isto é, final do século XIX. Jornais da época contam que para melhorar as finanças de um zoológico do Rio de Janeiro, localizado no bairro da Vila Izabel, que corria o risco de fechar as portas por falta de recursos, o senhor de terras e escravos João Batista Viana

¹ Juiz do Trabalho, titular da Vara do Trabalho de Itabaiana/PB, do TRT da 13ª Região. É Pós-graduado em Filosofia e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Atualmente faz o curso de doutorado na Universidade Castilla La-Mancha em Ciudad Real, Espanha. Foi Professor de Introdução ao Direito na FIR – Faculdades Integradas do Recife.

Drummond – que ganhou o título de Barão de Drummond por ter alforriado seus escravos, antes da libertação da escravatura – criou uma loteria em que o apostador escolhia um entre 25 bichos do zoológico. Os bichos eram representados individualmente, em ordem alfabética, por um determinado número. Avestruz era o bicho de número um, águia de número dois, burro de número três, até o bicho de número 25, que era a vaca. Ao final do dia, os organizadores do jogo revelavam o nome do bicho vencedor e afixavam o resultado num poste. Além de se poder jogar no bicho individualmente, também se jogava na dezena, na centena e no milhar de cada bicho. A organização dessa modalidade de loteria permanece virtualmente a mesma até os nossos dias.

Posteriormente esse jogo foi posto na ilegalidade, sendo a sua prática proibida por lei, uma vez que passou a ser considerada contravenção penal.

O argumento usado pela jurisprudência, com especial relevo pela jurisprudência do TST, para julgar improcedente demanda de trabalhador contra empregador na atividade denominada Jogo do Bicho é que esta seria ilegal, uma vez que expressamente proibida, constituindo-se em prática tipificada juridicamente como contravenção penal. Em relação à máxima instância trabalhista a matéria foi objeto de orientação jurisprudencial, constituindo-se na OJ N° 199 da

SDI – I, do seguinte teor: “Jogo do Bicho. CONTRATO DE TRABALHO. NULIDADE. OBJETO ILÍCITO. ARTS. 82 E 145 DO CÓDIGO CIVIL.” Ocorre que o Jogo do Bicho, em vários estados do Brasil, especialmente do Nordeste, é atividade francamente tolerada, chegando a ser regulamentada pelo poder público. No caso do Estado da Paraíba, o governo local, por meio da LOTEPE, Loteria do Estado da Paraíba, concede aos particulares o direito de exploração do Jogo do Bicho. Em Pernambuco, os empresários desse tipo de negócio têm uma associação denominada AVAL, conhecida de todos, que garante o pagamento das apostas. Nos dois Estados mencionados se pode fazer apostas à luz do dia, em locais públicos devidamente identificados por meio de placas e anúncios.

O Brasil não é apenas o Sudeste. As dimensões continentais do seu território torna-o um país múltiplo. Se no Rio de Janeiro ou em São Paulo esse tipo de loteria é associado ao tráfico de drogas ou a outras modalidades do crime organizado, o mesmo não ocorre, necessariamente, nos demais estados da federação. As decisões da máxima instância trabalhista negando quaisquer direitos aos reclamantes que trabalham vendendo apostas do Jogo do Bicho não levam em consideração a diversidade cultural do país e as situações fáticas que, quem sabe, levem essa

atividade, nos grandes estados da União, a se associarem a alguma modalidade de criminalidade organizada, enquanto em outros estados não há tal tipo de associação. Em algumas pequenas localidades do interior do Nordeste o banqueiro do Jogo do Bicho é, não raro, um cidadão querido pela coletividade e digno de respeito, não se envolvendo em qualquer atividade reprovável aos olhos dos outros. Essa diversidade há que ser tomada em consideração, sob pena de se perder o foco sobre o mundo concreto onde ocorrem os conflitos que incumbe ao Judiciário dirimir, substituindo-se a compreensão dos fatos reais por meras abstrações.

2 APLICABILIDADE DA LEI

Para o positivismo jurídico a lei só deixa de vigorar se outra lei a modificar ou revogar. No Brasil tal exigência está contida no art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, o que impede, do ponto de vista dogmático, que o desuso possa revogar a lei. Muito embora, dogmaticamente, não se possa falar em *dessuetudo*, ou em *consuetudo contra lege*, as leis caem em desuso e, quando isto ocorre, apesar de tecnicamente não revogadas, deixam de ser aplicadas. É o que ocorreu com

crime de adultério, previsto no art. 240 do Código Penal, que é de 1940, artigo este só revogado pela Lei nº 11.106/2005. Também é o que ocorre, na Paraíba e em vários outros estados brasileiros, em relação à contravenção penal prevista pelo art. 58 do Decreto-Lei Nº 3.688/1941. A norma legal que proíbe o Jogo do Bicho não é aplicada. Essa modalidade de loteria não é só francamente tolerada, como é devidamente regulamentada e fiscalizada pelo poder público.

Mesmo que se argumente não ser dos Estados a competência legislativa para decidir sobre as atividades relacionadas a loterias, argumento dogmaticamente correto, não se pode deixar de levar em consideração o princípio da primazia da realidade e aqui também fazer prevalecer o que ocorre de fato, e não os meros rótulos, mesmo que legislativos. Assim, admitir-se que um empresário do Jogo do Bicho se furte a pagar as obrigações decorrentes do contrato de trabalho, sob alegação de que sua atividade é ilegal, alegação essa feita no processo em regra, pelo próprio empresário, afrontando a máxima latina *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*, é premiar-se a esperteza, a desonestidade, consagrar-se a **injustiça** e violar o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme o art. 1º da Constituição Federal.

Em se tratando do princípio de dignidade da pessoa

humana, embora este seja difícil de definir, uma vez que não é um dado, algo inerente ao ser humano, à sua natureza, mas algo construído historicamente, incumbe à sociedade, em cada momento determinado, imprimir-lhe conteúdo concreto. Para Rabenhorst, “dignidade humana é um princípio prudencial, sem qualquer conteúdo pré-fixado, um seja, é uma cláusula aberta que assegura a todos os indivíduos o direito à mesma consideração e respeito”.² Aqui, porém, não se trata da dignidade em sentido genérico, mera ofensa periférica à honra ou a auto-imagem do trabalhador, senão ao próprio núcleo do princípio. Imaginemos, à guisa de exemplo, a hipótese, bastante corriqueira, de um determinado trabalhador do Jogo do Bicho que prestou serviços a um empresário do ramo, na captação de apostas, durante vários meses não ter recebido remuneração. Ao demandar o seu empregador perante o Judiciário, tem o seu direito negado sob o argumento de que a atividade por eles exercida é ilegal. Ora, permitir que alguém trabalhe para outrem, afora os casos de caridade ou de trabalho voluntário para entidades sem fins lucrativos, é consentir que ele seja reduzido à condição análoga a de escravo.

Ademais, a negação de quaisquer direitos aos vendedores de apostas do Jogo do Bicho implica deixar-se de

² Rabenhorst, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. p. 48.

cumprir a principal finalidade do Direito do Trabalho, que é a proteção do hipossuficiente.

3 INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS

O operador do direito, no seu trabalho de aplicação das normas aos casos concretos, deve buscar a finalidade da norma, o seu *telos*, e os valores que a ordem jurídica busca realizar. Aliás essa busca, entre nós, é inclusive exigência legal, pois o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, ao dispor que “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, contém comando de natureza teleológica. Ao tratar da interpretação, Luís Roberto Barroso, a respeito de interpretação teleológica, escreve:

A Constituição e as leis visam a acudir certas necessidades e devem ser interpretadas no sentido que melhor atenda à finalidade para a qual foi criada. Nem sempre é fácil, todavia, desentranhar com clareza a finalidade da norma. À falta de melhor orientação deverá o interprete voltar-se para as finalidades mais elevadas do Estado, que são, na boa passagem de Marcelo Caetano, a segurança,

a justiça e o bem-estar social.³

O artigo 58 do Decreto-lei N° 3.688/1941, tem a seguinte redação: “Explorar ou realizar a loteria denominada Jogo do Bicho, ou praticar qualquer ato relativo à sua realização ou exploração: Pena – prisão simples, de quatro meses a um ano, e multa, de dois a vinte contos de réis”. A penalização do Jogo do Bicho não tem, atualmente, qualquer finalidade socialmente relevante. Em relação à ordem de valores da sociedade brasileira pensamos que presentemente é difícil atinar com qual valor essa norma seria identificável e acreditamos que muito poucos concordariam que a proibição do Jogo do Bicho realize algum valor moral da sociedade brasileira. Ao contrário, essa atividade tem lugar no imaginário popular como capaz de realizar belos sonhos. Exemplo disso é a famosa canção cujos versos diz: “Etelvina, minha filha! acertei no milhar ganhei quinhentos contos, não vou mais trabalhar”.⁴ Talvez essa interdição tenha ocorrido na persecução de efeitos meramente simbólicos, uma confirmação de valores de determinado grupo social, sem que

³ Barroso, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1998. p.131.

⁴ Canção denominada Acertei no Milhar, composição de Wilson Batista e Geraldo Pereira, década de 1940.

houvesse preocupação com a eficácia da lei proibitiva.⁵

As normas legais devem ser aplicadas tendo em vista todo o ordenamento jurídico. Quando se aplica uma norma jurídica está-se aplicando, concomitantemente, todas as demais normas do ordenamento. Atualmente se reconhece o caráter normativo dos princípios jurídicos, tais como o da dignidade da pessoa humana, e este, em particular, encontra-se positivado no nosso estatuto fundamental, vez que está expressamente previsto na Constituição Federal. Para Daniel Sarmiento, “O princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico”.⁶ Como norma constitucional que é o princípio da dignidade da pessoa humana tem prevalência sobre uma lei ordinária. Esse princípio, dentre outros contidos no texto constitucional, é norma jurídica⁷ positiva dotada de validade, conseqüentemente de aplicação obrigatória pelo Legislador, pelo Administrador e pelo Juiz nas tarefas que competem aos titulares de cada uma das três funções do Estado. Conforme assevera o Min. Do STF Marco Aurélio “em relação aos direitos e às garantias

⁵ A respeito do tema veja-se: Neves, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1994.

⁶ Sarmiento, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 85.

individuais, a Carta de 1988 tornou-se, desde que promulgada, auto-aplicável, cabendo aos responsáveis pela supremacia do Diploma Máximo do País buscar meios de torná-lo efetivo”.⁸

4 DA EFICÁCIA DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

De acordo com a moderna doutrina, de origem alemã, denominada *Drittwirkung*, hoje amplamente aceita, inclusive no Brasil, os direitos fundamentais, reconhecidos na Constituição, têm eficácia frente a terceiros e não somente frente ao Estado. Segundo esta construção doutrinária, os direitos fundamentais não são só os direitos de liberdade frente ao poder público, senão também direitos de liberdade ou de ação exercitáveis em todos os âmbitos da vida social. No dizer de Bonavides:

direitos fundamentais que já não se circunscrevem à esfera subjetiva, confinada ao confronto indivíduo-Estado, numa relação onde se patenteia sempre a exterioridade do

⁷ Usamos normas no sentido de regras positivadas, não sendo relevante, para os propósitos do texto, a distinção entre regra e princípio.

⁸ Mello, Marco Aurélio de Faria. Óptica constitucional e igualdade e as ações afirmativas. **Revista da Escola Nacional de Magistratura**. Brasília, ano 1, n. 1, p. 82-91, abr. 2006. p. 86.

ente individual frente ao Estado, em antagonismo com este, isto é, em oposição ao seu poder... Como se vê, havia dantes o direito fundamental do status negativus, mas agora o que há é um direito fundamental incorporando à sua caracterização a dimensão objetiva...⁹

Desse modo entendemos que não há impedimento que seja reconhecida a existência de contrato de trabalho entre o trabalhador e o empregador do Jogo do Bicho, uma vez existentes os requisitos previstos no art. 3º da CLT, mesmo que se reconheça a ilegalidade da atividade, pois a ilicitude desse tipo de atividade não é de molde a ofender aos valores fundamentais consagrados na nossa ordem jurídica. Por outro lado, a nossa Constituição, no caput do art. 5º, assegura a todos a **garantia de segurança**. Garante-se a segurança do trabalhador, em geral humilde trabalhador, deixando-se de reconhecer a relação de emprego entre este e o empresário do Jogo do Bicho?

O aplicador de normas jurídicas em conflito, à falta de critérios objetivos para dirimir estes conflitos, deverá fazer concessões recíprocas aos valores protegidos e no limite deverá fazer a escolha, decidindo qual norma será aplicada, mediante o princípio instrumental da **razoabilidade**. Tal

⁹ Bonavides, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16 ed.. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 632.

ponderação deve se dar pela prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana, pois, conforme afirma Daniel Sarmiento:

um dos fatores primordiais que deve ser considerado nas questões envolvendo a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é a existência e o grau da desigualdade fática entre os envolvidos. Em outras palavras, quanto maior for a desigualdade, mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada.¹⁰

A desigualdade entre o apontador do Jogo do Bicho – o trabalhador – e o empresário desse tipo de negócio é gigantesca. Todas as pessoas medianamente informadas sabem que muitos desses empresários são detentores de grandes fortunas que fazem questão de exibir, nos seus carrões de luxo, mansões e iates, enquanto que os trabalhadores mal ganham para sobreviver. Ao decidir determinadas questões jurídicas nós juizes corremos o risco de pensar apenas em termos de abstrações, entretanto devemos ter sempre o cuidado para não perder de vista que os problemas que estamos apreciando não envolvem apenas autores ou réus, mas seres humanos reais, dotados não apenas de direitos, dotados sobretudo de

¹⁰ Sarmiento, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 261.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 58-79, 2007.

intrínseca dignidade.

A decisão do TST que nega o reconhecimento da relação de emprego e de qualquer direito ao trabalhador empregado na venda de apostas do Jogo do Bicho está baseada no disposto no art. 104 do atual Código Civil que estabelece: “A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei.” Está ainda lastreada no art. 166, inciso II do citado código que comina de nulidade o negócio jurídico quando for ilícito ou impossível o seu objeto. Também está fundamentada no disposto no art. 58 do Decreto-Lei N° 3.688/1941.

Em caso similar, qual seja o da admissão de pessoal pela administração pública, sem a previa realização de concurso público, exigência contida no art. 37 da Constituição Federal, o TST, mesmo entendendo nulo o contrato de trabalho, conforme previsão expressa do § 2º do citado artigo da Constituição, uma vez que não foi obedecida a forma prescrita em lei, garante ao trabalhador alguns direitos, na forma do enunciado da Súmula 363 do TST. Este enunciado estabelece que a contratação de servidor público sem a realização de prévio concurso público, exigido pelo art. 37, inciso II da Constituição Federal, gera nulidade, só sendo

devidos ao contratado a remuneração pactuada e os valores relativos ao FGTS. Mais recentemente o TST vem entendendo que nos contratos nulos também é devida a contribuição previdenciária. No primeiro caso o objeto é ilícito e tal ilicitude se dá por conta de existência de norma proibitiva da atividade, mas essa ilicitude não ofende sentimentos morais relevantes da sociedade. No segundo caso há a preterição de forma essencial prevista na própria Constituição e tal preterição repugna a consciência jurídica da parcela mais esclarecida da sociedade e mesmo assim se entende que ao trabalhador devem ser assegurados alguns direitos. No segundo caso os bens jurídicos protegidos são o da moralidade pública, da publicidade, da igualdade de tratamento e oportunidade de acesso aos cargos públicos. No primeiro caso protege-se, sobretudo, o princípio da legalidade. Porque no primeiro caso também não se asseguram direitos aos trabalhadores contratados em desobediência às normas legais se no segundo caso isto é feito? De acordo com o princípio de isonomia deveriam ser assegurados ao vendedor de apostas do Jogo do Bicho, no mínimo, os mesmos direitos conferidos aos trabalhadores contratados irregularmente pela administração pública.

5 NÃO APLICAÇÃO DO ART. 58 DO DEC. LEI Nº 3.688/1941 PARA EFEITO DE RECONHECIMENTO DE RELAÇÃO DE EMPREGO

O STF, apreciando habeas-corpus impetrado por ex-prefeita de município pernambucano, para trancamento de ação penal decorrente da admissão de servidor sem concurso público, tipificada como crime de responsabilidade pelo Decreto-Lei 201/1967, em julgamento da segunda turma, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio, concedeu a ordem, baseado no argumento básico seguinte: “Uma vez verificada a insignificância jurídica do ato apontado como delituoso, impõe-se o trancamento da ação penal por falta de justa causa”.¹¹ **A regra legal foi ignorada**, deixou de ser aplicada, tendo em vista a flagrante injustiça que adviria da sua aplicação. A decisão do TST que, interpretando os enunciados normativos previstos no inciso II do art. 104 e inciso II do art. 166, ambos do Código Civil e ainda no disposto no art. 58 do Decreto-Lei Nº 3.688/1941, conclui que os vendedores de apostas do Jogo do Bicho não têm quaisquer

¹¹ Habeas Corpus número 77003, julgado em 16/06/1998 e publicado no DJ de 11/09/1998. Disponível em www.stf.gov.br.

direitos frente aos empresários para os quais trabalham, também é flagrantemente injusta ao deixar ao desamparo humildes trabalhadores, beneficiando, de forma reflexa, o empresário desse tipo de jogo.

Releva salientar que a relação de emprego é fato gerador da obrigação de pagamento das contribuições previdenciárias, e estas têm natureza de tributo. Pouco importa, no entanto, para o fisco, ser ilícita a atividade objeto de tributação. Nesse sentido já decidiu o STF, em acórdão da primeira turma, processo relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence cuja ementa é a seguinte:

Sonegação fiscal de lucro advindo de atividade criminosa: "non olet". Drogas: tráfico de drogas, envolvendo sociedades comerciais organizadas, com lucros vultosos subtraídos à contabilização regular das empresas e subtraídos à declaração de rendimentos: caracterização, em tese, de crime de sonegação fiscal, a acarretar a competência da Justiça Federal e atrair pela conexão, o tráfico de entorpecentes: irrelevância da origem ilícita, mesmo quando criminal, da renda subtraída à tributação. A exoneração tributária dos resultados econômicos de fato criminoso – antes de ser corolário do princípio da moralidade – constitui violação do princípio de isonomia fiscal, de manifesta inspiração ética.¹²

Mais esclarecedor a respeito do tema é o aresto da quinta turma do STJ, cujo processo foi relatado pelo Min. José Arnaldo e tem na ementa o seguinte trecho: “São tributáveis, ex vi do art. 118 do Código Tributário Nacional, as operações ou atividades ilícitas ou imorais, posto a definição legal do fato gerador é interpretada com abstração da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos”.¹³ Comentando o disposto no art. 118 do CTN Aliomar Baleeiro assim se pronuncia:

Já vimos que são nulos os atos jurídicos, por expressa disposição legal do art. 145, II do C.C. – art. 166 do atual Código Civil – quando for ilícito ou impossível seu objeto. Isso é irrelevante para o CTN... . Deve-se admitir, pensamos, a tributação de tais atividades eticamente condenáveis e condenadas. O que importa não é o aspecto moral, mas a capacidade econômica dos que com elas se locupletam. Do ponto de vista moral, parece-nos que é pior deixá-los imunes dos tributos exigidos das atividades lícitas, úteis e eticamente acolhidas”.¹⁴

Ora, se no direito tributário pode ser relevado o fato

¹² Habeas Corpus N° 77530, julgado em 25/08/1998 e publicado no DJ de 18/09/1998. Disponível em www.stf.gov.br.

¹³ Recurso Especial N° 182.563, julgado em 27/10/1998 e publicado no DJ de 23/11/1998. Disponível em www.stj.gov.br.

¹⁴ Baleeiro, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1975. p. 409-10.

da ilicitude do objeto do fato gerador da obrigação tributária e se, como sustenta Baleeiro, é pior deixar imune dos tributos exigidos das atividades lícitas o contraventor, porque o mesmo não poderia se dar no Direito do Trabalho? A exoneração do empresário do Jogo do Bicho, de qualquer obrigação de natureza trabalhista é eticamente indefensável. É o que ocorre, no entanto, quando o Judiciário decide que não há relação de emprego entre o cambista e o bicheiro. Há aqui vários interesses em jogo a serem considerados. Contudo, o interesse preponderante deve ser, indubitavelmente, o interesse público, mediante a proteção ao trabalhador hipossuficiente.

6 CONCLUSÃO

Entendemos, portanto, que a proibição do Jogo do Bicho, para fins de reconhecimento da relação de emprego entre vendedor de apostas e o empresário que o contrata e assalaria, pode e deve ser ponderada, observando-se as normas legais e os princípios constitucionais aplicáveis ao caso, tanto em relação ao princípio que assegura a dignidade da pessoa humana, quanto em relação ao princípio da legalidade, com o objetivo maior de ser feita justiça e de preservar-se a

dignidade da pessoa humana, mediante a proteção do trabalhador. Esse trabalhador não é um bandido, não realiza atividade socialmente deletéria, como é o caso daqueles que se dedicam ao tráfico de drogas. Tampouco pratica atividade moralmente degradante, como se dá com exploração do lenocínio. Na maior parte das vezes é apenas um humilde e honesto trabalhador em busca de ganhar o seu sustento. O não reconhecimento dos seus direitos trabalhistas, entretanto, põe-no na marginalidade, isto é, à margem das garantias sociais às quais deveria estar incorporado.

Nesse caso o contrato de trabalho pode e deve ser reconhecido, senão entre o trabalhador e o empreendimento, entre o empregado e o empregador pessoa física, uma vez que no direito brasileiro o empregador é a empresa, entendida esta como define o dicionário Houaiss: “organização econômica, civil ou comercial, constituída para explorar determinado ramo de negócio e oferecer ao mercado bens e/ou serviços”.¹⁵ Como a atividade da empresa é ilícita não se reconheceria o contrato de trabalho firmado com esta, o que não impede o seu reconhecimento com a pessoa física do empregador, uma vez que este assalaria e dirige a atividade do trabalhador. Deve-se deferir ao empregado o pagamento de todos os direitos

¹⁵ Houaiss, Antônio. **Dicionário eletrônico da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

decorrentes do contrato de trabalho, determinando-se inclusive o recolhimento das contribuições previdenciárias. Os valores pertinentes ao seguro desemprego também devem ser deferidos ao empregado e pagos pelo empregador, pessoa física, uma vez que a não regularização do contrato de trabalho implica a impossibilidade do pagamento do seguro desemprego com os recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT.

Esta solução dá efetividade aos princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana, ao princípio protetor e ao objetivo da justiça social a ser perseguido pelo Estado brasileiro e, por fim, dá concretude ao princípio da razoabilidade.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 7 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 58-79, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. **Revista da Escola Nacional de Magistratura**. Brasília. ano 1, n. 2, p. 26 – 72. Out. 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16 ed.. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Decreto Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941. Dispõe sobre a lei de contravenções penais. Disponível em <http://www81.dataprev.gov.br/sislex/páginas/24/1941/3688.htm>. Acesso em: 22 nov. 2007.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário eletrônico da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

MELLO, Marco Aurélio de Faria. Óptica constitucional a igualdade e as ações afirmativas. **Revista da Escola Nacional de Magistratura**. Brasília. ano 1, n. 1, p. 82 – 91. abr. 2006.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 58-79, 2007.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília, Brasília Jurídica, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

REPERCUSSÕES DAS LEIS 11.232/05 E 11.382/06 NO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA TRABALHISTA

Francisco das C. Lima Filho¹

1 INTRODUÇÃO

Dando cumprimento ao que foi estabelecido no art. 5º, inciso LXXVIII, do Texto Maior, com a redação da Emenda Constitucional 45/2004, que incorporou o *princípio de um tempo razoável do processo*, o legislador ordinário editou a partir de 2005 várias Leis imprimindo profundas e importantes reformas no Código de Processo Civil visando dá maior efetividade à prestação jurisdicional.

No âmbito do Processo Laboral o princípio-garantia de *um tempo razoável do processo* tem um significado especial, pois como lembra a doutrina espanhola²:

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 80-135, 2007.

La especialidad y razón de ser del proceso laboral radica, a mi juicio, en que el proceso laboral es no sólo un instrumento para la solución pacífica de los conflictos entre empresario y trabajador sino que es sobre todo un mecanismo de tutela de los derechos da la parte más débil, el trabajador. Y como se sabe, la tutela del trabajo es un instrumento al servicio del Estado Social.

Assim, a concretização do *princípio de um tempo razoável do processo* se mostra ainda mais relevante no campo do Processo Laboral, pois aqui, como regra, o trabalhador hipossuficiente é o demandante e o empresário o demandado. Essa perspectiva deve ser tomada em conta pelo juiz e pelo próprio legislador, especialmente quanto ao constitucional direito a tutela jurisdicional efetiva e não apenas formal, de tal forma que o trabalhador possa auferir no campo da vida real e em tempo oportuno, os benefícios que possam lhe ter sido reconhecidos pela sentença que resolveu o conflito, o que nem sempre acontece na prática.

Desse modo, embora o princípio por si mesmo não resolva o problema do acesso à justiça, constitui uma garantia que concretizada na prática, trará muitos benefícios ao

¹ Juiz Titular da 2ª Vara do Trabalho de Dourados. Mestre em Direito (UNB). Mestre e doutorando Direito Social pela UCLM (Espanha). Professor na Unigran (Dourados-MS).

² SÁEZ LARA, Carmen. **La Tutela Judicial Efectiva Y El Proceso Laboral**. Madrid: Civitas, 2004, p. 37.

jurisdicionado. Todavia, torna-se necessário reconhecer que essa concretização depende em grande medida da mudança de mentalidade de uma boa parcela a Magistratura, ainda muito conservadora que acredita que a mera mudança da legislação processual é suficiente para resolver o problema da morosidade da prestação jurisdicional. Por conseguinte, encontra-se muito mais preocupada com as formalidades procedimentais do que a concretização dos ideais de justiça da sociedade.

Impende registrar, por outro lado e desde logo, que o *princípio de um tempo razoável do processo*, elevado a nível constitucional por força da Emenda 45/2004 não constitui nenhuma novidade entre nós, pois já havia sido albergado pelo ordenamento jurídico nacional, na medida em integra o denominado “*Pacto de San Jose da Costa Rica*” - Convenção Americana de Direitos Humanos, aprovada em 22 de setembro de 1969, ratificada pelo Brasil em 25.09.1992. Portanto, a teor do que reza o art. 5º, § 1º do Texto Maior a aludida normativa internacional integra o ordenamento jurídico pátrio com força de norma constitucional, pois se trata de tratado sobre direitos fundamentais³.

³ Art. 5º, § 1º do Texto de 1988 antes da Emenda 45.

De fato, como doutrina Piovesam⁴, citando Trindade:

Se para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar as suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos, consoante os arts. 5º (2) e 5º (1) da Constituição brasileira de 1988, passaram a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.

Esse entendimento doutrinário foi confirmado pela Emenda 45 ao acrescentar ao art. 5º da Carta de 1988 um 3º parágrafo dispondo que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovadas em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por um quorum especial (três quintos dos votos dos respectivos membros), passam a ter dignidade de emendas constitucionais, reafirmando assim aquilo que já estava implícito no § 1º antes da aludida Emenda, inclusive quanto aos tratados anteriores a ela, pois como lembra Rezek⁵:

⁴ PIOVESAM, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 94-95.

⁵ REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 10a ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 103.

é sensato crer que ao promulgar esse parágrafo na Emenda constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, sem nenhuma ressalva abjuratória dos tratados sobre direitos humanos outrora concluídos mediante processo simples, o Congresso constituinte os elevou à categoria dos tratados de nível constitucional. Essa é uma equação jurídica da mesma natureza daquela que explica que nosso Código Tributário, promulgado a seu tempo como lei ordinária, tenha-se promovido a lei complementar à Constituição desde o momento em que a carta disse que as normas gerais de direito tributário deveriam estar expressas em diploma dessa estatura.

Assim, não constitui nenhuma novidade entre nós a inclusão de forma surpreendente do *princípio da duração razoável do processo* nem tampouco, de mudança radical nos propósitos da tutela jurídica prestada pelo Estado brasileiro como, aliás, reconhece abalizada doutrina⁶ e que na verdade constitui uma decorrência dos princípios do devido processo legal material e da tutela efetiva, igualmente albergados pelo Texto Maior⁷.

Entre as Leis editadas por força da Emenda 45/2004, que reformaram o sistema processual civil, encontra-se a Lei

⁶ ASSIS, Arakem de. Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil. *In*: Fuz, Luiz et al (Coord). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 195-204.

⁷ Art. 5º, incisos LIV e XXV da Carta de 1988.

11.232/05 que, adotando a moderna concepção de sincretismo entre o processo de conhecimento e o processo de execução, objetiva tornar mais efetivo o mecanismo para concretização da tutela jurisdicional reconhecida na sentença. Por conseguinte, de acordo com referido Diploma Legal, passada em julgado a sentença deverá ser cumprida sem a necessidade de um outro processo autônomo, substituindo-se dessa forma, a clássica execução autônoma por uma fase denominada “cumprimento da sentença” que na verdade tem sentido de execução da sentença⁸.

De fato, ao:

dar nova redação ao § 1º do art. 162 e à cabeça dos arts. 267 e 269 do CPC, a Lei 2.232/2005 modificou substancialmente o conceito de sentença e adotou genericamente o modelo do processo sincrético (processo com predominante função executiva) para tutela das obrigações pecuniárias (por quantia certa) contempladas em sentença judicial civil (a exemplo do que já havia feito para as obrigações de fazer, não-fazer e dar – arts. 461 e 461-A)⁹.

⁸ Lembra com acerto Julio César Bebbber que a expressão *cumprimento da sentença* é utilizada como sinônimo de *execução da sentença* “como se vê dos dispositivos legais introduzidos e modificados no CPC”. Bebbber, Júlio César. **Cumprimento da Sentença no Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2006. p. 69.

⁹ Idem, 2006, p. 17.

Entretanto, vale anotar que apesar da adoção desse novo modelo de processo (sincrético, que é composto de duas fases ou módulos em um só processo: a fase de conhecimento e outra de execução), não se afasta a existência de processos de conhecimento (que são aqueles que se dirigem à obtenção de sentenças meramente declaratórias ou constitutivas) e de processos de execução fundados em título extrajudicial¹⁰ e até mesmo alguns fundados em títulos judiciais.

Podem ser citados como exemplos de processo autônomo de execução em relação ao cognitivo, fundados em título judicial as execuções fundadas em execução de sentença penal condenatória (art. 475-N, II), execução de sentença arbitral (art. 475-N, IV) e execução da decisão homologatória de sentença estrangeira (art. 475-N), conforme prevê o Par. único do próprio art. 475-N do CPC ao estabelecer que “Nos casos dos incisos II, IV e VI, o mandado inicial (art. 475-J) incluirá a ordem de citação do devedor, no juízo civil, para liquidação ou execução, conforme o caso”, o que evidencia o acerto da afirmação de que a adoção do modelo de processo sincrético pela Lei 11.232/05 efetivamente não afasta a existência de processo de execução fundado em título extrajudicial e judicial.

¹⁰ Art. 585, incisos I, II, III, IV, V, VII e VIII, do CPC.

Acertada, pois, a afirmação de Câmara¹¹ defendendo a existência no Direito Processual Civil brasileiro, três diferentes tipos de módulo processual executivo: a) *a fase executiva do processo*, que se desenvolve como complemento do módulo processual de conhecimento, tudo em um só processo (art. 475-N, I, III, V e VII); b) *o processo executivo autônomo fundado em título executivo judicial* (art. 475-N, II, IV e VI), que tem natureza de processo autônomo e se desenvolve com a aplicação – naquilo que couber – das regras constantes do Livro I do CPC para o cumprimento da sentença; e, c) *o processo executivo de título extrajudiciais*, regulado no Livro II do CPC.

Assim, a partir da reforma imprimida pela Lei 11.238/05 se passou a ter um processo em que ocorre uma justaposição sucessiva de duas fases: uma de conhecimento, outra de execução. Pode-se, então, afirmar que existem dois tipos de módulo processual: o *cognitivo* e o *executivo*¹².

O módulo processual de conhecimento pode se manifestar de duas diferentes maneiras: ou se trata de um processo de conhecimento ou de uma fase de conhecimento em um processo misto ou sincrético, podendo o módulo

¹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **A nova Execução de Sentença**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 108-109.

¹² CÂMARA, **Ob. cit.**, p. 23.

processual executivo também se apresentar de duas maneiras: processo de execução ou fase executiva em processo misto ou sincrético¹³.

Nessa perspectiva, parece não restar dúvida de que o procedimento previsto no art. 475-I e seguintes do CPC, na redação advinda da citada Lei 11.232/05 para o cumprimento da sentença guarda muitas similaridades com a “execução trabalhista”, cuja autonomia em relação à ação cognitiva é bastante mitigada e até mesmo negada por parte da doutrina com a qual concordo, pois na verdade, a execução trabalhista nada mais constitui do que uma fase de cumprimento da sentença. Tanto assim, que pode e deve ser iniciada de ofício pelo próprio juiz.

Teixeira Filho¹⁴ afirma de modo convincente que “a execução trabalhista calcada em título judicial, longe de ser autônoma, representa, em rigor, simples fase do processo de conhecimento que deu origem à sentença condenatória exequenda”.

Do mesmo sentir Almeida¹⁵ que é enfático ao sustentar que “a execução trabalhista não deve ser considerada

¹³ CÂMARA, **Ob. cit.**, p. 24.

¹⁴ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Execução no Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2004, p. 46.

¹⁵ ALMEIDA, Íris de. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1991, v. II, p. 395.

senão como uma fase do processo, que se inicia com a apresentação da reclamatória verbal ou escrita e termina com a satisfação da pretensão da parte vencedora na demanda”.

O mero fato de o art. 880 da CLT em uma evidente falta de técnica falar em citação do devedor, não é suficiente para tornar essa fase complementar do processo de conhecimento um novo e autônomo processo, pois na verdade se a citação é o ato que visa integrar o réu na relação processual, se aperfeiçoa com a chamada “notificação” para audiência de conciliação.

Assim, se como lembra Bebber¹⁶, a citação tem a função de levar ao acionado o conhecimento da demanda que lhe diz respeito, integrando-o ao processo na condição de parte e sempre traz consigo uma intimação, não há cogitar de nova citação para o cumprimento da sentença, mas de mera intimação.

Dessa forma, o ato processual que o art. 880 da velha CLT denomina de citação, nada mais é que mera intimação do demandado para pagar o valor devido ou nomear bens à penhora.

Nessa perspectiva, não têm razão aqueles que vêm na citação (na verdade intimação) do reclamado para pagar o

¹⁶ BEBBER, **Ob. cit.**, p. 76.

quantum debeat ou garanti-lo com indicação de bens à penhora ou depósito do respectivo valor um traço de autonomia da execução trabalhista.

De qualquer forma, considerando que agora com a vigência da Lei 11.232/05 o processo é marcadamente sincrético, realizada a citação (notificação no processo laboral) na fase de conhecimento tem-se que o réu nele foi integrado (cognição-integração) tornando desnecessária a repetição desse ato para a fase de cumprimento da sentença. Por conseguinte, para a fase de cumprimento da sentença apenas a intimação será realizada e não nova citação.

O presente trabalho que nem de longe tem a pretensão de esgotar o tema, visa analisar as repercussões que as Leis 11.232/05 e 11.382/06 possam ter trazido à execução trabalhista, na medida em que a maioria, se não a grande maioria das sentenças prolatadas em reclamações ajuizadas perante a Justiça do Trabalho dizem respeito a condenações em obrigação de dar quantia certa (parcelas inadimplidas no curso da relação de emprego ou por ocasião de sua cessação), o que evidencia a necessidade e a relevância de se estudar a compatibilidade entre as novas normas do Direito Processual Comum com aquelas atinentes ao Processo Laboral.

Desse modo, passo a tecer algumas considerações a respeito do tema esperando de alguma forma contribuir para a sua discussão.

2 APLICAÇÃO DA LEI 11.232/05 AO PROCESSO LABORAL

Levando-se em conta as condições exigidas e previstas nos arts. 8º, Par. Único e 769 da Lei Consolidada, para aplicação subsidiária das normas do Direito Processual comum ao Direito Processual Laboral – omissão das normas processuais trabalhistas e compatibilidade com os princípios informativos do direito processual laboral – se extrai um princípio que deve informar essa possível aplicação:

a aplicação de normas do Direito Processual Civil no procedimento trabalhista somente se justifica quando for necessária e eficaz para melhorar a efetividade da prestação jurisdicional laboral¹⁷.

¹⁷ LIMA FILHO, Francisco das C. Violação à cláusula constitucional do devido processo legal para Lei 11.277/06. Inaplicabilidade ao processo laboral. In: CHAVES, Luciano Atayde (Coord.). **Direito Processual do Trabalho**: reforma e efetividade. São Paulo: LTr, 2007, p. 359-74. Vide também SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Incompatibilidades: reflexos das alterações do Código de Processo Civil no Processo do Trabalho. **O**

É claro que as normas da Lei 11.232/05 apesar de posteriores àquelas da velha CLT não vinculam, de forma automática, o juiz do trabalho porquanto, este somente deve delas se valer quando compatíveis com os princípios específicos e informativos do Processo do Trabalho e ainda assim, se puderem dar maior efetividade à prestação jurisdicional.

Desse modo, resta saber se as normas da Lei 11.232/05 são ou não compatíveis com os princípios informativos do Processo Laboral.

Apesar de nem todas as normas previstas na mencionada Lei poderem ser aplicadas ao Processo do Trabalho como se verá no decorrer do presente trabalho, se deve reconhecer que muitos dispositivos do aludido Diploma por imprimirem maior celeridade à prestação jurisdicional e se mostrarem perfeitamente compatíveis com os princípios informativos do Processo do Trabalho, a ele devem ser aplicados. Entretanto, é preciso ter certa cautela para não transplantar para o campo do cumprimento da sentença trabalhista regras que, apesar de “modernas” e posteriores à

Trabalho. Curitiba, n. 115, p. 3481-95, set. 2006. p. 3481-95. Suplemento Especial.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 80-135, 2007.

velha CLT, mostram-se incompatíveis com os princípios que alicerçam o Processo Laboral.

De fato, se deve levar em conta que o Processo do Trabalho é acima de tudo, um mecanismo de tutela dos direitos da parte mais débil na relação processual - o trabalhador, em regra, hipossuficiente. Por conseguinte, um instrumento de concretização dos ideais do Estado Democrático de Direito, que tem como seus principais fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, como expressado nos art. 1º, incisos III e IV e 193 da Carta da República.

Assim, como adverte Canotilho¹⁸ a proteção jurídica através dos tribunais deve implicar na garantia de uma proteção eficaz e temporalmente adequada que engloba a exigência de uma apreciação, pelo juiz, da matéria de fato e de direito, objeto do litígio ou da pretensão do particular, e a respectiva “resposta” plasmada numa decisão judicial vinculativa (em termos a regular pelas leis de processo). Por isso, o controle judicial deve, pelo menos em sede de primeira instância, fixar as chamadas “matérias ou questões de facto”, não devendo configurar um “tribunal de revista”, limitado à apreciação das “questões” e “vícios de direito”.

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1993, p. 486-7.

Além disso, ao demandante de uma proteção jurídica deve ser reconhecida a possibilidade, em tempo útil (“*adequação temporal*”, *justiça temporalmente adequada*”), de obter uma sentença executória com força de caso julgado, capaz de entregar na prática ao vencedor o bem da vida, o que a toda evidência constitui um dos objetivos da Lei 11.232/05.

Ademais, como lembra com absoluta propriedade a doutrina¹⁹, o direito a tutela judicial efetiva, como direito fundamental, protege, antes de tudo os indivíduos frente ao poder. Por conseguinte, pode-se afirmar que é a falta de poder de cada indivíduo para impor seus direitos e interesses – consequência necessária do dever de respeito à dignidade humana e a paz social a que se referem os art. 1º, 3º, I e 5º, XXXV da Constituição brasileira, de 1988 – que dota o direito à tutela judicial efetiva de seu caráter materialmente essencial ou fundamental, enquanto necessário para a realização dos direitos e interesses dos particulares.

Essa tutela efetiva, substancial por óbvias razões passa pelo respeito ao princípio-garantia do devido processo legal que pressupõe um processo não apenas formal, mas um processo *que se desenvolva um tempo razoável e que seja apto*

¹⁹ SÁEZ LARA, **Ob. cit.**, p. 25.

para assegurar no plano da realidade da vida das pessoas os bens e os direitos a que elas façam jus.

Desse modo, as normas da Lei 11.232/05 que possam trazer ao jurisdicionado trabalhista, especialmente ao trabalhador maior celeridade e justiça, devem ser aplicadas no campo do cumprimento da sentença, em que pese a sexagenária CLT dispor de um procedimento próprio, mas que em muitos casos não mais se compatibiliza com a realidade. Por isso, a negativa de aplicação da nova norma, baseada apenas na falta de omissão da CLT quanto ao procedimento da execução trabalhista, pode redundar em prejuízo ao próprio destinatário de prestação jurisdicional, nomeadamente ao trabalhador que tem pressa e necessidade de receber de forma oportuna aquilo que a sentença lhe reconheceu até mesmo em razão da natureza alimentar do crédito trabalhista.

Como lembra Porto²⁰, citando Souza:

ora se o juiz 'diz o direito', ele o está dizendo num esquema lógico em que se transpõe a decisão e seus efeitos do plano do direito objetivo – a norma jurídica abstrata, vigente no sistema jurídico no qual o julgador está inserido – a análise, interpretação e aplicação dessa norma ao caso concreto a ele

²⁰ PORTO, Sérgio Gilberto. A crise do processo: a necessária adequação à natureza do direito posto em causa, como pressuposto da efetividade. *In*: Fuz, Luiz et al (Coord). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 178-89.

apresentado, funcionando como módulo resolutivo do problema posto em julgamento.

Por isso, na ausência de disciplina processual própria ou inadequação desta à nova realidade, “diante da natureza do direito posto em causa ou a qualidade da parte, está o juiz, em face da função criativa (inerente ao seu ofício!), autorizado a estabelecer a disciplina processual concreta, desde que respeitadas as garantias constitucionais-processuais integrantes da ordem constitucional”.

No campo da execução trabalhista, em que se está diante de crédito de natureza alimentar, que demanda uma celeridade mais acentuada, pois da efetiva entrega do valor devido muitas vezes depende a sobrevivência do trabalhador e de sua família, com o fito de adequar o Direito Processual Laboral à realidade, pode e deve o juiz, se houver lei, ao interpretá-la, deformar, estender ou restringir sua compreensão desde que sejam observados os princípios e as garantias constitucionais-processuais e, não havendo norma, colmatar a lacuna existente, por meio de atividade criativa que busque dar maior eficiência ao processo dentro do cenário material posto à apreciação ou, em outras palavras, adequar o direito processual à natureza (objetiva ou subjetiva) do direito posto em causa.

Ademais, se todos os juizes estão obrigados a levar a cabo o labor de adequação de suas decisões aos valores constitucionais no momento da aplicação do direito, muito mais fortemente estará o juiz do trabalho, pela simples mais poderosa razão de que tem em suas mãos a direção de um processo que se encontra orientado e vocacionado a dar satisfação aos princípios reitores da política social e econômica e, de resto, aos direitos fundamentais sociais e ao princípio da igualdade material. Para atingir esse objetivo, a Constituição da República e a legislação processual criaram um processo especial e órgãos jurisdicionais próprios vocacionados a servir a um procedimento cheio de especificidades frente ao comum, mas que também admite, ainda que em caráter subsidiário a aplicação das normas do processo comum para que possa cumprir os seus objetivos.

Nessa perspectiva, penso que as normas da Lei 11.232/05 relativas ao cumprimento da sentença devem ser aplicadas à execução trabalhista em tudo aquilo que não sendo incompatíveis com os princípios informativos do Processo Laboral, possam trazer maiores benefícios e maior celeridade à efetiva prestação jurisdicional, especialmente no que toca ao credor, em regra o trabalhador.

3 DA COMPETÊNCIA: incidência do art. 475-P do CPC na execução trabalhista

Nos termos da norma constante do art. 877 da CLT a competência para a execução das decisões é do juiz ou presidente do tribunal que tiver conciliado ou julgado originariamente o dissídio, enquanto o art. 877-A prevê que se tratando de execução de título executivo extrajudicial é do juiz que teria competência para o processo de conhecimento.

Por força do que previsto no Parágrafo único do art. 475-P do CPC, na redação advinda da citada Lei 11.232/05, se tratando de sentença de primeira instância “o exeqüente poderá optar pelo juízo do local onde se encontrem bens sujeitos à expropriação ou pelo do atual domicílio do executado, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem”.

Levando-se em conta apenas a literalidade do art. 769 da CLT, não seria aplicável à execução trabalhista – cumprimento da sentença – a nova regra processual (art. 475-P, Par. único, do CPC), na medida em que a CLT não é omissa a respeito da matéria da competência para execução.

Entretanto, não parece razoável afastar a incidência da nova norma apenas em nome da ausência da omissão, pois

o que é relevante para que seja aplicada, é o fato dela poder imprimir maior celeridade e efetividade à prestação jurisdicional satisfazendo, assim, a garantia constante do art. 5º, inciso LXXVIII do Texto Maior. Aliás, e a bem da verdade a CLT é completamente omissa a respeito da matéria constante do Par. único do art. 475-P do CPC, ao contrário do que sustenta parte da doutrina²¹.

Não se pode deixar de reconhecer que é muito mais fácil e menos onerosa a execução que se processa no local onde se encontra o executado ou os bens passíveis de expropriação.

Que não se diga que a execução pode ser levada a efeito através de carta precatória, pois além desse procedimento criar maiores ônus para o próprio Estado e não raro para as partes, tem a propensão de ser muito mais lento do que quando a execução se processa de imediato perante o juízo onde se encontra o devedor e os bens passíveis de expropriação permitindo uma maior efetividade, na medida em que facilita a comunicação dos atos processuais (quando se realizar no foro do domicílio do executado) ou a expropriação dos bens (quando for realizada no foro onde estes estejam localizados), o que significa afirmar não existir nenhuma

²¹ BEBBER, **Ob. cit.**, p 71.

incompatibilidade da norma com os princípios informativos do Processo Laboral.

Lembra com absoluto acerto Oliveira²² que com o advento do Parágrafo único do art. 475-P do CPC, a *perpetuatio jurisdictione* se amplia, na medida em que “o princípio de que o juiz da ação também é o juiz da execução se relativiza, pois a lei deixa ao critério do exequente optar em proceder à execução no local em que se encontram os bens que serão expropriados em hasta pública ou no atual domicílio do executado”.

De outro lado, o modelo acolhido pela novel norma processual, semelhante ao previsto no art. 26 do *Codice di Procedura Civile* italiano, encontra-se em inteira harmonia com o princípio constante do art. 612 do Código de Processo Civil, segundo o qual a execução se desenvolve no interesse do credor, o que no processo do trabalho se justifica ainda mais, até mesmo levando-se em consideração a natureza alimentar do crédito trabalhista e a condição de hipossuficiência do credor, que na grande maioria dos casos é o trabalhador.

Ademais, o simples fato da legislação processual laboral não ser omissa a respeito da matéria, como

²² OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Execução na Justiça do Trabalho*. São Paulo: RT, 2006, p. 33.

equivocadamente afirmam alguns não pode constituir obstáculo intransponível a que se busque, ainda que por aplicação de norma do Direito Processual comum, maior celeridade e efetividade à prestação jurisdicional como, aliás, defendido por abalizada doutrina²³, máxime porque a bem da verdade o que a norma em comento permite, sem nenhuma agressão ao devido processo legal, é a possibilidade de, a requerimento do credor, ser promovida a cisão da competência, atribuindo-se a um juízo a função de exercer a cognição e a outro a de promover a execução, no mesmo processo. Tem-se, assim, como averba a doutrina, competência funcional no plano horizontal, na medida em que ambos os juízos estão no mesmo plano hierárquico²⁴.

Ora, se a nova norma além de não se mostrar incompatível com os princípios informativos do Processo do Trabalho atende de forma concreta a garantia constante do art. 5º, inciso LXXVIII do Texto Maior, imprimindo maior celeridade e eficácia à prestação jurisdicional e encontra-se em inteira sintonia com o princípio constante do art. 612 do CPC, de evidente aplicação à execução laboral, não vejo como se

²³ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. As novas leis alterantes do processo civil e sua repercussão no processo do trabalho. **Revista LTr.** v. 70, n.3, p. 293.

possa deixar de aplicá-la no cumprimento da sentença trabalhista apenas porque a CLT contém regra a respeito da matéria da competência para execução que, diga-se de passagem, é menos favorável ao próprio trabalhador/exeqüente²⁵ do que aquela contida no Par. único, do art. 475-I do CPC, na redação da Lei 11.232/05²⁶.

Dessa forma, demonstrada a inteira compatibilidade da norma com processo do trabalho e constatado que o

²⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 126. No mesmo sentido CÂMARA, Alexandre Freitas. **Ob. cit.**, p. 147.

²⁵ Nesse sentido CARVALHO, Luis Fernando Silva de. Lei n. 11.232/2005: oportunidade de maior efetividade no cumprimento das sentenças trabalhista. In: CHAVES, Luciano Atayde (Coord.). **Direito Processual do Trabalho: reforma e efetividade**. São Paulo: LTr, 2007, p. 249-275.

²⁶ Dessa forma, até mesmo em obséquio ao princípio informativo do Direito do Trabalho da prevalência da norma mais favorável ao trabalhador, deve-se aplicar a regra do Par. único, do art. 475-P do CPC no cumprimento da sentença trabalhista. Afinal, o Direito Processual somente terá sentido se servir a efetividade do Direito Material, pois objetivando antes de tudo o processo (meio) a realização do direito material, dele se exige a obtenção de resultados que possam traduzir o direito de fundo (matéria) com eficiência e justiça (fim). Por isso seus primados não são e nem podem ser entendidos como mera técnica e erudição de seus aplicadores, como infelizmente ainda pensam alguns menos avisados. Mais importante e eficiente do que o rompante tecnicismo, deve apresentar-se, como fundamental, o espírito público, com a percepção social de onde se insere o drama vivido pelas partes. É no momento da operação jurisdicional levada a cabo pelo juiz, ao aplicar o direito, que deve haver a correspondência da garantia fundamental de um processo eficiente e equânime, nomeadamente no campo do Direito Processual Laboral, na medida em que este constitui apenas um instrumento para solução pacífica dos conflitos entre empresários e trabalhadores, mas também e acima de tudo, é um mecanismo de tutela dos direitos da parte mais débil, o trabalhador. E como sabemos todos nós, a

reclamado e/ou os bens passíveis de expropriação encontram-se em local diverso do juízo onde a sentença foi proferida, é facultado ao credor requerer ao juízo de origem, antes ou após a liquidação, a remessa dos autos ao juízo onde se encontrarem os bens passíveis de expropriação ou do atual domicílio do devedor.

Todavia, como a liquidação constitui atividade eminentemente cognitiva, deve ser processada perante o juízo prolator da sentença (juízo de origem)²⁷, o que significa afirmar que a liquidação, quando se fizer necessária, será sempre desenvolvida perante o juízo do módulo processual cognitivo, pois a cisão da competência somente será possível para a execução, não para o incidente ou fase antecedente de liquidação²⁸.

É evidente que o juízo de origem não tem poder para recusar a remessa dos autos, salvo, é claro, quando o pedido não se enquadrar nas hipóteses previstas no Par. único, do art. 475-P do CPC e nem o executado poderá se insurgir contra essa faculdade outorgada pela lei ao credor²⁹.

tutela do trabalho como valor social, é um instrumento do Estado Democrático de Direito (Constituição de 1988, art. 1º, inciso IV e 193).

²⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 165.

²⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Ob. Cit.**, p. 149.

²⁹ Em sentido contrário OLIVEIRA, **Ob. cit.**, p. 33. Para este autor, “O juiz poderá ter motivos para não aquiescer à remessa”, com quem não se pode

Vale anotar, ainda, que não obtendo êxito na satisfação do crédito no local escolhido, poderá o exeqüente, nesse mesmo juízo, requerer a remessa dos autos para juízo ou até mesmo para o juízo de origem, se ali for possível a efetiva satisfação do crédito exeqüendo, o que evidencia e confirma mais uma vez, a absoluta compatibilidade da nova regra com os princípios e objetivos sociais do processo laboral: entrega em tempo oportuno, de forma efetiva e concreta ao trabalhador a prestação jurisdicional, que no plano prático e na maioria das execuções trabalhistas consiste no real pagamento do valor devido ao credor.

4 DO NOVO PROCEDIMENTO PARA O CUMPRIMENTO DA SENTENÇA TRABALHISTA

De acordo com o disposto no art. 475-J do CPC, quando o devedor for condenado ao pagamento de quantia certa ou que vier a ser fixada em liquidação, não efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido

concordar no particular, pois a norma assegura ao credor a faculdade de optar pelo local onde estejam os bens passíveis de penhora ou do atual

de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á o mandado de penhora e avaliação.

A norma é parcialmente aplicável ao cumprimento da sentença no Processo do Trabalho, na medida em que a cominação de multa para o caso de descumprimento da sentença há muito se encontra prevista na própria CLT (art. 652), não constituindo assim, nenhuma novidade. Ademais, o art. 832, § 1º do aludido Diploma Consolidado prevê que quando a sentença concluir pela procedência do pedido, determinará o prazo e as condições para o seu cumprimento, inclusive, é claro, a fixação da multa de dez por cento sobre o montante devido e que reverterá em benefício do credor.

Assim, pode-se afirmar que a norma do art. 475-J do CPC, na redação da Lei 11.232/05 aplica-se perfeitamente no cumprimento da sentença trabalhista, porém com as seguintes adaptações:

a) o prazo para o cumprimento da sentença é de oito dias, prazo destinado para interposição dos recursos no âmbito do processo laboral. Por conseguinte, não se aplica aqui o prazo de quinze dias previsto no dispositivo processual comum.

domicílio do devedor, não deixando ao critério do juiz o deferimento ou não do requerimento do credor.

Penso, por outro lado, que não se pode confundir a intimação do devedor para o cumprimento da sentença, prevista no art. 475-J do CPC, com a intimação sobre a procedência do pedido formulado na inicial. Esta é feita em cumprimento à exigência prevista no art. 234 do CPC e deve ser procedida na pessoa do advogado quando a parte estiver assistida por este profissional, enquanto aquela deve ser feita ao próprio devedor, ainda que pelo correio.

De fato, a intimação da sentença, em cumprimento ao disposto no art. 234 do CPC apenas científica o devedor de sua condenação oportunizando-lhe eventual recurso, enquanto aquela prevista no art. 475-J destina-se:

obter um ato voluntário do devedor de disposição patrimonial, ou seja, de pagamento, de cumprimento da obrigação. Trata-se de uma providência processual que tem implicações no campo patrimonial do direito material, qual seja, o cumprimento da obrigação. E essa espécie de intimação, pelas conseqüências no campo do direito material, não pode ficar à mercê da intimação do advogado, carreando-lhe inclusive uma pesada responsabilidade no plano profissional caso deixe de comunicar seu constituinte, por qualquer motivo. Imaginem a situação em que o advogado já teve dificuldades de comunicar ao seu cliente que sucumbiu na ação, e, ainda, que está sendo

instado para imediato cumprimento do julgado³⁰.

A intimação da sentença, que apenas tem por objetivo cientificar o acionado a respeito do conteúdo da condenação ao pagamento de quantia certa, a toda evidência não pode servir de termo inicial para que o devedor seja instado ao cumprimento do julgado.

Na verdade, quando a parte é intimada da sentença que a condenou ao pagamento de quantia certa, o que tem início é o prazo para a interposição de eventual recurso (art. 242 do CPC) e não para o cumprimento da mesma, máxime porque esta pode ainda não ser exeqüível.

Dessa forma, a intimação que pode e deve ser feita através do advogado é apenas aquela que cientifica a parte de sua condenação ao pagamento de quantia certa, não assim aquela prevista no art. 475-J do CPC através da qual o devedor é instado ao cumprimento da obrigação reconhecida na sentença, que somente terá validade se procedida ao próprio devedor, ainda que através do correio, pena de violar-se de forma a mais não se desejar o princípio do devido processo legal constitucionalmente garantido;

³⁰ PAVAN, Dorival Renato. **Comentários às Leis 11.187 e 11.232, de 2005: O novo regime do agravo; o cumprimento da sentença e a lei processual civil no tempo.** São Paulo: Editora Pilares, 2006, p. 132-3.

b) como no âmbito trabalhista a execução pode e deve ser iniciada de ofício pelo juiz, não há necessidade de requerimento do credor.

É claro que se eventualmente o juiz não tomar a iniciativa da execução na forma do art. 878 da CLT a parte pode requerer o início da mesma. Se assim não fizer no prazo de seis meses, contado da data final para o cumprimento da sentença, na hipótese em que não dependa do juiz a iniciativa da execução, como por exemplo, quando a liquidação tiver se processar por artigos, os autos serão arquivados podendo, todavia serem desarquivados a qualquer momento, na forma prevista no § 5º, do art. 475-J do CPC;

c) não existe necessidade de juntada de demonstrativo do débito pelo exeqüente como exige o inciso II, do art. 614, do CPC, pois no Processo do Trabalho existe fase apropriada para liquidação da sentença que deve obedecer ao procedimento próprio previsto no art. 879 da CLT.

É claro que na hipótese de cumprimento de sentença homologatória de acordo, não há cogitar de intimação para cumprimento da mesma, pois as partes já têm ciência tanto do valor a ser pago como da data para o cumprimento da obrigação. Nessa hipótese deve ser expedido desde logo, verificado o inadimplemento da obrigação, o mandado de penhora, pois a própria ata de audiência, na qual se formalizou

a homologação do acordo, é suficiente para comprovar a ciência do devedor de que deverá cumprir a obrigação na data e condições pactuadas.

De acordo com a norma do art. 397 do Código Civil, o inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor, não havendo necessidade de interpelação ou citação para a exigência do dever ou constituição em mora.

Essa regra vale para os acordos trabalhistas homologados pelo juiz, pois deles consta não apenas o *quantum* da obrigação, mas também a data do vencimento, a forma de pagamento e a multa, e o devedor e/ou seu advogado é intimado na própria audiência. Portanto, descumprida a obrigação assumida, deve ser expedido imediatamente o mandado de penhora pelo valor devido, inclusive com a multa de dez por cento que incide pelo mero inadimplemento.

Todavia, quando a sentença não fixar o valor devido deve-se primeiro proceder a liquidação da obrigação que seguirá, como já dito, o procedimento do art. 879 da CLT. Uma vez uma vez homologada a conta o juiz expedirá de ofício ou a requerimento do credor o competente mandado de intimação do devedor para pagamento do *quantum* devido no prazo oito dias, inclusive com a cominação da multa prevista no art. 475-J do CPC e não mais para indicação de bens à

penhora, pois tal direito foi retirado do executado pela Reforma de 2005 passando a ser uma faculdade do credor (art. 475, J, § 3º do CPC).

É evidente que a expedição do mandado de intimação do devedor para o cumprimento da sentença não inibe o juiz de oficiar, desde logo, ao Banco Central para bloqueio de valores até o limite do *quantum* exequendo existente em contas bancárias do devedor, bem como, quando necessário, à Secretaria da Receita Federal requisitando dados sobre a declaração de bens do executado de modo a permitir eventual penhora sobre esses bens.

Se a ninguém é dado se eximir de colaborar com o Poder Judiciário para a rápida solução dos litígios (arts. 338 do CPC e 645 da CLT), esse dever também é exigido do próprio juiz, o que justifica a adoção pelo mesmo de uma postura ativa com a quebra de sigilos bancário e fiscal do devedor, pois esse tipo de atuação, além de expressamente autorizada pelo ordenamento jurídico pátrio, ocorre no interesse da justiça (art. 198, Par. único, do CTN) e visa, acima de tudo, emprestar efetividade à prestação jurisdicional em um tempo razoável, cumprindo assim, o princípio-garantia previsto no art. 5º, inciso LXXVII, do Texto Supremo.

Como consequência e reflexo do princípio (na verdade dever) de cooperação, surgem para o executado entre outros, os seguintes deveres:

a) relacionar de forma detalhada todos os seus bens (e não apenas os suficientes), inclusive aqueles que eventualmente tenham sido transferidos a qualquer título desde a data do ajuizamento da ação;

b) indicar de forma precisa onde se encontram;

c) exhibir, quando determinado, a prova de sua propriedade;

d) informar quanto à existência de gravame; abster-se de qualquer atitude que dificulte ou embace a realização da penhora (art. 645, da CLT e arts. 14, V e 600, IV, do CPC).

O descumprimento desses deveres de forma espontânea pelo executado pode levar o juiz, de ofício ou a requerimento do credor ordenar para que o faça no prazo que fixar, sob cominação de multa por dia de atraso, e o não atendimento da determinação judicial de modo injustificado constitui ato atentatório à dignidade da justiça sujeitando-o às penas previstas no art. 601 do CPC.

Ademais, a declaração da prática pelo devedor de ato atentatório à dignidade da justiça acarreta ainda declaração de indisponibilidade genérica de bens do executado (presentes e futuros – o devedor responde com os seus bens presentes e

futuros para o cumprimento de suas obrigações – art. 591 do CPC), com a imediata comunicação dessa declaração (ordem de bloqueio) ao Ofício de Registro de Imóveis, ao Banco Central do Brasil, à Comissão de Valores Mobiliários, ao Detran e às demais repartições públicas que processam registros e transferências de bens, na forma prevista na Lei 8.397/1992, art. 4º, aplicável por analogia, como lembra abalizada doutrina³¹.

É lógico que esse procedimento somente será cabível quando se tratar de devedor solvente, pois em caso de falência (pessoa jurídica) ou insolvência civil (pessoa física), uma vez tornado líquido o *quantum* devido com a homologação dos cálculos, seja porque não houve impugnação à liquidação ou porque esta foi julgada (arts. 879 e 884 da CLT), cumpre ao juiz apenas expedir a certidão da dívida para que o crédito seja habilitado no juízo da falência ou da insolvência³², salvo é

³¹ BEBBER, **Ob. cit.**, p 79.

³² Já na norma legal revogada (Decreto-Lei 7.661/45) havia previsão de que o juízo falimentar era único e abrangente de todas as ações e execuções contra a massa falida, conforme preceituavam os arts. 7º, § 2º, e 23. Na atual legislação (Lei 11.101/05, a previsão do juízo universal está disciplinada nos arts. 76 e 115, limitando a competência do juízo trabalhista à quantificação dos valores do crédito trabalhista (art. 6º, § 2º, da citada Lei). A regra geral é que o juízo falimentar é indivisível e competente para todas as ações sobre bens, interesses e negócios da massa falida. Ademais, o juízo falimentar apresenta melhor solução para o litígio, pois não só privilegia um, mas todos os credores em mesma situação. Por conseguinte, havendo insolvência do devedor, não se justifica a continuidade ou o início da execução singular, sob pena de se desrespeitar o princípio da igualdade entre os credores, não se

claro, em se tratando de obrigação de fazer, como por exemplo, liberação do FGTS que será liberado através da expedição de alvará, ou de entrega da guia do seguro-desemprego que pode ser expedida pela Secretaria da Vara e assinada pelo próprio juiz (arts. 461 e 475-I, do CPC).

Dessa forma, se o devedor não pagar o débito no prazo fixado na sentença, quando líquida, será intimado para pagamento, sob a cominação da multa prevista no art. 457-J, do CPC. Referida intimação, no âmbito trabalhista, deve ser feita através de mandado que deverá conter também ordens para penhora de bens (art. 883 da CLT e 457-J, caput do CPC), avaliação dos bens objeto da constrição (arts. 475-J do CPC, caput e art. 7º, inciso V, da Lei 6.830/80) e registro da penhora, independentemente de recolhimento de custas ou outras despesas, na forma autorizada pelo arts. 7º, inciso IV e 14, da citada Lei 6.830/80.

Consumada a penhora, o devedor dela será intimado através de seu advogado, ou não tendo, como acontece muitas vezes no campo trabalhista, diretamente pela via postal ou por oficial de justiça. Vale anotar que o credor também será

podendo manter o direito de prelação de um credor sobre bem da massa, em execução singular, paralelamente à execução coletiva, nomeadamente quando existam outros credores com idêntico direito de preferência (arts. 83 da Lei 11.101/05 e 449 da CLT). Nesse sentido, SOUZA, Marcelo Papaléo

cientificado da penhora, e em se tratando de bem imóvel, também o cônjuge do devedor será intimado na forma exigida pelo art. 698, Par. único do CPC.

A intimação das partes no campo do cumprimento da sentença trabalhista, tem por objetivo deflagrar o prazo para impugnação dos atos executivos (art. 475-J, § 1º do CPC), bem como a própria sentença de liquidação (art. 884, § 3º da CLT) e possibilitar ao executado o exercício da faculdade prevista no art. 745-A do CPC, como se verá à continuação.

5 DIREITO DO DEVEDOR CONFESSO PARCELAR O DÉBITO: lei 11.382/06

Tratando-se de execução de título extrajudicial, uma vez cientificado da execução, nos termos da norma inserta no art. 745-A, do Estatuto Processual Civil, na redação da Lei 11.382/06, o devedor poderá discutir a dívida, total ou parcialmente no prazo de três dias, ou pagá-la de duas formas: a) à vista, no mencionado prazo ou, b) em até sete prestações.

de. **A nova Lei da Recuperação e Falência e suas Conseqüências no Direito e no Processo do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2006, p. 274-9.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 80-135, 2007.

Entretanto, para que o devedor possa usufruir o aludido benefício deve em primeiro lugar reconhecer a existência da dívida, sendo-lhe proibido discutir qualquer aspecto do crédito pretendido e, ao mesmo tempo, apresentar o comprovante do depósito do valor correspondente a 30% do total da execução, acrescido de custas e dos honorários de advogado quando houver requerendo o pagamento do restante do débito em até seis parcelas acrescidas de correção monetária e juros de 1% ao mês.

Parece não haver dúvida que referido direito se aplica no âmbito da execução trabalhista por título extrajudicial, pois além da CLT ser omissa quanto a matéria, o procedimento atende ao que previsto no art. 769 da CLT e no inciso LXXVIII, do art. 5º da Constituição da República, máxime porque esse procedimento pode imprimir maior celeridade e eficácia à execução.

Todavia, a dúvida que pode surgir é no sentido de saber se a norma constante do art. 745-A do CPC tem aplicação ao cumprimento da sentença (execução de título judicial).

Penso não haver nenhum empecilho na aplicação da norma no cumprimento da sentença trabalhista (execução por título judicial), pois se mostra compatível com os princípios informativos do Processo Laboral nomeadamente os princípios

da celeridade, da conciliação e da proteção ao trabalhador, em regra autor das ações trabalhistas que poderá além de receber desde logo 30% de seu crédito ver quitado o restante em razoável espaço de tempo (seis parcelas) sem ter que esperar uma não raro morosa execução cheia de percalços que poderá inclusive terminar sem nenhuma efetividade, como a realidade e a experiência forense nos tem mostrado em muitos casos.

Dessa forma, atendidos aos requisitos previstos no art. 769 da CLT e a garantia constante do art. 5º, inciso LXXVIII, do Texto Maior, a norma contida no art. 745-A do CPC, embora dirigida à execução por título extrajudicial também pode e deve ser aplicada no cumprimento da sentença no âmbito do Processo Laboral³³.

Todavia, ao contrário do que se passa na execução comum por título extrajudicial, no âmbito trabalhista o benefício somente poderá ser concedido estando a execução garantida com a penhora.

Com efeito, embora a nova norma possa constituir um incentivo para o pagamento de débitos objeto de execução e com isso permitir maior celeridade na prestação jurisdicional diminuindo o grau de litigiosidade existente na sociedade, sua

³³ Defendi esse posicionamento em artigo sob o título “**A execução de títulos extrajudiciais e o direito do devedor confesso parcelar o débito:**

aplicação no processo de trabalho deve ser feita com a necessária adaptação aos princípios específicos e informativos deste que, como já se disse mais de uma vez, visa não apenas compor conflitos laborais, mas também proteger a parte fraca da relação, ou seja, trabalhador até mesmo em face da natureza alimentar do crédito trabalhista.

De acordo com a nova norma processual, apresentada a proposta de parcelamento pelo devedor e exibido o recolhimento de 30% do valor devido, o juiz poderá deferir a autorização desde logo ao credor o levantamento da quantia depositada com a suspensão dos “atos executivos”, e quando indeferida, a execução terá prosseguimento normal mantido o depósito que evidentemente será compensado do valor final devido (art. 745-A, § 1º, do CPC).

Parece recomendável que o credor seja ouvido antes de ser deferido o parcelamento, principalmente porque este não pressupõe nenhuma garantia de que seja efetivamente cumprido, podendo o exeqüente não ter interesse que seja concedido, e no processo do trabalho como o benefício somente poderá ser concedido depois de garantida a execução com a penhora, o credor pode optar pela expropriação dos bens. Afinal, é ele e não o legislador ou o juiz o titular do

aplicação à execução trabalhista”. <<<http://www.anamatra.org.br>>>. Acesso em 17.04.07.

crédito, máxime porque uma vez deferido o pedido de parcelamento são suspensos todos os atos executivos.

O não pagamento de qualquer parcela implicará no vencimento das parcelas subseqüentes com o imediato início dos atos executivos, impondo-se ao devedor/executado a multa de 10% sobre o valor das prestações não pagas sendo vedada à oposição de embargos (§ 2º, do art. 745-A) ou qualquer outro tipo de defesa por parte do executado³⁴.

Nessa perspectiva, a norma do art. 745-A do CPC advinda com a Lei 11.382/06 parece perfeitamente aplicável ao cumprimento da sentença trabalhista, pois se determinado procedimento não viola o direito à ampla defesa e não avilta o devedor comum, esse procedimento também não violará o direito de defesa do credor trabalhista nem o aviltará³⁵. Por conseguinte, se o Código de Processo Civil dispuser de um instrumento mais ágil, mais célere e mais eficaz para o cumprimento das decisões judiciais, referido instrumento há de ser posto também à disposição do credor trabalhista com as

³⁴ É claro que havendo evidente erro material na conta, em que pese o disposto no art. 745-A do CPC (Lei 11.382/06), pode e deve o juiz de ofício ou a requerimento do devedor ordenar a devida correção (art. 833 da CLT). Essa providência se justifica até mesmo em obséquio ao princípio vedatório do enriquecimento ilícito, que seria violado se não fosse permitida a correção apenas porque o devedor requereu o parcelamento do débito lançando mão de uma faculdade legal.

adaptações que se fizerem necessárias para que não sejam violados os princípios específicos do Direito Processual do Trabalho. O que não se pode é simplesmente rejeitá-lo sob a apressada alegação de que a CLT não é omissa a respeito.

6 DA IMPUGNAÇÃO

Garantida a execução ou cumprimento da sentença pela penhora ou depósito, abre-se para as partes na execução trabalhista, o direito da impugnar a liquidação no prazo de cinco dias (art. 884, da CLT).

Penso não haver possibilidade de incidência do prazo de quinze dias previsto no art. 475-J, § 2º do CPC (na redação da Lei 11.232/05), pois além da CLT não ser omissa, o prazo previsto na Lei Processual Civil sendo mais longo mostra-se incompatível com os princípios de aplicação da norma mais favorável ao trabalhador e o de que a execução deverá ser feita no interesse do credor (art. 612 do CPC). Por conseguinte a entrega efetiva do valor devido ao credor deve se concretizar o

³⁵ CARVALHO, Luis Fernando Silva de. Lei n. 11.232/2005: oportunidade de maior efetividade no cumprimento das sentenças trabalhista. In: CHAVES, Luciano Atayde (Coord.). **Ob. cit.**, p. 256-7.

mais rapidamente possível. Afinal, o crédito trabalhista tem natureza alimentar.

Assim, se o prazo de quinze dias para a impugnação previsto na mencionada norma do Código de Processo Civil mostra-se incompatível com os mencionados princípios não pode ser aplicado no campo do cumprimento da sentença trabalhista.

Definido que a impugnação deve ser apresentada no prazo previsto no art. 884 da CLT, resta saber qual é a natureza jurídica da mesma.

Embora a CLT denomine a impugnação de embargos, na verdade, no âmbito do processo laboral ela não tinha nem tem natureza de ação autônoma, apesar de também “ser meio de defesa do executado”.

Com efeito, é processada nos próprios autos da reclamatória, inversamente do que ocorre no Processo Comum, cuja norma do art. 475-M, § 2º do CPC manda processá-la em autos apartados quando não for suspensa a execução, o que não acontece na execução trabalhista, pois aqui a impugnação não tem o condão de suspender a execução. Por consequência, referida norma mostra-se inaplicável no âmbito do cumprimento da sentença trabalhista, pois incompatível, neste aspecto, com os princípios específicos informativos desta.

Ademais, na impugnação prevista no art. 884 da CLT (denominada de “embargos”) sequer são exigidos requisitos para a petição inicial, o que reafirma o entendimento de que na prática não passa de mero incidente no curso da execução “que tem como escopo conter a atividade jus-satisfativa por meio de uma decisão que declare a inexistência do poder de executar ou a inexistência do crédito³⁶”.

A impugnação é meio processual colocado à disposição do devedor para que a sentença exequenda se cumpra adequadamente, pois por meio dela são corrigidos possíveis distorções existentes na fase de cumprimento da sentença tendo assim, natureza de incidente e não de verdadeira ação, como sucedia no processo comum antes do advento da Lei 11.232/05³⁷.

Na verdade, como afirma Garcia³⁸, antes mesmo da Reforma implementada pela Lei 11.232/05 “parte da doutrina já entendia que os embargos à execução trabalhista não resultam em processo dotado de autonomia”.

Dessa forma, pode-se afirmar que a impugnação apesar de “ser meio de defesa do executado”, constitui simples

³⁶ BEBBER, **Ob. cit.**, p. 99-100.

³⁷ Nesse sentido confira-se OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Ob. cit.**, p. 198.

incidente processual, sem natureza de ação, não dando origem a processo diverso³⁹.

Quanto à matéria argüível na impugnação, dispõe o art. 884, § 1º, da CLT que podem ser discutidas pelo devedor cumprimento da decisão ou do acordo, quitação e prescrição. Todavia, tanto a doutrina como a jurisprudência vêm alargando o rol das matérias passíveis de argüição na impugnação ou “embargos do devedor”. Até porque pode a execução está eivada de outros vícios além daqueles previstos no já citado art. 884, consolidado, e tanto isso é verdadeiro que o próprio legislador assim reconheceu ao inserir o § 5º ao citado preceito legal estabelecendo a inexigibilidade do próprio título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.

Ademais, o contido no art. 884, § 1º, da CLT deve ser interpretado em harmonia com a garantia constante do art. 5º, inciso XXXV, do Texto Maior proibindo que a lei exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

³⁸ GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. Lei 11.232/2005: reforma da execução civil e direito processual do trabalho. **Revista LTr**. v. 70, n.3, p.354.

³⁹ Em sentido contrário LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005, p. 752-3.

Posta a questão nesses termos, abre-se espaço para aplicação do que se contém no art. 745-L do CPC (na redação da Lei 11.232/05), ou seja, o devedor poderá alegar:

- a) falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia;
- b) inexigibilidade do título (inclusive na hipótese prevista expressamente no art. 884, § 5º, da CLT);
- c) penhora incorreta ou avaliação errônea, o que significa afirmar que as questões sobre a penhora devem ser argüidas na impugnação e não mais no prazo do art. 13 da Lei 6.830/80, sob pena de preclusão⁴⁰;
- d) ilegitimidade de partes;
- e) excesso de execução;
- f) qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença.

Dessa forma, no processo laboral o devedor poderá na impugnação à liquidação alegar todas as matérias previstas no mencionado preceito legal. Porém, quando de tratar de prescrição, somente aquela superveniente à sentença poderá ser objeto de argüição na impugnação, o que a meu sentir somente se justifica quando para iniciar a execução for necessária a liquidação da sentença por artigos, pois no

⁴⁰ Não comunga desse entendimento BEBBER, para quem as incorreções quanto à penhora e avaliação podem ser veiculadas na impugnação ou por simples petição no prazo previsto no art. 13 da Lei 6.830/80, ou seja, até a data da publicação do edital de praça. **Ob. cit.**, p. 114.

modelo de processo sincrético agora adotado e como sempre ocorreu no âmbito do Processo Laboral, cumpre ao juiz de ofício adotar todas as providências necessárias para o cumprimento (execução) da sentença não dependendo de requerimento do credor (art. 878, da CLT). Por conseguinte, não vejo como cogitar de prescrição intercorrente na hipótese da execução não depender de liquidação da sentença por artigos.

Necessário anotar, também, por importante, que na hipótese de o executado alegar excesso de execução por está o credor pleiteando quantia superior à resultante da sentença, cumpre-lhe especificar o valor que entende correto demonstrando de forma precisa e exaustiva os erros existentes, indicando de forma individualizada os itens impugnados (art. 475-L, § 2º do CPC e 879, § 2º, da CLT) de modo a permitir o contraditório, sob pena de rejeição liminar da impugnação.

A possibilidade concedida ao executado para se defender na execução, em respeito ao princípio do contraditório e à ampla defesa, constitucionalmente garantido, não lhe permite utilizar de qualquer tipo de defesa, qualquer resistência, sem o mínimo de plausibilidade, de seriedade ou de eticidade⁴¹.

⁴¹ BUENO, **Ob. cit.**, p. 112.

O processo “deve ter arraigado em sua funcionalidade afirmar o propósito de uma justa solução do embate de acordo com as exigências preceituais da Constituição Federal, entre elas, a observância de conceitos de valor (axiológico), com realce para as necessidades da justiça social e dos princípios éticos”⁴².

Desviada de sua finalidade própria, deve a impugnação merecer imediata rejeição, inclusive com a condenação do devedor, quando presentes algumas das hipóteses previstas nos arts. 17 e 600, do CPC, na pena de litigância por má-fé e por atentado à dignidade da justiça.

Averbe-se que também o credor no prazo de cinco dias, contado da ciência da garantia da execução com a penhora ou depósito, poderá impugnar a liquidação e a matéria poderá versar sobre qualquer questão de ordem pública, bem assim sobre a incorreção da conta desde, é claro, que o valor executado não tenha sido definido com caráter permanente na fase de liquidação, quando o juiz tiver optado pelo procedimento previsto no art. 879, § 2º da CLT.

É óbvio que o exeqüente também está submetido ao ônus da impugnação especificada, na medida em que somente

⁴² LIMA FILHO, Francisco das C. **Acesso à Justiça e os Mecanismos Extrajudiciais de Solução de Conflitos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 21.

com o detalhamento da impugnação será possível se verificar a procedência ou não de sua insurgência, permitindo-se, assim, o contraditório.

Havendo necessidade, o juiz designará audiência e determinará a produção de provas, o que é bastante raro, pois a grande maioria das impugnações versa sobre erros de cálculo.

A impugnação será resolvida, ainda quando o credor tenha se valido da faculdade, por decisão única (art. 884, § 4º, da CLT), cabendo dela recurso de agravo de petição (art. 897, letra a, da CLT) no prazo de oito dias, não se aplicando no particular o disposto no art. 475-M, § 3º, do CPC, na medida em que não há omissão da CLT a respeito da matéria.

Salvo violação literal de preceito constitucional, não cabe recurso de revista de decisão (acórdão regional) que julgar o agravo de petição (art. 896, § 2º, da CLT).

Com relação à coisa julgada material, incide apenas nas decisões proferidas na impugnação voltada ao debate das questões alusivas à existência do crédito, ao montante ou à pretensão a ele, bem como aquelas ligadas à declaração de inexistência ou nulidade da citação no processo que correu à revelia podendo, inclusive, esses vícios serem objeto de ação declaratória (autônoma e independente), o que implica dizer que a impugnação na prática termina desempenhando o papel da aludida ação.

Vale lembrar, todavia, que após a reforma de 2005 os embargos à expropriação não terão lugar na execução ou cumprimento da sentença, mas através de ação autônoma. Mas, como lembra abalizada doutrina⁴³, com a alteração legislativa dos meios de oposição à execução de sentença se quis exatamente suprimir tais ações. Por conseguinte, eventuais vícios da expropriação deverão ser suscitados por meio de impugnação. Seria esta a solução interpretativa que melhor se ajustaria à nova sistemática de execução (cumprimento da sentença) prevista no art. 475-I e seguintes do CPC, que também deve ser imprimida no campo do Processo Laboral, até mesmo em face da omissão da CLT a respeito da matéria.

Por último, necessário registrar que existe para o devedor também a possibilidade da arguição da *objeção de pré-executividade* que tem natureza jurídica de incidente processual e, portanto, pode ser argüida por simples petição, nos próprios autos do processo em que se processa o cumprimento da sentença ou a execução do título extrajudicial, independentemente de está o débito garantido com a penhora ou depósito.

⁴³ WAMBIER, Luiz Rodrigues et al. **Breves Comentários à Nova Sistemática Processual**. São Paulo: RT, 2006, v. 2. p. 201.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 80-135, 2007.

Sem embargo, referido incidente somente é cabível nos casos em que a execução ou o cumprimento da sentença não têm a menor possibilidade de prosperar, por ser nula ou mesmo inexistente, como nas hipóteses previstas nos incisos I, II e IV, do art. 475-L, do CPC (Lei 11.232/05).

Nessa perspectiva, a matéria a ser veiculada no incidente de objeção de pré-executividade pode dizer respeito tanto ao juízo de admissibilidade quanto ao juízo de mérito da execução, desde, é claro, que não seja necessária qualquer dilação probatória. Conseqüentemente, as matérias que podem ser alegadas através desse incidente, que não constitui sucedâneo da impugnação prevista no art. 884 da CLT, “são delimitadas pela cognição que o juiz pode efetuar, ou seja, serão admitidas as matérias que permitam que o juiz conheça, de imediato, no momento em que foi alegada, sem necessidade de produção de provas⁴⁴”.

Desse modo, não se pode substituir a impugnação à liquidação, que no processo laboral pressupõe garantia da dívida com a penhora ou depósito pela objeção de pré-executividade como vez por outra tentam alguns desavisados.

⁴⁴ DIAS NOLASCO, Rita. **Exceção de Pré-Executividade**. São Paulo: Editora Método, 2003. p. 208-9.

7 CONCLUSÃO

As normas constantes da Reforma das Leis 11.232/05 e 11.382/06 devem ser aplicadas à execução trabalhista em tudo aquilo que não sendo incompatíveis com os princípios informativos do Processo Laboral, possam trazer maiores benefícios e maior celeridade à efetiva prestação jurisdicional, especialmente no que toca ao credor, em regra o trabalhador.

Não se pode negar, todavia, que algumas das normas constantes dos mencionados Diplomas Legais, porque pensadas especialmente para um processo em que a igualdade das partes é a regra, o que não acontece no campo do Processo Laboral, são incompatíveis com os princípios informativos deste e, portanto, mesmo omissa a CLT não incidem no cumprimento da sentença trabalhista.

Se um sistema processual efetivo depende essencialmente de uma execução rápida, firme e efetiva, a não aplicação das normas a respeito do cumprimento da sentença previstas nas Reformas do Código de Processual Civil iniciadas em 2005, dando cumprimento ao princípio-garantia previsto no art. 5º, inciso LXXVIII, do

Texto Supremo, na redação da Emenda Constitucional 45/2004, em tudo aquilo não sendo incompatível com os princípios tutelares e informativos do Processo do Trabalho e que possa dá maior efetividade à prestação laboral, mesmo quando a CLT eventualmente não seja omissa, constitui um forte obstáculo ao efetivo acesso do trabalhador a ordem jurídica justa, ideal que deve ser perseguido especialmente pelo juiz do trabalho.

Exige-se do juiz laboral, intérprete do direito tutelar do trabalho, uma postura ativa, não neutra frente aos dramas do trabalhador hipossuficiente, na maioria das vezes desempregado, doente, discriminado, etc, de modo a absorver os dados dessa realidade, da cultura, da história e das próprias necessidades sociais dessas pessoas, para que deixando de ser uma obstrução ao acesso à justiça – talvez a maior de todas elas – especialmente para esse seguimento social de desfavorecidos – possa erigir uma técnica inovadora a ser aplicada em sua nobre tarefa de julgar, de forma a assegurar o equilíbrio, a paz e a justiça, enfim, a verdadeira igualdade material que por óbvias razões constitui um dos objetivos das Reformas implementadas ao Processo Civil através das Leis 11.232/05 e 11.382/06.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Íris de. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1991. v. 2

ASSIS, Arakem de. Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil. In: Fuz, Luiz et al (Coord). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BEBBER, Julio César **Cumprimento da Sentença no Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/22/Consti.htm>. Acesso em: 02 dez. 2007

BUENO, Cássio Scarpinella. **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 80-135, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **A nova Execução de Sentença**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1993.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CARVALHO, Luis Fernando Silva de. Lei n. 11.232/2005: oportunidade de maior efetividade no cumprimento das sentenças trabalhista. In: CHAVES, Luciano Atayde (Coord.). **Direito Processual do Trabalho: reforma e efetividade**. São Paulo: LTr, 2007.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. Lei 11.232/2005: reforma da execução civil e direito processual do trabalho. In: **Revista LTr**. v. 70, n.3, mar. 2006.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

LIMA FILHO, Francisco das C. **Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos**. Porto Alegre: Safe, 2003.

_____. **A execução de títulos extrajudiciais e o direito do devedor confesso parcelar o débito: aplicação à execução trabalhista**”. Disponível em:<http://www.anamatra.org.br> .

_____. Violação à cláusula constitucional do devido processo legal para Lei 11.277/06: inaplicabilidade ao processo laboral. In: CHAVES, Luciano Atayde (Coord.). **Direito Processual do Trabalho: reforma e efetividade**. São Paulo: LTr, 2007.

NOLASCO, Rita Dias. **Exceção de Pré-Executividade**. São Paulo: Método, 2003.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Execução na Justiça do Trabalho**. São Paulo: RT, 2006.

PAVAN, Dorival Renato. **Comentários às Leis 11.187 e 11.232, de 2005: o novo regime do agravo; o cumprimento da sentença e a lei processual civil no tempo**. São Paulo: Pilares, 2006.

PIOVESAM, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PORTO, Sérgio Gilberto. A crise do processo: a necessária adequação à natureza do direito posto em causa, como pressuposto da efetividade. In: Fuz, Luiz et al (Coord). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SÁEZ LARA, Carmen. **La Tutela Judicial Efectiva Y El Proceso Laboral**. Madrid: Civitas, 2004.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Incompatibilidades**: reflexos das alterações do Código de Processo Civil no Processo do Trabalho. **O Trabalho**. Curitiba. n. 115, set. 2006. Suplemento Especial

SOUZA, Marcelo Papaléo de. **A nova lei da recuperação e falência e suas conseqüências no Direito e no Processo do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2006.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Execução no Processo do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2004

_____. As novas leis alterantes do processo civil e sua repercussão no processo do trabalho. **Revista LTr** v. 70, n.3, mar. 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues et al. **Breves comentários à nova sistemática processual.** São Paulo: RT, 2006. v. 2.

A INDÚSTRIA DO DANO MORAL NA RELAÇÃO DE TRABALHO

Nívea Maria Santos Souto Maior¹

1 INTRODUÇÃO

No mundo hodierno, é crescente a filosofia de que o dano moral é coisa a ser comercialmente reduzida em dinheiro. É justamente a partir da premissa acima, que vamos fazer um passeio sobre a trajetória do dano moral, e como chegamos hoje a terrível constatação de que seu instituto foi desvirtuado, sendo assim merecedor do estudo em questão, propondo enfim uma saída para a celeuma que ainda carece de especial atenção.

Para chegar a uma solução, precisamos lembrar as noções básicas do dano moral, e como o dano moral pode ocorrer em uma relação de trabalho, haja vista que o

¹ Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes/RJ e Advogada Trabalhista.

trabalhador nunca poderá se despir de seus valores humanos, e que a proteção à dignidade também se insere como conteúdo inafastável do contrato de trabalho.

Hodiernamente os pedidos de indenização por dano moral abarrotam o Poder Judiciário, sendo que, infelizmente, em sua maioria é fruto de pura litigância de má-fé, o que traduziria enfim numa completa deturpação do sistema, e justamente neste ponto é que a presente tese se propõe a refletir as soluções que inibam este 'negócio lucrativo' para partes e advogados.

E diante desta atual tendência em se ingressar de forma tão temerária, pleiteando por danos morais que sequer existiram, é imperiosa a abolição da presunção deste dano (*in re ipsa*), e sim que seja dado ao autor à incumbência de provar o seu sofrimento – ainda que de forma indireta.

Vivendo sob o mundo capitalista de hoje, verificamos cada vez mais o intuito das pessoas em tirar vantagem de situações indevidamente. A segurança e harmonia social estão por um fio.

A relação de trabalho é fonte inesgotável de conflitos, atritos e rugas, assim esta não deixará de ser campo fértil para a incidência do dano moral.

E mail: legalliteadv@yahoo.com.br

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 136-158, 2007.

Contudo, a resposta justa para associar a reparação pecuniária para satisfazer a perda extrapatrimonial não resolve a questão, já que inicia uma outra pergunta: Qual deve ser a justa quantia paga pelo ofensor para que o ofendido não seja estimulado a explorar esse rendoso negócio?

2 NOÇÕES BÁSICAS DO DANO MORAL

O Dano Moral, apesar de ter sido consagrado no artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal (1988), como também em sede doutrinária e jurisprudencial, ainda é matéria bastante polêmica, principalmente no que concerne à sua quantificação e comprovação de sua real ocorrência – haja vista o teor subjetivo da questão – que, frente à inexistência de “métodos exatos” para defini-lo, inexistente, igualmente, a possibilidade de reunir uma certeza material, deixando, assim, ao arbítrio do magistrado.

O Código Civil de 2002 contempla expressamente o dano moral quando prevê no seu artigo 186, *in verbis*: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que

exclusivamente moral, comete ato ilícito”. (BRASIL, 2002, p. 34).

Resume-se, portanto, que o dano moral é aquele que incide sobre bens de ordem não-material, lesionando pessoas, físicas ou jurídicas, em certos aspectos de sua personalidade; os doutrinadores costumam elencar como bens dessa natureza a liberdade, a honra, a reputação, a integridade psíquica, a segurança, a intimidade, a imagem, o nome.

Entretantes, é de bom alvitre mencionar que o conceito de dano moral sempre estará numa constante evolução, em virtude do desenvolver da consciência social que ampliará ainda mais as situações que hoje ainda não consideradas como dano moral.

Superada a conceituação do dano moral, surge a questão de repará-la. É claro que não se paga a dor, tampouco se indeniza sentimentos, porém, o sofredor do dano precisa de meios para se recuperar, assemelhando-se a uma espécie de sucedâneo no qual a quantia obtida serve fugir do estado melancólico que o ofendido passou.

2.1 QUANTIFICAÇÃO

Aspecto nevrálgico é justamente no tocante à quantificação do dano moral, principalmente, quais seriam os justos parâmetros a serem considerados para a fixação do *quantum*.

De fato a polêmica *in loco* resume-se em dois sistemas preponderantes adiante delineados. O primeiro denomina-se de sistema tarifário, no qual haveria uma predeterminação do valor da indenização.

Notícia curiosa e reflexo deste sistema é o projeto de lei nº 150/1999, que dispõe sobre os danos morais, cabendo destacar os seguintes dizeres:

Artigo 7º

(...) §1º Se julgar procedente o pedido, **o juiz fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes níveis:**

I - ofensa de natureza leve: até vinte mil reais;

II – ofensa de natureza média: de vinte mil reais a noventa mil reais;

III – ofensa de natureza grave: de noventa mil reais a cento e oitenta mil reais. (...)

(GRIFO NOSSO)

Neste sistema o valor do dano moral já vem tabelado, o Juiz apenas o aplica a cada caso concreto, observando o limite do valor estabelecido para cada situação.

O segundo sistema chama-se de aberto, no qual é adotado de forma majoritária nos tribunais pátrios, onde vigora o livre convencimento do julgador e ele fixará uma compensação por arbitramento, subordinando-se, em regra, a alguns parâmetros, tais como: a imagem do lesado e a do que lesou, a intenção do autor do dano, e a situação patrimonial de quem vai pagar a indenização (*vide* teoria punitive damage).

O sistema aberto ganhou prestígio nos Projetos de Lei nº 1443/2003 e 1914/2003, cujos textos propõem que o arbitramento por danos morais siga certos parâmetros, como por exemplo, os rendimentos mensais do ofendido e a intensidade do ânimo de ofender.

Portanto, a reparação moral deve objetivar tão somente que a vítima tenha meios de aliviar sua mágoa e sentimentos agravados, servindo, em contrapartida, de punição ao agente do dano.

Na seara trabalhista, os critérios de razoabilidade podem levar em consideração alguns elementos, tais como: a reincidência da empresa patronal; a posição profissional e social do ofendido; tarifamento da indenização com base no salário contratual do obreiro.

3 O DANO MORAL NO DIREITO DO TRABALHO

O Direito do Trabalho tem a sua natureza social por excelência, nasceu com a sina de minimizar as injustiças perpetradas pela força do capital sobre a pessoa do trabalhador. Em uma relação de trabalho, o mínimo que se pode esperar é o respeito mútuo entre os funcionários, sejam eles de cargo superior ou inferior, prestadores de serviços e até mesmo com os clientes. As atribuições diárias de cada pessoa dentro e fora da empresa, na vida social, familiar, nos levam a fazer um exercício diário de paciência e perseverança para tentarmos conviver bem em sociedade, como animais racionais.

O dano moral, também é definido pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), como sendo uma conduta abusiva de natureza psicológica que atenta contra a dignidade psíquica do trabalhador, é uma prática condenada pelo setor produtivo.

A diferença entre o dano moral nas relações regidas pelo direito civil para as de direito do trabalho, foi sabiamente dita pelo Jurista Enoque Ribeiro, *in verbis*:

O dano moral trabalhista tem como característica uma situação que o distingue absolutamente do dano moral civil, e que **inclusive o agrava**, vez que uma das partes, o empregado, **encontra-se em estado de subordinação**². (GRIFO NOSSO)

Portanto, na relação de trabalho em virtude da opressão do capital sobre o trabalho, esta subordinação limita a autonomia da vontade de uma das partes, potencializando-se com certeza a ocorrência de danos.

3.1 HIPÓTESES MAIS FREQUENTES

O dano moral deve ser algo que fuja dos dissabores do dia a dia. Aplicando tal premissa ao caso específico, vê-se que haverá dano moral na relação de trabalho, toda vez que houver um gravame que interfira intensamente o

² SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O Dano Moral na Dispensa do Empregado**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2002. p.239.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 136-158, 2007.

comportamento psicológico (leia-se personalidade) do trabalhador.

Uma das espécies de dano moral trabalhista que está hoje mais em evidência é o Assédio Moral, que se caracteriza pela tortura psicológica, destinada a golpear a auto-estima do empregado, visando a forçar sua demissão ou apressar a sua dispensa através de métodos que minam a saúde física e mental da vítima, cujo efeito é o direito à indenização por dano moral.

Mobbing, Assédio Moral ou terror psicológico no trabalho são sinônimos que foram empregados pela primeira vez pelo etilogista Heinz Lorenz³, ao definir o comportamento de certos animais que, circundando ameaçadoramente outro membro do grupo, provocam sua fuga por medo de um ataque.

Existem vários comportamentos que possam configurar o assédio moral, cabendo destacar alguns deles: 1) técnicas de relacionamento: o assediador impede que a vítima se expresse, ele não dirige o olhar nem a palavra; 2) técnicas de isolamento: é atribuída a vítima tarefas que evita o contato

³ *Apud* TADEU, Silney Alves. O assédio na relação laboral: dificuldade da prova. **Gazeta Juris**. Rio de Janeiro: Portal Jurídico. N. 5, mar. 2006. p.48/49.

com outros colegas de trabalho; 3) técnicas de ataque: são atos que desqualificam a vítima diante dos outros.

Outrossim, há também o acidente do trabalho, que por definição legal, é:

aquele que ocorre pelo exercício do trabalho, a serviço da empresa, provocando lesão corporal, perturbação funcional ou doença que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. (BRASIL, 1991, p. 488).

a teor do artigo 118 da lei nº 8.213/91.

A partir da idéia inicial de que a saúde está relacionada ao equilíbrio do homem com o ambiente e também está vinculada à sua integridade psicofísica, chega-se a conclusão de que é admissível dano moral em razão de acidente de trabalho, principalmente quando o período de convalescença é prolongado e que a lesão laboral resultou em seqüelas de natureza permanente.

No tocante ao dano moral coletivo, constata-se que a reparabilidade do dano moral não é exclusiva às pessoas físicas, mas sim é possível que a lesão ocorra de forma abrangente alcançando os interesses difusos e coletivos.

Neste sentido, a jurista Alice Monteiro de Barros declara que:

A diferença entre o dano individual e o dano coletivo é que, no primeiro, a lesão atinge um direito subjetivo ou interesse individual de alguém, enquanto que no dano coletivo o prejuízo é mais disperso ou difuso, porém perceptível, pois as pessoas lesadas integram uma determinada coletividade⁴.

O dano moral coletivo é passível de reparação através da ação civil pública, que terá o Ministério Público como principal legitimado ativo (dentre outros) (artigo 129, III, da CF/88); merecendo também destaque os sindicatos e associações profissionais como co-legitimados (art.5º, lei nº 7.347/85).

No âmbito da Justiça do Trabalho, há várias hipóteses que ensejam a reparação por danos morais coletivos oriundos de lesão a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, dentre os quais se destaca: a prática ilegal de revista íntima nos empregados e tratamentos discriminatórios diversos (exemplo: portador do vírus HIV, opção sexual, raça, listas negras etc).

No tocante a indenização fixada pela reparação do dano moral coletivo, mais especificamente na seara trabalhista, o valor será revertido ao FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador (lei federal nº 7.998/90), que tem por finalidade

⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2ªed. São Paulo: LTr, 2006. p.627.

custear o seguro desemprego, abono salarial e outros programas. Contudo, se a lesão for de origem individual homogêneo, a condenação pecuniária será direcionada a cada um dos indivíduos vítimas do dano.

4 INDÚSTRIA DO DANO MORAL

Já faz parte, infelizmente, do cotidiano forense trabalhista, o ingresso exacerbado de reclamações com alegações totalmente falsas de dano moral. Observa-se que os petítórios incrementam fatos inverídicos para causar maior perplexidade aos seus leitores (em especial ao Magistrado), tendo como objetivo o de acrescentar certa dose de sofrimento espiritual no empregado a qualquer ato ilícito cometido pelo empregador; que em tese pode causar, além dos danos materiais, o *plus* a título de indenização por danos morais.

Esta acumulação de danos materiais com danos morais apesar de, abstratamente, ser admitida, por ser reiterada vezes ocorrida passaram a ser chamadas de: “batatas fritas, que vêm como acompanhamento de ações na justiça⁵”. Ao se

⁵ GONÇALVES JÚNIOR, Mário. Falta Grave em Juízo. **Revista Juristas**. n.92, set. 2006.

comparar os danos morais às batatas fritas, há na realidade uma parábola de que os danos morais são pleiteados muito mais por gula do que propriamente por fome, leia-se, assim, que o fast food banalizou a alimentação tanto quanto a democracia banalizou o direito de ação.

A “indústria do dano moral” ganhou mais impulso ao tempo da recente Reforma do Judiciário, que dentre outras mudanças, houve a transferência da Justiça Estadual para a Justiça do Trabalho, dos casos indenizatórios de dano moral decorrente da relação de trabalho. Todavia, apesar de ser sábia a modificação da competência supra, houve pessoas maquiavélicas de tentam tirar proveito da situação da não ocorrência de honorários de sucumbência para o reclamante em caso de perda do processo na seara trabalhista, e se sentem estimulados a ingressar com ações deste tipo - cobrando, ao bel-prazer, somas financeiras elevadas, acima do bom senso.

4.1 LITIGÂNCIA TEMERÁRIA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

As reclamações trabalhistas estão geralmente exagerando na dose de dramaticidade dos danos morais, e

principalmente quando absolutamente nada de ilícito se tem para reclamar, a empresa patronal em regra é chamada de tirana, perversa, irresponsável, maquiavélica, exploradora, opressora, etc.

Não é mais novidade para ninguém da existência de casos judiciais em que o trabalhador aduz ter sido vítima de "atrocidades" por parte dos seus superiores hierárquicos na empresa, quando na maioria das vezes os chefes destes trabalhadores são inocentes, e mesmo assim até crimes são a eles atribuídos.

O Egrégio Tribunal Superior do Trabalho orienta que os valores indenizatórios devem se limitar à exata reparação do dano causado ao ofendido, em conformidade com o artigo 953 do Código Civil de 2002 que diz *ipsis litteris*: “A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido”.

É de sabença geral que o direito de ação não tem caráter absoluto, sua relatividade impõe o preenchimento de certas condições estabelecidas pela própria lei. Assim sendo o exercício temerário da ação jamais poderá ser cercado de imunidade.

Sugere-se, que caso o reclamante da ação trabalhista não comprove as suas acusações, por aplicação dos artigos 818

da CLT e 333 do CPC⁶, ou pior se a instrução processual demonstrar o contrário – que as acusações são mentirosas, é claro que se deve decretar a litigância de má-fé e aplicar a multa correspondente a tamanho desdém com a Empresa Reclamada, e via indireta, o Poder Judiciário.

Desse modo, em razão da desobediência ao princípio da lealdade e boa-fé processual, o código de processo civil é taxativo em aplicar a litigância de má fé, para aquela parte que alterar a verdade dos fatos, devendo a mesma pagar multa de 1% (um por cento) sob o valor da causa.

Entretanto, o castigo ainda seria muito pouco, se houve tão-somente a aplicação da multa acima dita; e assim teremos também diante desta conduta desleal em Juízo, a provável aplicação de falta grave por parte do empregado – em virtude da justa causa ocorrida mesmo na fase pós-contratual – que é o artigo 482, alínea “k”, da CLT (ato lesivo da honra e boa fama praticadas contra o empregador).

⁶ Consolidação das Leis do Trabalho - Decreto Lei nº 5.452/43

(...)

Artigo 818. A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.

(...)

Código de Processo Civil - Lei nº 5.896/73

(...)

Artigo 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

A não sujeição desta falta grave, implicaria em um catalisador de danos morais, até porque é preciso medidas enérgicas para evitar que o trabalhador achincalhe injustamente o patrão em petições e audiências perante a Justiça do Trabalho.

5 ANTÍDOTO DA BANALIZAÇÃO: a prova do sofrimento

Na Justiça do Trabalho, os pleitos indenizatórios por dano moral já se tornaram rotina, contudo, é necessário frear esta avalanche de ações, sendo que uma das possíveis soluções para esta celeuma é o de estabelecer ao autor o dever da efetiva comprovação de tais danos.

A celeuma do ônus da prova, quanto ao dano moral, cinge em duas correntes: uma primeira propugnando que o dano moral é presumível (*in re ipsa*), haja vista a suposta premissa que o psiquismo é impenetrável, levando ainda em consideração o homem médio e/ou o potencial de agressividade da lesão; e uma segunda no qual preconiza a produção de provas, diretas ou indiretas, do sofrimento

experimentado pela vítima, bem como o nexo de causalidade com o ato ilícito – no qual aderimos a esta última.

Importante destacar que para quem milita pela indispensabilidade da prova da angústia, sustenta que, como todo fato, é possível provar os efeitos do ato ilícito (e seu nexo), para tanto se deve levar em conta não apenas os sintomas característicos da aflição humana, mas também a personalidade da própria vítima. Isto porque uma mesma lesão pode gerar sofrimento ou não, dependendo da vítima, assim como diferentes graus de intensidade de sofrimento, o que serviria de parâmetro para o arbitramento de justa indenização.

Assim, prestando-se a um trocadilho, é imoral ver atores excepcionais e meliantes extremamente hábeis retirando proveitos financeiros, quiçá milionários, de uma dor que nunca existiu!!

Para melhor esclarecer, imagine, por exemplo, um acidente do trabalho com resultado morte; é muito provável que a família do *de cujus* sinta um forte abalo emocional pela perda deste ente querido, contudo este dano é injusto ser considerá-lo presumível, sem ao menos haver uma averiguação das verdadeiras relações afetivas que existiam entre a vítima e seus parentes.

Embora deixássemos de lado, pelo menos por alguns instantes, o fato da indubitável tendência à "industrialização"

judicial dos danos morais, é fácil concluir que a amargura, o sofrimento do espírito humano, assim como qualquer fato da vida, pode ser provada. Senão direta, ao menos, e com absoluta certeza, indiretamente.

Uma pessoa triste, humilhada, com baixa auto-estima, salta aos olhos de qualquer um.

Destarte, é indubitável que a dor não pode ser mais dita como presumível, ao contrário, a dor varia de pessoa para pessoa, de forma que uns são mais fortes outros mais suscetíveis.

Ou seja: enquanto para alguns a dor é mero aborrecimento (fato corriqueiro da vida), para outros a dor é um sobressalto do cotidiano, portanto, o sofrimento se for realmente sentido pela vítima, este deve ser comprovado pelo menos de forma indireta.

Por outro lado, a prova do sofrimento não tem a intenção de fazer das audiências, um verdadeiro palco de lamentações, não obstante que isto possa humanamente acontecer, precipuamente com aquelas vítimas que de fato sofrem, toda vez que se "*toca na ferida*".

5.1 BUSCA PELA VERDADE MATERIAL

A instrução processual, nos casos indenizatórios por dano moral, deve percorrer uma espécie de anamnese: fazer o entrelaçamento do nexos causal entre dor e ato ilícito, agregando àqueles a personalidade da vítima e a imediatividade entre o ato ilícito e sofrimento, bem como apurar se ocorreu concausas estranhas e independentes ao ato ilícito tratado no processo.

Uma ferramenta preciosa que os Magistrados podem se valer, é dos especialistas em psicologia e psiquiatria, que a depender da espécie de sofrimento da vítima – esta pode ser comprovada através de perícia médica, como ocorre nos casos de depressão, síndrome do pânico, e outros diagnósticos.

Outro aspecto probatório, também útil e mais especificamente nas relações laborais, são os afastamentos constantes do trabalhador para concessão de auxílio-doença pelo INSS, quando a moléstia tem cunho psíquico.

Não se recomenda, nestas hipóteses, o manejo de provas testemunhais, pois, nem sempre a verdade processual é fidedigna, e até porque nem todo falso testemunho é desmascarado, podendo gerar sentenças injustas – razão justificadora de seu famoso apelido: "*a prostituta das provas*".

Desta forma, insta dizer que há solução para a problemática em tela, devendo haver uma somatização de provas, ou pelo menos de fortes indícios que levam a acreditar nesta dor espiritual *sub judice*.

Resta claro, que nunca se terá uma certeza absoluta da real ocorrência do dano moral – assertiva esta que não é exclusiva só ao dano moral, como em qualquer outra espécie de dano, é praticamente impossível que a verdade material se assemelhe fielmente a formal, apesar disso, a exigência do cumprimento do ônus probatório poderá certamente servir de inibidor à indústria das indenizações por danos morais. Por que, então, presumir, a partir do nada, o que pode perfeitamente ser provado, ao menos indiretamente?

6 CONCLUSÃO

Enquanto houver o desvirtuamento do dano moral haverá indubitavelmente prejuízo para a ciência jurídica, que apesar de não ser exata - deve seguir o bom senso, como também a descrença para com o Poder Judiciário.

Os atos reincidentes de litigância de má-fé nas ações indenizatórias por dano moral se não forem combatidas

efetivamente causará grande *frison* na sociedade, e ainda teremos a figura do suposto infrator que se sentirá injustiçado em pagar por algo que nada fez, ou se efetivamente fez está pagando desproporcionalmente pelo seu erro.

Afinal, quanto vale o desgaste emocional de um trabalhador? A solução certamente não é o caminho do tarifamento, tampouco deixar tamanha tarefa ao prudente arbítrio do magistrado.

A indenização por danos morais deve seguir por critérios objetivos, pois, ainda que os direitos da personalidade seja a tutela de bens não corporificados, deve haver no mínimo em caso de dano, indícios perceptíveis na psique da pessoa.

Se o “*trabalho dignifica o homem*”, este mesmo trabalho não pode servir como fonte de injustiças.

REFERÊNCIA

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2006.

BRASIL. Lei n. 5.452, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em:

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 136-158, 2007.

<<http://www.pantojo.com.br/arquivo/capa.asp?IDMateria=11686Mn=239>>. Acesso em: 22 nov.2007.

BRASIL. Lei n. 5.896, de 05 de julho de 1973. **Lex**: coletânea de legislação e jurisprudência. São Paulo, v. 37, p. 750, jul./ago. 1973.

BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. **Lex**: coletânea de legislação e jurisprudência. São Paulo, v. 55, p. 461-93, jul./set. 1991.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Lex**: coletânea de legislação e jurisprudência. São Paulo, v. 66, p. 5-234, jan. 2002.

CAIRO JÚNIOR, José. **O acidente do trabalho e a responsabilidade civil do empregador**. 3.ed. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5.ed. São Paulo: LTr, 2006.

FRANCA, Rubens Limongi. **Enciclopédia saraiva do direito**. São Paulo: Saraiva, 1977.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 136-158, 2007.

GONÇALVES JÚNIOR, Mário. Falta grave em juízo. **Revista Juristas**. n. 92, set., 2006.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das leis do trabalho comentada**. 39.ed. São Paulo: LTr, 2006.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O dano moral na dispensa do empregado**. 3 ed.. São Paulo: Ed. LTr, 2002

SARAIVA, Renato. **Curso de direito processual do trabalho**. 2.ed. São Paulo: Método, 2005.

TADEU, Silney Alves. O assédio na relação laboral: dificuldade da prova. **Gazeta Jurídica**. Rio de Janeiro, p. 48-9, mar. 2006.

**DA REDUÇÃO *EX OFFICIO* DA
CLÁUSULA PENAL PREVISTA EM
ACORDO. ENFOQUE À LUZ DO ARTIGO
413 DO CÓDIGO CIVIL**

Eduardo Henrique Brennand Dornelas Câmara¹

1 INTRODUÇÃO.

A cláusula penal é obrigação acessória, utilizada como meio indireto de coação ao cumprimento da obrigação, servindo como prefixação das perdas e danos, nos casos de inexecução total, ou tardia, mas ainda útil, da obrigação.

Nos acordo celebrados perante a Justiça do Trabalho, com suporte no artigo 846, §2º da CLT, e outros correlatos da Lei 10.406/2002, em regra é prevista cláusula penal pelo

¹ Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região.

descumprimento da obrigação (em grande parte dos casos, de pagar), cujo parâmetro de fixação é percentual sobre o valor do acordo ou da parcela, quando celebrado em prestações sucessivas.

Não raras vezes o empregador inadimple total ou parcialmente o pagamento, fazendo incidir a multa. Da redação da cláusula penal fixada decorre o modo de cálculo da penalidade a ser imposta, sendo comum referir-se apenas a incidência da multa “*em caso de descumprimento*” ou “*em caso de inadimplência*”.

Celebrado acordo para pagamento em parcela única, não apresentam-se maiores dificuldades na fixação do *quantum debeat*, em caso de inadimplemento, moratório ou compensatório.

Porém, celebrado acordo para pagamento em parcelas sucessivas, ficando em atraso uma das parcelas, faz surgir a discussão sobre a hipótese de incidência do cálculo do *quantum* devido.

eh_camara@hotmail.com Rua Alfredo Pereira Borba, número 21, apartamento 601, bairro do Prado, cidade de Recife – PE. CEP: 50.720-270

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 159-176, 2007.

2 INADIMPLÊNCIA TOTAL (v.g artigo 891 da CLT) E PARCIAL (mora, v.g artigo 846, §2º *in fine* da CLT).

Para análise do cumprimento dos acordos feitos em prestações sucessivas, cumpre distinguir a inadimplência/descumprimento da mora. A Lei Civil distingue os casos em que há descumprimento das situações de atraso no adimplemento da obrigação, como se extrai dos artigos 408 e 409 do Código Civil².

O descumprimento e o inadimplemento, pelo Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, são sinônimos significando deixar de cumprir ou transgredir; deixar de cumprir (contrato, condição de contrato, prestação) nos termos e prazo convencionados.

Descumprir a obrigação é o *inadimplemento absoluto*, é o não pagamento da obrigação, conforme extrai-se

² Art. 408. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora.

Art.409. A cláusula penal, estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à **inexecução completa** da obrigação, à alguma cláusula especial ou **simplesmente a mora.**

da redação anterior do artigo 580 do CPC e da nova redação do artigo 581 do mesmo diploma³.

Neste caso a cláusula penal ajustada, serve como previsão das perdas e danos, sendo denominada pela doutrina como *cláusula penal compensatória*.

Já a *mora* significa o retardamento no cumprimento de uma obrigação. É o *inadimplemento relativo*. Neste caso, houve atraso no cumprimento da obrigação, ou seja, a obrigação foi cumprida a destempo porém o seu cumprimento ainda demonstra-se útil ao credor⁴.

Sendo a *mora* o cumprimento do pactuado fora do tempo, é possível ser purgada, em especial pelo pagamento da parcela em atraso⁵.

³ Art. 580. Verificado o inadimplemento do devedor, cabe ao credor promover a execução.

Parágrafo único. Considera-se inadimplente o devedor que não satisfaz espontaneamente o direito reconhecido pela sentença, ou a obrigação, a que a lei atribuir a eficácia de título executivo.”

Art. 581. O credor não poderá iniciar a execução, ou nela prosseguir, se o devedor cumprir a obrigação; mas poderá recusar o recebimento da prestação, estabelecida no título executivo, se ela não corresponder ao direito ou à obrigação; caso em que requererá ao juiz a execução, ressalvado ao devedor o direito de embargá-la.

⁴ Lei 10.406/2002 - Art. 394. Considera-se em *mora* o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.

Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva, e líquida, no seu termo constitui de pleno direito em *mora* o devedor.

⁵ Lei 10.406/2002. Art. 401. Purga-se a *mora*:

I - por parte do devedor, oferecendo este a prestação mais a importância dos prejuízos decorrentes do dia da oferta;

In casu, a cláusula penal fixada, tida como *moratória*, serve, além de meio indireto de coação, como um *plus* devido ao credor em caso de não cumprimento da obrigação em seu termo, mas ainda sendo possível o pagamento. Esta é a interpretação do artigo 846, §2º *in fine* da CLT, que admite a continuidade no cumprimento do acordo, sem prejuízo da execução da multa moratória.

Em ambos os casos, o fato gerador é o inadimplemento da prestação na época própria em que foi fixado seu termo, sendo desnecessária a prova de efetivo prejuízo (art. 835 CLT).

3 FIXAÇÃO DAS PREMISSAS.

A primeira premissa a ser fixada parte da praxe forense de aplicação da cláusula penal, compensatória ou moratória, sem aferir-se se houve inadimplemento da

obrigação⁶ ou a mora no pagamento da parcela, decorrendo daí, o cálculo da multa sobre o total do acordo firmado.

A segunda premissa parte da desproporção causada pela apuração da cláusula penal **moratória** sobre o total do acordo firmado, surgindo a necessária observância dos artigos 412 e 413 da Lei 10.406/2002.

4 DE REDUÇÃO *EX OFFICIO* DA MULTA MORATÓRIA EM CASO DE LESÃO AO ARTIGO 412 DO CÓDIGO CIVIL.

A análise da situação – tipo recai sobre a possibilidade de redução *ex officio*, pelo magistrado de 1º grau, da multa moratória estipulada em acordo (judicial ou extrajudicial, em decorrência do artigo 876 da CLT) para cumprimento em prestações sucessivas.

⁶ O inadimplemento de uma parcela, em acordo de prestações sucessivas, faz vencer as posteriores, correndo a execução pelo valor remanescente inadimplido, conforme artigo 891 da CLT. Já a parte final do §2º do artigo 846, possibilita a continuidade no cumprimento do acordo de prestações sucessivas, em caso de mora, sem prejuízo da execução da multa.

Havendo mora no pagamento, a multa prevista em cláusula penal serve como meio de compensar o atraso e as eventuais perdas decorrentes do descumprimento parcial. Na verdade trata-se de um *quantum* pré determinado que se agrega a prestação principal.

Havendo o inadimplemento parcial da prestação, a aferição da multa compensatória deve seguir o parâmetro do artigo 412 do Código Civil, restringindo sua base de cálculo à parcela em atraso, e não ao montante total do acordo, como já se vislumbra em decisões regionais⁷.

⁷ TRT 13ª REGIÃO ACÓRDÃO PROC. NU.: 00215.2005.003.13.00-1 AGRAVO DE PETIÇÃO E M E N T A: AGRAVO DE PETIÇÃO. ACORDO EXTRAJUDICIAL. NINTER. DESCUMPRIMENTO PARCIAL. MULTA. INCIDÊNCIA SOBRE PARCELAS NÃO ADIMPLIDAS. Ocorrendo parcial cumprimento do acordo celebrado em órgão de conciliação prévia, a multa prevista na cláusula penal deverá incidir tão-somente sobre a parte inadimplida do pacto, evitando que o credor seja beneficiado sem motivo justo, por conta da aplicação de uma cláusula penal que pune excessivamente o devedor, em valores até mesmo superiores ao que era realmente devido, por conta do descumprimento de uma das parcelas acordadas, quando a quase integralidade do pacto já havia sido cumprida. AGRAVO DE PETIÇÃO – CLÁUSULA PENAL – REDUÇÃO COM BASE NO ART. 413 DO CÓDIGO CIVIL – A cláusula penal se constitui em um pacto acessório, que tem por finalidade a liquidação antecipada das perdas e danos ocorridos por violação das condições fixadas para cumprimento da obrigação principal. Verificando o Juiz que o atraso no pagamento ocorreu somente em relação a algumas parcelas, correta a restrição da incidência da cláusula penal apenas para estas, mormente quando a redação da cláusula do acordo que a fixou deixa dúvida razoável acerca de sua abrangência. (TRT 20ª R. – AP 10757-2002-011-20-85-9 – (2691/05) – Rel. Juiz Eliseu Pereira do Nascimento – J. 19.09.2005) JNCCB.413

São comuns os casos de aplicação da multa moratória sobre o total do valor do acordo, sem atentar-se à necessidade de limitação à parcela inadimplida ou ao saldo remanescente do débito, pois, como dito supra, a redação dos acordos judiciais, em regra, favorece tal interpretação.

Esta situação merece ajuste judicial, de modo a não propiciar o enriquecimento sem causa (*ex vi* artigo 884 e seguintes da Lei 10.406/2002) da parte que beneficia-se pelo atraso, o que poderia levar ao extremo da oposição maliciosa ao pagamento ou de criação de contratempos, causando o inadimplemento total ou parcial da obrigação.

A discussão não recai na exclusão da cláusula penal, mas em sua adequação ao real valor do débito e das condições em que foi pactuado seu cumprimento. Assim, o comando do artigo 8º da CLT, sobre a aplicação da equidade⁸ e da vedação ao enriquecimento ilícito, adequa-se à regra do artigo 413 do Código Civil e 765 da CLT, tornando compatível com o processo trabalhista e seus fins a aplicação da regra civilista.

Neste íterim é que repousa a possibilidade do magistrado de 1º grau, ao analisar o pedido de aplicação e execução da cláusula penal, fixar o montante sobre o qual a mesma irá incidir ou mesmo reduzi-la proporcionalmente,

⁸ Equidade é o *princípio da justiça*, segundo o qual deve-se dar a cada um aquilo que lhe pertence.

adequando a penalidade imposta à sua finalidade, caso verifique latente desproporção da medida.

Carlos Roberto Gonçalves, disserta que a norma impôs ao juiz o dever de reprimir abusos, se a penalidade aplicada for manifestamente excessiva, desproporcional à natureza e à finalidade do negócio. Continua sua lição, aduzindo que "*a disposição é de ordem pública, podendo a redução ser determinada de ofício pelo magistrado, devendo ser considerada a boa – fé do devedor e a vantagem auferida pelo credor*"⁹, diferente do artigo 924 do Código Civil de 1916, onde encerrava mera faculdade do magistrado.

No mesmo sentido “Silvio Rodrigues (1918 a, v. 2:100) entende que também a multa moratória é passível de redução pelo juiz. Tal é verdadeiro, pois situações existirão em que a cobrança integral da multa, na mora, será excessiva e injusta punição ao devedor. É a aplicação de equidade. Por outro lado, não se poderia, nunca tolher ao juiz a faculdade de redução da multa, em que pesem opiniões em contrário. A faculdade atribuída ao juiz era, inelutavelmente de ordem pública. Hoje, não se encontrará quem defenda o contrário, sob pena de se colocar o devedor em situação de extrema inferioridade no contrato, mormente nos contratos de adesão.

⁹ Gonçalves, Carlos Roberto. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2002. (Parte geral).

Essa também é a orientação do Código de Defesa do Consumidor. Esse é o sentido finalmente adotado pelo vigente código, no art. 413: “A penalidade **deve** ser reduzida eqüitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.” Notemos que a nova lei usa o verbo *dever*. Nesse caso a redução passa a ser definitivamente um dever do juiz, e não mais uma faculdade. Cabe ao juiz também no caso concreto, reduzir a multa se esta for manifestamente excessiva, levando-se em conta a natureza e a finalidade do negócio. O campo é o da equidade. O princípio se coaduna com o sentido social do contrato que o corrente Código atribui, bem como com a boa-fé objetiva.”¹⁰ e a “**Imutabilidade relativa da cláusula penal**. Apesar de prevalecer em nosso direito o princípio da imutabilidade da cláusula penal, por importar em pré-avaliação das perdas e danos, esta poderá ser alterada, eqüitativamente, pelo magistrado (RT,420:220 e 489:60) quando: a) o valor de sua cominação exceder o do contrato principal (CC, art. 412) ou for manifestamente excessivo, tendo em vista a natureza e finalidade do negócio; e b) houver cumprimento parcial da obrigação, hipótese em que

¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**, São Paulo: ATLAS, 2004. (tomo II).

se terá redução eqüitativa da pena estipulada para o caso de mora ou de inadimplemento. “Em caso de penalidade, aplica-se a regra do art. 413 ao sinal, sejam as arras confirmatórias ou penitenciárias” (Enunciado n. 165 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil)”¹¹.

Na mesma linha existem precedentes dos Tribunais Regionais do Trabalho¹² e do TST, no mesmo sentido (AIRR -

¹¹ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2006

¹² AGRAVO DE PETIÇÃO Nº 01258-2002-531-05-00-5-AP A penalidade deve ser reduzida eqüitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio. (art. 413 do NCCB) V O T O Pretende o recorrente a reforma da decisão proferida às fls. 108/109 que determinou a redução do valor correspondente à cláusula penal. Sem razão. A toda evidência o julgador de primeiro grau, atento a realidade atual e afinado com a nova ordem jurídica, que, no campo das obrigações, privilegia a função social dos negócios jurídicos, decidiu com acerto quando fez incidir na hipótese vertente o conteúdo inserto no art. 413 do NCCB. O princípio clássico da pacta sunt servanda, com o advento do novo código civil, passou a ser entendido no sentido de que o negócio jurídico pactuado obriga as partes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas. O que interessa, atualmente, não é mais a exigência cega de cumprimento de uma avença, da forma como foi assinada ou celebrada, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra. Colhe-se dos autos que as partes litigante firmaram, às fls. 64/65, acordo judicial onde ficou pactuado o pagamento da importância de R\$ 10.000,00 em cinco parcelas iguais de R\$ 2.000,00. Houve atraso no pagamento da 4ª parcela que somente foi adimplida em 19.05.2003 três dias após a data pré-fixada (16.05.2003) – doc. fl. 69 verso. As demais parcelas foram pagas nas datas aprazadas. Com respaldo na mora incidente sobre a 4ª parcela da avença, o recorrente pleiteou o pagamento de cláusula penal de 40% sobre o valor total do acordo, tendo o juízo a quo utilizando-se de razoabilidade e equidade, está última conferida por lei, restringido a referida pena moratória ao percentual de 40% sobre o valor correspondente a parcela paga com atraso. O fez com lastro no art. 413 que assim dispõe: “A penalidade deve ser reduzida eqüitativamente pelo juiz se

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 159-176, 2007.

a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio” (grifo nosso). Em razão desse permissivo legal, temos que a redução judicial da cláusula penal não ofendeu a ordem jurídica, nem acarretou qualquer prejuízo ao exequente. Ao revés, esse procedimento constitui medida justa, pois evita o enriquecimento sem causa em favor da parte a quem ela aproveita

TRT 6ª REGIÃO. PROCESSO Nº TRT – AP-01790-2003-020-06-00-3 EMENTA: AGRAVO DE PETIÇÃO. ACORDO JUDICIAL. COISA JULGADA. ATRASO NO PAGAMENTO. ARTIGOS 764, § 3º, da CLT; 394, 408 e 413, do CC. A qualquer tempo é possível às partes transacionarem, pondo fim ao processo (CLT, art. 764, § 3º). O acordo celebrado nos autos extingue o processo com exame de mérito, nos termos do art. 794, II, do CPC. E o termo de conciliação passa a ser o título executivo judicial dos autos em que é celebrado (CPC, art. 449, c/c art. 584, III). Nas datas aprazadas, a demandada não cumpriu com a obrigação acertada em Juízo, incidindo, destarte, em mora, o que atrai a aplicação da cláusula penal, nos termos do artigo 394 e 408, do Código Civil em vigor. Entretanto, apesar de ter havido descumprimento do acordo judicial, por ter a reclamada incorrido em mora, face ao atraso no pagamento das parcelas avençadas, é de se levar em consideração que os valores estipulados no acordo judicial foram integralmente satisfeitos, com cumprimento parcial do convênio firmado entre as partes, razão pela qual há de ser observado, pelo condutor do processo, o regramento inserto no artigo 413, do novo Código Civil, que impõe ao Juiz a redução equitativa da penalidade se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e finalidade do negócio. Ademais, o caso se enquadra perfeitamente também na segunda hipótese do artigo 413/CC, porquanto a penalidade de 100% se tornou manifestamente excessiva, levando-se em consideração que a multa calculada pela Contadoria do Juízo é superior ao valor das parcelas com atraso. Assim, considerando que a execução foi parcialmente cumprida, e observando-se o princípio da proporcionalidade inserto no artigo 413, do Código Civil em vigor, entendo que a multa a ser aplicada ao caso em comento dever ser reduzida para 50%. Agravo de petição parcialmente provido.

24036275 – CLÁUSULA PENAL – PARCELA DE ACORDO PAGA EM ATRASO – A cláusula penal incide sobre a parcela do acordo paga em atraso, na medida em que a penalidade deve ser equitativa, mormente quando as demais prestações foram quitadas pontualmente. A incidência da multa convencional sobre o valor da avença afigura-se-nos exacerbada, tendo em vista que apenas uma parcela, de sete, fora atrasada um dia, bem como a obrigação principal restou satisfeita. Inteligência do art. 413 do CC/02. (TRT 15ª R. – AP 1000-2003-022-15-00-3 – (1643/06) – 11ª C. –

50613/2002-900-03-00; RR - 1368/2001-005-19-40; RR - 1237/2002-044-02-00; RR - 1827/2002-082-15-00; AIRR - 1302/2003-022-15-40; AIRR - 1331/2003-022-15-40)¹³.

Rel. Juiz Edison dos Santos Pelegrini – DOESP 20.01.2006 – p. 38) JNCCB.413

21004189 – AGRAVO DE PETIÇÃO – MULTA PELO DESCUMPRIMENTO DE ACORDO – A meu ver, parcial razão assiste à agravante ao pedir a redução da multa, pois, conforme a orientação prescrita no art. 924 do Código Civil de 1916, a faculdade do juiz de reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de cumprimento parcial da obrigação, foi traduzida, no Código Civil de 2002 (art. 413), em dever, se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte. Dessa forma, ainda que tenha havido mora no pagamento da 2ª parcela, deve ser reduzida a multa referente à 3ª, 4ª e 5ª parcelas que foram posteriormente depositadas pela reclamada. Dou parcial provimento. (TRT 18ª R. – AP 01687-2002-009-18-00-0 – Rel. Juiz Geraldo Rodrigues do Nascimento – DJGO 16.01.2004) JNCCB.413 JCCB.924.

19ª Região AP 01405-1999-003-19-00-4 EMENTA AGRAVO DE PETIÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE ACORDO JUDICIAL. PENALIDADE EXCESSIVA. INCIDÊNCIA ARTIGO 413 DO NOVO CÓDIGO CIVIL. CABÍVEL REDUÇÃO EQUITATIVA. Diante do inadimplemento do acordo firmado entre as partes, no bojo do qual se insere cláusula penal, impõe-se a aplicação do artigo 413 do novo Código Civil, tendo em vista ter restado demonstrado nos autos que o montante da penalidade imposta é manifestamente excessivo. Recurso improvido.

21ª Região ACÓRDÃO NUM: 48.228 decisão: 04 11 2003 tipo: ap num: 00567 ano: 2003 número único proc: ap - 00567-2003-921-21-00-7 ementa agravo de petição. termo de conciliação. cláusula penal. cumprimento parcial da obrigação. redução da pena estipulada. legalidade. cumprido em parte o acordo judicial a penalidade pode e deve ser reduzida equitativamente pelo juiz para o caso de inadimplemento. aplicação do disposto no art. 924 do código civil.

¹³ AIRR - 1302/2003-022-15-40 DJ - 07/12/2006 PROC. Nº TST-AIRR-1302/2003-022-15-40.6 C: A C Ó R D Ã O 3ª Turma AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. CLÁUSULA PENAL EM ACORDO EXTRAJUDICIAL HOMOLOGADO. REDUÇÃO EQUITATIVA. Decisão que restringe a incidência de cláusula penal, inserida em acordo extrajudicial homologado, à

5 DO VENCIMENTO ANTECIPADO DAS PRESTAÇÕES VINCENDAS.

O artigo 891 da CLT prevê a antecipação das parcelas vincendas no caso de inadimplemento. Nestes casos, o inadimplemento, e não a mora – frise-se, faz antecipar o vencimento das parcelas, passando a ser devido por inteiro o saldo remanescente do débito. Esta situação tipo, faz incidir a cláusula penal sobre o total do saldo remanescente, excluindo-se portanto, as parcelas já adimplidas do acordo¹⁴.

Conclusão contrária levaria ao cálculo da multa sobre o total do acordo, incidindo em *bis in idem*, pois já adimplida parcela da obrigação, causando lesão ao artigo 412 da Lei 10.406/2002, e subsumindo ao artigo 413 do mesmo

única parcela paga com atraso de apenas 2 (dois) dias, não viola o art. 5º, XXXVI, da CF, pois, nos termos do art. 413 do Código Civil, A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio. Agravo de Instrumento a que se nega provimento.

¹⁴ 20ª Região Nº 01.04-0596/01 NA VARA DE ORIGEM ACÓRDÃO NUM: 1884/02 DECISÃO: 10 09 2002 EMENTA ACORDO JUDICIAL - CUMPRIMENTO PARCIAL - CLAÚSULA PENAL . Comprovado nos autos o pagamento parcial do valor ajustado, a cláusula penal constante do acordo deverá incidir, apenas, sobre o montante não quitado, para não dar vez a enriquecimento sem causa.

diploma, fazendo-se necessária a atuação do magistrado na redução eqüitativa da penalidade¹⁵.

Carrion leciona que:

o vencimento antecipado das primeiras pelo inadimplemento, independe de que, no acordo, tenha sido prevista tal cláusula. As segundas se vencerão automaticamente, de acordo com a ocorrência dos fatos que lhe são requisitos¹⁶.

Esta situação tipo reforça a necessidade de diferenciar-se o inadimplemento da mora, pois, como demonstrado, as conseqüências em cada caso são distintas, já que a mora não importa no vencimento antecipado das parcelas vincendas.

¹⁵ 15ª Região 027142/2000 AP 025759 1999 EMENTA EXECUÇÃO - INADIMPLEMENTO PARCIAL DE ACORDO JUDICIAL - VENCIMENTO ANTECIPADO DAS PARCELAS VINCENDAS - REDUÇÃO DA MULTA CONVENCIONAL - Efetuado o pagamento fora do tempo aprazado, constitui-se em mora o devedor, na forma do artigo 955, do Código Civil. Afastada a excludente de responsabilidade diante da existência de outras maneiras possíveis para o cumprimento obrigacional, resta configurada a sua culpa pelo atraso na quitação, sujeitando-se ao vencimento antecipado das parcelas vincendas (art. 891, CLT). Sendo o inadimplemento da obrigação apenas parcial, há que se reduzir o valor da multa convencional preestabelecida à proporcionalidade da inexecução operada (art. 924, CCB).

CONCLUSÃO

A par da liberdade na direção processual e da promoção *ex officio* da execução trabalhista, cabe ao magistrado decidir por equidade de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público (artigos 8º e 852 – I, §1º da CLT, 127 do CPC). Neste mister é sua obrigação velar pelo não enriquecimento sem causa, injusto, imoral e, invariavelmente contrário ao direito, ainda que somente sob o aspecto da equidade ou dos princípios gerais de direito.

Em que pesem posicionamentos contrários, ressaltando que a autonomia da vontade e a coisa julgada operada pelo acordo firmado não são passíveis de alteração¹⁷,

¹⁶ CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2006

¹⁷ TRT 23ª REGIÃO AP 00143.2006.091.23.00-1 EMENTA ACORDO JUDICIAL. CLÁUSULA PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO. Após a chancela judicial, as condições livremente pactuadas possuem força de lei entre as partes e, por isso, não podem ser modificadas. Na realidade, elas devem ser rigorosamente cumpridas, mormente quando convencionada a adoção de cláusula penal para a hipótese de atraso ou descumprimento da obrigação. Na hipótese, não há que se apelar para os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, visto que a redução da cláusula penal malferir o art. 5º, XXXVI, da CR/88, bem como fere o princípio da igualdade entre as partes, pois, além de violar a coisa julgada materializada no título executivo, acaba beneficiando apenas a parte que não foi diligente no cumprimento do acordo. Portanto, ainda que a segunda e

a utilização do artigo 413 da Lei 10.406/2002, não encontra óbice, na coisa julgada ou na autonomia privada, mas faz parte do dever de manter o equilíbrio e a adequação das relações continuativas, por analogia ao artigo 471, I do CPC. Esta inclusive é a orientação do Enunciado 165¹⁸ da III jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, o que coaduna-se com a parte final do artigo 846,§2º da CLT, pois é possível a cobrança da multa moratória, sem prejuízo do cumprimento do acordo.

REFERÊNCIA

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

CARRION, Valentim. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2006

última parcela tenha sido adimplida com 01 (um) dia de atraso, é direito líquido e certo do Exeqüente o recebimento da multa equivalente a “50% (cinquenta por cento) sobre o valor do acordo “, pois assim transitou em julgado o título executivo.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2006

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SELLA, Adriano. **Ética na Justiça**. São Paulo: Paulus, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**, São Paulo: Atlas, 2004. tomo II.

¹⁸ **165** – Art. 413: Em caso de penalidade, aplica-se a regra do art. 413 ao sinal, sejam as arras confirmatórias ou penitenciais.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 159-176, 2007.

**INFLUÊNCIA DAS REGRAS DE
“COMMON LAW” ATRAVÉS DO
CONTROLE DIFUSO E ABSTRATO DE
CONSTITUCIONALIDADE.**

Cybelle Rodrigues de Souza *

RESUMO

A influência crescente das regras de *common law* no direito pátrio verifica-se por diversos institutos, dentre os quais se destacam as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal devido a seu caráter imperativo, mas não unicamente, pois há também mudanças no controle difuso de constitucionalidade, que ao aplicar regras do controle abstrato muitas vezes transcende o interesse das partes envolvidas, ganhando

* Advogada

Pós-graduanda em Direito Processual pela UNAMA, IUVB, LFG.

Bacharela em Direito pela UFPB.

e-mail: cybellers@hotmail.com

Endereço: Rua Carlos Ulisses de Carvalho, 25. Jardim Luna. João Pessoa – PB. CEP: 58033-130

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 177-201, 2007.

eficácia *erga omnes*. Recentes mudanças do Código de Processo Civil, como o julgamento sumário das causas repetitivas, também são corolários do aumento da influência dos precedentes na busca pela efetividade da prestação jurisdicional.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Processual Civil. Common Law. Controle de Constitucionalidade. Recurso Extraordinário. Objetivação. Precedentes.

1 INTRODUÇÃO

É importante refletir se as mudanças pelas quais os recursos extraordinários vêm passando são conseqüências do modelo de Estado Federado adotado pelo país, na medida em que evitam que dentro do território nacional haja decisões e interpretações divergentes do mesmo dispositivo normativo, aproximando o Supremo Tribunal Federal da Suprema Corte Americana, em que o caráter precípua das decisões é objetivo, não apenas em relação às partes diretamente envolvidas no caso.

Essa tendência de objetivação se verifica no processo constitucional como um todo, seja através do controle de constitucionalidade concentrado ou das súmulas vinculantes, bem como através de recentes modificações do Código de Processo Civil, como a improcedência *prima facie* das causas repetitivas.

Todos esses aspectos demonstram uma aproximação com o modelo de *common law*, em que os precedentes jurisprudenciais são cada vez mais relevantes.

2 DESENVOLVIMENTO

A princípio a expressão controle difuso e abstrato de constitucionalidade pode soar estranha, mas não foi empregada por equívoco, como se demonstrará adiante.

Sabe-se que o direito tem duas grandes famílias: os sistemas de *common law* e de *civil law*. O primeiro é também conhecido como anglo-saxônico, adotado pela Inglaterra, Estados Unidos e demais ex-colônias inglesas; o segundo, ou sistema romano-germânico, foi adotado pela Europa Continental e suas ex-colônias, dentre elas o Brasil.

No sistema de *common law* a legislação é esparsa e há uma grande influência dos precedentes jurisprudenciais, que são vinculativos, enquanto que no *civil law* a fonte primordial do direito é a lei, as decisões dos Tribunais, hipoteticamente, não vinculam as decisões seguintes¹.

Entretanto, o que se observa hodiernamente no Brasil é o aumento da importância dos precedentes e a transformação do Supremo Tribunal Federal em efetivo guardião da Constituição Federal, com decisões cada vez mais políticas, objetivas, imperativas e abrangentes, situação que em muito se assemelha ao modelo já adotado pela Suprema Corte Americana.

Lá, desde o *Judiciary Act* de 1925, que ampliou a discricionariedade dos processos a serem revistos pela Suprema Corte Americana, já se verifica essa análise política e objetiva dos casos a serem julgados pela Suprema Corte.

Ou seja, o que se tem observado no Brasil são casos concretos servindo para a apreciação e defesa da ordem constitucional objetiva, conseqüentemente com análise da constitucionalidade das normas em abstrato, em decisões que transcendem as partes envolvidas na lide e as situações

¹ As súmulas vinculantes brasileiras e os “assentos” portugueses são exceções a essa regra de não-vinculatividade.

particulares postas a exame, influenciando ou até mesmo vinculando decisões futuras de outras instâncias.

Para dar prosseguimento à explanação é importante desmistificar o estudo do controle de constitucionalidade, pois é comum associar o controle difuso ao controle concreto de constitucionalidade, e o controle concentrado ao abstrato, embora sejam quatro conceitos distintos. O controle difuso e o concentrado relacionam-se a quem será competente para prestar a decisão judicial, se qualquer instância ou uma Corte específica, respectivamente.

O controle concreto e o abstrato relacionam-se à apreciação da matéria constitucional posta em discussão, se a sua apreciação é feita de forma incidental, ou seja, se para chegar à sua solução de um caso concreto for preciso apreciar a constitucionalidade, estamos diante do controle concreto, tendo repercussão entre aqueles que fazem parte do processo, entretanto, se a lei em tese, independentemente da existência de um caso concreto, de lide, é o motivo principal, estamos diante do controle abstrato, em que a análise da constitucionalidade é o fim almejado, gerando efeito vinculante e *erga omnes*.

Portanto, é perfeitamente possível que haja controle concreto e concentrado, bem como controle difuso e abstrato. Para exemplificar o primeiro temos a ADI interventiva, em

que se vislumbra a ofensa concreta a princípios sensíveis ensejadora do pedido de intervenção federal face ao Estado-membro infrator, porém, apenas o Supremo Tribunal Federal tem competência para apreciar a questão.

Também nada impede que haja o controle difuso, por qualquer órgão judicial, e abstrato, com a análise da constitucionalidade feita em tese, é o que ocorre quando se instaura o incidente de inconstitucionalidade perante os tribunais.

Outro exemplo de controle difuso e abstrato foi o célebre julgamento do *habeas corpus* que declarou a inconstitucionalidade da Lei de Crimes Hediondos na parte em que vedava a progressão de regime, ou seja, houve uma abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, pois a decisão transcendeu o interesse subjetivo das partes envolvidas e teve eficácia *erga omnes* e vinculante, características típicas do controle *in abstracto*.

Na apreciação do RE 197.917-SP, em que o número de Vereadores de Mira Estrela não era proporcional à população, o STF decidiu pela inconstitucionalidade da Lei Orgânica Municipal, por ofensa ao art. 29, IV, a, b e c da CF. Embora geralmente o controle difuso tenha efeito *ex tunc*, o Min. Gilmar Mendes em voto-vista concedeu efeito *ex nunc*,

para assegurar a segurança jurídica, demonstrando a tendência de abstrativização do controle difuso. Nesse sentido:

E a experiência demonstra, a cada dia, que a tendência dominante - especialmente na prática deste Tribunal - é no sentido da crescente contaminação da pureza dos dogmas do controle difuso pelos princípios reitores do método concentrado. Detentor do monopólio do controle direto e, também, como órgão de cúpula do Judiciário, titular da palavra definitiva sobre a validade das normas no controle incidente, em ambos os papéis, o Supremo Tribunal há de ter em vista o melhor cumprimento da missão precípua de 'guarda da Constituição', que a Lei Fundamental explicitamente lhe confiou. Ainda que a controvérsia lhe chegue pelas vias recursais do controle difuso, expurgar da ordem jurídica a lei inconstitucional ou consagrar-lhe definitivamente a constitucionalidade contestada são tarefas essenciais da Corte, no interesse maior da efetividade da Constituição, cuja realização não se deve subordinar à estrita necessidade, para o julgamento de uma determinada causa, de solver a questão constitucional nela adequadamente contida. (SE-AgR 5206 / EP – ESPANHA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30/04/2004)

No julgamento do RE n. 298.694², admitiu-se a possibilidade do STF apreciar o apelo extremo com base em fundamento diverso do enfrentado pelo Tribunal *a quo*.

² EMENTA: I. Recurso extraordinário: letra a: possibilidade de confirmação da decisão recorrida por fundamento constitucional diverso daquele em que se alicerçou o acórdão recorrido e em cuja inaplicabilidade ao caso se baseia

Foi uma alteração da antiga orientação do Tribunal, em que o RE só era conhecido para ser provido, pois no caso em epígrafe o recurso foi conhecido, porém não foi provido.

Seja como for [no ponto nuclear da dissonância do voto do Ministro Moreira Alves], ousou manter minha posição de que, mesmo no RE, a, ao Supremo Tribunal é dado manter o dispositivo do acórdão recorrido, ainda que por fundamento diverso daquele que o tenha lastreado (RE 298694 / SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 23/04/2004).

Ou seja, mais uma vez há uma aproximação com o modelo de controle de constitucionalidade abstrato, pois permitiu que a causa de pedir recursal fosse aberta, de modo que o STF pudesse apreciar a constitucionalidade com base em fundamento diverso, mesmo que não tenha sido apreciado pelo tribunal *a quo*.

o recurso extraordinário: manutenção, lastreada na garantia da irredutibilidade de vencimentos, da conclusão do acórdão recorrido, não obstante fundamentado este na violação do direito adquirido. II. Recurso extraordinário: letra a: alteração da tradicional orientação jurisprudencial do STF, segundo a qual só se conhece do RE, a, se for para dar-lhe provimento: **distinção necessária entre o juízo de admissibilidade do RE, a - para o qual é suficiente que o recorrente alegue adequadamente a contrariedade pelo acórdão recorrido de dispositivos da Constituição nele pré-questionados - e o juízo de mérito, que envolve a verificação da compatibilidade ou não entre a decisão recorrida e a Constituição, ainda que sob prisma diverso daquele em que se hajam baseado o Tribunal *a quo* e o recurso extraordinário** (RE 298694 / SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 23/04/2004). (grifo nosso)

Transcrevendo o que Alves *apud* Mancuso já dizia há longa data sobre o recurso extraordinário:

(...) esse instituto é "antes ato político do que propriamente, ato de prestação jurisdicional, e isso porque não se decide o caso concreto, mas apenas se verifica a existência ou não de um interesse que não é o do recorrente, mas é superior a ele, pois é o interesse federal de se possibilitar ao tribunal Supremo do país, a manifestação sobre a questão jurídica que objeto daquele caso concreto, mas que transcende dele, pela importância jurídica"³.

O Ministro Gilmar Mendes cunhou o termo “transcender interesses subjetivos”, conforme se observa de texto abaixo transcrito, quando acerca dos recursos extraordinários diz:

Esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional.

(...)

A função do Supremo nos recursos extraordinários — ao menos de modo imediato — não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os

³ ALVES, José Carlos Moreira *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 1999. p. 61.

pronunciamentos das Cortes inferiores. O processo entre as partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos⁴

É incontestável a mudança que se opera no recurso extraordinário e no Pretório Excelso, onde o primeiro transcende os interesses subjetivos das partes envolvidas e o segundo, como guardião de nossa lei maior, parece cada vez mais se aproximar do modelo norte-americano, em que a Suprema Corte não deve tratar de brigas de vizinhos, mas de causas com grande repercussão, o instituto da repercussão geral, previsto no art. 102, § 3º da CF/88 e disciplinado pelos arts. 543-A e 543-B do CPC, é corolário desse entendimento.

Sabe-se que o homem tem o poder transformador de enaltecer ou deturpar, o que preocupa é que o intuito louvável da repercussão geral nos recursos extraordinários, para evitar que o STF seja inundado por inúmeras lides meramente protelatórias, redundantes e insignificantes, transforme-se em meio para macular o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que determina que não se deve excluir da apreciação do judiciário qualquer ameaça a direito.

⁴ RE n. 376.852, rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, por maioria, DJ de 27/03/2003.

Ademais, é difícil valorar o relevante, pois o que para alguns pode não significar nada, uma soma irrisória, para outros pode constituir o resquício mínimo de uma existência digna baseada em seu labor e direito, por expressar justamente o receio que pretendo transmitir, cito as sábias palavras de Passos apud Didier Jr. et al)

Na verdade, perquirir-se da relevância da questão para admitir-se o recurso é consequência da irrelevância do indivíduo aos olhos do poder instituído. Considerar-se de pouca valia a lesão que se haja ilegitimamente infligida à honra, à vida, à liberdade ou ao patrimônio de alguém, ou a outros bens que lhe sejam necessários ou essenciais é desqualificar-se a pessoa humana. Não há injustiça irrelevante! Salvo quando o sentimento de Justiça deixou de ser exigência fundamental na sociedade política. E quando isso ocorre, foi o Direito mesmo que deixou de ser importante para os homens. Ou quando nada para alguns homens – os poderosos.⁵

Contudo, é através das súmulas vinculantes – previstas no artigo 103-A, CF/88 e regulamentadas pela Lei 11.417/06 – que tal modificação se demonstra mais evidente.

Há doutrinadores, como o renomado Moreira (2005), que criticam a expressão “súmulas vinculantes”, pois só há

⁵ PASSOS, Calmon de *apud* DIDIER JR, Fredie et al. **Curso de Direito Processual Civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. Salvador: Juspodivm, 2006. p. 228.

uma única súmula do STF, composta por diversos enunciados, sendo o termo súmulas do STF decorrência de uma corruptela na linguagem forense que passou a citar a súmula pelo número do enunciado. A Emenda Constitucional n. 45 consagra essa linguagem informal, que será adotada nesta breve explanação acerca do tema.

Embora as súmulas até então tenham sido orientações jurisprudenciais, as vinculantes serão coercitivas, estando o juiz obrigado a segui-las. Para aprovação destas é necessário um quorum de 2/3 dos ministros do Pretório Excelso, após reiteradas decisões em que a controvérsia sobre a aplicação da norma constitucional ocasione insegurança jurídica e proliferação de processos sobre o mesmo tema.

Só é válida após a publicação e tem efeito vinculante face aos órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Não subordina o Legislativo, que pode elaborar emenda constitucional em sentido contrário às súmulas vinculantes.

São caracterizadas pela imperatividade e coercibilidade, pois, impostas a todos, delas ninguém pode se esquivar e uma vez descumpridas ensejam reclamação ao STF. Também é possível a intervenção de *amicus curiae* nos institutos supracitados. De forma simples, *amicus curiae* poderia ser definido como a intervenção de alguém em um

processo para ajudar o juiz, oferecendo subsídios técnicos, teóricos ou práticos que o auxiliem na hora da decisão, possibilitando, assim, uma decisão mais respaldada.

Todos esses institutos demonstram uma evidente tendência de objetivação das decisões do STF, ou seja, a análise deixa de ser do direito subjetivo para ser primordialmente do direito em tese, se há constitucionalidade ou não. Portanto, devido ao caráter abrangente das súmulas vinculantes e da repercussão geral no recurso extraordinário, a intervenção do “amicus curiae” constitui uma forma de prévia oitiva da sociedade civil organizada e do próprio Estado em decisões de tamanha relevância, desempenhando assim um inafastável papel de contraditório presumido ou institucionalizado.

As leis n. 11.417/2006⁶ e n. 11.418 /2006⁷ prevêm, sob a alcunha genérica de “terceiros”, a possibilidade de atuação do *amicus curiae*, ressaltando que intervenção de terceiros e *amicus curiae* não são sinônimos, pois neste não se discute direito subjetivo, mas é a possibilidade de se levar,

⁶ Art. 3º, § 2º - No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

⁷ CPC, art. 543-A, § 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

espontaneamente ou quando provocado pelo magistrado, elementos de fato e/ou de direito que de alguma forma relacionam-se intimamente com a matéria posta para julgamento.

E, sabendo-se que já se admitiu intervenção de *amicus curiae* até em *habeas corpus*, nada impede sua atuação em relação à súmula que não tem efeitos vinculantes, mas meramente persuasivos. Então, se o STF admitiu *amicus curiae* sem previsão legal e em processo penal, cabe sua intervenção em qualquer processo, desde que a causa seja relevante e a parte tenha condições de ajudar.

A transcendência dos motivos determinantes no controle abstrato também é outro aspecto dessas mudanças do processo constitucional, significa que nas ADI e ADC a decisão tem efeito *erga omnes* e vinculante, mas não apenas em relação à parte dispositiva, também a fundamentação deve ser observada por todos, podendo-se fazer sentir em outra lei, é o que o Pretório Excelso chama de transcendência dos motivos determinantes que dão suporte ao julgamento, “in abstracto”, de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade⁸.

⁸ “Cabe registrar, neste ponto, por relevante, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no exame final da Rel 1.987/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORREA, expressamente admitiu a possibilidade de reconhecer-se, em

É cabível reclamação constitucional face ao desrespeito à eficácia vinculante oriunda do julgamento dos processos objetivos de controle normativo abstrato em sede de ADI ou ADC, bem como diante da contrariedade a súmula vinculante, que na verdade é editada a partir de decisões tomadas em controle difuso de constitucionalidade.

Ainda que não se empreste eficácia transcendente (efeito vinculante dos fundamentos determinantes) à decisão, o Tribunal, em sede de reclamação contra aplicação de lei idêntica àquela declarada inconstitucional, poderá declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade da lei ainda não atingida pelo juízo de inconstitucionalidade. Portanto, assente a possibilidade de análise da constitucionalidade de leis cujo

nosso sistema jurídico, a existência do fenômeno da "transcendência dos motivos que embasaram a decisão" proferida por esta Corte, em processo de fiscalização normativa abstrata, em ordem a proclamar que o efeito vinculante refere-se, também, à própria "ratio decidendi", projetando-se, em consequência, para além da parte dispositiva do julgamento, "in abstracto", de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade. Essa visão do fenômeno da transcendência parece refletir a preocupação que a doutrina vem externando a propósito dessa específica questão, consistente no reconhecimento de que a eficácia vinculante não só concerne à parte dispositiva, mas refere-se, também, aos próprios fundamentos determinantes do julgado que o Supremo Tribunal Federal venha a proferir em sede de controle abstrato, especialmente quando consubstanciar declaração de inconstitucionalidade, como resulta claro do magistério de IVES GANDRA DA SILVA MARTINS/GILMAR FERREIRA MENDES ("O Controle Concentrado de Constitucionalidade", p. 338/345, itens ns. 7.3.6.1 a 7.3.6.3, 2001, Saraiva) e de ALEXANDRE DE MORAES ("Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional", p. 2.405/2.406, item n. 27.5, 2ª

teor é idêntico ou semelhante a outra já apreciada pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Ressaltando que não se trata da transcendência dos motivos determinantes de decisão em controle abstrato de constitucionalidade, mas da reclamação como um poder inerente ao STF para fiscalizar incidentalmente a constitucionalidade de leis e atos normativos, principalmente em leis de conteúdo idêntico ao já apreciado anteriormente em controle abstrato.

O art. 475, § 3º do CPC⁹ dispensa o reexame necessário quando a sentença estiver fundada em posicionamento tomado pelo Pleno do STF, ou seja, mesmo não sendo sumulado, os precedentes se tornam cada vez mais importantes, influenciando ou até mesmo determinando ações futuras, mesmo quando oriundos de processos não-objetivos.

O art. 518, §1º e o art. 285-A, ambos do CPC, também têm esse caráter de conceder importância a precedentes jurisprudenciais. O primeiro diz que o juiz não receberá a apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula dos Tribunais Superiores; o

ed., 2003, Atlas). (Rel 2986 MC / SE, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo STF, Brasília, 7 a 11 de março de 2005 - Nº379)

⁹ Art. 475, § 3º, CPC - Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo

segundo, que quando houver matéria controvertida unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em casos semelhantes, o juiz pode dispensar a citação e proferir a decisão desde já, reproduzindo o teor da anteriormente prolatada. A semelhança é que ambos fazem referência às demandas repetitivas. Enquanto o art. 285-A visa a racionalizar a administração judicial em casos semelhantes que aludem a entendimentos já reiterados do juiz de primeiro grau e dos tribunais, o art. 518 faz referência às súmulas do STJ e STF, mas ambos são corolários da efetividade processual, buscando a duração razoável do processo, principalmente em causas repetitivas tão comuns, por exemplo, nos Juizados Especiais Federais.

Entretanto, o art. 285-A refere-se apenas às sentenças de improcedência, enquanto que o art. 518, §1º diz que a apelação não deve ser recebida quando a sentença estiver em conformidade com súmula do STJ e STF, ou seja, o segundo não diz que o juiz está obrigado a decidir de acordo com a súmula, mas apenas que não admitirá o recurso, caso a decisão recorrida esteja em conformidade com o entendimento esposado pelos Tribunais Superiores através de súmulas de

Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 177-201, 2007.

jurisprudência, afinal, só há previsão de eficácia vinculante para as súmulas do STF previstas no art. 103-A da CF/88.

Tais institutos são louváveis por diminuir os processos redundantes e evitar decisões discrepantes, corroborando sua relevância na defesa da segurança jurídica através de decisões equânimes, desafogando o Pretório Excelso de feitos insignificantes, entretanto, devem ser utilizados com parcimônia, observando que toda forma de injustiça deve ser evitada, e, sendo cada homem único, condicionar o acesso ao Judiciário poderia configurar a irrelevância do indivíduo aos olhos do poder instituído, pois as decisões judiciais não podem ser monotonamente padronizadas e distribuídas em série.

O jurista não deve ser mero aplicador da lei, mas intérprete da equidade e paladino da Justiça, situação que se observa quando cada ser humano é considerado em sua individualidade, porém, sem feitos procrastinatórios, pois há muito já se diz que justiça tardia é injustiça.

Verifica-se a influência de normas do controle concentrado no controle difuso, o recurso extraordinário servido ao controle abstrato de normas, com decisões que transcendem as partes envolvidas, seja pelo instituto da repercussão geral, pelo poder cautelar dos apelos extremos em

sede dos Juizados Especiais ensejarem o sobrestamento de ações semelhantes, ou da concessão de efeito *ex nunc* ou *erga omnes*, verifica-se também a importância crescente dos precedentes jurisprudenciais, sejam do juiz singular (art. 285-A, CPC) ou dos Tribunais Superiores (art. 518, §1º, CPC), assim como o STF cada vez mais atuante, presente e efetivo na sua função precípua de guardião da Constituição Federal, principalmente pelas súmulas vinculantes, mas também através da transcendência dos motivos determinantes, da causa de pedir aberta e da inconstitucionalidade por arrastamento, aproximando, portanto, nosso ordenamento de regras típicas de um sistema de *common law*.

Espera-se a não submissão à onipotência do Legislativo, com força para mandar e desmandar na produção legiferante, ficando o Judiciário de mãos atadas face à inércia daquele quando se omite a disciplinar um caso concreto em que foi verificada a inconstitucionalidade.

Uma presença mais ativa da interpretação jurisprudencial é algo louvável, mas se espera que esse poder concedido não gere arbitrariedades, pois, mesmo sendo o Pretório Excelso composto por pessoas dotadas de notável saber jurídico, está sujeito à falibilidade humana.

3 CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal não pode mais ser encarado como mera instância recursal última para os litígios individuais, mas como o ente mais competente para interpretar o texto constitucional, que é sua função mais nobre, fazendo com que suas decisões, mesmo em sede de controle difuso de constitucionalidade, sejam cada vez mais abrangentes e imperativas.

Repelir decisões discrepantes dentro do mesmo território nacional e para casos semelhantes, quando não idênticos, é uma pura manifestação da segurança jurídica almejada por toda a sociedade, evitando dúvidas quanto à correta interpretação constitucional e, conseqüentemente, fortalecendo a Lei Maior da República. O recurso extraordinário é exemplo dessa evolução, onde há decisões que deixam de ter efeito apenas *inter partes* para ter efeito *erga omnes*.

Tais modificações aumentam a importância das decisões jurisprudenciais, aproximando-nos das regras de *common law*. Entretanto, como tudo na vida, é preciso que não haja um desvirtuamento de sua finalidade, é preciso que esses

requisitos de repercussão geral e essas decisões abrangentes não sejam formas de sobrepujar o mais fraco, não conduzam a arbitrariedades. Inconteste que a realidade é dinâmica e que as decisões jurisdicionais são formas de melhor aplicar a lei aos casos concretos, mas isso não pode conduzir a segregações detrimntosas, jamais se pode esquecer que cada ser humano é único e que como tal deve ser considerado, sob pena da atividade jurídica se tornar mero mecanismo de aplicação de leis e apreciação de precedentes, uma mera automação que poderia ser promovida por qualquer software.

Afinal, antes de tudo, a atividade jurídica deve ser vista como uma busca exaustiva pela Justiça, que só se consegue quando percebe no jurisdicionado um ser humano, digno de respeito e cujos direitos devem ser preservados.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Comentários à reforma do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 177-201, 2007.

ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Antecedentes históricos do controle difuso de constitucionalidade das leis (the lead case Marbury v. Madison)**. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5838>>.

BARIONI, Rodrigo. O recurso extraordinário e as questões constitucionais de repercussão geral. In: Wambier, Teresa; Wambier, Luiz Rodrigues; Ferreira, William S.; Gomes Júnior, Luiz M.; Fischer, Octávio C. (org.). **Reforma do Judiciário**. São Paulo: RT, 2005.

BERMUDES, Sérgio. **A reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional n. 45**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CAPEZ, Fernando. **Repercussão geral das questões constitucionais: Emenda Constitucional nº 45/2004**. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7709>>.

CHANAN, Guilherme G. **O Supremo Tribunal Federal como corte constitucional**. Páginas de Direito. Disponível em:

<http://www.tex.pro.br/wwwroot/03de2005/osupremo_guilhermegchanan.htm>.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et. al. **Teoria geral do processo**. 20 ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

CUNHA Jr., Dirley; RÁTIS, Carlos. **EC 45/2004: comentários à Reforma do Poder Judiciário**. Salvador: JUSPODIVM, 2005.

DIDIER JR., Fredie. et al. **Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais**. Salvador: JusPODIVM, 2006.

GOMES JR., Luiz Manoel. A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 119, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Reforma do Judiciário**. Diex. Disponível em: <http://www.lex.com.br/noticias/artigos/default.asp?artigo_id=170>.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 177-201, 2007.

MADOZ, Wagner Amorim. O recurso extraordinário interposto de decisão de Juizados Especiais Federais. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 119, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 1999.

MEDINA, Damares. **A finalidade do amicus curiae no controle concentrado de constitucionalidade**. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6917>>.

_____. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. 2 ed. rev. amp. e atual. de acordo com a Lei 9756/98 e a súmula 211 do STJ. São Paulo: RT, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas**. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=108>>.

MENDES, Gilmar. **Transformações do controle de constitucionalidade.** TV Direito. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/viewvideo.asp?id=15>>.

_____. O sistema de controle das normas da Constituição de 1988 e reforma do Poder Judiciário. **Revista da AJURIS.** Porto Alegre, n. 75, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A redação da Emenda Constitucional n. 45: reforma da Justiça. **Revista Forense.** Rio de Janeiro, n. 378, 2005.

SALDANHA, Douglas Morgan Fullin. **Controle de constitucionalidade no direito comparado.** Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7141>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

A ALIENAÇÃO POR INICIATIVA PARTICULAR NO PROCESSO DO TRABALHO

Sérgio Cabral dos Reis¹

1 INTRODUÇÃO

Este artigo pretende estudar o instituto da *alienação por iniciativa particular* (art. 685-C do CPC) e os seus contornos no processo do trabalho. Trata-se de novidade introduzida pela Lei n. 11.382/2006, motivo pelo qual, neste estudo, apresenta-se apenas a primeira impressão sobre a temática. Assim, as críticas posteriores serão sempre bem

¹ Ex-Juiz do Trabalho no Paraná (9ª Região). Ex-Juiz do Trabalho em Sergipe (20ª Região). Juiz do Trabalho na Paraíba (13ª Região). Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense (UNIPAR). Professor de Direito Processual do Trabalho no Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). E-mail: sergio.juiz@gmail.com.

vindas e assaz necessárias, especialmente porque o debate, no particular, visa a aprimorar a prestação da tutela jurisdicional.

Inicialmente, pretende-se expor, em linhas bem gerais, as novidades jurídicas decorrentes da Lei n. 11.382/2006. Em seguida, tecem-se breves comentários aos aspectos históricos e à natureza jurídica do instituto. O objeto, o prazo para requerer e outros aspectos do procedimento também serão ventilados. Finalmente, os possíveis incidentes e os efeitos da alienação por iniciativa particular serão estudados, destacando-se, neste item, os meios de defesa do executado. Eis aí, pois, a finalidade deste modesto artigo.

2 PANORAMA GERAL DA LEI N° 11.382/2006

Antes de tratarmos do regime jurídico da alienação por iniciativa particular, faz-se mister tecer alguns comentários a respeito das inovações processuais introduzidas pela Lei n. 11.382/2006, que cuida *preponderantemente* do processo de execução de títulos executivos *extrajudiciais*. Na realidade, trata-se de alteração legislativa que visa ao aperfeiçoamento da

execução como um todo. (OLIVEIRA, 2007).

Possibilita-se ao exeqüente, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, *para fins de averbação nos registros competentes* de bens sujeitos à penhora ou arresto, evitando a fraude à execução (art. 615-A do CPC). Trata-se, como se sabe, de expediente que, por vezes, vinha sendo utilizado pelos advogados, que obtinham o registro da citação, com fundamento na Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/1973).

Nas execuções por *título executivo extrajudicial*, teremos, após a citação para o pagamento em três dias — e não sendo tal pagamento efetuado —, a realização (pelo oficial de justiça) da *penhora* e da *avaliação em uma mesma oportunidade*, podendo o credor indicar, na petição inicial da execução, os bens a serem preferencialmente penhorados (art. 652 do CPC). Em outras palavras, acelerando corretamente o procedimento em busca da efetividade processual, a Lei n. 11.382/2006 contempla a expedição de um único mandado para citação, penhora e avaliação, e a segunda via permite ao oficial de justiça, no caso de não-pagamento, proceder à penhora e à avaliação de bens. Esse procedimento, como se sabe, já era adotado no processo do trabalho (art. 721, § 3º, da CLT).

A defesa *típica* do executado, nas execuções de

títulos executivos extrajudiciais, far-se-á através dos *embargos do executado*, de regra *sem efeito suspensivo* (art. 739-A do CPC), a serem opostos nos quinze dias subseqüentes à citação (art. 738 do CPC), seguindo-se instrução probatória e prolação da sentença. Ante a existência de regra jurídica expressa (art. 884 da CLT), o prazo, no processo do trabalho, continua sendo de 05 (cinco) dias.

O ajuizamento dos embargos do executado não mais dependerá da “segurança do juízo” (art. 736 do CPC)². Isso, entretanto, ao contrário do que imagina uma parte da doutrina, não retira a relevância da defesa endoprocessual executiva, impropriamente denominada “exceção de pré-executividade”³.

² Embora acreditemos que a melhor sistemática seja a do CPC, pois, na execução de título executivo *extrajudicial*, diferentemente do que ocorre na etapa de cumprimento da sentença, *não houve prévia decisão judicial* a respeito da obrigação (certa, líquida e exigível) que lhe dá conteúdo, é certo que a doutrina vem entendendo, com base no art. 884 da CLT, que a exigência de garantia do juízo pela penhora ou depósito da coisa é pressuposto para o ajuizamento dos embargos à execução. Ilustrativamente, observe-se a lição de Francisco Antonio de Oliveira: “Não vemos razão para a dispensa de penhora para embargar. O direito do exequente já se coloca de forma indiscutível e a facilidade que se dá para embargar possibilitará a procrastinação. A nova regra não é oportuna.” (OLIVEIRA, Francisco Antônio de. Comentários à Lei n. 11.382/06: fatores positivos e negativos; reflexos positivos na eficácia da sentença condenatória, subsídios para a execução trabalhista. *Revista LTr*, São Paulo, ano 71, mar. 2007. p. 277).

³ Acerca da matéria, já está se tornando clássica a seguinte lição de José Carlos Barbosa Moreira: “Não nos estamos pronunciando, neste ensejo, sobre o mérito da questão. Não se cuida, aqui e agora, de saber se realmente merece adesão, e em que medida, a tese da impugnabilidade da execução pelo devedor, fora do âmbito dos embargos. Preocupa-nos tão-só o aspecto

A justificativa é simples: a maioria das matérias ventiladas é de ordem pública, podendo ser argüida a qualquer tempo e grau de jurisdição. Nesse caso, a defesa endoprocessual somente não teria sucesso, se a matéria já tivesse sido abordada em decisão de embargos à execução, sabidamente sujeita à autoridade da coisa julgada material (cognição exauriente). Caso os embargos não sejam ajuizados, não há que se falar em preclusão, restando aberta, além da utilização da defesa heterotópica⁴, a via da petição incidental defensiva, vedada, entretanto, por incompatibilidade cognitiva com o

terminológico do problema: queira-se ou não se queira aceitar a proposta, convém adotar outra nomenclatura. ‘Exceção de pré-executividade’ é expressão, para dizer o menos, gritantemente inadequada. Está claro que o ponto não interessará a quem não dê importância à terminologia – a quem suponha, digamos, que em geometria tanto faz chamar triângulo ou pentágono ao polígono de três lados, e que em anatomia dá na mesma atribuir ao fígado a denominação própria ou a de cérebro... Mas – digamos com franqueza – tampouco interessará muito o que esses pensem ou deixem de pensar” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Exceção de pré-executividade**: uma denominação infeliz. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 121. (Temas de direito processual civil: sétima série.).

⁴ Deve-se entender, por defesa heterotópica, as *ações autônomas prejudiciais à execução*. Em prestigiada monografia sobre o tema, ensina Sandro Gilbert Martins que essas ações “[...], embora encontrem ponto em comum com os embargos à execução, serão ajuizadas em momento e oportunidade diversas destes”. E justifica a denominação: “Optou-se em denominar heterotópica essa defesa, pois as disposições relativas a essas diferentes ações manejáveis pelo executado e seus eventuais reflexos sobre a execução encontrarem-se em tópicos próprios, não inseridos no Livro II do Código de Processo Civil que trata do processo de execução” (MARTINS, Sandro Gilbert. **A defesa do executado por meio de ações autônomas**: defesa heterotópica. São Paulo: RT, 2002. p. 104-5).

processo de execução, a dilação probatória⁵.

Possibilita-se ao executado a formulação de requerimento, no prazo para o ajuizamento da ação incidental de embargos à execução, com o reconhecimento da dívida e a renúncia a essa defesa típica⁶, de pagamento em até seis parcelas mensais, com o depósito inicial de trinta por cento do valor do débito (art. 745-A do CPC). Embora parte da doutrina entenda em sentido contrário, acreditamos que essa sistemática tem campo de aplicação no processo do trabalho⁷.

⁵ Para se admitir a defesa endoprocessual executiva, faz-se necessário, como muito bem notou Rosalina P. C. Rodrigues Pereira, “[...] que o defeito do título não dependa de prova a ser produzida, ou seja, a alegação do executado deve apontar vício que possa ser verificado sem necessidade de dilação probatória, bastando uma leitura mais atenta do título; ou, se precisar de prova, que ela seja unicamente a documental” (PEREIRA, Rosalina P. C. R. **Ações prejudiciais à execução**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 415).

⁶ A doutrina já vem questionando a constitucionalidade dessa norma. Ilustrativamente, observe-se a posição de Estêvão Mallet sobre a temática: “Impedir que o executado se defenda, todavia, ofende, de forma manifesta, a garantia constitucional de ação. Pense-se, apenas a título de exemplo, em inadimplemento decorrente de motivo de força maior ou de causa superveniente extintiva da obrigação. Suscitado o inadimplemento pelo exequente, não há como impedir que se defenda o executado. Assim, o § 2º do art. 745-A, interpretado em conformidade com a Constituição, como tem de ser, obsta, apenas, o oferecimento de embargos fundados em matéria antecedente ao reconhecimento do crédito, não em matéria superveniente” (MALLET, Estêvão. Anotações à Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, ano 73, jan./mar. 2007. p. 77).

⁷ No particular, deve-se perceber que admitimos a moratória judicial (art. 745-A do CPC) no processo de execução por título executivo extrajudicial, inclusive na seara trabalhista (art. 769 da CLT). O que justifica esse incidente é a sua aplicação no início do processo de execução do *título*

Foram introduzidas muitas alterações no sentido de propiciar maior efetividade à execução (alienação judicial de bens por meio de rede mundial de computadores, concessão de usufruto de bem móvel ao exequente etc.), pela adoção de condutas preconizadas pela doutrina e pelos tribunais ou sugeridas pela dinâmica das atuais relações econômicas, inclusive com o apelo aos meios eletrônicos, limitando-se o formalismo ao estritamente necessário.

As regras relativas à *penhorabilidade* e à impenhorabilidade de bens, até então eivadas de anacronismo evidente, foram atualizadas, máxime no relativo à penhora de dinheiro (arts. 649 e 650 do CPC). A rigor, estabelece uma ordem preferencial da penhora com base na liquidez dos bens, permitindo que imóveis residenciais de grande valor possam ser penhorados, equilibrando, assim, o valor constitucional da efetividade do processo com o direito social à moradia (art. 655 do CPC).

extrajudicial. Com o parcelamento legal, busca-se *abreviar*, e não procrastinar, a satisfação do direito do credor *que acabar de ingressar em juízo*. Na lição de Humberto Theodoro Júnior, observa-se que “o credor por título judicial não está sujeito à ação executiva nem tampouco corre o risco de ação de embargos do devedor. O cumprimento da sentença desenvolve-se sumariamente e pode atingir, em breve espaço de tempo, a expropriação do bem penhorado e a satisfação do valor da condenação. Não há, pois, lugar para prazo de espera e parcelamento num quadro processual como esse” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de execução e cumprimento da sentença**. – 24. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Leud, 2007. p. 445-6).

Foi abolido o instituto da *remição de bens*, que teve razão de ser em tempos idos, sob diferentes condições econômicas e sociais, de limitadíssimo uso na prática. Ao cônjuge e aos ascendentes e descendentes do executado, será lícito exercer a faculdade de adjudicação, em concorrência com o exequente.

Quanto aos meios executórios, foram realizadas relevantíssimas mudanças. A alienação em hasta pública, de todo anacrônica e formalista, além de onerosa e demorada, apresenta-se sabidamente como a maneira menos eficaz de alcançar um justo preço para o bem expropriado. Regulou-se, desse modo, como meio expropriatório preferencial, a *adjudicação pelo próprio credor*, por preço não inferior ao da avaliação. Não pretendendo adjudicar o bem penhorado, o credor poderá solicitar sua *alienação por iniciativa particular ou através de agentes credenciados*, sob a supervisão do Juiz. Somente em último caso, portanto, far-se-á a alienação em hasta pública, simplificados seus trâmites (prevendo-se até o uso de meios eletrônicos) e permitido ao arrematante o pagamento parcelado do preço do imóvel, mediante garantia hipotecária. Da mesma forma, não vislumbramos incompatibilidade dessas mudanças com o processo trabalhista.

É inegável, com essas providências, que se tornará

mais atraente a aquisição de móveis e imóveis, diminuindo-se, dessa forma, o índice de hastas públicas infrutíferas. É importante também ressaltar a vantagem de ser realizada independentemente da disponibilidade dos órgãos judiciários assoberbados de procedimentos relativos às hastas públicas, imprimindo maior eficiência e celeridade na atuação do meio sub-rogatório tendente à satisfação do crédito exequendo.

3 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS E NATUREZA JURÍDICA DA ALIENAÇÃO POR INICIATIVA PARTICULAR

É preciso perceber que a alienação por iniciativa particular não constitui novidade absoluta no ordenamento jurídico pátrio. O art. 973 do CPC anterior (1939) continha regra similar ao atual art. 685-C do CPC. Enquanto esta regra autoriza que a alienação se dê a requerimento do exequente, por sua própria iniciativa ou por intermédio de corretor judicialmente credenciado, aquela antiga estabelecia que a alienação seria “confiada a institutos autorizados em lei, ou a

leiloeiro público, escolhido pelos interessados, ou, à falta nomeado *ad hoc* pelo juiz”. (BRASIL, 1939).

O revogado art. 700 do CPC também já tratava da matéria. A diferença reside no fato de que essa regra, ao contrário da sistemática atual, autorizava tão-somente a alienação de bens imóveis. Demais disso, a simples leitura do novel art. 685-C do CPC evidencia que “[...] a operação pode ser feita, ou não, por meio de corretor, já que se permite ao exeqüente assumir, ele próprio, a tarefa de promover a alienação”⁸. Como se percebe, a sistemática atual é bem mais ampla e flexível.

Lembra Theodoro Júnior que “a experiência de expropriação executiva fora dos padrões da hasta pública judicial já é antiga no direito brasileiro”⁹. Curiosamente, são procedimentos favoráveis às instituições financeiras. Observe-se que os “contratos do sistema financeiro de habitação permitem à instituição financeira executar extrajudicialmente os imóveis hipotecados”. (Lei n. 5.741/1971) O contrato de alienação fiduciária em garantia de bens móveis enseja ao credor busca e apreensão *judicial* do bem vinculado, permitindo-lhe, em seguida, aliená-lo extrajudicialmente, para

⁸ THEODORO JÚNIOR, **op. cit.**, p. 337.

⁹ *Idem*, p. 337.

se pagar o saldo devedor (Dec. Lei n. 911/1969). Por sua vez, quando se trata de contrato de alienação fiduciária de *imóvel*, não existe qualquer procedimento executivo judicial. Nesse caso, constituído o devedor em mora, por intimação efetuada através do Registro de Imóveis, “[...] o credor obtém a consolidação da propriedade por simples averbação na matrícula respectiva, ficando, a partir de então, autorizado a aliená-lo, extrajudicialmente, em leilão público” (arts. 22 a 27 da Lei n. 9.514/1997)¹⁰.

Da mesma forma, o art. 52, *VII*, da Lei n. 9.099/1995, que trata dos Juizados Especiais Estaduais, prevê a possibilidade de alienação por iniciativa particular. Dispõe essa regra:

Na alienação forçada dos bens, o juiz poderá autorizar o devedor, o credor ou terceira pessoa idônea a tratar da alienação do bem penhorado, a qual se aperfeiçoará em juízo até a data fixada para a praça ou leilão. Sendo o preço inferior ao da avaliação, as partes serão ouvidas. Se o pagamento não for a vista, será oferecida caução idônea, nos casos de alienação de bem móvel, ou hipotecado o imóvel.

¹⁰ Idem, p. 337-8.

Como se verá ao longo deste artigo, embora similares, os regimes jurídicos do CPC e dos Juizados Especiais são distintos.

Deve-se perceber, nesta oportunidade, que a alienação por iniciativa particular não é hipótese do que a doutrina impropriamente convencionou chamar de “privatização do processo”¹¹. Trata-se de *meio de expropriação* de bens. Possui, certamente, um *caráter negocial*, mas também *de feição pública*¹², pois incumbe ao Juiz examinar os elementos de existência, os requisitos de validade e os fatores de eficácia do negócio, avaliando a admissibilidade da oferta e do preenchimento dos demais pressupostos do remate. “É o juiz que, afinal, irá promover a transferência do bem do domínio do executado para o do

¹¹ Para José Carlos Barbosa Moreira, “[...] no que concerne ao processo, os fenômenos a cujo respeito se vem falando de ‘privatização’, independentemente do juízo que se faça sobre cada um deles, não parecem ministrar justificação cabal para o uso da palavra. O que se pode e deve reconhecer é a propensão do nosso tempo — com intensidade variável, segundo o lugar e a matéria — para envolver particulares na atividade de solução de litígios, quer na esfera judicial, quer fora dela. Rotular esse movimento de ‘privatização do processo’ ou ‘da Justiça’, no entanto, claramente se afigura pouco apropriado” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Privatização do processo?** São Paulo: Saraiva, 2001. p. 11-2. (Temas de direito processual civil: sétima série).

¹² ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. – 11. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: RT, 2007. p. 730.

adquirente”¹³. Conclui-se, assim, que o instituto possui natureza jurídica *híbrida*¹⁴.

Para finalizar este item, deve-se observar que a alienação por iniciativa particular constitui meio de expropriação de bens não apenas do processo autônomo de execução, mas também da etapa de cumprimento da sentença.

4 APLICAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO

Conforme visto no item anterior, a alienação por iniciativa particular (art. 685-C do CPC) constitui importante instituto voltado ao aprimoramento da execução. Embora juristas de escol posicionem-se em sentido contrário¹⁵,

¹³ THEODORO JÚNIOR (a), **op. cit.**, p. 338.

¹⁴ Correta, pois, a seguinte conclusão de Danilo Knijnik: “Trata-se, a nosso ver, de procedimento híbrido, consistente numa alienação judicial conduzida por particular (o exeqüente) ou corretor, mas sempre segundo condições predeterminadas pelo juízo executivo, configurando-se **meio executivo** adicional à adjudicação e à arrematação” (KNIJNIK, Danilo. **A nova execução de títulos extrajudiciais**: comentários à Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006 / OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 246).

¹⁵ Para Manoel Antonio Teixeira Filho, embora “[...] a alienação por iniciativa particular seja mais rápida e menos formal do que a realizada por meio de praça e leilão, o § 3º do art. 888, da CLT, conjugado com o art. 769,

acreditamos que esse novel instituto, por existência de lacuna legislativa, é perfeitamente aplicável ao processo trabalhista, sobretudo porque não existe incompatibilidade com a sua sistemática (art. 769 da CLT)¹⁶.

A interpretação do art. 769 da CLT¹⁷, resgatando a sua concepção histórica, deve sempre ser realizada à luz do princípio da proteção do trabalhador¹⁸. É essa, e somente essa, a *mensagem ideológica* contida no texto normativo do art. 769

do mesmo texto legal, representa um expressivo obstáculo à incidência do art. 685-C no processo do trabalho”. Com base no art. 23 da Lei n. 6.830/1980, o conhecido processualista paranaense conclui o seu ponto de vista: “Como se percebe, também sob a perspectiva desta norma legal (CLT, art. 889) não há possibilidade de a alienação ser efetuada por iniciativa particular” (TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Execução de título extrajudicial**: breves apontamentos à Lei n. 11382/2006, sob a perspectiva do processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2007, p. 104).

¹⁶ No mesmo sentido: SARAIVA, Renato. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Método: 2007, p. 608.

¹⁷ Art. 769 da CLT: “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”.

¹⁸ A seguinte lição de Jorge Luiz Souto Maior, segundo pensamos, revela-se perfeita: “Notoriamente, o que se pretendeu (daí o aspecto teleológico da questão) foi impedir que a irrefletida e irrestrita aplicação das normas do processo civil evitasse a maior efetividade da prestação jurisdicional trabalhista que se buscava com a criação de um procedimento próprio na CLT (mais célere, mais simples, mais acessível). Trata-se, portanto, de um regra de proteção, que se justifica historicamente. Não se pode, por óbvio, usar a regra de proteção do sistema como óbice ao seu avanço. Do contrário, pode-se ter por efeito um processo civil mais efetivo que o processo do trabalho, o que é inconcebível, já que o crédito trabalhista merece tratamento privilegiado no ordenamento jurídico como um todo” (SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Reflexos das alterações do Código de Processo Civil no processo do trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, ano 70, v. 8, ago. 2006, p. 920).

da CLT. A interpretação crítica do Direito — fundamental na consolidação da justiça social — recomenda que o direito processual comum seja utilizado no processo do trabalho, inclusive na fase recursal ou de execução, naquilo em que permitir maior celeridade ou efetividade na prestação jurisdicional¹⁹, *ainda que exista regra jurídica previamente estabelecida em sentido contrário*²⁰. Trata-se de uma nova hermenêutica constitucional, calcada na realização dos direitos fundamentais, notadamente quanto ao princípio da adequada prestação da tutela jurisdicional.

Pontifica Cordeiro:

Admitir a inflexibilidade do conteúdo formal do art. 769 da CLT significa, nos dias atuais, negar a própria eficácia de um direito fundamental. Essa negação, muitas vezes, pode ser justificada pela observância cega do princípio da legalidade, consubstanciando-se na assertiva que a lei regula integralmente determinada matéria.

¹⁹ Jorge Luiz Souto Maior é enfático: “O juízo trabalhista, portanto, apenas se valerá das normas do processo civil quando estas, sendo compatíveis com o espírito do processo do trabalho, como dito, puderem melhorar a prestação jurisdicional, no sentido da efetividade da prestação jurisdicional” (SOUTO MAIOR, **op.cit.**, p. 920).

²⁰ Para Carlos Henrique Bezerra Leite, “[...] as normas do processo civil, desde que impliquem maior efetividade à tutela jurisdicional dos direitos sociais trabalhistas, devem ser aplicadas nos domínios do processo do trabalho como imperativo de promoção do acesso do cidadão-trabalhador à jurisdição justa” (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Cumprimento espontâneo da sentença (lei 11.232/2005) e suas repercussões no processo do trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, ano 70, v. 9, set. 2006, p. 1042).

Pouco adiante, arremata o culto processualista paraibano:

Sob todas as óticas possíveis, é viável concluir que as regras tradicionais de aplicação subsidiária das normas de direito do processo civil revelam-se anacrônicas. A premissa básica de superioridade finalística das normas de processo do trabalho não é mais verificável e afigura-se, em muitos casos, absolutamente inverídica. Todo o ambiente sócio-jurídico atual conspira contra a vedação expressa da aplicação das normas de processo civil ao processo do trabalho, tendo em vista que aqueles, em muitas situações, tornaram-se mais aptas para resolver litígios de índole trabalhista.²¹

Eis aí, portanto, a premissa metodológica do intérprete, na análise da aplicabilidade ou não, ao processo do trabalho, das regras oriundas das reformas legislativas do processo comum. Aplica-se, por analogia, o disposto no art. 265-A do CPC português: “Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos atos que melhor se ajustem ao fim do processo,

²¹ CORDEIRO, Wolney de Macedo. Da releitura do método de aplicação subsidiária das normas de Direito Processual comum ao Processo do Trabalho. In: Chaves, Luciano Athayde (org.). **Direito Processual do Trabalho**: reforma e efetividade. São Paulo: LTr, 2007. p. 35 e 36, respectivamente.

bem como as necessárias adaptações”. A natureza jurídica alimentar das verbas reclama, ainda que inexista lacuna legislativa, a aplicação dos novos dispositivos que permitam uma justa aceleração na entrega da prestação jurisdicional²². Afinal, a técnica processual deve realizar os valores constitucionais, tutelando o direito material segundo as suas peculiaridades. Em outras palavras, faz-se mister compreender que não adianta a regularidade formal do processo, se o mesmo, substancialmente, encontra-se em desacordo com os valores constitucionais que o regem²³.

²² Revela-se pertinente a seguinte lição de Plauto Faraco de Azevedo: “Não pode o juiz ignorar ou descurar os preceitos do ordenamento jurídico ao dirimir os litígios que lhe são submetidos. Pode, todavia, ocorrer que, valorizando os dados peculiares a cada um destes, conclua, por vezes, que a regra de direito positivo que lhe seria aplicável por mera subsunção, ocasionaria efeitos indesejáveis ou inaceitáveis. Nestas situações, por obediência ao direito, deve afastar essa regra ou descobrir-lhe novo sentido, buscando dar ao caso tratamento consentâneo com as exigências da justiça”. E arremata: “Não se trata das exigências da justiça abstrata. Trata-se das exigências da justiça perceptíveis na sociedade e compatíveis com a dignidade humana, de tal sorte que ignorá-las, para dar prevalência a lei ou leis em descompasso com o processo histórico-cultural, importa em negação da justiça e conseqüente frustração das expectativas sociais, impedindo a normal evolução do direito e a superação das contradições sociais pela via pacífica e criativa da jurisprudência” (AZEVEDO, Plauto Faraco. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 70).

²³ Na lição de Luciano Athayde Chaves, [...] mostra-se plenamente defensável a tese do reconhecimento do anquilosamento normativo, por incompatibilidade com o tronco constitucional, de normas processuais trabalhistas que conspiram, numa relação comparativa com a processualística comum ou com outro subsistema processual especializado, contra o espírito da celeridade e efetividade processuais almejados pela Carta Política, notadamente em se tratando de Processo do Trabalho, cuja

5 QUESTÕES RELATIVAS AO PROCEDIMENTO DA ALIENAÇÃO DA INICIATIVA PARTICULAR

Podem ser alienados por iniciativa particular quaisquer bens penhorados: móveis ou *imóveis*. O CPC estabelece o procedimento relativo à alienação por iniciativa particular. Observe-se o que dispõem essas regras jurídicas:

Art. 685-C do CPC. Não realizada a adjudicação dos bens penhorados, o exeqüente poderá requerer sejam eles alienados por sua própria iniciativa ou por intermédio de corretor credenciado perante a autoridade judiciária.

§ 1º. O juiz fixará o prazo em que a alienação deve ser efetivada, a forma de publicidade, o preço mínimo (art. 680), as condições de pagamento e as garantias, bem como, se for o caso, a comissão de corretagem.

§ 2º. A alienação será formalizada por termo nos autos, assinado pelo juiz, pelo exeqüente, pelo adquirente e, se for presente, pelo executado, expedindo-se carta de alienação do imóvel para o devido registro imobiliário,

existência, como ramo especial da processualística, está teleologicamente vinculada aos conceitos de simplicidade e rapidez de seu *iter* procedimental (CHAVES, Luciano Athayde. Lacunas no Direito Processual do Trabalho. In: Chaves, Luciano Athayde. **Direito Processual do Trabalho**: reforma e efetividade. São Paulo: LTr, 2007. p. 94).

ou, se bem móvel, mandado de entrega ao adquirente.

§ 3º. Os Tribunais poderão expedir provimentos detalhando o procedimento da alienação prevista neste artigo, inclusive com o concurso de meios eletrônicos, e dispor sobre o credenciamento dos corretores, os quais deverão estar em exercício profissional por não menos de 5 (cinco) anos.

Não existe uma data previamente fixada para a alienação por iniciativa particular. Vale notar que o exeqüente, a distância do Poder Judiciário, pode alienar o bem vinculado à execução a terceiro, mas isso somente pode ocorrer *após adjudicá-lo*²⁴. O certo é que, *mediante controle judicial*, como meio expropriatório (art. 685-C do CPC) estatal, deve figurar entre a possível adjudicação e o início da hasta pública. Em razão disso, uma parte da doutrina vem sustentando que o vencimento do prazo, para pedir a adjudicação, são os 10 dias após a intimação da penhora, quando se pode requer a substituição dos bens (art. 668 do CPC). Para essa corrente, se

²⁴ No particular, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart prelecionam o seguinte: “Não há dúvida que o exeqüente pode alienar privadamente o bem, sem qualquer interferência do Poder Judiciário, após adjudicá-lo. Isto quer dizer que o exeqüente apenas deve preferir a alienação particular do bem quando não tiver interesse em adjudicá-lo para, mais tarde, analisar a conveniência da sua venda” (MARINONI, Luiz G.; ARENHAT, Sérgio C. **Curso de processo civil: execução**. São Paulo: RT, 2007. v.3, p. 317).

o pedido de adjudicação for formulado antes, aguarda-se a decorrência desse prazo²⁵.

De nossa parte, acreditamos que o momento de requerer a alienação por iniciativa particular encerra-se com a efetiva realização da hasta pública. Se a fase de publicidade desta já tiver ocorrido, o executado deve arcar com a comissão do leiloeiro, salvo acordo expresso de pagamento pelo terceiro adquirente.

O primeiro requisito da alienação por iniciativa particular diz respeito à presença de requerimento expresso do exeqüente. Observa-se que não pode haver iniciativa oficial. Trata-se, em princípio, de uma faculdade do exeqüente. “Embora não haja previsão específica, do requerimento deverá ser **ouvido** o devedor, garantindo-lhe o direito de participar na formação da resolução autorizativa a ser emitida pelo juiz, que se exteriorizará mediante uma decisão interlocutória”²⁶.

Uma pergunta se impõe: o executado pode requerer a alienação por iniciativa particular? Acreditamos que sim. Ao contrário do que se imagina, “[...] o entendimento de que essa

²⁵ Para Ernane Fidélis dos Santos, “o pedido deve ser feito quando vencido o prazo em que se pode pedir a adjudicação. Feito antes, porém, apenas aguarda-se a decorrência do prazo” (SANTOS, Ernane Fidélis dos. **As reformas de 2006 do Código de Processo Civil**: execução de títulos extrajudiciais. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 82).

²⁶ Knijnik, op. cit., p. 247.

maneira de alienação interessa somente ao exeqüente é absolutamente equivocado, considerando-se que também ao executado é interessante que o bem penhorado seja alienado pelo maior valor possível²⁷. Assim, nada impede que o executado, convergindo para a efetividade do processo de execução, tenha a iniciativa de buscar, por sua conta e risco, interessados para adquirir o bem penhorado. Nesse caso, assim como deve ocorrer em relação ao requerimento do exeqüente, o Juiz, para o deferimento ou não da medida, deve considerar “a natureza do bem penhorado, as condições do mercado e outras circunstâncias”²⁸ do caso concreto. No caso de eventual requerimento do executado, é importante, também, a concordância ou a simples ausência de prejuízo ao exeqüente²⁹.

Uma outra questão interessante em relação ao requerimento do exeqüente diz respeito à adjudicação. Existe preclusão lógica? Em outras palavras, requerida a alienação por iniciativa particular, fica o exeqüente impedido de pleitear, posteriormente, a adjudicação? Acreditamos que a resposta

²⁷ NEVES, Daniel Assumpção Amorim et. al. **Reforma do CPC 2**. São Paulo: RT, 2007, p. 380.

²⁸ ASSIS, **op. cit.**, p. 731.

²⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. São Paulo: RT, 2007. v. 3, p. 156.

não é absoluta. Se a alienação por iniciativa particular restar concretizada, pensamos que a adjudicação pelo exequente fica inviabilizada, prestigiando-se a boa-fé do terceiro adquirente. Ao contrário, se a alienação por iniciativa particular resultar infrutífera, a satisfação do crédito pode ocorrer pela adjudicação³⁰.

A alienação por iniciativa particular pode ocorrer através de mediação *facultativa* de corretor³¹ *credenciado* perante o órgão judiciário. A legislação (art. 685-C, § 3º, do CPC) exige que o corretor esteja em pleno exercício da profissão, regulamentada ou não, pelo período mínimo de cinco anos como meio de assegurar a idoneidade do escolhido. A rigidez legislativa, certamente, não é o melhor critério³². Muitas vezes, um profissional com menos tempo de corretagem, em virtude do conhecimento do mercado local, pode concretizar a alienação particular com sucesso.

³⁰ Entendendo que o bem penhorado por ser adjudicado, se a *hasta pública* restar infrutífera: ASSIS, *op. cit.*, p. 793-4.

³¹ A profissão de corretor de imóveis é expressamente regulamentada pela Lei n. 6.530/1978.

³² Corretamente, observam J. E. Carreira Alvim e Luciana G. Carreira Alvim Cabral: “Haverá muitos corretores, com menos de cinco anos no mercado, com grande habilidade para fazer alienações, e, outros, com mais de cinco anos, que não conseguem vender nem um prego. Questões como essas, relativas a credenciamento, deveriam ser deixadas à discricção dos juizes, que se supõe estarem em condições de escolher o corretor para proceder à alienação”. (ALVIM, J. E. Carreira; CABRAL, Luciana G. Carreira Alvim. **Nova execução de título extrajudicial**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 145-6).

É também o pensamento de Santos:

A corretagem é atividade lícita que pode ser exercida por qualquer pessoa. Nesse caso, embora a lei afirme que a alienação deve ser feita por corretor credenciado perante a autoridade judiciária, a pedido do exeqüente, o juiz pode, em princípio, nomear quem não o seja, sempre, porém, observando que a atividade, séria e corretamente exercida, é de interesse imediato da Justiça³³.

Assim, acreditamos que o Juiz pode (ou deveria) afastar o critério acima em virtude das peculiaridades do caso concreto³⁴.

O valor da comissão será fixado pelo Juiz. Urge observar que, se o exeqüente pode agir sem o concurso de qualquer intermediário, nada impede que o mesmo seja *auxiliado* por corretor *não credenciado*, caso em que a eventual comissão não fará parte das despesas processuais³⁵.

³³ SANTOS, **op. cit.**, p. 83.

³⁴ NEVES, **op.cit.**, p. 383.

³⁵ Humberto Theodoro Júnior resume: “se a corretagem faz parte do programa previamente aprovado pelo Juiz, a comissão integra as custas da execução; se, porém, o exeqüente não quis se submeter aos corretores credenciados do juízo, e preferiu assumir integralmente o encargo da alienação, a despesa que fizer com a remuneração do intermediário profissional de sua confiança não poderá figurar nos custos do processo, e, portanto, não será exigível do executado” (THEODORO JÚNIOR (a), **op. cit.** p. 338).

Bueno, de forma correta, observa que nada impede o exequente que não foi bem sucedido na sua iniciativa de alienação particular de pleitear, com sucesso, que esse ato seja realizado por intermédio de corretor. No particular, não se observa a existência de prejuízo para o executado³⁶. O limite continua sendo a concretização da hasta pública, ressalvando-se a questão do custeio de eventuais despesas do leiloeiro, especialmente no que se refere à publicidade.

Incumbe ao Juiz fixar as *condições do negócio*. São vários os aspectos exigidos. Em primeiro lugar, deve-se indicar o *prazo máximo* da tentativa de alienação particular. Naturalmente, não se trata de prazo peremptório, podendo ser dilatado em virtude de razoáveis circunstâncias decorrentes do caso concreto³⁷. Em segundo lugar, deve-se fixar a *forma de publicidade*. Segundo pensamos, não se trata de exigência absoluta. “A exigência se liga à necessidade de mínima publicidade para a venda, objetivando assegurar o melhor preço para os interesses do credor e do devedor”³⁸. Solução interessante parece ser a previsão de cláusula geral pelo Juiz, de modo que o enfoque sobre um ou outro meio de

³⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 3, p. 189.

³⁷ NEVES, **op.cit.**, p. 384.

³⁸ MARIONI; ARENHART, **op. cit.**, p. 318.

publicidade pode ficar ao alvedrio do corretor, ciente das peculiaridades do mercado, o que inclui a cultura local³⁹. Em terceiro lugar, deve-se fixar o *preço mínimo* do negócio, o qual, *em princípio*, por incidência do princípio da execução menos onerosa ao devedor⁴⁰, deve ser o valor da avaliação, ressalvada a concordância expressa do executado⁴¹. Pensamos, entretanto, que a alienação particular pode ocorrer por valor inferior ao da avaliação⁴², desde que o Juiz, mediante um

³⁹ Daniel Assumpção Amorim Neves entende que “o que deve ficar claro é que, a partir do momento em que a alienação é privada, intervenções judiciais devem ser raras, dentro de certa razoabilidade, o que afasta a possibilidade de o juiz indicar a maneira de tornar pública a oferta” (NEVES, **op. cit.**, p. 385).

⁴⁰ Como afirma Alexandre Freitas Câmara, “[...] todos sabem que em hasta pública dificilmente se consegue a alienação do bem por seu valor de mercado. É muito freqüente que as pessoas procurem as hastas públicas com o objetivo declarado de efetivar um ‘bom negócio’, adquirindo o bem por preço inferior ao de mercado”. Observa-se, entretanto, que, em muitos casos, a exemplo da alienação de veículos usados, “[...] o normal é a aquisição do bem pelo seu preço de mercado”. Assim sendo, como bem observa o citado processualista fluminense, “pode-se dizer que esse método de alienação independentemente de hasta pública pode ser muito mais eficiente na busca da realização prática do princípio da menor onerosidade possível para o executado (art. 620 do Código de Processo Civil)” (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 184-5).

⁴¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. São Paulo: RT, 2007. v. 3, p. 157.

⁴² Em sentido contrário, manifesta-se Araken de Assis: “Embora o art. 685-C do CPC, § 1.º, inclua a fixação do preço mínimo nas disposições acerca da alienação por iniciativa particular, ele não poderá ser inferior ao da avaliação (art. 680). E isso porque a alienação forçada não pode provocar dano injusto

critério de razoabilidade face à baixa liquidez do bem, considere um valor inferior ao que teoricamente se obteria com a alienação em hasta pública⁴³. Em quarto lugar, incumbe ao Juiz fixar a *forma de pagamento*, que pode ser a vista ou a prazo, e as *garantias*, normalmente a caução de bem móvel e a hipoteca sobre o próprio imóvel alienado. Em quinto lugar, o Juiz deve fixar o *valor da comissão* de corretagem e a *responsabilidade* pelo respectivo pagamento. Finalmente, se for o caso, o Juiz deve designar o corretor.

É preciso perceber que a alienação por iniciativa particular possui inegáveis vantagens perante a expropriação em hasta pública. Em especial, destacam-se dois aspectos: *a)* a cooptação do adquirente; *b)* a dispensa da publicação de editais. O primeiro, à evidência, diz respeito à iniciativa do exeqüente, inclusive com auxílio facultativo de corretor credenciado procurar um “comprador” para o bem penhorado. Já o segundo aspecto sofre incidência dos princípios da eficiência e da economia processuais, vez que os editais públicos, além de sobrecarregar o valor total da execução, nem sempre produzem os efeitos práticos esperados.

ao executado e, de resto, há o impedimento geral à alienação por preço vil” (ASSIS, Araken. **op. cit.**, p. 733).

⁴³ KNIJNIK, **op. cit.**, p. 248.

De acordo com o art. 685-C, § 3º, do CPC, os Tribunais poderão expedir provimentos detalhando o procedimento da alienação prevista neste artigo, inclusive com o concurso de meios eletrônicos. Embora uma parte da doutrina questione a constitucionalidade dessa regra⁴⁴, acreditamos que a medida é extremamente salutar e deve ser logo observada, a fim de evitar dúvidas e incompreensões em relação ao instituto em análise. Caso isso não ocorra — o que não é conveniente —, “[...] a alienação particular poderá ser determinada pelo próprio juiz, estipulando as condições⁴⁵.”

Na realidade, o procedimento é simples. O terceiro adquirente deve apresentar proposta escrita, por intermédio ou não do corretor. Em seguida, deve haver manifestação das partes. Ato contínuo, como regra, segue a decisão do Juiz, a qual é atacável, no processo comum, por agravo de instrumento e *irrecorrível* no processo do trabalho (art. 893, § 1º, da CLT).

A alienação por iniciativa particular será formalizada por termo nos autos, o qual deve ser assinado pelo Juiz, pelo exeqüente, pelo adquirente e, se estiver presente, pelo

⁴⁴ ASSIS, Araken de. **op. cit.**, p. 731.

⁴⁵ HOFFMAN, Paulo et al. **Nova execução de título extrajudicial**. São Paulo: Método, 2007, p. 163.

executado. Como se percebe, é perfeitamente desnecessária a participação do executado⁴⁶.

A seguinte lição de Theodoro Júnior é perfeita:

O termo nos autos é o aperfeiçoamento do título que permitirá a posterior transferência da propriedade. Equivale à escritura pública no caso da compra e venda. Mas, como a propriedade não se transfere só com o consenso negocial das partes, haverá de um traslado da escritura ser encaminhado ao Registro de Imóveis, para que, então, se dê ali a efetiva passagem do direito real para o comprador.

E conclui o renomado processualista de Minas Gerais:

A carta de alienação é, nessa ordem de idéias, o instrumento de que se vai utilizar o adquirente para obter, junto ao Registro de Imóveis, a transmissão da propriedade prevista no ato substancial praticado entre ele e o órgão judicial executivo. É algo como o

⁴⁶ Observa Humberto Theodoro Júnior que “[...] nunca haveria meio de coagir o executado a firmar o termo, de maneira que seria absurdo imaginar que a falta de sua presença e assinatura pudesse comprometer a eficácia de um ato jurisdicional soberano, como é a expropriação executiva na execução por quantia certa. A assinatura do executado, por isso, é mera eventualidade, cuja falta em nada compromete o aperfeiçoamento da alienação por iniciativa particular” (THEODORO JÚNIOR, Humberto (b). **A reforma da execução do título extrajudicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 128-9)

traslado da escritura pública, de compra e venda de imóvel⁴⁷.

Em resumo, a aquisição de domínio, quando se trata de bem imóvel, dá-se pelo registro da carta de alienação por iniciativa particular, ao passo que, quando se tratar de bem móvel, pelo mandado de entrega ao adquirente.

6 INCIDENTES E EFEITOS DA ALIENAÇÃO POR INICIATIVA PARTICULAR

Na alienação por iniciativa particular, assim como em todos os atos processuais, podem surgir incidentes, que devem ser prontamente solucionados pelo Juiz da execução.

Partindo-se da eficácia abstrata do título executivo, realiza-se a tutela jurisdicional executória mediante a simples realização concatenada de atos processuais de invasão patrimonial do executado, independentemente da participação voluntária deste. O procedimento *normal* no cumprimento dessa finalidade, a despeito de eventual contraditório e

⁴⁷ THEODORO JÚNIOR (a). *op cit.*, p. 339.

cognição rarefeita, traduz-se na realização sucessiva e lógica desses atos processuais de coerção patrimonial. Questionamentos — que, em linha de princípio, não eram esperados, mas fazem parte do complexo de discussões que *podem* ocorrer no bojo do processo de execução —, entretanto, podem surgir no curso deste procedimento, muitas vezes, através do que chamamos *defesa endoprocessual*⁴⁸. É o que

⁴⁸ Deve-se observar que tudo o que está dito no texto vale para a *fase de cumprimento de sentença* (art. 475-I do CPC). Quando se entra na fase de *realização* do direito, independentemente de se estar em processo autônomo ou não, a sistemática é sempre a mesma: *preponderância* dos atos executivos, em virtude da eficácia abstrata do título. No processo do trabalho, em que a execução de título executivo judicial sempre foi uma mera *fase*, já que possibilitada a sua iniciação de ofício (art. 878 da CLT), nunca se questionou a respeito da utilização da defesa endoprocessual. O enfoque “interno”, certamente, tem como referência a nova fase: a executiva. Assim, vale repetir, o momento de realização do direito, seja em processo autônomo (título executivo extrajudicial e execução contra a Fazenda Pública), seja em mera fase, tem um regime jurídico peculiar, principalmente em vista da eficácia abstrata do título executivo. Diante disso, concluímos que a *possibilidade* de o executado argüir a *impugnação ao cumprimento da sentença* não faz parte da cadeia normal dos atos processuais destinados preponderantemente à satisfação do direito. Qualquer questionamento traduz-se em mero incidente processual. Afinal, o réu ou o executado — se a fase já é executiva, não vemos problema em mudar a denominação do sujeito passivo do processo — somente tem a faculdade de impugnar, devendo isso ocorrer de maneira responsável, nos estritos moldes traçados pelo ordenamento jurídico, pois, do contrário, poderá arcar com as conseqüências financeiras daí decorrentes (multa por litigância de má-fé, por exemplo). Além disso, respeitando a opinião dominante, acreditamos que a *impugnação* (art. 475-J, § 1º, do CPC), na mesma linha dos embargos à execução e a despeito de normalmente se processar nos mesmos autos (art. 475-M, § 2º, do CPC) da fase de certificação do direito, possui a natureza jurídica de *ação autônoma* e incidental à execução (fase executiva). Conseqüentemente, possibilita, com o seu ajuizamento, a eventual dilação

tecnicamente se chama de *incidente processual*, ou seja, é a provocação de um *momento novo* no processo de execução, já que é formado por um ato (defesa) não inserido na cadeia procedimental prevista na legislação aplicável⁴⁹. A defesa *recai* ou *incide* sobre a execução⁵⁰, enfim, por não se inserir no procedimento normal desta, e a defesa interna executiva, tal como admitida pelo sistema constitucional e pelo fenômeno da cognição, possui a natureza jurídica de *incidente processual*⁵¹.

A defesa endoprocessual executiva é um incidente procedimental da mesma forma que os questionamentos envolvendo, direta ou indiretamente, a alienação por iniciativa particular também o são. No particular, destacamos três deles:

probatória, em relação aos temas que lhe são afetos, e a ocorrência de coisa julgada material, dando segurança jurídica às partes.

⁴⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Incidente processual**. São Paulo: RT, 1991. p. 147-8.

⁵⁰ Segundo ensina Antonio Scarance Fernandes, sob o ponto de vista etimológico, a palavra “incidente” significa “[...] o que cai em cima de algo em movimento interrompendo seu curso normal” (FERNANDES, **op.cit.** p. 147). Na mesma linha, manifesta-se Cândido Rangel Dinamarco: “*Incidente* é aquilo que *incide*, que *recai* sobre algo ou alguém (do latim *in-cidere*, que é *cair sobre* – *Carnelutti*). Os incidentes do processo recaem sobre este, causando alguma alteração no procedimento e ao fim produzindo algum efeito sobre ele” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. vol. 2, p. 462).

⁵¹ OLIVEIRA NETO, Olavo de. **A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada**. São Paulo: RT, 2000, p. 120; MOREIRA, Alberto Camiña. **Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade**. – 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2001. p. 43.

a) remição da execução; *b)* desistência do adquirente; *c)* inadimplemento da parcelas.

Dispõe o art. 651 do CPC: “Antes de adjudicados ou alienados os bens, pode o executado, a todo tempo, remir a execução, pagando ou consignando a importância atualizada da dívida, mais juros, custas e honorários advocatícios”.

Essa norma, por existência de lacuna legislativa, é perfeitamente aplicável ao processo trabalhista, sobretudo porque não existe incompatibilidade com a sua sistemática (art. 769 da CLT). Assim, até a assinatura do termo de alienação por iniciativa particular, pode o executado remir a execução. Observa-se que, com a remição, o processo de execução encontra-se resolvido, porque é atingido o seu objetivo principal: a satisfação do crédito que subjaz ao título executivo.

O adquirente eventualmente pode desistir da alienação particular. Nesse caso, a execução deve prosseguir com a realização dos atos expropriatórios. Nada impede, entretanto, que haja a adjudicação, antes de realizada a hasta pública, especialmente se ocorrer em valor que cobre toda a execução.

Concretizada a alienação por iniciativa particular, o efeito imediato é a liberação do executado até o montante do preço, que passa a ser devido pelo adquirente e a ser objeto de

garantia real ou pessoal. No caso de inadimplemento das parcelas, pensamos que assistem duas alternativas ao Juiz. Em princípio, na forma do que foi previamente disciplinado em termos de garantia da alienação por iniciativa particular (art. 685-C, § 1º, do CPC), deve-se prosseguir a execução sobre o bem dado como tal. Nada impede, entretanto, que a alienação seja desfeita, se o motivo alegado pelo adquirente for considerado como justo (relevante) pelo Juiz. Em outras palavras, a solução não deve ser peremptória, pois as peculiaridades do caso concreto podem indicar que o desfazimento da alienação é a medida judicial mais adequada.

Observe-se que a concretização da alienação particular não inibe o exercício do direito de defesa pelo executado. A defesa típica é a interposição dos embargos de segunda fase, que é uma ação autônoma incidental à execução que possui, a despeito da limitação horizontal na cognição, ampla possibilidade de dilação probatória. Em outras palavras, no plano horizontal, a cognição é parcial, pois as matérias alegáveis, como a nulidade da execução ou causa extintiva da obrigação, devem ser supervenientes à penhora (art. 746 do CPC), ao passo que, sob o ponto de vista da profundidade quanto à aferição das mesmas (plano vertical), a cognição é

exauriente⁵². Note-se que “a noção de cognição exauriente pressupõe, por definição, a existência de ‘tempo’ hábil para formação do juiz”⁵³. Prestigia-se, assim, o princípio da segurança jurídica.

Se o executado não opuser os embargos de segunda fase, ainda assim não ficará ele impedido de questionar a anulação da alienação por iniciativa particular. A temática deve ser ventilada à luz dos limites cognitivos da execução. Não havendo formação de coisa julgada material ou de preclusão sobre a matéria ventilada, admite-se o exercício da defesa por petição simples. Urge perceber que a ausência de oposição dos embargos de segunda fase não implica o reconhecimento de preclusão em relação ao direito de defesa⁵⁴. Se, preenchidos os pressupostos específicos, são admitidas as

⁵² A seguinte lição de Paulo Henrique dos Santos Lucon resume bem a temática: “A cognição dos embargos de segunda fase é, no plano horizontal, parcial. A lei limita precisamente as matérias suscetíveis de serem invocadas. Todavia, no plano vertical, de profundidade no conhecimento dessas questões, a cognição é exauriente” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Embargos à execução**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 119).

⁵³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 1, p. 326.

⁵⁴ Paulo Henrique dos Santos Lucon, que estudou a matéria em profundidade, explica o efeito jurídico decorrente da ausência da interposição dos embargos: “Há apenas caducidade com a perda do prazo para oferecimento de embargos, e tal circunstância não tem o condão de afastar definitivamente a tutela dos direitos do executado” (LUCON, **op. cit.**, p. 293).

modalidades de defesa heterotópica, deve-se admitir, observados os limites cognitivos do processo de execução, o exercício da defesa endoprocessual⁵⁵.

A cognição, no sentido aqui estudado, nada mais é que um ato de inteligência⁵⁶ desenvolvido pelo Juiz, no intuito de analisar e valorar as alegações fático-jurídicas e as provas aduzidas pelas partes, a fim de tornar correta a decisão que lhe

⁵⁵ A respeito, prelecionam Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina: “Deve o juiz, no curso do processo de execução, atentar para a validade dos atos executivos realizados. Caso, porém, algum ato seja realizado sem a observância de seus requisitos legais, nada impede que o juiz conheça tal questão de ofício, determinando a correção cabível”. E complementam essa primorosa lição os renomados professores da PUC/SP: “Pode ocorrer, por exemplo, que tenha sido penhorado bem absolutamente impenhorável, ou que se tenha realizado arrematação por preço vil. Nesse último caso, tem entendido a jurisprudência que se trata de nulidade absoluta, devendo ser conhecida de ofício pelo órgão jurisdicional, podendo a parte, aliás, alegá-la por simples petição, sendo desnecessária a apresentação de embargos à arrematação. Apercebendo-se do fato, deverá o juiz pronunciar, de ofício, a nulidade, determinando, se for o caso, que o ato seja realizado novamente” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada**. São Paulo: RT, 2003, p. 117-118).

⁵⁶ Chiovenda também percebeu ser a cognição ato de inteligência. Diz o mestre italiano: “Antes de decidir a demanda, realiza o juiz uma série de atividades intelectuais com o objetivo de se aparelhar para julgar se a demanda é fundada ou infundada, e, pois, para declarar existente ou não existente a vontade concreta de lei, de que se cogita”. E arremata: “Essas atividades intelectuais, instrumento da atuação da vontade da lei mediante verificação, constituem a *cognição* do juiz” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002. vol. I, p. 217). Há que se observar, no entanto, que a cognição que resultará na decisão judicial possui, de certo modo, a natureza desta, já que é seu reflexo. Sendo assim, como se verá, a cognição não é formada apenas por *atos de inteligência*, mas também por *atos de vontade*, que, no final dessa atividade, visa a dar a justa solução para o caso concreto.

é submetida⁵⁷. No âmbito interno do processo de execução, segundo pensamos, a cognição horizontal é meramente *parcial*, pois não se pode alegar o direito material inerente ao título executivo, o qual, vale perceber, não se confunde com a alegação de pagamento do crédito, prescrição ou outra modalidade de extinção da obrigação⁵⁸.

Sob o ponto de vista da profundidade, pensamos que a cognição no processo de execução, em princípio, é sumária, mas com possibilidade de se tornar exauriente, a depender do

⁵⁷ O conceito é inspirado na definição de Kazuo Watanabe, indiscutivelmente quem melhor estudou a temática entre nós. Para o mestre da USP, “a cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo” (WATANABE, Kazuo. **Da cognição no Processo Civil**. 2. ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000. p. 58-59). Em sentido idêntico, manifesta-se Paulo Henrique dos Santos Lucon: “Ato de inteligência, cognição significa considerar, analisar e valorar as alegações e provas produzidas em torno das questões de fato e de direito que são deduzidas no processo” (LUCON, **op.cit.**, p. 184).

⁵⁸ Na execução do Termo de Tentativa de Conciliação Prévia (art. 625-E, *par. ún.*, da CLT), não se pode alegar, no âmbito *interno* do processo (executivo), a ausência de relação de emprego. Essa alegação, segundo entendemos, é incompatível com a eficácia abstrata do título executivo. O executado pode alegar, isso sim, sem descaracterizar o processo executório, o adimplemento da obrigação “reconhecida” naquele título. Da mesma forma, pode alegar a prescrição da eficácia executória do mesmo. Nesses casos, por se tratar de defesa interna no processo de execução, a prova deve ser documental, sem alta indagação quanto ao seu conteúdo. Em suma, deve-se compreender a sistemática dos limites cognitivos do processo de execução — e, por que não, da etapa de cumprimento da sentença —, para se verificar o regime jurídico das modalidades de defesa do executado.

teor da decisão judicial a respeito da questão suscitada. Na realidade, pode-se dizer que, quanto à profundidade, a cognição no processo ou na fase de execução é *secundum eventum probationis*, ou seja, somente são admissíveis as matérias que o Juiz possa imediatamente conhecer no momento da alegação, já que, no âmbito da cadeia procedimental, a possibilidade de dilação probatória está terminantemente vedada⁵⁹. Cambi explica que essa técnica:

[...] foi utilizada pelo legislador brasileiro em diversos procedimentos, para, em razão da falta ou da insuficiência das provas, impedir que a questão seja decidida – remetendo-se as partes para as ‘vias ordinárias’ ou para discussão a ser travada em “ação própria” – ou para permitir que a causa seja decidida sem caráter de definitividade, a fim de que não seja alcançada com a autoridade da coisa julgada material.⁶⁰

⁵⁹ Reputamos perfeita a seguinte lição de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina: “Não se põe dúvida, assim, acerca da existência de cognição no processo de execução. Sucede, apenas, que *o objeto* da percepção do sujeito cognoscente (juiz), no caso do processo de execução, é diverso daquele que lhe é submetido à apreciação no processo de conhecimento. Por isso, parece-nos que o processo de execução pode ser catalogado entre aqueles em que a cognição é *parcial*, pois somente alguns temas podem ser analisados (p. ex., existência ou inexistência de título executivo), com exclusão de outros, relacionados à relação jurídica de direito material que envolve exeqüente e executado. Embora seja limitada, no plano horizontal, a cognição é exauriente, no plano *vertical*, em relação às questões que neste processo podem ser examinadas” (WAMBIER; MEDINA. **op. cit.**, p. 97-8).

⁶⁰ CAMBI, Eduardo. Coisa julgada e cognição secundum eventum probationis. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 109, jan./mar. 2003. p. 77.

Entretanto, com arrimo na lição de Watanabe, não se pode perder de vista que:

desde que exista prova bastante para o desate tranqüilo da controvérsia, deve o juiz decidila. Para a remessa das partes à “ação própria”, deve a dúvida ser objetiva, decorrente de controvérsia instaurada com base em prova idônea em tese, não bastando a mera alegação. Aspecto marcante dessa espécie de cognição, que poderá ser exauriente, consiste no fato de estar condicionada a decisão da questão, ou mesmo do *thema decidendum*, à profundidade da cognição que o magistrado conseguir, eventualmente, estabelecer com base nas provas existentes nos autos.⁶¹

Em outras palavras, a despeito da técnica da cognição *secundum eventum probationis*, se a prova documental assim o permitir, o Juiz poderá decidir uma questão a respeito do adimplemento da obrigação que subjaz ao título executivo, por exemplo, com ares de definitividade. É que mesmo “[...] se a questão for de indagação difícil ou de interpretação polêmica, mas puder ser analisada pelo magistrado, com base nas provas documentais, não deve ser considerada de *alta indagação*”⁶². Basta, pois, que o tema seja afeto ao processo ou à fase de execução e a sua comprovação

⁶¹ WATANABE. *op.cit.*, p. 119.

⁶² CAMBI, *op.cit.*, p. 78.

seja por intermédio de documento sem sério questionamento a respeito do seu valor de atendibilidade, ou seja, sem impugnação ou da falta de aptidão desta, para destituir a força probatória que deste emerge⁶³.

Para resumir, a defesa do executado deve ocorrer tipicamente através dos embargos de segunda fase, mas, se assim não fizer e o suposto vício⁶⁴ não for de alta indagação, pode utilizar, respeitando os limites cognitivos do processo de execução, a defesa endoprocessual.

Em caso de procedência do meio de defesa invocado, acreditamos que, na medida do possível, deve o Juiz da execução prestigiar os interesses do adquirente de boa-fé, atribuindo os efeitos da responsabilidade civil e penal, se for o caso, ao exeqüente. Busca-se, assim, criar um clima de estabilidade e confiança em relação aos negócios jurídicos celebrados sob o crivo estatal. Demais disso, deve-se lembrar que os meios de defesa do executado, a não ser por decisão

⁶³ É significativamente importante perceber, na lição de Júlio César Bebbber, que “a necessidade de produção de prova complementar (testemunhal, pericial *etc.*) do fato, portanto, afasta a possibilidade de conhecimento pelo juiz (*técnica da sumarização documental*), sob pena de se instalar no feito o tumulto” (BEBBER, Júlio César. **Exceção de pré-executividade no Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2004. p. 130).

⁶⁴ Em tese, são vários vícios suscetíveis. Ilustrativamente, o executado pode alegar a impenhorabilidade absoluta do bem, a avaliação irregular, o preço vil, a ausência de publicidade, o direito de retenção por benfeitorias na coisa *etc.*

judicial em sentido contrário, não suspendem o procedimento executório⁶⁵.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem sombra de dúvidas, as medidas pretendidas pela Lei n. 11.382/2006 visam a otimizar o processo de execução, o qual jamais pode ser um instrumento de favorecimento do devedor inadimplente. As regras processuais anteriores ofereciam meios, para o executado furtar-se à contrição judicial, inviabilizando o atendimento da pretensão do exeqüente. Alienação por iniciativa particular constitui um importante instrumento na incansável busca pela efetividade da execução, verdadeiro calcanhar de Aquiles do processo do

⁶⁵ Na doutrina, é a opinião de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart: “É necessário proteger o terceiro de boa-fé, que adquire de forma lícita bem sobre o qual não pende qualquer litígio. Aliás, caso a improcedência da impugnação pudesse implicar no desfazimento da aquisição, seja em alienação por iniciativa particular ou em hasta pública, ninguém mais iria adquirir bem enquanto não definida a impugnação, o que certamente excluiria o benefício outorgado pela regra da não-suspensividade da impugnação sobre a execução. Portanto, em caso de procedência da impugnação, terá o executado apenas direito de indenização contra o exeqüente” (MARINONI; ARENHART, **op. cit.**, p. 318).

trabalho⁶⁶. A reforma processual criou mecanismos que estimulam o cumprimento das decisões judiciais (p. ex.: par. ún. do art. 652-A do CPC) e desestimulam o uso de expedientes procrastinatórios (p. ex.: par. ún. do art. 740 do CPC). Oferece, portanto, ao sujeito ativo do processo de execução os instrumentos necessários para a obtenção do crédito de forma célere e eficaz. Se houver abuso ou erro judicial nesse desiderato, inclusive quanto ao meio de expropriação estudado neste ensaio, possibilita-se ao executado, além dos embargos e da defesa heterotópica, dentro dos limites cognitivos admitidos, o exercício da defesa endoprocessual.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira; CABRAL, Luciana G. Carreira Alvim. **Nova execução de título extrajudicial**. Curitiba: Juruá, 2007.

⁶⁶ Corretamente, observa Wagner Giglio que “o intuito óbvio do legislador foi imprimir maior celeridade à fase de execução dos julgados trabalhistas, mas os resultados práticos não corresponderam a sua expectativa. Ao contrário, a execução tem sido comparada ao calcanhar de Aquiles, no processo do trabalho, tais as dificuldades que apresenta, em grande parte devidas às discussões sobre a legislação a ser aplicada” (GIGLIO, Wagner. **Direito processual do trabalho**. 10 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 452).

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 11 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2007.

AZEVEDO, Plauto Faraco. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1989.

BEBBER, Júlio César. **Exceção de pré-executividade no Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.

BRASIL. Decreto Lei n. 911, de 1º de outubro de 1969. **Lex**: coletânea de legislação e jurisprudência. São Paulo, v. 33, p. 1406-8, jul./out. 1969

BRASIL. Decreto Lei n.1608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCivil?Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm>.

BRASIL. Lei n. 5.791, de 1º de dezembro de 1971. **Lex**: coletânea de legislação e jurisprudência. São Paulo, v. 35, p. 1579-80, out./dez. 1971.

_____. Lei n. 9099, de 26 de setembro de 1995. **Lex:** coletânea de legislação e jurisprudência. São Paulo, v. 59, p. 1715-28, jul./set. 1995.

BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil.** São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 3.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CAMBI, Eduardo. Coisa julgada e cognição *secundum eventum probationis*. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 109, jan./mar. 2003.

CHAVES, Luciano Athayde. Lacunas no Direito Processual do Trabalho. In: CHAVES, Luciano Athayde. (org.). **Direito Processual do Trabalho: reforma e efetividade.** São Paulo: LTr, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002, vol. 1.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 202-249, 2007.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. Da releitura do método de aplicação subsidiária das normas de Direito Processual comum ao Processo do Trabalho. In: Chaves, Luciano Athayde (org.). **Direito Processual do Trabalho: reforma e efetividade**. São Paulo: LTr, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. vol. 2.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Incidente processual**. São Paulo: RT, 1991.

GIGLIO, Wagner D.. **Direito processual do trabalho** 10 ed. rev. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 1997.

HOFFMAN, Paulo et al. **Nova execução de título extrajudicial**. São Paulo: Método, 2007.

KNIJNIK, Danilo *et. al.* **A nova execução de títulos extrajudiciais: comentários à Lei nº 11.382, de 6 de**

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 202-249, 2007.

dezembro de 2006. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Cumprimento espontâneo da sentença (lei 11.232/2005) e suas repercussões no processo do trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, ano 70, v. 9, set. 2006.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Embargos à execução**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001

MALLET, Estevão. Anotações à Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, ano 73, jan./mar. 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: execução**. São Paulo: RT, 2007, vol. 3.

MARTINS, Sandro Gilbert. **A defesa do executado por meio de ações autônomas: defesa heterotópica.** São Paulo: RT, 2002.

MOREIRA, Alberto Camiña. **Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade.** 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Privatização do processo?** São Paulo: Saraiva, 2001. (Temas de Direito Processual: sétima série.)

_____. **Exceção de pré-executividade: uma denominação infeliz.** São Paulo: Saraiva, 2001. (Temas de Direito Processual: sétima série.)

NEVES, Daniel Amorim Assupção et al. **Reforma do CPC 2.** São Paulo: RT, 2007.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Comentários à Lei n. 11.382/06: fatores positivos e negativos; reflexos positivos na

eficácia da sentença condenatória, subsídios para a execução trabalhista. **Revista LTr**, São Paulo, ano 71, mar., 2007.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. **A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada**. São Paulo: RT, 2000.

PEREIRA, Rosalina P. C. R. **Ações prejudiciais à execução**. São Paulo: Saraiva, 2001.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **As reformas de 2006 do Código de Processo Civil: execução de títulos extrajudiciais**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARAIVA, Renato. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Método, 2007.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Reflexos das alterações do Código de Processo Civil no processo do trabalho. **Revista LTr**. São Paulo, ano 70, n. 8, ago. 2006. p. 920.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Execução de título extrajudicial**: breves apontamentos à Lei n. 11382/2006, sob a perspectiva do processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de execução e cumprimento da sentença**. 24. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Leud, 2007. (a)

_____. **A reforma da execução do título extrajudicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. (b)

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. São Paulo: RT, 2007. v. 3.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada**. São Paulo: RT, 2003.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no Processo Civil**. – 2. ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000.

CONTORNOS INTERPRETATIVOS DO TERMO RELAÇÃO DE TRABALHO

Thiago Marques Vieira¹

1 INTRODUÇÃO

Alguns anos já se passaram e ainda é tormentosa a atividade interpretativa do termo relação de trabalho, e mais, torna-se cada vez mais imprescindível àquele que pretenda atuar no campo trabalhista o conhecimento dos contornos deste termo, pois toda a atividade judicante do Judiciário Trabalhista passará em algum ponto pelo referencial dogmático e principiológico da conceituação da relação de trabalhos esculpida no texto constitucional.

Com a Emenda Constitucional nº 45 a Justiça do Trabalho ganhou uma nova matriz competencial. A referida Emenda ao estabelecer mudanças redacionais ao art.114 da

Constituição Federal, norma basilar da competência do Judiciário Trabalhista, suscitou variados questionamentos, porém nenhum deles com tanta importância como o surgimento do termo “relação de trabalho”, no inciso I do artigo retro mencionado.

Estatui o novo dispositivo que 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 direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. (BRASIL. 2004, p. 3231-2 grifo nosso).

A problemática esboçada na expressão “relação de trabalho” que substituiu a expressão “entre trabalhadores e empregadores”, existentes na redação anterior não pode ser vista somente do ponto de vista literal, eis que amplia os horizontes da incidência da prestação judicante laboral.

Cumprе ressalvar que conquanto de cunho precipuamente interpretativo a temática pesquisada é questionada no âmbito da doutrina processual trabalhista como a maior revolução porque passa a Justiça do Trabalho desde o seu surgimento como órgão autônomo do Judiciário a partir da

¹ Especialista em Direito Processual. Professor Substituto do Curso de Direito da UFCG
E mail: marquesvieira@yahoo.com.br

Constituição de 1946, eis que dependendo da interpretação que seja impregnada ao termo relação de trabalho modificar-se-á significativamente o foco da jurisdição trabalhista.

Outra observação de pautada relevância é a de que a grande mola mestra da mudança aqui mencionada reside no fato de que a Justiça do Trabalho possa melhor atender a massa social que não esta abarcada pelos limites circunstanciais da relação de emprego, garantindo, desta forma, um acesso isonômico e digno aos trabalhadores que não são acobertados pela relação de emprego formal.

2 O NOVO MUNDO DO TRABALHO E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45

A definição de trabalho varia no tempo e no espaço, mas genericamente se pode identificá-lo como uma ação realizada por seres humanos que supõe determinado gasto de energia, destinado a algum fim material ou imaterial, conscientemente desejado e que tem a sua origem e/ou motivação na insatisfação ou existência de uma privação ou necessidade por parte de quem o realiza. Encarado sobre esse

ângulo as relações de trabalho se desenvolvem a partir das condições sócio-político-econômicas de um determinado tempo, variando conforme se modificam as necessidades humanas impostas por estas mesmas condições.

Fala-se atualmente em mundo do trabalho sensivelmente transformado pela implementação de novos padrões produtivos, que impuseram mutações no tradicional paradigma trabalhista até então conhecido. Quando a Justiça do Trabalho foi criada, a realidade do mundo do trabalho era bem distinta da atual configuração. Não é mais hoje a relação de trabalho subordinada que abarca a maior parcela da população economicamente ativa, mas relações de trabalho sem vínculo formal, e mais ainda, de forma precária e autônoma.

O novo modo de produção capitalista gerado pela Revolução Tecnológica desprestigia e pune o trabalhador que além de não ter seus direitos sociais protegidos, não pode procurar um ramo do Judiciário mais afeto às questões trabalhistas. Isso porque a Justiça do Trabalho é formal e historicamente vinculada aos contratos de trabalho celebrados e regidos pela CLT, ou seja, aos contratos formais de emprego. Vários doutrinadores já anteviam esse panorama e preconizavam uma posição ativa do direito trabalhista e

processual trabalhista para uma mutação ampla e eficaz, como exemplo Barros(2003, pág 144), que afirmava:

No futuro o direito do trabalho terá outro aspecto para sobreviver como regramento aplicável, eficaz e razoável.(...) O direito do trabalho deverá seguir as mudanças das relações do trabalho. Se essa adaptação não for realizada, o direito não fará mais parte da realidade do mundo do trabalho.

A grave exclusão social de grandes massas de trabalhadores impôs uma posição do Direito Trabalhista e Processual Trabalhista. É fato que a relação “capital versus trabalho” sempre foi o objeto da jurisdição do trabalho. Na contemporaneidade o Direito do Trabalho encontra, pois, para garantir sua plena aplicabilidade, um núcleo de resistência ao denominado “capitalismo selvagem”, onde o lucro justifica tudo, inclusive a exploração sem limites e a deturpação de relações laborais.

Analisando o novo panorama com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, Feliciano (2005, p.146) diz que:

(...) a Justiça do Trabalho não é mais, ou apenas a Justiça dos empregados. Não é sequer mais, ou apenas, a Justiça dos Trabalhadores. Tornou-se, hoje mais do que ontem, a Justiça do Trabalho, i.e., a Justiça do valor-trabalho, em quase todas as suas dimensões juridicamente relevantes.

Transformado o mundo de trabalho, advieram mudanças legislativas concernentes a acompanhar a mutação social. Cumpre agora desvendar os alcances de tal modificação, engendradas em sua maior parte na interpretação do termo relação de trabalho, presente no inciso I do artigo 114 da CF, para saber se houve avanços significativos ou como querem alguns, mera alteração formal de conceitos.

3 RELAÇÃO DE TRABALHO

Para conceituar relação de trabalho, na forma expressa no art. 114, da Constituição Federal, faz-se necessário, baseado na análise pretérita, repisar que se trata de trabalho humano, na situação em que o produto do trabalho é apropriado por outrem e prestado em proveito deste, assentado na realização pessoal do prestador.

Delimitar o conceito de relação de trabalho é na verdade delimitar a própria competência trabalhista nos moldes em que esta se encontra após a EC nº 45/2004. Pois agora que insere no inciso I do artigo 114 da Constituição Federal como norma de competência material originária,

incontestável é o fato de que é a relação de trabalho quem norteia o novo eixo competencial da Justiça do Trabalho.

Cumpra, porém, desde já, traçar os parâmetros diferenciadores da relação de trabalho com a relação de emprego, visto que estão numa relação de continente-conteúdo, e cuja distinção importa no primeiro paradigma a ser transposto por todo aquele que se debruçar sobre o inciso I do art. 114, CF.

Constantemente usados como sinônimos nos compêndios de direito do trabalho, os termos relação de trabalho, relação de emprego e contrato de trabalho, guardam entre si nítidas diferenças.

O termo relação de emprego foi primeiramente adotado na doutrina brasileira por Hirose Pimpão no sentido de ser aquela que resulta do contrato, distinguindo-a da simples relação de trabalho, que não resulta de contrato. Em lição mais consentânea com a doutrina atual, Maranhão (2005, p. 231) estabelece a seguinte proposição do tema “relação jurídica de trabalho é a que resulta de um contrato de trabalho, denomina-se relação de emprego quando se trata de um contrato de trabalho subordinado”.

Leite (2005, p. 148) afirma que: “a relação de trabalho, então, é gênero que tem na relação de emprego uma de suas espécies (...) Podendo dizer que toda relação de

emprego é uma relação de trabalho, mas nem toda relação de trabalho é uma relação de emprego”.

Assim, a relação de emprego é aquela que surge de um contrato de trabalho estabelecido entre empregado e empregador. Suas características básicas são: a subordinação jurídica do trabalhador ao poder de comando do empregador; a não-eventualidade na prestação do serviço; a remuneração pelo serviço prestado e a personalidade do trabalhador, que será sempre pessoa física (CLT, arts. 2º e 3º).

Já a relação de trabalho é a que diz respeito a qualquer trabalho prestado, sem que necessariamente haja vínculo empregatício, por pessoa física a um tomador de serviços. Tem a relação de trabalho requisitos semelhantes á relação de emprego, mas com diferenciações que atendem ao seu caráter genérico e são estes que serão estudados em seguida.

3.1 OS REQUISITOS DA RELAÇÃO DE TRABALHO

Evidentemente não são todas e quaisquer relações jurídicas que contenham em si alguma implicação relacionada

ao trabalho humano que serão consideradas relação de trabalho nos termos do artigo 114 da CF. Do contrário, os juízes trabalhistas passariam a decidir sobre, literalmente, toda e qualquer espécie litigiosa. Trata-se aqui de uma relação de trabalho realizado a serviço de outrem, haja ou não subordinação, como se verá. Deve, assim, a relação jurídica preencher certos requisitos, para qualificar-se como relação de trabalho.

Os doutrinadores sistematizam esses requisitos das mais variadas formas, sendo na visão de Nascimento (2005): a profissionalidade; a onerosidade; a pessoalidade; a própria atividade do prestador de serviço como objeto do contrato; a não exigência de subordinação e continuidade. Segundo Araújo (2005): a prestação pessoal do trabalho; a não exigência da continuidade e subordinação, e a onerosidade.

Como se pode depreender da investigação bibliográfica a doutrina brasileira nunca cuidou de fornecer elementos para a formação de um conceito de relação de trabalho, só emergindo teorias ao cenário doutrinário após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004. Em virtude disso, os doutrinadores como um todo ao apresentar tais requisitos os contrapõem com os requisitos da relação de emprego, já mencionados alhures, e esta pesquisa não se distanciará de tal realidade ao abordar esses elementos.

3.1.1 A personalidade

O primeiro requisito a ser analisado é o da personalidade. Estabelecendo uma comparação rápida pode-se visualizar a personalidade como requisito comum da relação de emprego e da relação de trabalho. Mas quando se enfrenta a questão com um pouco mais de profundidade, novas nuances são percebidas.

Falar de personalidade é conceber o trabalho enquanto atividade pessoal do prestador. Ao tratar do assunto duas questões emergem, e devem ser levadas em consideração: uma, se a atividade é desenvolvida por pessoa física ou por pessoa jurídica; e outra, se está se tratando da personalidade estabelecida no art. 3º da CLT, ou de uma obrigação pessoal de fazer que possa ter a fungibilidade como característica.

Para fins do conceito de relação de emprego a personalidade é encarada com rigorismo, só se configurando o trabalho subordinado se prestado por pessoa física e sem a possibilidade de substituição ou sucessão do empregado. É esta a ilação do art. 3º da CLT, que vaticina: “Considera-se empregado toda **pessoa física** que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. (BRASIL,1943.Grifo nosso).

Assim, quando se reportar à relação de emprego, falar em personalidade é ter que o serviço seja prestado por pessoa física e com a qualidade *intuitu personae*.

Cumpra, agora, investigar, se para configurar a relação de trabalho há esse mesmo rigorismo. Os autores que tratam do tema divergem quando apresentam a personalidade como requisito para a configuração da relação de trabalho. A divergência não está em ser ou não ser a personalidade um requisito, mas no alcance do termo, e nos parâmetros adotados, principalmente quando da análise da exigência ou não da qualidade *intuitu personae* e, da possibilidade de inserção de pessoa jurídica como prestadora de serviços numa relação de trabalho.

Analisando primeiramente a qualidade *intuitu personae* do serviço prestado há alguns que exigem, como na relação de emprego, essa característica. É o caso de Dalazen (2005, p.154. Grifo do autor) “A aludida competência, todavia, a meu juízo, não enlaça todo contrato de atividade, respeita somente a lide derivante da prestação **pessoal** de serviço de outrem”.

Também assume mesmo posicionamento Araújo (2005, p.107), quando menciona:

no que diz respeito a matéria de competência da Justiça do Trabalho (art. 114, I, Constituição Federal), o corolário é que o litígio decorrente das relações de trabalho somente serão resolvidos pela Justiça do Trabalho quando as relações de trabalho forem *intuitu personae*.

A ilação do autor é pautada na adoção de um critério epistemológico (baseado no pressuposto da relação de trabalho). Ao longo do estudo por ele desenvolvido, são estabelecidos critérios para indagar se dentro da análise da relação de trabalho, é a característica de ser ou não *intuitu personae* o serviço prestado, essencial ou não; e como essa característica implica na possibilidade ou não da realização de relação de trabalho por uma pessoa jurídica.

Parte Araújo (2005) da diferenciação entre prestação de serviço e relação de trabalho. Entende ele que a relação de trabalho só pode ser desenvolvida por pessoa física, sendo a prestação de serviço desenvolvida tanto por pessoa física quanto por pessoa jurídica, e quando esta é realizada por pessoa física, configura também relação de trabalho. Araújo utiliza-se do critério epistemológico (estudo do método de determinada disciplina) para chegar a uma ilação. Obtempera

que no campo do Direito do Trabalho, seja de forma autônoma ou subordinada, contínua ou eventual, só tem sentido o estudo do trabalho humano e produtivo.

Assim, se a definição do objeto da relação de trabalho é pressuposto (ou seja, parte da taxatividade impositiva dos conceitos a serem analisados, expurgando outras formas de trabalho que não o humano), poder-se-ia afirmar que os serviços prestados por pessoas jurídicas, por serem entes abstratos criados como conceito auxiliar do ordenamento jurídico, não estariam incluídos no âmbito de investigação da relação de trabalho.

Lima (2005, p. 286) também exclui a pessoa jurídica da configuração da relação de trabalho quando afirma:

que o trabalho somente pode ser lido como pessoal, na acepção específica de trabalho prestado pelo ser humano (pessoa natural ou física) e não por pessoa jurídica. O trabalho executado por pessoa jurídica encontra-se disciplinado pelo direito empresarial

Pensamento diverso tem Rodrigues e Rodrigues (2005) quando ressaltam que a pessoa jurídica não presta trabalho propriamente dito (e apenas nisso se assemelha aos posicionamentos anteriores), mas ao prestar serviço, podem prestá-lo com personalidade, sendo atraída aí a competência da Justiça do Trabalho. Exemplificam com o caso da contratação

de uma empreiteira para prestação de serviços, com a cláusula de que esses serviços não poderão ser sub-empregados.

Os Rodrigues e Rodrigues desenvolvem seu estudo analisando o fato de que determinadas prestações de serviços são contratadas com uma empresa, mas tendo em vista a prestação pessoal de determinada pessoa física, sem a qual o contrato não seria celebrado.

Da ilação contrária, havendo a característica *intuitu personae*, estar-se-á diante de uma relação de trabalho, mesmo que prestada por pessoa jurídica.

Discussão travada também é a de se é possível a substituição do prestador no decorrer da realização do serviço. Segundo Feliciano (2005), a pessoalidade deve sim ser considerada requisito essencial da relação de trabalho, mas não com os extremos da relação de emprego. A obrigação pessoal de fazer aqui poder ser fungível, admitindo, por exemplo, que outra parte, que não a contratada, o execute.

Porém boa parte da doutrina desconsidera a fungibilidade da prestação de serviço como elemento caracterizador da relação de trabalho. Araújo (2005) em conclusão sobre os requisitos da relação de trabalho afirma que “a relação de trabalho sempre será onerosa e *intuitu personae* em relação ao prestador do trabalho”. (grifo nosso).

A juíza trabalhista Roberta de Paiva Saldanha (Juíza do Trabalho do TRT 13ª Região) em informação verbal salientou também entender ser necessária a vinculação pessoal do prestador do serviço, pois caso haja a substituição ou sucessão ter-se-á por finda a relação de trabalho existente e iniciada outra com o novo prestador de trabalho que substituiu ou sucedeu o anterior.

Que pese mais esta divergência, ainda persiste a incógnita da possibilidade de pessoa jurídica ser prestadora de serviço numa relação de trabalho.

Dallegrave Neto (2005) entende que existem situações em que uma pessoa jurídica prestadora de serviços possa ser autora nessa qualidade de uma reclamação trabalhista, quando se configura o que se denomina de paraempresa. Para Dallegrave o contexto atual da sociedade e do Direito implica na conceituação de uma empresa de modo diferenciado. Com o advento da Constituição de 1988, e mais recentemente do Código Civil de 2002, as empresas deixaram de ser vistas como manifestações de um direito absoluto de propriedade para serem encaradas como uma instituição social, sendo inelutável sua função social e de valorização do trabalho.

O Código Civil, mesmo inovando na matéria não optou pela conceituação do que seja empresa, e sim pela da

figura do empresário, considerando-o como aquele profissional que pratica atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços (art. 966). Do exposto se pode extrair um conceito objetivo do que seja empresa, sendo toda unidade organizada e organizadora de um conjunto de meios materiais e humanos tendentes à obtenção de um fim.

Com os conceitos apresentados resta observar o que seria uma paraempresa. Para Dallegrave Neto (2005, p 200-1) são:

Aquelas firmas individuais ou pessoas jurídicas de forma unipessoal e que nem de longe se aproximam do conceito legal que vincula a empresa à idéia de uma organização, vez que nelas não se encontram presentes nem capital, nem insumos, nem tampouco tecnologia, sendo a mão-de-obra restrita a própria pessoa do “sócio” ou “empresário.

No caso em exame estaria o serviço realizado pela pessoa jurídica, aqui nos moldes da paraempresa, dentro dos feixes de incidência do termo relação de trabalho, portanto, da competência da Justiça do Trabalho.

A paraempresa nada mais é do que uma veste diferenciada para o trabalhador que atua sem os contornos da relação de emprego, portanto, de forma autônoma e constitui

empresa apenas para fins de concessão de auxílios e reduções de impostos dados aos pequenos empresários. Ressalva, contudo, Dallegrave que se a paraempresa ao desenvolver sua atividade inserta está numa relação de consumo, afastada estará a competência da Justiça do Trabalho.

Apresenta construção similar à de Dallegrave, mas acrescentando novos elementos e terminologia diferenciada os irmãos Doreto, utilizando-se da figura da parasubordinação. Exemplifica-se a parasubordinação com a situação de determinada pessoa jurídica que tenha evidente dependência econômica em relação ao tomador dos serviços, mas onde não exista exclusividade na prestação do serviço (caso contrário, mascarada estaria uma relação de emprego). É o caso de pessoas jurídicas prestadoras de serviços, onde mais de 80% das receitas tem origem, permanentemente, no contrato com apenas um tomador.

Mas os irmãos Rodrigues e Rodrigues (2005, p. 457) concluem diferentemente de Dallegrave no tocante à competência da Justiça do Trabalho, pois este entende atraída a competência na definição de paraempresa, enquanto aqueles não, quando afirmam:

Infelizmente, segundo entendemos, a Justiça do Trabalho ainda não detém competência para dirimir esses conflitos entre tomadores e

peças jurídicas prestadoras de serviços, consubstanciadas nas chamadas “terceirizações”, não obstante se revele, evidente a dependência econômica das prestadoras.

Digressões e divergências à parte, um fato parece ser consenso entre os estudiosos do tema, o de que se analisando um caso concreto em que uma pessoa jurídica possa ser desviada de sua finalidade com o intuito de mascarar uma relação de emprego, será aplicado o princípio da primazia da realidade para desmascarar a pessoa jurídica na busca da relação desvirtuada. Isso ocorre muito nos casos em que o tomador do trabalho, com a intenção de afastar um possível vínculo de emprego, obriga o trabalhador a constituir uma pessoa jurídica com algum sócio, geralmente um parente ou amigo. No caso em tela a pessoa jurídica é fictícia, pois, na realidade o trabalho é prestado pessoalmente com profunda subordinação e o sócio nunca presta serviços. Esse caso de simulação ou fraude se resolve com a declaração de nulidade da ficção jurídica da empresa e o reconhecimento do real contrato existente (o de trabalho).

3.1.2 A continuidade

Tradicionalmente a continuidade constitui elemento da relação de emprego. Contínuo ou não-eventual o contrato de emprego tem uma relação com o tempo, sendo uma obrigação contínua ou de trato sucessivo.

Da norma transcrita no art. 3º da CLT, não se pode deduzir outro entendimento se não o da não eventualidade como característica essencial da relação de emprego. É tanto que a continuidade é legalmente presumida, só admitindo-se os contratos por prazo determinado de forma excepcional e nos moldes legais. No tocante à relação de trabalho não se pode concluir o mesmo.

Na lição de Rodrigues e Rodrigues (2005, p.457):

A circunstância de ser o trabalho prestado num único momento, ainda que instantaneamente, não descaracteriza, por óbvio, como trabalho. Estabelecendo-se vínculo entre dois sujeitos tendo por objeto a prestação de trabalho, configurada está a relação de trabalho.

De fato, podem existir relações de emprego por prazo indeterminado e por prazo determinado, assim, como podem existir relações de trabalho (não subordinado) por

prazo indeterminado e por prazo determinado. As relações de representação comercial, por exemplo, são típicas relações de trabalho não subordinado ou autônomo, que podem ser prestadas por prazo determinado ou indeterminado.

Mesmo no tocante ao trabalho subordinado afastar o trabalho eventual, poderia estar sendo suprimir competência no tocante ao labor subordinado, posto que há múltiplas situações em que esses dois elementos se apresentam conjuntamente. É o que ocorre, por exemplo, como regra, nos casos do avulso ou do “diarista”, em que a competência, inequivocamente é da Justiça do Trabalho.

A grande maioria dos artigos e doutrinas consultadas na pesquisa afirma que a Justiça do Trabalho tem competência para apreciar ações envolvendo litígios decorrentes de relações de trabalho eventual ou contínuo, seja ele subordinado ou não. Até a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, a competência restringia-se à relação de emprego não-eventual (salvo exceções previstas em lei). Como a não-eventualidade é um requisito para a caracterização do vínculo de emprego, na prática a competência da Justiça Trabalhista era majoritariamente voltada para relações não-eventuais, ou seja, com continuidade. Entretanto, a relação de trabalho, segundo essa grande maioria, não tem como elemento essencial a continuidade. Assim pode, perfeitamente, haver uma relação

de trabalho que ocorra apenas em um só dia ou num único final de semana.

Há, porém, os que defendem a idéia de que por ser o termo relação de trabalho mero sinônimo da relação de emprego, há que se pautar sua abrangência somente nas relações de caráter contínuo, recaindo relações eventuais de trabalho na norma do inciso IX do artigo 114, CF “outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei”, ou seja, necessitando de lei ordinária para que possam ser dirimidos litígios dela decorrentes, pela Justiça Trabalhista.

3.1.3 A não subordinação

Um terceiro requisito da relação de trabalho estaria em delimitar se esta relação há de ser subordinada ou não (**subordinação**). Dentro dos parâmetros já apresentados a grande maioria da doutrina não limita a interpretação do termo relação de trabalho as hipóteses de trabalho subordinado. Este é exigência da relação de emprego.

Tanto do ponto de vista econômico quanto jurídico, o trabalho é encarado como um fator de produção que pode ser utilizado tanto de forma autônoma, como subordinada.

Araújo afirma (2005, p. 97):

A relação de trabalho mencionada no art. 114, I, da Constituição Federal não distingue entre trabalho autônomo e trabalho subordinado. Se houvesse alguma restrição apenas ao âmbito do trabalho subordinado, a expressão correta seria “relação de emprego”, pois está é que é espécie da relação de trabalho, que por seu turno, constitui gênero.

Ainda há quem propugne, na caracterização das relações de trabalho, para efeito da competência da Justiça do Trabalho, a subordinação do prestador em relação ao tomador do trabalho.

Tais posicionamentos fundam-se na preocupação da descaracterização da própria Justiça do Trabalho, sobretudo de sua atuação tuitiva, centrada na aplicação do princípio da proteção em favor do hipossuficiente na relação entre o capital e o trabalho. Estender o manto protetor desta Justiça especializada para relações que não tem tónus subordinativo seria destituí-la do fim para qual foi criada.

Os irmãos Rodrigues e Rodrigues (2005, p. 459) divergem de tal posicionamento alertando que:

Como discorremos alhures, nos dias presentes, o capital usa dos mais estratagemas e subterfúgios para tentar dar um toque de autonomia a relações laborais manifestamente caracterizadas pela subordinação. Nesse sentido ganha relevo a abrangência da competência para todo o espectro das relações de trabalho, especializando-se o magistrado na identificação e elisão desses expedientes. Essa foi, sem dúvida, uma das razões fundamentais que levaram, as associações de magistrados trabalhistas, em sua atuação política, a pugnar pela ampliação da competência.

Há também quem estabeleça um parâmetro mediador das duas correntes, como Dalazen (2005, p. 154) que admite a competência da Justiça do Trabalho para o labor prestado “sem subordinação”, mas desde que guarde uma certa simetria ou paralelismo com a relação de emprego, e afirma que é “a similitude de condições sócio-econômicas entre a figura do empregado, do autônomo, que dita essa competência da Justiça do Trabalho”.

Menezes (2005, p. 90) adota posicionamento semelhante ao de Dalazen. No seu estudo cita que os novos contornos da força trabalho impulsionaram a adoção de outros critérios que não o da subordinação jurídica para de limitar a atuação da Justiça do Trabalho e diz “que a nova realidade social trabalhista trouxe a transmutação da subordinação clássica e a aproximação de fato entre empregados e

trabalhadores ditos autônomos”, complementa o estudo afirmando que a subordinação jurídica como nota típica no contrato de trabalho, não pode mais ser utilizada como critério limitador entre uma relação subordinada e uma autônoma, mas sim “uma dependência econômica, que não raro ganha contornos de pura e simples submissão do prestador de serviços autônomos”.

Mais uma vez aqui há o alerta para o fato de que essa parca autonomia pode ser mera fraude para mascarar uma relação de emprego. Mas seja a autonomia realmente configurada (então, relação de trabalho), seja fictícia (configurada relação de emprego), entende o autor que a competência para dirimir eventuais litígios decorrentes dessas relações será da Justiça do Trabalho.

3.1.4 A onerosidade

Outra consideração que vem à tona é a de que não estaria abarcada pelo rol da relação de trabalho a hipótese de labor gratuito, sem onerosidade.

Os contratos, com vistas em uma classificação genérica baseada num critério de economicidade, tanto podem

ser onerosos, como gratuitos. Um contrato oneroso é aquele em que a prestação tem valor economicamente avaliável. Há uma contraposição de natureza econômica de ambas as partes. Já os contratos gratuitos, são aqueles em que não se encontra uma contraprestação economicamente perceptível. Exteriorizam atividades centradas nos trabalhos humanos de índole moral, como as relações de família (trabalho exercido pela dona de casa, por exemplo), ou em atividades altruísticas, como os serviços conceituados no art. 1º da Lei nº 9.608/1998, que são definidos como atividades não-remuneradas prestadas por pessoa física à entidade pública de qualquer natureza ou a instituição privada de fins não-lucrativos que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência social, inclusive mutualidade.

Melhado (2005, p. 322) entende que as atividades gratuitas de fé e caridade e as baseadas nas relações familiares “não configuram labor em sentido técnico” não se inscrevendo na competência da Justiça Trabalhista, mas afirma que “é possível, entretanto, que o trabalho não-oneroso possa ser objeto da relação de trabalho. É o caso, por exemplo, do serviço voluntário prestado na forma da Lei n. 9.608/98, que não é remunerado, mas pode ensejar direitos e deveres a ambas as partes”.

Compartilham do mesmo entendimento os irmãos Rodrigues e Rodrigues (2005, p. 458) quando afirmam que “na verdade, não há qualquer razão lógica para que se cogite de subtrair da competência os conflitos atinentes ao trabalho gratuito”. E citam também os trabalhos sob a égide da Lei nº 9.608/98 quando dizem que “sendo certo que a gratuidade não é elemento que elida a relação de trabalho, seguramente seriam da competência do Judiciário Trabalhista, ainda como exemplo, os conflitos atinentes ao trabalho voluntário, cuja disciplina foi afeta à Lei n. 9.608/98”.

Vinculam sua tese os irmãos Rodrigues e Rodrigues ao fato de que corriqueiramente são submetidas à Justiça do Trabalho ações ajuizadas por pessoas dedicadas a benemerência aduzindo a existência de vínculo empregatício e, no mais das vezes, não sendo reconhecido esse vínculo, será necessário novo ajuizamento da ação perante a Justiça Comum, pleiteando outros direitos, fato que seria obstado, na atração de tais relações pela competência trabalhista. E indagam:

Porque negar a competência, por exemplo, no tocante a uma ação de reparação de danos, digamos: por alguma discriminação, ajuizada por uma pessoa que durante anos tenha prestado serviços de benemerência para uma determinada instituição e, num dão

momento, vê sua contribuição dispensada?
(RODRIGUES; RODRIGUES, 2005, p. 458.).

Araújo (2005, p. 103) desenvolve tese contrária quando afirma que “se não houver resultado econômico ou onerosidade, não existe relação de trabalho”.

Mesmo afirmando que a relação de trabalho por ter natureza contratual, tanto pode ser gratuita ou onerosa, Araújo (2005) entende que para os fins da competência trabalhista poder-se-á falar, apenas em trabalho onerosos, consistindo a indagação da onerosidade ou não do serviço prestado questão a ser discutida no mérito da causa, e se optada pela natureza gratuita do serviço estará a competência trabalhista afastada, extinguindo-se a ação com julgamento do mérito.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abordagem dos requisitos que formarão o conceito da relação de trabalho foi exposta na pesquisa de forma objetiva e concisa. Não teve o estudo ora desenvolvido a pretensão de esgotar as perspectivas sobre o tema, se não estabelecer um pequeno roteiro dos requisitos configuradores

deste novel termo e sua influência sobre a nova competência do Judiciário trabalhista.

Expôs-se que o trabalho humano rompeu as características embrionárias que o fez surgir. Evoluindo no decorrer dos séculos, o labor humano passou por diversas fases, tendo como primeiro grande marco modificador a Revolução Industrial. O mundo globalizou-se e os meios de produção também. A era da tecnologia impôs transformações bruscas no meio de exploração do trabalho humano, e não podia o legislador permanecer inerte diante deste novo panorama.

A ampliação da competência trabalhista advinda com a Emenda Constitucional nº 45 bem reflete o contexto apresentado. A alteração advinda com o art. 114 da CF ampliou consideravelmente a competência laboral. Buscou-se, desta forma, dentre outras, abarcarem determinadas relações de trabalho (antes relegadas à competência da Justiça Comum), dando-lhes guarita mais consentânea com sua natureza, fazendo com que não mais consistisse o Judiciário Trabalhista em uma Justiça do Emprego, mas sim, em verdadeira Justiça do Trabalho.

A mudança da locução “entre trabalhadores e empregadores” para “relação de trabalho” não pode ser encarada de forma simplória, nem consubstanciada em

“mudança alguma”, como querem alguns. O advento do termo rompe paradigmas, ampliando a competência para outras relações de trabalho que não somente as existentes entre os sujeitos da relação de emprego.

A pesquisa desenvolvida teve fundamental importância porque como dito alhures é a partir da interpretação que se dê a esse termo que haverá uma série de mudanças na esteira da composição dos litígios decorrentes entre a força humana produtiva e o tomador desta. O desafio proposto não se tratava de uma mera interpretação de conceitos, mas na efetiva busca de uma nova identidade competencial para a Justiça do Trabalho.

Com patente caráter científico e de forma clara foi apresentado o conceito de relação de trabalho, fazendo sua distinção com a relação de emprego. No passo seguinte ao analisar cada requisito da relação de trabalho iniciou-se a interpretação do termo. Várias foram as discussões apontadas para a caracterização dos requisitos da relação de trabalho. Elaborando uma sistematização dos requisitos apresentados no corpo do trabalho concluiu-se pela adoção dos seguintes requisitos: a exigência de uma pessoalidade mínima; a não-continuidade; a não-subordinação e a não-onerosidade.

No tocante a exigência de uma pessoalidade mínima, entendeu-se que a pessoalidade conquanto requisito da relação

de emprego, também o é da relação de trabalho, mas não com os rigorismos daquela. Na delimitação da relação de trabalho exigir a pessoalidade é atribuir que a prestação de serviço possa ser feita por pessoa física, mas que em determinadas situações possa haver a inclusão da pessoa jurídica como prestadora de serviço. Isso ocorrerá apenas nos casos apresentados de parassubordinação e de paraempresa, onde a pessoa jurídica tem a sua produção consumida preponderantemente por um único tomador do serviço, ou quando a pessoa jurídica confunde-se com a própria pessoa prestadora do serviço, não havendo na prestação desconfiguração da relação de trabalho pelo fato de estar sendo o serviço executado por uma pessoa jurídica.

A não-exigência da continuidade é reflexo da nova matriz competencial, que deve se adequar aos trabalhadores autônomos, pois estes na grande maioria das vezes prestam seus serviços num único e dado momento, e mesmo assim necessitam da tutela judicante laboral. Com a exigência da não-eventualidade, esses trabalhadores estariam excluídos da competência trabalhista.

A questão da não-subordinação vai, também, no sentido de tentar prestar a tutela jurídica trabalhista aos trabalhadores autônomos e similares. E surge aqui uma ilação importante da pesquisa: que é a exigência de uma

subordinação econômica do prestador para com o tomador do serviço, que deve prevalecer na caracterização do termo. Não se trata de uma subordinação jurídica, característica peculiar da relação de emprego, mas de uma dependência econômica que guarde, esta sim, certa simetria com a relação de emprego. Se tal posicionamento não fosse adotado, litígios decorrentes de relações como a de um cirurgião como Ivo Pitanguí ao fazer uma cirurgia plástica numa determinada pessoa, seriam dirimidas na Justiça do Trabalho, afastando o órgão da sua tuitiva função (proteger os explorados nas relações de trabalho). Entendeu-se, assim, que será essa simetria, baseada na dependência econômica, que fundamentará a interpretação do termo relação de trabalho. Não procurou a pesquisa adentrar na esteira das chamadas relações de consumo, mas em pauta, apenas mencionou que tais tipos de relações entram em confronto com os princípios básico da Justiça Laboral.

Não foram encontrados, também, obstáculos para que a Justiça do Trabalho componha litígios advindos da relação de trabalho gratuito, vez que a onerosidade é requisito expresso da relação de emprego e não da relação de trabalho.

Do exposto, a relação de trabalho resta configurada como aquela em que uma pessoa física, ou jurídica, esta com traços de pessoalidade, prestam serviços à outra sem a exigência de subordinação (mas com certa simetria com as

condições sócio-econômicas que envolvem a relação de emprego), continuidade ou onerosidade. E que esse os contornos interpretativos deste conceito são os responsáveis por uma quebra de paradigma, tornando a Justiça do Trabalho o órgão originário para a composição dos litígios decorrentes das relações de trabalho.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Francisco Rossal de. A natureza jurídica da relação de trabalho. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Coord.). **Nova Competência da Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004. **Lex**: coletânea de legislação e jurisprudência. São Paulo, v. 68, p. 3226-39, dez. 2004.

BRASIL. Decreto Lei n. 5.452, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.pantojop.com.br/arquivos/capa.asp? ID Matéria = 1168Mn=239>.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 250-283, 2007.

DALAZEN, João Oreste. A reforma do judiciário trabalhista e os novos marcos da competência material da Justiça do Trabalho no Brasil. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes e, FAVA, Marcos Neves (Coord.). **Nova Competência da Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso A nova competência trabalhista para julgar ações oriundas da relação de trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 71, n. 2, maio/ago., 2005.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Justiça do Trabalho: nada mais, nada menos. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes e, FAVA, Marcos Neves (Coord.). **Nova Competência da Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

LIMA, Taisa Maria Mace de. O sentido e o alcance da expressão “relação de trabalho” no artigo 114, inciso I, da Constituição da República: Emenda constitucional nº 45 de 08.12.2004. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 71, n. 2, maio/ago. 2005.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 250-283, 2007.

MARANHÃO, Délio. **Instituições de direito do trabalho**. 22 ed.. São Paulo: LTr, 2005. v. 1.

MELHADO, Reginaldo. Da dicotomia ao conceito aberto: as novas competências da Justiça do Trabalho. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes e, FAVA, Marcos Neves (Coord.). **Nova Competência da Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

MENEZES, Cláudio Amâncio Couce de. Algumas questões relativas à nova competência material da Justiça do Trabalho. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes e, FAVA, Marcos Neves (Coord.). **Nova Competência da Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. A competência da Justiça do Trabalho para a relação de trabalho. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes e, FAVA, Marcos Neves (Coord.). **Nova Competência da Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

RODRIGUES, Rodnei Doreto; RODRIGUES, Gustavo Doreto. A nova competência da Justiça do Trabalho – Uma abordagem inicial. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes e, FAVA, Marcos Neves (Coord.). **Nova Competência da Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 250-283, 2007.

TELETRABALHO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Pollyanna Vasconcelos Correia Lima de Andrade¹

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo o estudo do teletrabalho como nova modalidade de emprego e sua análise dentro do ordenamento jurídico brasileiro. A idéia do presente estudo surgiu a partir do exame das características e peculiaridades do teletrabalho, que consiste em uma atividade prestada fora dos centros de trabalho tradicionais da empresa, utilizando-se de equipamentos telemáticos que permitam uma comunicação adequada entre empregado e empresa. Trata-se de uma inovação no Direito do Trabalho que, de forma positiva, proporciona às pessoas a possibilidade de executarem seus trabalhos a partir de qualquer ponto geográfico. Por outro lado, dada sua especificidade, o teletrabalho é uma atividade de natureza controvertida, tendo em vista a dificuldade de controle e fiscalização na execução das atividades, além da falta de normatização, pois apesar de ser um tema em ascensão, principalmente porque requer a flexibilização das normas trabalhistas, não há, ainda, regulamentação própria, o que provoca a total de carência de proteção jurídica do

¹ Advogada

email: pollyanna@lvbj.adv.br

Endereço: Rua José Augusto Trindade, nº 145, Tambaú, CEP 58039-020, João Pessoa/PB.

teletrabalhador, fazendo com que nossos julgadores utilizem a analogia para aplicar aos casos em que se verifique o teletrabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Teletrabalho. Regulamentação. Proteção jurídica.

1 INTRODUÇÃO

A partir do sistema de informação e de comunicação, ocupando a distância física entre funcionários, clientes e empresa, verifica-se que o lugar onde tradicionalmente se trabalhava não tem mais fronteiras bem definidas, baseadas em regras e controle visual dos processos gerenciais. As empresas baseiam-se no trabalho remoto, eletronicamente gerenciado, remodelando sua dinâmica na busca de melhores mercados.

Pode-se definir o teletrabalho como aquele exercido em lugar distinto do estabelecimento central de produção, no qual o trabalhador não mantém contato pessoal com seu empregador, mas dispõe de condições de se comunicar com ele por meio de tecnologias de informação e telecomunicação,

chegando a situações de ele ser executado sem que haja domicílio certo.

Portanto, o teletrabalho consiste no fato de que o trabalhador não presta sua atividade em um centro de trabalho convencional. Trata-se de exercer atividades que podem ser realizadas ou em domicílio ou em local intermediário, mas distante do seio da empresa, visando a competitividade e flexibilidade nos negócios.

Além dessa deslocalização do trabalhador, é necessário também que sejam utilizados meios de informática e telecomunicações que permitam o contato entre a empresa e o trabalhador, tornando possível o poder de direção do empresário. Assim, não é qualquer meio informático que caracteriza o teletrabalho, mas sim aquele que forma uma conexão entre empregado e empregador, permitindo o exercício das faculdades empresarias diretivas.

2 TIPOLOGIA

São várias as modalidades de teletrabalho, divididas

conforme o critério adotado.

Quanto ao critério locativo, as principais modalidades de teletrabalho são: teletrabalho em domicílio, teletrabalho em telecentros, teletrabalho nômade e teletrabalho transnacional.

No teletrabalho em domicílio, o trabalhador realiza sua atividade em seu próprio domicílio ou em ambiente familiar, com ajuda de mecanismos telemáticos². No campo normativo, o teletrabalhador em domicílio equipara-se ao trabalhador em domicílio normal, regulamentado pelo artigo 6º da nossa Consolidação das Leis Trabalhistas (VADE MECUM, 2006).

Por sua vez, o telecentro é uma forma de organização das atividades em um espaço devidamente preparado para o desempenho do teletrabalho. Pedreira (2000, p.584) assenta que “os telecentros são locais da empresa, porém situados fora da sua sede central”. Em verdade, os telecentros podem ser locais pertencentes à empresa ou não. Existem empresas que são apenas proprietárias de telecentros e que cobram daquelas para quem os trabalhadores exercem suas funções.

Os telecentros se dividem em Centro Satélite e Centro Local de Teleserviço. O Centro Satélite é um edifício,

² Telemática é a utilização da informação através do uso combinado de computador e meios de comunicação.

ou parte de um edifício, pertencente à própria empresa, separado da sede central, mas que com ela está em permanente comunicação eletrônica. Já o Centro Local de Teleserviço, também chamado de Telecentro Compartilhado ou Telecentro Comunitário, que é denominado pelos ingleses e americanos de “ABC” (*Advance Business Center*), é um local pertencente a um grupo que loca esse serviço para várias empresas onde coexistem trabalhadores vinculados a vários empregadores ou até a profissionais independentes. Ou, ainda, um local pertencente ao Estado, onde os funcionários de muitas empresas compartilham o mesmo edifício. Nesse caso, o Estado apenas estrutura os locais, sem estabelecer vínculo algum com os empregados ou com a empresa.

O teletrabalho nômade, também denominado móvel ou itinerante, caracteriza-se pelo fato de que o posto de trabalho não se situa em lugar determinado. O empregado realiza sua atividade em qualquer lugar, desde que disponha de equipamentos telemáticos que lhe permitam realizar o trabalho onde quer que esteja.

Há, ainda, o teletrabalho transnacional, quando o trabalho é desenvolvido em partes, por trabalhadores de outros países. Ocorre com maior incidência nos países em desenvolvimento, onde os trabalhadores prestam tarefas administrativas e de tratamento de textos aos empregadores

dos países desenvolvidos, servindo-se de ligações eletrônicas.

Importante ressaltar que, por ser o teletrabalho uma modalidade flexível, poderá haver a simultaneidade de espaços de trabalho, podendo o teletrabalhador intercalar suas atividades entre o seu domicílio e a empresa, entre o telecentro e a empresa ou, ainda, entre a empresa e qualquer lugar em que haja a possibilidade da execução do serviço utilizando-se dos meios telemáticos.

Portanto, poderá haver o teletrabalho permanente, que é aquele cujo tempo de trabalho no mesmo local excede 90% (noventa por cento) do total trabalhado na semana; o teletrabalho alternado, quando o teletrabalhador consome mais de um dia da semana, mas menos de 90% (noventa por cento) da carga horária no mesmo local; ou ainda, o teletrabalho suplementar, em que o teletrabalhador executa a atividade de forma ocasional no domicílio, telecentro ou local escolhido, por menos de um dia completo de trabalho durante a semana.

Quanto ao critério comunicativo, o teletrabalho pode ser dividido em trabalho *off line* ou desconectado e trabalho *on line* ou conectado.

Teletrabalho *off line* ou desconectado ocorre quando o trabalhador realiza sua atividade sem manter vinculação telemática direta alguma com o computador central da empresa, apenas envia ao empregador os dados através do

correio eletrônico ou correio convencional.

Para muitos doutrinadores, nesse caso não existe teletrabalho, pois o trabalhador não está submetido a uma comunicação telemática com a empresa, o que seria imprescindível para a configuração da subordinação na relação laboral.

De outra banda, o trabalho *on line* ou conectado se realiza quando o trabalhador se utiliza das tecnologias informáticas e de telecomunicações para receber ordens sobre a execução do trabalho, bem como o resultado da sua realização.

No teletrabalho conectado, essa comunicação entre a empresa e o trabalhador pode ser unidirecional – quando a conexão entre os computadores é rudimentar, não sendo possível a intervenção direta da empresa – ou bidirecional – quando a conexão permite interação entre o computador da empresa e o do trabalhador, fazendo com que aquela exerça seu poder de direção sobre este, determinado, inclusive, a jornada de trabalho e os tempos de descanso do trabalhador.

3 A AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO DO TELETRABALHO E SUA COMPATIBILIDADE COM

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 284-303, 2007.

AS NORMAS VIGENTES

No Brasil, ainda não há uma legislação específica para o teletrabalho. Nesse norte, utiliza-se a analogia ou ampliam-se os efeitos das leis vigentes para enquadrar essas novas formas de trabalho, crescentes na história do Direito do Trabalho moderno.

No caso do teletrabalhador autônomo, além do contrato de empreitada e do contrato de prestação de serviços, poderá ser enquadrado como trabalhador eventual ou trabalhador avulso, pois em todos os casos, não se configura relação de emprego.

Já para o teletrabalhador em domicílio, podem ser usadas as normas referentes ao trabalho em domicílio tradicional, tendo por base o artigo 6º da CLT (VADE MECUM, 2006, p.831), que diz *in verbis*: “Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego”. Desse modo, havendo subordinação e configurada a relação de emprego, a lei equipara os locais de trabalho. Nesse mesmo diapasão, o artigo 83 (VADE MECUM, 2006, p.838) também regulamenta essa modalidade de teletrabalho: “É devido o salário mínimo ao

trabalhador em domicílio, considerado este como o executado na habitação do empregado ou em oficina de família, por conta de empregador que o remunere”.

No plano internacional, a Convenção nº 177 de 1996 da OIT deu cobertura ao teletrabalhador subordinado em domicílio, obtendo um relevante papel nos estudos sobre o tema.

Dúvidas podem surgir quanto aos teletrabalhadores em telecentros. Os telecentros de centro satélite são propriedades da própria empresa ou prolongamento desta, não existindo problema em defini-los como estabelecimentos do empregador. Já os telecentros compartilhados ou comunitários, por serem locais pertencentes a grupos que os locam para várias empresas, ou, ainda, locais pertencentes ao Estado, não são de propriedade da empresa. Nesse caso, a lei é omissa, não tratando como deveria essa forma de emprego.

De igual sorte, a lei também não se reporta ao teletrabalhador nômade, havendo total carência de proteção jurídica para essa forma de teletrabalho.

Há entendimentos no sentido de que, na omissão da lei, não há que se falar em equiparação do teletrabalho ao trabalho em domicílio. No entanto, é preciso levar em consideração que talvez a legislação pertinente ao trabalho em domicílio seja a única forma de proteger os teletrabalhadores,

não havendo dúvida de que deve haver a aplicação dos artigos 6º e 83 da CLT, ante a falta de legislação específica.

Veja-se que a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 7º, inciso XXVII (VADE MECUM, 2006), assegura a proteção ao trabalhador em face da automação. Trata-se de uma norma de eficácia contida, havendo necessidade de regulamentação posterior para ter aplicabilidade. Até o presente momento, o referido dispositivo ainda não foi regulamentado.

É evidente que há uma série de questões ainda não respondidas de forma satisfatória, como a responsabilidade pelos custos dos equipamentos, o controle de jornada e o pagamento de horas extras, a possibilidade de inspeção do ambiente de trabalho, o monitoramento dos equipamentos de trabalho etc.

Uma das questões mais polêmicas diz respeito ao controle de jornada e o pagamento ou não de horas extras. Tratando-se do teletrabalho, essas horas são mais difíceis de serem reconhecidas pelo fato de o funcionário trabalhar fora do alcance do empregador. Deverá, pois, ser analisado o caso concreto, verificando se a empresa utiliza mecanismos de controle da jornada ou não.

Se, mesmo exercendo atividades externas, o empregado estiver subordinado a horário, fará jus ao

recebimento de horas extras. Estas também serão devidas caso a produção mínima exigida pelo empregador não possa ser satisfeita se não ultrapassada a jornada normal. Não havendo, por parte da empresa, controle real da jornada empreendida, não há que se falar em remuneração por horas extraordinária, aplicando-se, extensivamente, o artigo 62, inciso I da CLT (VADE MECUM, 2006, p.836):

Art. 62. Não são abrangidos pelo regime previsto neste Capítulo:

I – os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados;(...)

O fato é que, mesmo não havendo o controle da jornada, os empregadores vêm se preocupando com possibilidade de os teletrabalhadores tentarem provar eventual sobrejornada utilizando-se da apresentação de *e-mails*, chamadas de celular, *pager* etc.

Uma outra questão importante diz respeito ao gozo de férias pelo teletrabalhador. Tendo por base a equiparação do teletrabalhador ao trabalhador em domicílio, e este, por sua vez, equiparado ao trabalhador normal, a solução encontrada pela doutrina foi a de considerar integral a frequência do empregado, concedendo 30 dias de férias, salvo prova de

períodos de inatividade, repudiados pela lei.

No entanto, os pontos mencionados ainda são controvertidos e precisam de um estudo mais aprofundado dos doutrinadores e, principalmente, do legislador.

No mais, em complementação a eventuais lacunas da legislação, dadas as especificidades do teletrabalho, o instrumento mais eficaz é, sem dúvida, a negociação coletiva, mediante intervenção sindical. À medida que forem se implementando as negociações, conforme as necessidades surgidas para essa nova categoria de trabalhadores, certamente surgirão novos mecanismos para solucionar ou minimizar as questões controvertidas.

Por fim, provada a relação de emprego, deve ser estendido ao teletrabalhador todos os direitos dos trabalhadores que laboram sob a égide do sistema clássico, sendo, inclusive, de responsabilidade do empregador o fornecimento de equipamentos, bem como a obrigação de proporcionar boas condições de trabalho, pois, quer esteja o teletrabalhador no estabelecimento da empresa, quer esteja fora dele, subsiste o dever de dotar o posto de trabalho de condições mínimas indispensáveis a um correto desempenho da função, prezando pela saúde e segurança do trabalho.

4 FORO COMPETENTE

No que concerne à determinação do foro competente para dirimir os conflitos trabalhistas, o teletrabalho pode suscitar alguns problemas.

O primeiro deles diz respeito à aplicação da lei quando se tratar de trabalho transnacional, quando uma empresa localizada em um determinado país contrata trabalhador de outro país para realizar as atividades laborais, por meio de recursos telemáticos.

Nesse caso, se o trabalhador contratado cumpre sua atividade laboral no Brasil, não há dúvida de que a legislação a ser aplicada para a resolução de conflitos é a brasileira, por expressa determinação do artigo 651 da CLT.

Problema maior ocorre na hipótese de uma empresa brasileira contratar trabalhador estrangeiro para realizar atividade laboral, por meios telemáticos, em seu país de origem, visto que ainda inexistente tratado internacional regulamentando o assunto.

Em princípio, e de acordo com o artigo 651 da CLT (VADE MECUM, 2006), não se aplicaria a legislação brasileira nessas hipóteses, sempre e quando o teletrabalhador cumprir atividade laboral em seu país de origem e este não

seja o Brasil. No entanto, resta detectar em que local o contrato laboral foi firmado, tendo em vista que, dependendo do caso concreto, essa aplicabilidade poderá sofrer mutação.

Nesse norte, tendo a empresa brasileira contratado o teletrabalhador em terra nacional para a prestação de serviços no estrangeiro, competente é a Justiça Brasileira para dirimir os conflitos trabalhistas. De outra banda, tendo a empresa brasileira contratado o teletrabalhador fora do território nacional para prestar serviços no estrangeiro, não há que se falar em aplicabilidade da lei brasileira ao caso.

No caso do teletrabalho nacional, a CLT deixa claro que a competência das varas trabalhistas é determinada de acordo com o local de prestação dos serviços.

Para o teletrabalho em domicílio, será competente para dirimir o litígio a Vara trabalhista do lugar onde o trabalhador se encontre domiciliado, pois é nessa localidade que o serviço é prestado. Tratando-se de teletrabalho realizado em telecentros, a competência será da Vara trabalhista do lugar onde estiver situado o telecentro, visto que, do mesmo modo, esse é o local onde o trabalho é realizado.

Na hipótese de teletrabalho nômade, deve-se aplicar a norma do parágrafo 1º do artigo 651 da CLT (VADE MECUM, 2006), a qual prescreve que quando o trabalhador é agente ou viajante comercial, será competente para solucionar

os dissídios entre empregado e empregador a Vara trabalhista do lugar onde a empresa tenha domicílio, ou, ainda, da localidade mais próxima. Veja-se que na redação do parágrafo, somente poderá o empregado reclamar seus direitos trabalhistas na Vara da localidade em que tenha domicílio se na localidade da agência ou filial a que está subordinado não houver vara trabalhista.

Importante observar que o parágrafo 3º do artigo 651 da CLT (VADE MECUM, 2006) traz uma faculdade em favor do empregado ao assegurar que este poderá eleger entre o foro da celebração do contrato e o da prestação dos serviços sempre que realize atividades fora do lugar em que o contrato de trabalho foi celebrado. Tal dispositivo aplica-se às hipóteses de teletrabalho, inclusive ao trabalho transnacional, sempre que o empregado desempenhe atividade em local distinto daquele em que o contrato foi celebrado, abrindo espaço para que o trabalhador eleja o foro em que o contrato foi firmado ou o foro em que houve a prestação de serviços.

De qualquer forma, a autonomia da vontade para determinação da jurisdição competente limita-se ao princípio da boa-fé, que deve reger as relações contratuais, e ao princípio da proteção ao trabalhador, parte hipossuficiente na relação de emprego.

É importante frisar que boa parte das normas laborais

que determinam os direitos do trabalhador têm caráter imperativo, não podendo ser afastadas ou suprimidas pela vontade das partes. Assim, em caso de dúvida quanto à lei que determinará os direitos laborais do trabalhador, deve-se levar em conta sempre o princípio protecionista.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A revolução dos meios de comunicação leva o trabalhador a prestar serviços em sua residência ou em outros locais que não a sede da empresa, como ocorria antigamente. É o fenômeno do teletrabalho, realidade laboral emergente no mundo moderno.

Ao lado do trabalho tradicional, em que o empregado fica diretamente subordinado ao empregador, surgiram outras prestações de serviço, alheias até mesmo ao ambiente da empresa, fazendo com que sejam desenvolvidos de forma mais livre, trazendo vantagens tanto para o prestador de serviços, que não precisa se deslocar até a empresa, quanto ao próprio empregador, que se desonera de várias despesas.

Sendo assim, consideramos que o teletrabalho pode configurar-se como um elemento de importante transformação

no mundo do trabalho, porém este tipo de trabalho tem de ser amparado pela legislação laboral com as peculiaridades que ele apresenta. Apenas com essa proteção, poderá ser o teletrabalhador resguardado de possíveis abusos a serem cometidos pelas empresas. Além disso, imprescindível se faz a criação de uma legislação específica a fim de evitar a carência do teletrabalhador, a mercê dos divergentes entendimentos dos nossos julgadores.

Espera-se que, com a implantação cada vez maior do teletrabalho se obtenha uma maior grau de segurança jurídica, pois a finalidade maior do Direito do Trabalho é a valorização do trabalhador.

REFERÊNCIAS

AGNOLETI, Michelle Barbosa. Teletrabalho em domicílio. **Revista do TRT 13ª Região**. João Pessoa, n. 13, p 384-95, 2005.

ALMEIDA, Lucilde D'Ajuda Lyra de. Trabalho em domicílio:

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 284-303, 2007.

histórico e perspectivas. O Teletrabalho. **O Trabalho**. Curitiba, n. 91, p.2320-41, set. 2004.

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

DUARTE, Juliana Bracks. O trabalho no domicílio do empregado: controle da jornada e responsabilidade pelo custeio dos equipamentos envolvidos. **O Trabalho**. Curitiba, n. 101, pp.2824-30, jul. 2005.

JARDIM, Carla Carrara da Silva. **O teletrabalho e suas atuais modalidades**. São Paulo: LTR, 2004.

LONGE DO ESCRITÓRIO. Disponível em http://www.vencer.com.br/materia_completa.asp?cadedition=20&pagernumber=21. Acesso em 30 out. 2006.

MAÑAS, Christian Marcello. A externalização da atividade produtiva: o impacto do teletrabalho na nova ordem

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 284-303, 2007.

socioeconômica. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR.** [s/l], v. 39, 2003.

OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiros de. Uma Nova Maneira de Trabalhar: Teletrabalho; conceito e lei aplicável. **Síntese Trabalhista.** [s/l], n. 171, set. 2003.

PEDREIRA, Pinho. O Teletrabalho. **Legislação do Trabalho.** [s/l], n. 05, v. 64, p.583-87, 2000.

SCHWEITZER, Orly Miguel. **Teletrabalho:** uma proposta para a legislação brasileira. Dissertação (Mestrado em engenharia de produção) – UFSC, Florianópolis, 2003.

SILVA, Frederico Silveira. **O teletrabalho como novo meio de laborar e sua compatibilidade com o ordenamento jurídico.** Disponível em:

<http://www.cjf.gov.br/revista/numero27/artigo13.pdf>.

Acesso em: 01 ago. 2006.

VADE MECUM: Constituição Federal, Códigos, CLT, Estatutos, Legislação complementar, Súmulas, Índices. São

Paulo: Saraiva, 2006.

WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho**: uma forma alternativa de emprego. São Paulo: LTR, 2005.

SÚMULA DE EFEITO VINCULANTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Francine Cabral de Aguiar Fonseca ¹

RESUMO

As súmulas vinculantes foram introduzidas no Direito Pátrio por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004. Representam inovação em nosso sistema jurídico e pretendem trazer celeridade e efetividade processuais, ao serem aplicadas ao Judiciário e à Administração Pública.

PALAVRAS-CHAVE: Súmula vinculante. Lei. Efetividade. Celeridade.

¹ Bacharela em Direito e conciliadora do Juizado Especial Federal da Justiça Federal na Paraíba

1 ANTECEDENTES NORMATIVOS

Analisando a evolução histórico-normativa das súmulas vinculantes, faz-se importante destacar os dois principais sistemas de direito vigentes no mundo ocidental contemporâneo, o *Common Law* e o *Civil Law*. Os dois ordenamentos representam expressões culturais distintas e vêm sendo influenciados mutuamente nos últimos tempos.

O *Common Law* tem origem na Inglaterra e foi seguido pelos países colonizados, que o recepcionaram. Primeiramente baseava-se em costumes e atualmente podemos afirmar que é um método jurisprudencial, de precedentes judiciais. O Direito Inglês tem como maiores objetivos a segurança jurídica, a estabilidade e o combate a arbitrariedades. Possui códigos, mas eles não pretendem ser completos, esgotar todas as possibilidades de aplicação. Isto faz com que o magistrado não precise encontrar na lei algo que lhe dê fundamento para decidir.

O *stare decisis et quieta non movere*² é também fundamento do *Common Law*. A decisão judicial nos países que adotam esse método adquire a função não só de dirimir

² Expressão latina que significa “ficar com o que foi decidido e não mover o que está em repouso”.

uma controvérsia, mas também de fixar um precedente com força vinculante, de modo a garantir que, posteriormente, um caso análogo venha a ser decidido da mesma forma.

Em nosso país, o ordenamento jurídico vigente é o do *Civil Law*. Ele também é aplicado em quase todo o continente europeu, na América Latina, Central, grande parte da Ásia e da África. Segundo Venosa (2003), nos países que adotam esse sistema jurídico as normas surgem vinculadas a preocupações de justiça e moral. Há predominância da lei como fonte primordial do Direito. As obras doutrinárias preocupam-se em ser dogmáticas e interpretar os textos legislativos, relegando a jurisprudência e a prática do Direito a um plano secundário.

2 PROCEDIMENTO E EFICÁCIA

A súmula sob o ângulo da ciência jurídica é o mesmo que o conjunto da jurisprudência dominante de um tribunal. “No âmbito da uniformização da jurisprudência, indica a condensação de série de acórdãos, do mesmo tribunal, que adotem idêntica interpretação do preceito jurídico em tese” (SILVA, 2002, p. 784).

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 304-322, 2007.

Já a lei, dizemos que é uma regra geral que deve emanar de um poder competente, possuindo força obrigatória e caráter de permanência. “É regra abstrata porque regula uma situação jurídica abstrata. O legislador tem em mira condutas sociais futuras a serem alcançadas pela lei. Ela será aplicada a todas as situações concretas que se subsumirem em sua descrição” (VENOSA, 2002, p. 37). Tem sua origem sempre predeterminada, revestindo-se de certeza e segurança.

Podemos denotar que súmula e lei em vários aspectos se distinguem. A súmula vinculante tem um significado peculiar e mais restrito. Tem efeito *erga omnes* e após sua edição, os diversos segmentos da sociedade terão que agir em conformidade com aquilo que ela estabelece.

Tem caráter geral, abstrato e natureza jurídica interpretativa de norma. Na opinião de Daidone (2006) situa-se no plano jurídico, entre a jurisprudência não sumulada e a própria lei, ficando, pois, acima da jurisprudência e abaixo da lei hierarquicamente. Pretende firmar o entendimento acerca da norma, como forma de proporcionar segurança jurídica e certeza do direito a todos aqueles que são protegidos por ela.

Introduzida em nosso ordenamento jurídico por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, denotamos que o modo de elaboração da Súmula Vinculante ocorre baseado na conclusão de prolongada atividade técnica dos juízes, após

discussão ampla e repetida sobre determinada matéria, resultando em maturidade jurídica.

A iniciativa para propô-las poderá acontecer de ofício ou por provocação dos legitimados para interpor ação direta de inconstitucionalidade, conforme o artigo 103 da nossa Carta Magna. De acordo com Souza (2006) ainda assim será feita uma análise acerca da relação de pertinência temática da matéria do pedido com os interesses ou fins institucionais daquele que apresentou a proposta.

O legislador infraconstitucional, ao regulamentar a súmula vinculante, reconheceu outros legitimados, já que o rol constitucional não era exaustivo, até como uma forma de tornar o procedimento mais democrático. Assim, também poderão propô-las: o Defensor Público-Geral da União, os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares. Ainda o Município poderá propor enunciado de súmula vinculante, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte.

A decisão será tomada por, no mínimo, dois terços dos ministros do Supremo Tribunal Federal, objetivando garantir quase que uma uniformidade no pensamento dos julgadores. O *quorum* exigido é maior até mesmo do que o de

três quintos estabelecido para a aprovação de Emenda Constitucional.

Também há previsão constitucional no sentido de haver possibilidade de revisão ou cancelamento das súmulas para que elas possam atender sempre às necessidades e aos anseios sociais e os legitimados ativos são os mesmos já citados.

Os debates que deram origem à súmula continuam atrelados a ela, são precedentes que servem como justificativa para a sua aplicação. Diferentemente da lei, que tem sua evolução diferenciada da vontade do legislador, a súmula vinculante encontra o seu referencial naquilo que lhe originou.

Com a aprovação das súmulas vinculantes, através da Emenda Constitucional 45, a competência para a sua edição ficou restrita ao Supremo Tribunal Federal, embora, em propostas anteriores, houvesse possibilidade de elas serem editadas pelo Superior Tribunal de Justiça e demais tribunais superiores.

Bem sabemos que ao Supremo Tribunal Federal compete a guarda de nossa Constituição. Como a edição de súmulas ficou restrita a matérias desta ordem, é perfeitamente correto que caiba a esse Tribunal editá-las, até como uma forma de dar tratamento especial e diferenciado à jurisprudência constitucional.

Desde a sua publicação na imprensa oficial, as súmulas terão efeito vinculante e aplicabilidade obrigatória aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Em relação ao Poder Judiciário, esta orientação é válida para os casos onde haja um precedente, cuja interpretação a ser aplicada tenha sido firmada por súmula vinculante.

Na Administração Pública o significado também é de aplicação imediata. Os agentes públicos terão que, mesmo na esfera administrativa, agir de acordo com o estabelecido pela súmula, não sendo permitida qualquer oposição ao enunciado cristalizado. Não poderão também ajuizar ação ou recorrer, nas causas onde já tenha tal entendimento sedimentado e sumulado pela Suprema Corte.

Percebemos que, tanto a omissão no cumprimento das súmulas como a contrariedade direta ao que diz seu enunciado, viola o que elas pretendem estabelecer e, em ambos os casos, é cabível Reclamação Constitucional junto ao Supremo.

A Reclamação é o instrumento hábil para que haja o controle sobre o cumprimento das súmulas e poderá ser aplicada em casos de contrariedade a elas, por ação ou omissão, e também em decorrência de sua má aplicação.

Da leitura do artigo constitucional percebe-se que o Supremo Tribunal Federal, em casos de descumprimento da súmula, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial e determinará que, com ou sem aplicação de súmula, outra seja proferida.

De acordo com Sormani e Santander (2006), o procedimento da Reclamação, pelo menos em face de decisões judiciais, é o estatuído no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, Lei nº 8.038/90. Não há prazo para sua apresentação, e o mesmo poderá ser apresentado pela parte interessada ou pelo Procurador-Geral da República.

A questão do efeito vinculante ser aplicado também à Administração Pública é de extrema importância. Possivelmente será um caminho eficaz para diminuir o número de demandas judiciais, uma vez que aquilo que estiver determinado em súmula não poderá ser descumprido sequer administrativamente. Todos os agentes públicos têm o dever de decidir e agir em conformidade com o que ela determina. Também será um óbice para a interposição de tantos recursos, podendo trazer a tão almejada celeridade processual.

Entre nós, de acordo com o entendimento de Souza (2006), a Administração Pública é a principal litigante. Com as súmulas, espera-se que o jurisdicionado não precise ajuizar ação contra o Poder Público, com fundamento em enunciado

que lhe é favorável, uma vez que o entendimento vinculante do Supremo Tribunal Federal será, de logo, administrativamente cumprido.

O que o artigo 103-A³ da Constituição Federal deseja é que as outras pessoas, que se encontram em situação análoga, não necessitem buscar tutela jurisdicional, mediante processos judiciais de conteúdo idêntico aos que já foram propostos. Mas, ao contrário, que a Administração aplique logo o entendimento sedimentado pela súmula vinculante. O processo judicial é algo muito caro e demorado para produzir efeitos somente entre as partes, especialmente quando sabemos que há inúmeras outras pessoas em idêntica situação.

3 ASPECTOS FAVORÁVEIS

A celeridade e a efetividade são características essenciais ao processo judicial, principalmente nos dias de hoje, que nos deparamos com um absurdo crescimento de causas repetitivas, advindas especialmente do próprio Poder

³ O referido artigo trata da súmula vinculante.

Público. Os favoráveis às súmulas afirmam que elas serão mais uma garantia de um processo de resultados.

O tempo de duração do processo muito influencia na efetiva proteção ao direito material, que está sendo tutelado por meio da ação judicial. Sua finalidade principal é a de atender a necessidade dos jurisdicionados e uma demora excessiva pode acarretar prejuízos graves.

A morosidade do processo atinge de modo muito mais acentuado os que têm menos recursos. A demora, tratando-se de litígios envolvendo patrimônio, certamente pode ser compreendida como um custo, e esse é tanto mais árduo quanto mais depende o autor do valor patrimonial buscado em juízo. (MARINONI, 2006, p. 187).

O ideal de decisão rápida está diretamente relacionado ao acesso à justiça. O simples acesso à justiça não nos é suficiente, uma vez que necessitamos da eficiência do Judiciário, levando em consideração que a celeridade processual é um princípio constitucional.

Se o Poder Judiciário, apesar de toda a sua importância, não for capaz de dirimir com prontidão e efetividade as divergências que surgem na comunidade, jamais teremos uma sociedade organizada e pacífica e nem uma ordem jurídica justa e democrática.

Neste contexto surgem as súmulas vinculantes como um remédio capaz de agilizar esses litígios e dar celeridade à justiça. Logicamente não podemos vê-las como uma fórmula milagrosa, que dará solução a todos os problemas enfrentados pelo Judiciário, mas podemos enxergar esse novo instituto como uma atitude inicial que poderá nos trazer bons resultados. A prestação jurisdicional célere mostra a toda a sociedade que o Estado está apto a desempenhar de forma eficaz o julgamento das lides. Inspira confiança, dá credibilidade.

Mais um aspecto positivo das súmulas vinculativas é que elas irão proporcionar a uniformização de jurisprudência e segurança aos jurisdicionados. A insegurança jurídica é outro fator que muito prejudica o sistema jurisdicional brasileiro. A justiça possui o dever de gerar segurança entre os seus jurisdicionados e decidir de forma igual questões análogas que sejam levadas à sua apreciação.

Quando há dúvida na aplicação do direito em decorrência de entendimentos divergentes acerca da mesma matéria, fica difícil fazer previsões razoáveis das conseqüências dos atos humanos, gerando a falta de paz na

sociedade e insegurança em relação à conduta correta a ser tomada.

A aplicação das mesmas regras em casos análogos faz com que haja igualdade de tratamento a todos aqueles que buscam a justiça como forma de solução dos litígios. O julgamento conforme decisões anteriores demonstra respeito à sabedoria dos juízes mais antigos e também à Suprema Corte de Justiça em nosso país. Um direito estável é salutar para qualquer país. A mudança constante das normas prejudica muito a confiabilidade no sistema.

Infelizmente a instabilidade do Direito parece já fazer parte da tradição brasileira. Rapidamente, no plano legal, basta lembrar-se das medidas provisórias e, num plano mais elevado, do fato de o Brasil, ao longo de sua curta existência como país independente (menos de 200 anos), ter tido inúmeras Constituições, ao contrário, por exemplo, dos Estados Unidos, país um pouco mais velho, que, até hoje, mantém a primeira Constituição. (SOUZA, 2006, p. 298)

A aplicação de entendimento único para os casos já sumulados, além de agilizar o processo, irá dotá-lo de um maior grau de certeza e previsibilidade. Isto, sem dúvida, dá ao cidadão um senso de confiança.

4 ASPECTOS CONTRÁRIOS

Merecem uma análise mais detalhada os argumentos que as súmulas vinculantes desrespeitam os princípios constitucionais da separação dos poderes, do duplo grau de jurisdição e da independência do juiz.

Em relação à separação dos poderes, afirmamos que não há mais espaço para uma severidade absoluta deste princípio, pois aqui no Brasil usamos o sistema de freios e contrapesos, que significa que as três esferas de poder têm controle mútuo de seus órgãos e agentes.

Para Sormani e Santander (2006) a idéia adotada pela Constituição vigente é a de colaboração e interação entre os três poderes. Ainda se fosse possível a total separação dos poderes, isto resultaria na quebra da unidade estatal, o que dificultaria ou até mesmo inviabilizaria o normal funcionamento do Estado.

Cabe ao Judiciário solucionar o conflito das partes, prestar a jurisdição àqueles que procuram, aplicar a lei ao caso concreto. Não há aplicação da lei sem que haja sua interpretação. “Interpretar uma lei não equivale a produzi-la” (SORMANI, 2006, p. 101).

A súmula vinculante funciona exatamente como um entendimento da lei no caso concreto. Para que a norma não seja aplicada de forma aleatória com várias interpretações, a súmula procura uniformizar a interpretação da lei.

A atividade inicial, a real criação da norma continuará sendo do Poder Legislativo. Por esse motivo entendemos que a súmula vem apenas complementar a atividade Legislativa.

Mais um aspecto que nos mostra que a súmula não irá usurpar a competência do Legislativo é o fato de a qualquer momento poder ser criada lei em sentido contrário à súmula. O Poder Legislativo poderá modificar ou mesmo revogar a lei que originou o enunciado, respeitando os limites constitucionais já impostos outrora.

No que diz respeito ao duplo grau de jurisdição, ele pretende estabelecer uma boa administração da justiça, por meio do recurso. Através dele há possibilidade da sentença ser revista por outro órgão jurisdicional, geralmente de hierarquia superior à daquele que proferiu a decisão. Os opositores das súmulas dizem que esse princípio também está sendo contrariado e desrespeitado.

Justamente em nome da celeridade e da tempestividade processuais, já mencionadas, é que o pleito recursal será afastado, em alguns casos, quando cabível

aplicação das súmulas de efeito vinculante. Para os casos análogos onde já existe entendimento sumulado, não haverá necessidade de recurso, uma vez que o entendimento sedimentado pela mais Alta Corte de Justiça no país já foi aplicado no caso concreto.

Fica claro que o princípio do duplo grau de jurisdição cede lugar à razoável duração do processo, celeridade e efetividade processuais, bem mais importantes nesses casos onde não há mais o que se discutir.

Seguindo o entendimento de renomados doutrinadores, não vemos problema em limitar o princípio supracitado, uma vez que ele não pretende ser absoluto.

Sobre a liberdade de convicção do magistrado é bastante visível que a edição da súmula apenas acontecerá após reiterados debates jurídicos realizados nas diversas instâncias, conforme ocorreu com as súmulas que já estão em vigência no nosso ordenamento. Ora, se houve controvérsia e debate judicial exaustivo acerca do tema que irá gerar a súmula, é notório que não pode haver ofensa à independência judicial.

Até a súmula ser editada há plena liberdade para que o magistrado possa julgar conforme sua convicção, adotando o seu melhor entendimento acerca da matéria em questão.

Não há sentido desrespeitar as decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal, no exercício de sua função. É ele o órgão responsável pela guarda de nossa Constituição Federal e a hierarquia precisa ser cumprida para que tenhamos um Judiciário cada vez mais organizado.

ABSTRACT

The binding abridgments were introduced in the Brazilian legal system through Constitutional Amendment number 45/2004. They represent an innovation in our legal system and aim at giving speed and effectiveness, when applied in the Judiciary and Public Administration.

Key-words: Binding abridgement. Law. Speed. Effectiveness.

REFERÊNCIAS

CUNHA, Sérgio Sérulo da. **O Efeito vinculante e os poderes do juiz**. São Paulo: Saraiva, 1999.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 304-322, 2007.

DAIDONE, Decio Sebastião. **A súmula vinculante e impeditiva**. São Paulo: LTr, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura no estado constitucional e democrático de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 9. ed. São Paulo: Método, 2006.

LIMA, Ronaldo Cunha. **Efeito vinculante**. Brasília: Senado Federal, 1999.

MACHADO, Fábio Cardoso. **Breves considerações sobre a função jurisdicional nos sistemas anglo-saxão e romano-germânico**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5333>>. Acesso em: 04 set. 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. – v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=108>>. Acesso em: 03 set. 2006.

MUSCARI, Marco Antonio Botto. **Súmula vinculante**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

PINTO, Antônio Luiz de Toledo Pinto; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia (colab.). **Vade Mecum Saraiva**. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, Bruno Mattos e. **A súmula vinculante para a administração pública aprovada pela reforma do judiciário**. Disponível em:

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 304-322, 2007.

<<http://www.brunosilva.adv.br/sum.htm>>. Acesso em: 13 out. 2006.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, José Anchieta da. **A súmula de efeito vinculante amplo no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Nelson Luis. **Súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.

TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Método, 2005.

THEODORO JÚNIOR. Humberto. **Curso de direito processual civil**. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2003. v. 1.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 304-322, 2007.

FEDERALISMO BRASILEIRO: da retórica à realidade

Gustavo de Paiva Gadelha¹

1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Decerto, o pacto federativo tem se tornado, paradoxalmente, o elemento mais frágil de sustentação do Estado brasileiro. Vale dizer, inobstante a tentativa constitucional de harmonizar a atuação dos entes federativos, há uma aparente desconformidade entre o plano meramente teórico e o que se evidencia na realidade.

Prescinde-se de maiores considerações a se perceber esse descompasso: gradual falência fiscal e social de estados e municípios, conflitos de competência administrativa e legislativa, margeados pelo crescente aumento da receita da União.

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco
E-mail: gpgadelha@hotmail.com

Logo, o fato é que o modelo federativo brasileiro atual não atende às necessidades dos entes federados. Ora, admitir-se tal premissa é constatar que, efetivamente, há uma incoerência no percurso de concretização do projeto federativo, caso em que a realidade se distancia da teoria.

Com efeito, objetivando, tão somente, detectar esse elemento deturpador do pacto federativo, é que se propõe a análise crítica da evolução do quadro federativo brasileiro ao longo do tempo, colhendo as principais características que contribuíram para o arquétipo teórico atual e que tenham refletido na efetivação concreta da federação brasileira na era globalizada.

2 ESTADO FEDERAL BRASILEIRO: CRIAÇÃO E EVOLUÇÃO

O surgimento do Estado Federal brasileiro decorreu, em certa medida, de uma construção política da elite dominante à época. Entretanto, tal forma de estado deveria ser

Endereço: Rua Geraldo Mariz, 731, Tambauzinho, João Pessoa – PB

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 323-346, 2007.

extremada a toda periferia do Estado, sob pena de operar-se uma cisão dos entes membros.

Justamente por tais razões, com a conjunção da unidade e diversidade apregoada por GARCÍA-PELAYO (1961), o Estado brasileiro, com sua extensa disposição territorial, pôde-se manter existente tal qual sua origem.

Na verdade,

a adoção do federalismo, mesmo centrífugo na origem como sustenta a maioria dos estudiosos, foi opção importante para manutenção da unidade nacional, pois, de alguma forma, construiu a unidade pela preservação das diversidades. (JUCÁ, 1997, p. 197).

Ao tempo da “descoberta”, os prepostos da Coroa lusitana impingiram um papel “estatizante”, apenas obedecendo às orientações emanadas da fonte portuguesa. Tratava-se, pois, de um processo de colonização nitidamente exploratório, típico do objetivo expansionista mercantil regente na Europa.

A contextualização histórica é importante, não como forma de se apreender uma visão global da formação histórica do Estado brasileiro, mas no sentido de se observarem indícios de repercussão no (des)equilíbrio federativo.

Isto porque aquela cultura exploratória, física e econômica, fez emergir uma certa pontualidade² regional no desenvolvimento econômico nacional, com pólos separados e tendentes à auto-suficiência.

Neste sentido, marcantes foram as influências do poder local na definição estrutural do Estado, alcançadas com a divisão do território em capitânicas hereditárias³, bem assim da fixação da cultura política do engenho, de modo que as decisões e interesses locais se amoldavam às conveniências e anseios dos capitães donatários e senhores de engenho.

Em certa medida, aí parece residir o elemento embrionário do federalismo brasileiro, quiçá de sua deturpação competitiva, já que, desde os primórdios, os entes

² O jurista Francisco Pedro Jucá (1997) prefere se utilizar do termo “nodularidade” para apontar a individualidade emergida com a exploração local. Importa, todavia, acrescentar, à idéia transmitida com a terminologia transcrita, a temporalidade da exploração, que cessa com o declínio econômico local, passando-se a explorar um novo nicho de riqueza; traz, pois, uma especificidade sazonal da cultura mercantil.

³ Neste sentido, pondera Luís Roberto Barroso (2002, p. 28) que “há quem aponte as doze Capitânicas hereditárias, criadas por João III, sob as influências do jurista Diogo de Gouvêa, como manifestação originária ou, pelo menos, como a primeira expressão de uma vocação federalista”. Isto porque, expedido o foral (espécie de Constituição Estadual emanada do Rei), à Coroa, era vedado intervir nas Capitânicas, em uma outorga de poderes aos capitães-governadores.

descentralizados se preocupavam com o interesse particular e individual, sem observar o bem da coletividade ou global⁴.

Assim, conviviam, informalmente, no território brasileiro adensamentos de desenvolvimento econômico, como que núcleos autônomos em um Estado Unitário. Desta forma, em parte do Nordeste (atuais Paraíba, Alagoas e Pernambuco) se desenvolvia o setor açucareiro, baseado na monocultura da cana-de-açúcar. Ainda no Nordeste, mais precisamente no Ceará, Piauí e Rio Grande do Norte, como cultura de exclusão (campo residual da atividade açucareira), desenvolveu-se a cultura de subsistência, com características menos aristocráticas e escravistas. Mais tarde, a produção de carne de charque migrou para o extremo Sul, fazendo emergir um novo bolsão de desenvolvimento econômico. Somem-se a isso, pois, as diversas culturas desenvolvidas regionalmente no Brasil (café, algodão etc.) (JUCÁ, 1997).

Tudo isso é suficiente a se perceber que esses núcleos de ocupação gozavam de singular prestígio autonômico, a ponto de se considerar a consolidação da estrutura federal na República como mera formalização ou

⁴ Tanto isto é verdade que essa estrutura perdurou por todo o Império, somente sucumbindo com a criação da Guarda Nacional durante a Guerra do Paraguai.

declaração daquela federação materialmente já existente, com suas incoerências e vícios.

Não houve, portanto, uma clara criação ou constituição do pacto federativo, até mesmo porque já se encontrava delineado, como dito, na “nodularidade” dos centros econômicos de desenvolvimento.

Importa, todavia, registrar, antecipando a leitura e prevenindo o leitor menos concentrado, que isto não quer representar o fracasso do modelo federativo brasileiro. Na verdade, surgiu como declaração pelas circunstâncias históricas nas quais estava inserido. A formatação federativa era inafastável como elemento mantenedor da unidade nacional, a ponto de a classificarem:

como aparentemente centrífuga, porque criada pela emancipação das unidades que a compõem, porém, substancialmente centrípeta, porque preservou e manteve a unidade, pela preservação e manutenção das diversidades. (JUCÁ, 1997, p. 200)

Neste sentido, também pondera Machado Segundo (2005, p. 62):

O enfraquecimento da unidade, e as tendências separatistas e liberais foram devidamente superados com a adoção do federalismo, que se mostrou, portanto, assaz salutar no Brasil. Não se pode falar de mera importação impensada, nem de

desnecessidade ou irrelevância dessa forma de Estado.

De qualquer forma, o fato é que o surgimento centrífugo do Estado Federal brasileiro é suficiente a justificar a tradição centralizadora e autoritária, “*que devemos procurar abandonar para construir uma federação moderna e um Estado Democrático de Direito.*” (MAGALHÃES, 2000, p. 18).

Percebe-se, portanto, retomando a digressão histórica do Estado brasileiro, notadamente em sua formação federativa, que a descentralização administrativa dos entes locais foi um fator preponderante ao incremento da forma federativa.

Tanto isso é verdade que, quando da “independência” dos laços portugueses, em 1822, o Brasil se encontrava dividido em dezenove províncias. Todavia, formalmente, o Brasil permaneceu atrelado ao unitarismo estatal⁵.

⁵ Registre-se que, há tempos, a formatação era aspirada por parte da sociedade brasileira. É o que pontifica Paulo Bonavides (p. 18-19), manifestando a reivindicação ao longo da história: “*a tese do federalismo no Brasil antecede, pois, a Independência e se manifestou já na Revolução Pernambucana de 1817, de inspiração republicana. Prossegue durante o Primeiro Reinado, a Regência e o Segundo Reinado. O Império nunca deixou de conviver com essa reivindicação básica. Esteve ela presente aos grandes acontecimentos políticos de várias décadas. Encontramo-la na Confederação do Equador de 1824, na Sedição Paraense de 1832, na Guerra dos Farrapos de 1835, com a República de Piratini; no Ato Adicional de 1834, no programa do Partido Liberal-Radical de 1868, no*

Somente em 1889, com a proclamação da República, ante a queda do Império, movido pela influência norte-americana, através do Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, o Brasil passou formalmente a dotar-se da forma federativa.

Neste sentido, válida a lembrança de Nóbrega (p. 15):

Assim, ao contrário dos Estados Unidos, o advento da Federação brasileira não se originou de raízes históricas tão sólidas. A Convenção da Filadélfia expôs os temores e idéias da nova forma de Estado, além do que, após o advento da Constituição americana, houve a necessidade de ratificação pelas ex-colônias. No Brasil, um simples ato do Governo Provisório de Deodoro da Fonseca transformou as províncias em Estados membros, totalmente despreparados para a coexistência dentro de um modelo jurídico federal.

Manifesto Republicano de 03.12.1870, na Convenção de Itu de 18.04.1873, na Convenção Paulista de 01.07.1873, no Manifesto de 02.07.1873, no Projeto de Constituição do Estado de São Paulo, de base federativa, de 19.10.1884, nos Congressos Republicanos Rio-Grandenses de 1882 e 1883 e, sobretudo, no 3º Congresso Republicano Rio-Grandense de 10.05.1884, que se solidarizava com a bandeira do Partido Republicano Brasileiro e postulava a transformação das Províncias em Estados autônomos, no projeto de Monarquia federativa introduzido por Joaquim Nabuco em 1885 e renovado em 1888, às vésperas da queda do Império, no Congresso do Partido Liberal em São Paulo, com a aprovação do Manifesto de 11.06.1888, e, finalmente, nas célebres campanhas de imprensa de Rui Barbosa, que abalaram as estruturas imperiais.”

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 323-346, 2007.

Em 1891, especificidades à parte, o Estado brasileiro passou a adotar a forma federativa dual, passando a dispor da limitada e restrita autonomia dos estados-membros. Houve, portanto, a importação do modelo americano, com uma negação, em grande medida, da autonomia estadual.

É bem verdade que a Carta Política de 1891 representou avanço na sedimentação da idéia federativa, porquanto passou a atribuir aos estados-membros responsabilidades até então jungidas ao Poder Central, prevendo, como contrapartida, definição obscura das fontes de recursos. *“Esse evento fez com que o período se caracterizasse por um federalismo de competição, já que existiam constantes atritos entre a área federal e estadual”*(OLIVEIRA e WEITERSCHAN, 1979, p. 747).

Com a Constituição de 1934, retomou-se formalmente a experiência federativa, com uma maior concentração de poderes na União, como aparente decorrência da necessidade do pós-guerra (Primeira Guerra Mundial), que exigia intensa intervenção do Poder Central no campo econômico. Some-se a isto a reação à hegemonia de alguns entes periféricos e as fraudes eleitorais generalizadas (FERRARI, 2003).

Com esse crescimento do Poder Central, e como decorrência de reprodução do modelo norte-americano, em

que o período pós-guerra é marcado pelo incremento da União, igualmente, constatam, alguns doutrinadores, na Constituição de 1934, o aparente eixo inicial do federalismo cooperativo.

Sobre o amálgama federativo, assim se pronunciou, acerca da descrição do modelo federativo criado no Brasil:

O federalismo tupiniquim, pejado de fenômenos políticos caboclos, intercalado, ou, mesmo, impedido de se aperfeiçoar pelo advento do coronelismo, da política de Governadores e pelas ditaduras militares, que assolaram os primeiros anos da República Federativa, tão pouco e quase nada federativa. (ROCHA, 1997, p. 226)

Trata-se de uma visão negativa e pessimista do federalismo brasileiro, não compactuada, por exemplo, por Horta (1999, p. 385), para quem, diversamente, “*a Constituição Federal de 1891 assinalou o início e o apogeu da atividade de auto-organização do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro*”.

Inobstante o debate travado, a curta vida da Carta Magna de 1934 encerrou maiores discussões sobre sua aplicação.

Por seu turno, a Constituição de 1937 (Estado Novo) marcou um período de profunda dilapidação do Estado Federal. Tratava-se, pois, de Carta Política com grande

concentração de poder no Ente Central, instituindo um verdadeiro Estado Unitário. Os estados-membros sofriam ininterrupta intervenção federal, a ponto de considerarem alguns a absoluta negação da própria federação. Assim, *“foi abolido completamente o federalismo no Brasil, o que simbolicamente pode ser relevado pelo ato público da queima das 20 bandeiras estaduais”*. (PEPPE et al., 1997, p. 159).

Na verdade, a Carta Política de 1937 é bom exemplo de Constituição nominal, na esteira de pensamento de Lowenstein (1976), em que os dispositivos não passam de mera construção normativa, sem aplicação prática.

Ocorreu que o Presidente da República passou a absorver e centralizar o poder, através de medidas de exceção, ocasionando uma gradativa passagem à absurda regulamentação infraconstitucional da formação do Estado, nitidamente tendente à centralização e ao unitarismo (Decretos-Lei nº. 1.202/39, 5.511/43 e 7.518/45). Tinha-se, pois, materialmente, um Estado unitário descentralizado.

Neste período, houve a supressão da autonomia periférica, porquanto regentes por incessantes intervenções, razão pela qual Horta (1999) passou a tratá-lo como eclipse da autonomia do Estado-Membro, já que sua esfera de competência coincidia com os poderes exercidos pelo Poder Central. Ressalte-se, todavia, o início do processo de

transferências de recursos, determinando a repartição com os municípios de metade do Imposto de Indústria e Profissões arrecadados pelos estados-membros.

Posteriormente, com a promulgação da Constituição de 1946, houve o retorno ao desenvolvimento federativo, influenciado pelo período pós-guerra, em que se exige, como visto, uma maior intervenção do Poder central. Devolveu-se, portanto, certa autonomia aos estados-membros, mantendo-se, no entanto, parcela considerável das competências na órbita central.

Efêmera ilusão. Essa pequena evolução federativa logo retrocedeu à proposta unitarista, decorrente do movimento contínuo e parabólico de tomada do poder. Foi o que ocorreu com os efeitos da implantação da Ditadura militar após 1º de abril de 1964.

Iniciou com a Constituição de 1967, inteiramente alterada por uma Emenda (1/69), donde houve a supressão da autonomia estadual e o retorno, na prática, ao unitarismo estatal. Governos foram depostos, Assembléias dissolvidas e um profundo alargamento, para não se falar domínio, das competências da União⁶.

⁶ “Não restam dúvidas, contudo, que, após a promulgação da Carta de 1967, a centralização foi substancialmente, e não somente quanto ao volume

E mais, previu, aquela “Constituição emendada” ou “Emenda constituída”, o pavor periférico, com a possibilidade de a União criar, desmembrar ou fundir estados-membros, sem a participação do poder constituinte dessas unidades, nem a aquiescência das respectivas populações.

Como se percebe, a evolução histórica do modelo federativo brasileiro, em compasso com o processo de controle do poder, é marcada por um processo pendular de avanço e retrocesso do desenvolvimento político⁷. Acreditava-se que a desconstrução política seria necessária à seguinte construção política que melhor se adaptasse às circunstâncias históricas.

Esse construtivismo / desconstrutivismo / reconstrutivismo marcou a formação evolutiva do federalismo, de modo que, a cada repartição de competências, seguia-se uma ruptura com o sistema político e uma centralização do

de recursos, mas, também e principalmente, no que se refere à centralização de poder de decisões.” (OLIVEIRA e WEITERSCHAN, 1979, p. 752)

⁷ Nesse sentido, conclui Marcos Nóbrega (p. 18): “*Já podemos perceber que o federalismo brasileiro apresenta uma variante cíclica. Isso faz com que o modelo federal adotado possa ser chamado de ‘federalismo pendular’, ou seja, em períodos democráticos a descentralização de poderes se dá de forma mais enfática. Por outro lado, em períodos de centralização política há uma mitigação da Federação com uma maior concentração de poderes para a União em detrimento das outras esferas federais. Isso é sentido de forma mais impactante na transferência de recursos para os entes subnacionais. Assim, em períodos mais democráticos e descentralizadores, os recursos disponíveis para Estados e Municípios foram substancialmente incrementados.*”

poder. Esta foi a tônica constitucional que regeu a formação do Estado Federal brasileiro.

As constituições de reação (1934, 1946 e 1988) – que se opunham a regimes centralizadores – não dispunham o objetivo de refederalizar o Estado, mas redemocratizar a sociedade. Isto porque a sociedade não ansiava por alterações na estrutura do Estado – esta era uma discussão apetente às elites políticas. A sociedade era vítima da atuação política rígida das ditaduras impostas. Somente com a Carta Política de 1988, mesmo concentrando extremados poderes na União, o federalismo ressurgiu como resposta ao modelo unitarista imposto na ditadura militar.

Importa analisar se esta previsão na Constituição Federal de 1988 acabou por operar uma repetição das Cartas Políticas de reação ou passou a prescrever uma esfera de competência suficiente a estabelecer, não somente um federalismo cooperativo, mas, mais que isso, a fixar um federalismo de equilíbrio.

Em outras palavras, considerando que, com a ditadura de 1964-1987, houve profunda supressão do federalismo brasileiro existente (marco zero da existência federativa), a disposição constitucional de 1988 seria um avanço e efetiva implementação do federalismo ou um

discurso retórico, posto que somar ao nada é alterar profundamente?

Decerto, a Constituição Federal de 1988 veio romper com o velho modelo sistema de opressão do poder, imposto pelo regime ditatorial militar, extremamente centralizado no Poder Central.

A Carta Magna de 1988 procurou restabelecer o federalismo cooperativo de 1946, mantendo, é bem verdade, grande parcela de competência na esfera de atribuição da União.

Ainda assim, emergiu uma redefinição dos papéis dos estados-membros e municípios⁸, propiciando-lhes a possibilidade de prover os próprios recursos, através da implementação de novos tributos.

Todavia, os constituintes de 1988 não atentaram às transformações contemporâneas da sociedade; olvidaram o novo estágio de globalização, desprezando a maior necessidade de harmonia entre os entes federados. Manteve-se, portanto, de forma velada, uma hierarquia, sobretudo, financeira e econômica, não por determinação da Carta

⁸ Neste sentido: “*O processo de elaboração da Constituição foi, portanto, marcado por uma forte influência dos interesses subnacionais. As implicações fiscais da Constituição foram percebidas no início dos anos 1990, e a subsequente evolução das relações intergovernamentais no*

Política de 1988, mas pela omissão em apresentar mecanismos concretos impeditivos de interferência financeira horizontal⁹.

Tal visão crítica do contorno federativo estampado na Constituição Federal de 1988 é fundamental para se observarem os reflexos causados na essência das relações federativas, possibilitando observar uma distorção da realidade federativa em relação ao princípio federativo cooperativo que norteou o texto constitucional.

3 CONCLUSÃO: CRISE E NOVAS PERSPECTIVAS DO FEDERALISMO BRASILEIRO

Decerto, o velho e clássico conceito de federalismo dual norte-americano já foi fulminado, sem qualquer aplicação no mundo contemporâneo globalizado. Na verdade, o processo de evolução do modelo federativo tem caminhado com tal

governo de Fernando Henrique Cardoso refletiram a reação do governo federal contra tal estado de coisas.” (MELO, 2005)

⁹ Neste sentido: *“Aunque la Constitución de 1988, que formalizo el retorno al régimen democrático, llevó a cabo una reasignación de los ingresos provenientes de los impuestos establecidos por los poderes federales a los estatales y municipales, lo cierto es que la misma no propició la autonomía financiera de que los entes estatales dispusieron en el primer federalismo. En suma, aunque la carta de 1988 há fortalecido la posición financiera de los Estados y los Municipios, ello no ha impedido (...) que la supremacía*

celeridade, que torna impossibilitada ou dificultada a formação de uma concepção teórica correspondente. A teoria constitucional do Estado federal não tem acompanhado a evolução de suas formas empíricas. (FERRARI, 2003).

Com efeito, a disparidade entre o plano teórico e o meramente prático tem levado alguns doutrinadores a apontarem a falência do conteúdo federativo.

No Brasil, em particular, capitaneados pelo professor Bonavides (2000), muito se tem falado sobre a criação do Estado regional, com a caracterização da região como ente federal (uma “quarta instância política da Federação”).

Não se imiscuindo nessa discussão, sobre a coerência do Estado Regional, percebe-se que a estrutura federal brasileira deve, antes de buscar qualquer (re)formulação teórica do federalismo, solucionar as contradições internas. O maior problema do pacto federativo, percalço a ser sentido com maior força nos tempos vindouros, é o conflito interno de seus entes.

Ora, como dito, a Carta Fundamental de 1988 apresenta um *novel* pacto federativo, marcado pela descentralização política e financeira, imprescindível à preservação da autonomia dos entes federados a fim de

financiera de la Unión sobre los Estados se acentúe cada día más.”
(SEGADO, 2003, p. 469)

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 323-346, 2007.

conservar um campo de competência legislativa tributária estadual.

Assim, neste novo modelo federativo, arraigado no plano cooperacional e de equilíbrio, há o fortalecimento do poder central, o qual, por sua vez, cede parcela de sua competência para que os demais entes possam configurar suas próprias leis, constituindo, pois, o surgimento do respeito às diferenças e peculiaridades locais e regionais.

Desagradavelmente, o Estado federal brasileiro parece ter mergulhado por caminhos desencontrados: não há mais projeto de nação.

O Estado brasileiro apresenta a frigidéz da busca pelo desenvolvimento global e conjunto da nação. Parece não haver mais o interesse pela manutenção do equilíbrio nacional, tornando letra morta o mandamento constitucional de desenvolvimento da nação.

Esse processo parece ser acirrado pela globalização, onda silenciosa e voraz, que tem impingido efeitos mutiladores nos conceitos de nação e soberania.

A esse propósito, analisa Bonavides (2000, p. 94):

Os neoliberais da globalização só conjugam em seu idioma do poder cinco verbos. Com eles intentam levar a cabo, o mais cedo possível, a extinção das soberanias nacionais, tanto internas quanto externas. Os verbos

conjugados são desnacionalizar, desestatizar, desconstitucionalizar, desregionalizar e desarmar. Por obra simultânea dessa ação contumaz, impertinente e desagregadora, sujeita-se o país à pior crise de sua História. De tal sorte que breve na consciência do povo, nas tribunas, nos foros, na memória da cidadania, a lembrança das liberdades perdidas ou sacrificadas se apagará, já não havendo então lugar para tratar, por elementos constitutivos da identidade, a Nação, o Estado, a Constituição, a Região e as Forças Armadas. Acham-se todas essas instituições debaixo das ameaças de um deliberado processo de decomposição, aparelhado por forças exteriores e interiores que, triunfantes, farão o Brasil retrogradar à condição de colônia ou protetorado.

Como não há mais projeto nacional, a postura neoliberal parece direcionar a atuação dos entes públicos, de modo a proporcionar o desaparecimento estatal¹⁰. Essa postura refletirá no comportamento dos entes federativos:

Ao mesmo tempo, o governo da União tem levado adiante, desde o início da década de 90, toda uma seqüência de medidas de orientação liberal, que se ligam ao cenário da guerra fiscal sob dois aspectos. Um deles diz respeito ao abandono de políticas e de instrumentos de coordenação inter-regional, dentro da estratégia mais ampla de mudança

¹⁰ Desprezando a garantia de conservação da pátria, parece perfeita a aplicação da afirmativa do Pe. Antônio Vieira, no sentido de que tudo é possível à manutenção da política econômica exógena: *“tire-se a carne, tire-se o sangue, tirem-se os ossos, que assim é razão que seja; mas tire-se com tal modo, com tal indústria, com tal suavidade, que os homens não o sintam, nem quase o vejam.”* (VIEIRA, 1995, p. 12)

do papel diretivo do poder central sobre a economia. As agências federais de desenvolvimento regional, há muito esvaziadas, foram finalmente extintas em 2001. (DULCI, 2002).

Para além disso, deve-se constituir instrumentos de defesa contra as imposições neoliberais, objetivando resgatar o projeto, até então esquecido, de nação.

Se os fatos não apontam relevância e imediatidade na análise do tema, a profecia causa temor e inquietação federativa: se a guerra de interesses entre os membros da Federação não for contida, *“poderá com o tempo se converter numa guerra civil, ou numa eventual alternativa de ditadura feroz, com risco de dissolução do pacto federativo, de quebrantamento da unidade nacional e de destruição do Estado de Direito.”* (BONAVIDES, 2004, p. 16-7).

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Brasileiro:** o problema da Federação. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 323-346, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Federalismo regional num país periférico**. Disponível em <<http://www.unicap.br/rid/artigos2004/federalismoregional.doc>>. p. 01-25. Acesso em: 01 nov. 2006.

DULCI, Otávio Soares. Guerra fiscal, desenvolvimento desigual e relações federativas no Brasil. **Revista de Sociologia Política**. Curitiba, n. 18, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782002000100007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 01 nov. 2006.

FERRARI, Sérgio. **Constituição Estadual e Federação**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

FERREIRA, Sérgio Guimarães. **Guerra Fiscal: competição tributária ou corrida ao fundo do tacho?**. **Informe-se**. Boletim da Secretaria de Assuntos Fiscais do BNDES, Rio de Janeiro, n. 4, jan. 2000.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 323-346, 2007.

FREY, Klaus. Descentralização e poder local em Alexis de Tocqueville. *Rev. Sociol. Polit.*, , no.15, p.83-96, nov. 2000.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho Constitucional Comparado**. 6 ed. Madrid: Revista do Ocidente, 1961.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

JUCÁ, Francisco Pedro. Reflexões sobre o Federalismo brasileiro. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo. Ano 5, nº 2, out.-dez. 1997.

KRELL, Andreas Joachim. Autonomia municipal no Brasil e na Alemanha. Uma visão comparativa. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 37, dez. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1557>>. Acesso em: 06 out. 2005.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitucion**. 2 ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Contribuições e Federalismo**. São Paulo: Dialética, 2005.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 323-346, 2007.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Pacto federativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. **Estudos Temáticos de Direito Constitucional**. Fortaleza: Casa José de Alencar, 2000.

MELO, Marcus André. O sucesso inesperado das reformas de segunda geração: federalismo, reformas constitucionais e política social. **Dados.**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 4, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582005000400004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 01 Nov 2006.

NÓBREGA, Marcos. **Renúncia de receita: guerra fiscal e tax expenditure; uma abordagem do art. 14 da LRF**. Disponível em <www.eclac.cl/ilpes/noticias/paginas/6/13526/MarcosNobrega1.pdf>. p. 01-33. Acesso em: 08 jun. 2006.

OLIVEIRA, Fabrício Augusto e WEITERSCHAN, Helga Magdalena. Aspectos históricos do federalismo fiscal no Brasil. **Fundação JP – análise e conjuntura**, vol. 9, n. 10, p. 745-55, out. 1979.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 323-346, 2007.

PEPPE, Atilio Machado et alli. Reflexões sobre a federação brasileira. **Revista de Administração Publica**, vol 31. n ° 4. p. 157-182 jul./ago. 1997.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SEGADO, Francisco Fernández. El Federalismo en América Latina. **Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte. n. I. jan./jul. 2003.

VIEIRA, Pe. Antônio. **Escritos históricos e políticos**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

O PRINCÍPIO DA ISONOMIA E AS AÇÕES AFIRMATIVAS NO DIREITO DO TRABALHO

Lysandra Leopoldina de Souza¹

RESUMO

Em sua evolução histórica, o sistema capitalista provocou inúmeras modificações na seara social, pois passou a agravar a situação de vulnerabilidade do ser humano frente a desenfreada competitividade do sistema. O que anteriormente se considerava bastante para a garantia de direitos dignos ao ser humano, como por exemplo, o direito à vida, não mais bastava. A vulnerabilidade do ser humano destacava-se em demasia, principalmente, no que tange a seara laboral, pois a Revolução Tecnológica trouxe a convivência do homem com a máquina, o que provocou a massificação do desemprego. Assim, reproduziu-se um painel hostilizante, na medida em que os detentores do poder de produção dispunham de um

¹ Juíza Conciliadora do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba
E mail:llysandraa@hotmail.com

grande leque de trabalhadores dispostos, em nome da sobrevivência, a se submeterem a potenciais abusos. Tais abusos, que em sua enorme maioria ferem o que se constitui por Direitos Humanos, direitos ditos mínimos aos indivíduos para a constituição de um patamar mínimo civilizatório. Desta feita, a evolução econômica provocou uma novel ânsia social, pois aclamavam a declaração da fundamentalidade dessas garantias. Surgiu, assim, uma nova visão de obrigatoriedade dos Direitos Humanos, que agora passam a ser fundamentais. Não obstante, em nosso ordenamento jurídico, destaca-se o direito fundamental à igualdade, que alicerçado pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, busca proteger os indivíduos das formas ilegítimas de abuso. Como uma das formas mais conhecidas de ilegalidade está a discriminação, potencializada, dentre outras razões, pelo preconceito. Rebatida pela mesma Constituição da República, essa forma abusiva de discriminação, conta como entrave, o direito à isonomia que autorizado pelo seu enfoque material avoca às ações afirmativas como forma de implementação positiva àqueles grupos discriminizados no seio social. As ações afirmativas, assim, atuaram com o intuito de atingir a igualdade material dos indivíduos. No entanto, ressaltam-se os limites dessa implementação, já que possui no mesmo princípio embasador a medida de sua atuação. Pois, se assim

não for, acabará por praticar discriminação ilegal. E com igual finalidade, insurgem na seara laboral, já que, o mercado de trabalho, como via de acesso a sobrevivência, é alvo do sistema econômico capitalista, campo mais fértil a essas abusividades.

PALAVRAS-CHAVE: constituição, princípios, direitos humanos fundamentais, princípio constitucional da igualdade, ações afirmativas, direito do trabalho.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade apresenta-se demasiadamente dinâmica. As relações sociais em ebulição, passam, com o sistema capitalista, a manifestarem com mais intensidade a discriminação de certos indivíduos. Atitude nociva, representa o ferimento de um princípio maior, a dignidade da pessoa humana, fundamento de nossa República Federativa, que, associado ao atingimento do princípio isonômico acaba por desqualificar o Estado Social.

Diante das atitudes discriminatórias, surge o anseio de se implementar o direito à igualdade, consubstanciado nos textos legais. E, como via de acesso a tal direito, surgem as ações afirmativas, ou que sejam, as ações positivas, políticas de implementação, de âmbito público ou privado que buscam igualizar os grupos minoritários aos demais.

No entanto, a doutrina e a jurisprudência se digladiam para apontar os limites legais dessa implementação, como forma de garantir que o objetivo igualizante de tal medida não acabe de fato ferindo o seu princípio embasador.

E, é nesse contexto de crise social, que se apresentam as manifestações específicas das ações afirmativas no direito do trabalho, buscando a inserção de minorias no painel laboral capitalista.

2 PRINCÍPIO DA ISONOMIA E AS AÇÕES AFIRMATIVAS

Significando uma distinção infundada, a discriminação apresenta-se em nossa sociedade como elemento letal às relações harmônicas dos seres humanos, atingindo frontalmente o direito à isonomia.

Manifestando-se na sociedade, a discriminação possui as mais variadas razões: tal como o ódio, a superioridade racial, a antipatia, a ignorância, a intolerância, o temor, e, sobretudo, com maior ênfase, o preconceito, sendo esse, o conceito prematuro de algo que se conclua sem ter as certezas necessárias para tal.

Diante desse gravame, rebate o direito à igualdade, constitucionalmente assegurado, que veda desigualdades injustificadas ou fortuitas e, conseqüentemente, a prática de atividades discriminatórias.

No entanto, sabe-se que a simples proibição genérica e abstrata de discriminação pela lei, em seu aspecto formal, não tem propiciado a igualização propriamente dita dos grupos minoritários.

Nesse enfoque, destaca-se o duplo aspecto do direito à isonomia de ordem formal e o de ordem material.

O primeiro deles aponta para uma igualdade estática, onde a previsão legal do direito à isonomia em textos magnos basta em seus efeitos. O segundo, fruto do Estado Social, e, hodiernamente predominante, introduz um conceito mais abrangente, em que se deve promover uma noção “dinâmica”, “militante” de igualdade.

Nesse contexto de enaltecimento de dignidade da pessoa humana, surge uma visão de proteção ampla e ativa dos

direitos humanos, e que corrobora no desenvolvimento de políticas de concretização da isonomia material: as ditas, ações afirmativas.

Nesse sentido, esclarece o eminente Ministro Joaquim Barbosa², que as ações afirmativas nasceram após a constatação, por parte dos poderes públicos, de que para o combate eficaz à discriminação de cunho histórico e cultural, profundamente entranhada no imaginário coletivo, não bastam leis meramente proibitivas.

Acrescenta ainda, que as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes na discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como educação e emprego³.

Temos, assim, que essa discriminação positiva implica em tratamento eminentemente diferenciado a alguns grupos, que caracterizados por fatores peculiares, e

² GOMES, Joaquim B. Barbosa *apud* MASSONI, Túlio de Oliveira. As ações afirmativas no direito do trabalho. **Revista LTr.**, v. 69, n. 4, p. 464-73, abr. 2005.

justificados pelo aspecto histórico-social, autorizam e até exigem tal implementação temporária para que se possa atingir bem tão valioso e inerente ao Estado Democrático de Direito – o princípio isonômico.

No entanto, cumpre alertar acerca dos limites e critérios da medida implementativa no ordenamento jurídico brasileiro, já que a doutrina enumera várias regras para evitar que as ações afirmativas padeçam do vício da inconstitucionalidade, por violação ao art. 5º da Constituição vigente. São elas: a) a identificação do grupo e seu âmbito deverá ser conceituado de forma precisa e não com base de critérios político-eleitoral; b) a medida deverá ser proporcional à desigualdade a ser reparada, do contrário serão gerados novos privilégios (é a regra da proporcionalidade); c) as normas de avantajamento devem ser adequadas à correção de desigualdade (critério de razoabilidade); d) as medidas deverão ser temporárias, e se, com o passar do tempo não corrigirem a segregação é porque não foram adequadas; e) as medidas não poderão acarretar onerosidade excessiva para a sociedade, do contrário violarão os critérios da adequação e proporcionalidade do tratamento diferenciado⁴.

³ MASSONI, op. cit, p. 464-73. Nota 1.

⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves apud BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005. p. 1070.

Assim, na ânsia de se implementar a medida igualizante, o operador pode acabar por infringir o princípio constitucional da isonomia, padecendo a sua ação de vício de inconstitucionalidade por ofensa ao art. 5º da Constituição da República.

E, como formas de expressão, as ações afirmativas apresentam-se na seara social através de diversas formas, dentre elas destacam-se: o sistema de cotas (a mais conhecida delas) e os programas de habilitação e reabilitação.

No sistema brasileiro fala-se quase exclusivamente no sistema de cotas como forma de manifestação das ações afirmativas. No entanto, ressalta-se que não se trata de exclusividade, mas da manifestação mais comum das ações positivas providenciadas pelo Estado.

O sistema de cotas consiste em uma adoção de reserva de vagas para aquele grupo socialmente discriminado a fim de se igualar às oportunidades de inclusão sócio-econômico-cultural de todo o grupo com os demais indivíduos.

No entanto, é de se avultar que esse sistema, a não ser que venha amarrado a outro critério inquestionavelmente objetivo, deve ser objeto de uma utilização marcadamente marginal.

Pois, como aconteceu no Rio de Janeiro a sua aplicação descabida, e sem a mínima conscientização social,

provocou, além de ações de inconstitucionalidade⁵, a indignação e o repúdio social aos beneficiários dessas leis.

No caso posto, por exemplo, as cotas reservadas a minoria destacada aleatoriamente provoca um desequilíbrio atingidor do princípio constitucional da isonomia, já que restará apenas 30% das vagas à dita maioria.

O que se busca com as ações afirmativas como um todo, é a inserção desses grupos no ordenamento social como forma de igualização, mas, no entanto, não deverá abster a maioria de disputar a maior parte das vagas, pois se assim for, acabará por provocar a discriminação da maioria frente àquela minoria.

Ainda como forma de ações afirmativas destacam-se os programas de habilitação e reabilitação do portador de deficiência na seara laboral, assegurados na Constituição em seu art. 203, inciso IV.

O programa de habilitação consistir-se-á especialmente na promoção de subsídios ao portador de

⁵ ADIN nº 2858, interposta em 19.03.03 pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN), com o objetivo de declarar inconstitucional alguns dispositivos das Leis Estaduais 3.524/00, 3.708/01 e 4.061/03, que reservaram, do total das vagas em todos os cursos das universidades públicas fluminenses, no mínimo, 50% para alunos candidatos ao vestibular que cursaram o ensino fundamental e médio em escolas públicas municipais ou estaduais e, desse percentual, 40% das vagas, no mínimo, a candidatos que se declararem, no ato da inscrição para o

deficiência de engajar no mercado de trabalho. Essa política procura habilitar o deficiente para o mercado de trabalho, fomentando a sua qualificação. Necessária tal implementação, tendo em vista as suas dificuldades práticas em se adequarem a determinada função.

Sob a mesma ótica, temos a reabilitação que não diz respeito propriamente ao portador de deficiência, mas àquele trabalhador que teve a sua capacidade laboral comprometida, seja por força maior, seja devido acidente de trabalho, e necessita de uma tutela diferenciada para o seu retorno e manutenção no campo de trabalho⁶.

No mais, a dispensa do trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final do contrato por prazo determinado em mais de 90 dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto em condição semelhante, é o que pronuncia o § 1º do art. 93 da Lei 8.212, de 1991.

Manifestação protetiva a esse tipo de trabalhador, também vislumbramos na Consolidação das Leis do Trabalho em que se garante a adaptação do trabalhador na

vestibular, negros ou pardos e 10% aos vestibulandos portadores de deficiência física.

⁶ Nesse caso, observa-se o art. 93 da Lei 8.213 de 1991, que obriga a empresa com 100 ou mais empregados a preencher de 2% a 5% dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou portadores de deficiência.

função desempenhada ou mesmo de sua modificação, garantida, ainda, a mesma remuneração.

3 AS AÇÕES AFIRMATIVAS NO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO

Hodiernamente, o direito do trabalho, embora preserve o seu objetivo clássico de proteção aos direitos mínimos do trabalhador, como sua vida e a sua integridade física, procura preservar a sua higidez psicológica e emocional, e assim, efetivar o ditos direitos da personalidade.

Assim, o ordenamento jurídico pátrio, tendo por base o enaltecimento da pessoa humana e o valor social do trabalho, busca preservar os indivíduos de qualquer forma de abuso ilegítimo.

Como forma de evitar tais abusos, a República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, associado ao princípio isonômico e a punição a qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais.

É de se observar que o sistema capitalista em que vivemos proporciona uma peculiar situação no âmbito da seara

laboral, pois a convivência do homem com a máquina provocou o desemprego em massa, que juntamente com a competitividade empresarial, necessitada da constante diminuição dos seus custos, deixa os indivíduos à margem do mercado de trabalho.

Esse painel, de grande oferta de mão-de-obra, mostra-se demasiadamente fértil às políticas empresariais abusivas, de cunho discriminatório, nas quais as ações afirmativas agem como forma de efetivação do direito à igualdade material.

Nesse diapasão é que vislumbramos os três âmbitos predominantes de discriminação na seara laboral brasileira, a dizer: os deficientes, as mulheres e os negros.

3.1. PORTADORES DE DEFICIÊNCIA

Os portadores de deficiência durante a história receberam os mais diferenciados tratamentos; de atrocidades sofridas por eles, passando pelo menosprezo até pelo reconhecimento de seres enviados por deuses.

Na Antiguidade, na Lei das XII Tábuas, o filho nascido monstruoso deveria ser imediatamente destruído. Na

Antiga Grécia, se nascidas crianças julgadas fracas ou disformes, como pertencentes ao Estado, seriam jogadas do precipício. Mas, no entanto, em Esparta havia uma proteção especial àqueles guerreiros feridos e mutilados em combate.

Na Idade Média os deficientes eram vítimas de extermínio, pois eram tidos como portadores de poderes especiais, oriundos dos demônios. Mas, com o advento do Renascimento os deficientes passaram a desfrutar de um tratamento mais humanitário. E, na Idade Moderna, alguns passaram a se destacar, tal como o “Aleijadinho”.

Nesse contexto, o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) revela que hoje, no Brasil, somam-se mais de 24 (vinte e quatro) milhões de deficientes físicos, mentais ou sensoriais, o que associado a sua peculiar dificuldade de convivência social justifica o seu tratamento diferenciado na sociedade.

No plano constitucional, a sua natureza de proteção estende-se à seguridade social (art. 203, IV e V); à saúde (art. 227, § 1º e incisos) e à proteção jurídica no mercado de trabalho (arts. 7º, XXXI e 37, V e VIII).

No plano internacional, temos como fundamento legal para a adoção de ações afirmativas em relação à pessoa portadora de deficiência, a Convenção nº 159 da OIT, ratificada pelo Brasil por meio do decreto nº 129/91; o caput

do art. 3º da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra Pessoas Portadoras de deficiência da OEA, ratificada pelo Brasil em 2001, e o artigo sétimo da Declaração da ONU sobre os Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência, ratificada em 1975.

No entanto, como a referente pesquisa restringe-se apenas às ações afirmativas na seara laboral, restringir-nos-emos então só a elas.

O artigo 7º, XXXI, da Carta Constitucional proíbe qualquer discriminação no tocante a salários e a critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência física. Mas, não é só isso, o ordenamento não interpreta a lei apenas em seu sentido formal, busca a sua materialidade. É assim, o sentido dos dispositivos já citados da Lei nº 8.213/91, e implementados pelo Decreto nº 3.298 de 1999, que buscam a reserva de mercado para os portadores de alguma deficiência, habilitados para certas atividades, como reabilitados da Previdência Social.

Além do mais, caracteriza-se, da mesma forma, o artigo 37, VIII da Constituição que prevê a reserva de percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência disciplinada na Lei 8.112/90 na qual trata da reserva de percentual de até 20% das vagas oferecidas em concurso público.

3.2 MULHERES

E, fruto de uma longa tradição, vimos a nossa população feminina ser sempre inferiorizada frente à superioridade masculina, que se desenvolvia tanto no âmbito cultural, quanto no laboral, e especialmente, na legislação – conforme antigos conceitos do extinto Código Civil de 1916.

A submissão ao tratamento machista e inferiorizante dado às mulheres gerou durante séculos feridas sociais graves, já que, a cultura discriminatória ultrapassa a barreira cronologia do tempo.

Nesse contexto de desequilíbrio entres os sexos, é que surgem as ações afirmativas, atribuindo um tratamento temporário e especial às mulheres até que haja um equilíbrio entre os gêneros no mercado de trabalho.

Assim, originou-se em todo o globo, uma ânsia de se promover uma política igualizante no entre os sexos. Destacase, dessa forma, a Convenção da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, ratificada pelo Brasil em 1984.

A Constituição de 1988, por sua vez, em seu art. 5º, inc. I, não apenas aboliu essa discriminação chancelada pelas leis, mas também, por meio dos múltiplos dispositivos

antidiscriminatórios já mencionados, permitiu que se buscassem mecanismos aptos a promover a igualdade entre os sexos.

Ainda, em nível infraconstitucional vislumbramos o art. 373-A da CLT⁷, encampando a intenção igualizante do legislador derivado em promover na atividade laboral ações ativas destinadas a nivelar as oportunidades entre homens e mulheres.

3.3 NEGROS

Produto de uma colonização de exploração, e de cunho eminentemente escravocrata, o Brasil representa uma nação em que os negros e pardos são vítimas da discriminação.

A preocupação com a discriminação no que se refere à raça e a cor, extrai-se da ação internacional, precisamente da

⁷ Art. 373-A da CLT: Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:[...] Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições de trabalho da mulher.

Convenção Internacional da ONU sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil⁸.

Na seara laboral pátria, destaca-se o art. 7º, XXX, da Constituição vigente em que se proíbe a diferença de salário, de exercício de função e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

Não obstante, o constituinte originário tipificou em meio aos direitos e garantias fundamentais que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão⁹.

Nesse mesmo contexto, em maio de 1997, foi sancionada a Lei nº 9.459, que considera como crimes as condutas que implicam em induzimento ou incitação da discriminação ou preconceito de raça, etnia, cor, nacionalidade ou religião, cominando aos infratores a pena de reclusão de um a três anos e multa.

No entanto, mesmo frente à legislação abastarda, o preconceito e o racismo se manifestam na seara laboral, o que

⁸ Item 4º do art 1º da Convenção Internacional da ONU sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial: As medidas especiais tomadas com a finalidade única de assegurar o processo de determinados grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que tenham necessidade de proteção, que serve para lhes garantir o gozo e o exercício dos direitos do homem e liberdades fundamentais em condições de igualdade não são consideradas como medidas de discriminação racial, desde que não tenham por efeito a manutenção de direitos distintos para grupos raciais diferentes e não permaneçam em vigor uma vez atingidos os objetivos que têm em mira.

na maioria das vezes provoca a dispensa dos trabalhadores, e que, em consequência, provocado, o Judiciário declara o ato nulo, autorizando a reintegração do mesmo, e ainda, a compensação por danos morais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A turbulência nas relações sociais, e em especial, nas relações de trabalho, produto do sistema capitalista, faz com que o indivíduo figure num papel delicado, pois passa a ser tratado como objeto de manipulação da acirrada competitividade mundial.

A essa peculiar situação de indiferença do ser humano, atuam os Direitos Humanos com forma de garantir os seus direitos mínimos, que fundamentalizados no ordenamento jurídico pátrio, busca resguardar os indivíduos de qualquer forma e abuso ilegítimo.

É nessa ordem que se manifestam as ações afirmativas, sejam como forma preventiva de discriminação, sejam propriamente de forma implementativa, de cunho

⁹ Ver art. 5º, XLII da Constituição Federal de 1988.

privado ou público. E, alicerçados no aspecto material do princípio da igualdade, atuam de forma expansiva, diagnosticando o fator discriminante de um certo grupo e conferindo aos mesmos “benefícios legais” como forma de se viabilizar a isonomia material.

Nessa mesma seara, manifestam-se no âmbito laboral, se não dizer, com mais intensidade, já que a existência digna do trabalhador ultrapassa os direitos mínimos de outrora, como a garantia à vida e a integridade física, perseguindo a preservação de sua higidez psicológica e emocional, garantia de um meio ambiente saudável e o reconhecimento de seus direitos da personalidade.

No entanto, é de se ressaltar a forma pautada e comedida que devem possuir tais ações, já que a sua exacerbação, ou melhor, a sua ação irracional e infundada provocará o efeito reverso ao pretendido, ferindo o princípio isonômico.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2005.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 347-367, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.pantojo.com.br/arquivos/capa>. Asp?IDMateria=1168Mn=239. Acesso em: 22 nov. 2007

BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. **Lex**: coletânea de legislação e jurisprudência. São Paulo, v. 55, p. 461-93, jul./set. 1991

DELGADO, Mauricio José Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro. **Revista da Informação Legislativa**. Brasília, n. 151, jul./set. 2001.

MASSONI, Túlio de Oliveira. As ações afirmativas no direito do trabalho. **Revista LTr**. São Paulo, v. 69, n. 4, abr. 2005.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 347-367, 2007.

MELLO, Celso Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3 ed.. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed.. São Paulo: Saraiva, 2003.

O PEDIDO E A SUCUMBÊNCIA NAS AÇÕES DE INDENIZAÇÃO: QUESTÕES POLÊMICAS E CONTROVERTIDAS

Adriano Mesquita Dantas¹

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho consiste em uma análise do pedido e da sucumbência nas ações de indenização, mediante uma visão crítica das questões e aspectos controvertidos e polêmicos. De início será analisando o pedido e suas formas, espécies e característica nas ações de indenização. Em seguida, a sucumbência, que está intimamente ligada à forma e ao “*quantum*” dos pedidos.

¹ Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Potiguar – UnP. Endereço: 8ª Vara do Trabalho de João Pessoa, Fórum Maximiano Figueiredo, Av. Dep. Odon Bezerra, 184, Empresaria João Medeiros (Shopping Tambiá), Piso E1, Tambiá, CEP 58.020-500, João Pessoa/PB, Tel.: 3533-

2 O PEDIDO NAS AÇÕES DE INDENIZAÇÃO

Ao disciplinar os requisitos da petição inicial, o Código de Processo Civil elenca os seguintes (art. 282): I - o juiz ou tribunal, a que é dirigida; II - os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu; III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; IV - **o pedido, com as suas especificações**; V - **o valor da causa**; VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados; VII - o requerimento para a citação do réu (NEGRÃO, 2003, p. 371 e 373).

De plano se percebe que o pedido e o valor da causa constituem, no Processo Civil, requisitos obrigatórios e indispensáveis da petição inicial. Ausente um deles, ou um dos demais elencados no art. 282 do Código de Processo Civil, a petição inicial deve ser emendada sob pena de indeferimento, tudo conforme o disposto no art. 284 daquele diploma legal.

Pois bem. Sendo o pedido requisito indispensável da petição inicial e estando intimamente ligado ao valor da causa e à sucumbência, passamos a sua análise.

O pedido é o núcleo central da petição inicial, pois representa aquilo que o Autor pretende da atuação estatal, por

6400 / 3533-6308 / 3533-6328, E-mail: adrianomdantas@hotmail.com
amdantas@trt13.gov.br

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 368-387, 2007.

meio do Poder Judiciário, em face do Réu. Também é importante pelo fato de delimitar os contornos da lide e, por isso, da sentença.

Didier Jr.² explica que:

Como um dos elementos objetivos da demanda (junto com a causa de pedir), adquire o pedido importância fundamental na atividade processual. Em primeiro lugar, o pedido bitola a prestação jurisdicional, que não poderá ser *extra, ultra ou infra/citra petita*, conforme prescreve o princípio da congruência (arts. 128 e 460 do CPC). Serve o pedido também como elemento de identificação da demanda, para fins de verificação da ocorrência de conexão, litispendência ou coisa julgada. O pedido é, finalmente, o parâmetro para a fixação do valor da causa (art. 259 do CPC).

O Código de Processo Civil trata do pedido nos arts. 286 e seguintes. Conforme os dispositivos citados, o pedido pode ser classificado em: pedido imediato (pedido de atuação do Poder Judiciário, ou seja, pedido de uma tutela judicial, seja condenatória, declaratória, mandamental, cautelar, etc.), pedido mediato (o bem da vida pretendido ou almejado, a utilidade prática visada pelo Autor), pedido genérico (a generalidade e indeterminação da coisa ou coisas ficam limitadas a sua quantidade ou qualidade, nunca podendo haver

indeterminação do gênero), pedido cominatório (utilizado para realizar as sanções jurídicas determinadas na sentença por meio de coação, em especial quando se trata de prestações infungíveis – art. 461 do Código de Processo Civil), pedido alternativo (quando o devedor puder cumprir a prestação de mais de um modo, de forma que qualquer um dele satisfaz a obrigação), pedidos sucessivos (há cumulação de pedidos, sendo um principal e os demais subsidiários, que só serão apreciados na hipótese de eventual rejeição do primeiro), pedido de prestações periódicas (obrigações de trato sucessivo, onde há o pedido implícito das prestações vincendas), pedidos cumulados (sem o caráter da eventualidade existente nos pedidos sucessivos, posto que a cumulação corresponde à soma de várias pretensões a serem satisfeitas cumulativamente e de forma independente uma das outras).

Como exceção ao princípio de que o Juiz deve se ater ao pedido deduzido na petição inicial, o Código de Processo Civil (art. 461) e o Código de Defesa do Consumidor (art. 84) estabelecem, ainda, que não sendo possível a tutela específica, o Juiz pode e deve conceder o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

² DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Direito processual civil**: tutela jurisdicional individual e coletiva. 5 ed. Salvador: JusPODIVM, 2005. p. 373.

Esses são, em uma breve síntese, os tipos ou hipóteses de pedidos.

Comentando o pedido genérico, Theodoro Júnior³ destaca que:

Nas ações de indenização, que são aquelas em que mais frequentemente ocorrem pedidos genéricos, tem o autor sempre de especificar o prejuízo a ser ressarcido. Expressões vagas como 'perdas e danos' e 'lucros cessantes' não servem para a necessária individualização do *objeto* da causa. Necessariamente haverá de ser descrita a lesão suportada pela vítima do ato ilícito, v.g.: prejuízos (danos emergentes) correspondente à perda da colheita de certa lavoura, ou ao custo dos reparos do bem danificado, ou à desvalorização do veículo após o evento danoso, ou, ainda, os lucros cessantes representados pela perda do rendimento líquido do veículo durante sua inatividade para reparação, ou dos aluguéis do imóvel durante o tempo em que o dono ficou privado de sua posse etc.”

Portanto, não basta ao Autor alegar a existência do dano, devendo mensurá-lo, sempre que possível, de forma objetiva, clara e precisa. Não sendo possível tal providência na fase de conhecimento, a quantificação será feita na fase de liquidação. Mas é válido consignar que o pedido indeterminado ou genérico é exceção e deve ser coibido, salvo

³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 327.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 368-387, 2007.

quando o ato causador do dano puder repercutir e gerar conseqüências danosas no futuro

Saraiva⁴ apresenta uma situação excepcional em que se admite o pedido sem a sua devida quantificação:

Imaginemos, na seara trabalhista, a propositura pelo empregado de uma ação de indenização pelos danos materiais sofridos em função de agressão física praticada pelo empregador, em virtude da qual o obreiro teve um membro do seu corpo afetado, estando em tratamento e ainda não tendo os médicos plena convicção do tempo necessário à recuperação do paciente. Nesta hipótese, é possível a utilização de pedido genérico, pelo fato de o reclamante ainda não poder precisar o montante necessário ao ressarcimento do prejuízo (despesas médico-hospitalares, tratamento fisioterápico, medicamentos, lucros cessantes etc.).

A tendência atual do Processo Civil pátrio é a prolação de sentenças líquidas, conforme o art. 475-A, *caput* e §3º, do Código de Processo Civil. Essa providência tem reduzido substancialmente o “*iter*” processual e a utilização de medidas protelatórias pelo Réu/Executado, já que a matéria a ser discutida na fase de cumprimento da sentença fica bem mais restrita e limitada.

⁴ SARAIVA, Renato. **Curso de direito processual do trabalho**. 2 ed. São Paulo: Método, 2005. p. 270.

Nas ações de indenização, portanto, o Autor deve formular pedido mediato certo e determinado, devendo ser evitado os pedidos genéricos. Admite-se, também, a cumulação de pedidos, seja simples (indenização por danos materiais, morais, estéticos⁵ e/ou lucros cessantes) ou sucessiva (pedido bastante comum na Justiça do Trabalho: reintegração no emprego em razão da estabilidade ou, se esta não for possível ou não recomendável, a indenização relativa à remuneração do período da estabilidade).

Situação que tenho verificado com freqüência nas Reclamações Trabalhistas que me são submetidas diz respeito ao pedido de arbitramento da indenização dos danos morais, sem que a parte Autora apresente qualquer parâmetro na petição inicial para a fixação da indenização. O Autor, muitas vezes, se limita a apresentar vastas lições doutrinárias e jurisprudenciais na petição inicial sem, no entanto, especificar

⁵ Conforme o acórdão proferido pelo e. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, é perfeitamente possível a cumulação do pedido de dano moral com o de dano estético, *“in verbis”*: “DANO MORAL E ESTÉTICO – Acumulação de dano moral e estético é admitida, quando passíveis de apuração em separado, ainda que derivados do mesmo acontecimento. O dano estético supera o dano moral, indo além, não se confunde com este, porque as cicatrizes deixadas pelo acidente permanecerão por toda a vida, causando-lhe constrangimento ininterrupto. Enquanto o dano estético está vinculado à deformação morfológica permanente, que afeta a integridade e a harmonia física do corpo da vítima, o dano moral resulta do sofrimento emocional, da dor física, da angústia, da perda da qualidade de vida, das dificuldades cotidianas e de todas as demais conseqüências provocadas pelo acidente de trabalho.”

e detalhar as circunstâncias e o valor almejado a título de reparação dos alegados danos morais.

Ora, pedidos do tipo “*requer a condenação do Réu/Reclamado na obrigação de pagar uma indenização por danos morais em valor a ser arbitrado*” devem ser evitados, pois resta implícito e tacitamente afirmado que a parte ficará satisfeita com qualquer valor que for deferido/arbitrado pelo Juiz, carecendo, pois, de interesse recursal por inexistir sucumbência na hipótese de lhe ser deferida qualquer quantia, mesmo que ínfima. No caso em análise só haverá sucumbência se a pretensão for julgada totalmente improcedente.

Enfrentando essa questão, Didier Jr.⁶ sustenta o seguinte:

Problema que merece cuidadosa análise é a do pedido genérico nas ações de reparação de dano moral: o autor deve ou não quantificar o valor da indenização na petição inicial? A resposta é positiva: o pedido nestas demandas deve ser certo e determinado, delimitando o autor, quanto pretende receber como ressarcimento pelos prejuízos morais que sofreu. Quem, além do próprio autor, poderia quantificar a “dor moral” que alega ter sofrido? Como um sujeito estranho e por isso mesmo alheio a esta “dor” poderia aferir

⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Direito processual civil**: tutela jurisdicional individual e coletiva. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2005, p. 393.

a sua existência, mensurar a sua extensão e quantificá-la em pecúnia? A função do magistrado é julgar se o montante requerido pelo autor é ou não devido; não lhe cabe, sem uma provocação do demandante, dizer quanto deve ser o montante. Ademais, se o autor pedir que o magistrado determine o valor da indenização, não poderá recorrer da decisão que, por absurdo, a fixou em um real (R\$ 1,00), pois o pedido teria sido acolhido integralmente, não havendo como se cogitar de interesse recursal.

Após essas considerações, cita o entendimento de Figueira Júnior⁷, “*in verbis*”:

Muitas vezes, o pedido de condenação (objeto imediato) do réu (pedido certo) por danos morais, decorrentes da morte de um ente querido, não está na dependência de qualquer elemento probatório para a sua fixação (determinação), em que tristeza e o sofrimento pela perda irreparável da pessoa amada aparecem de forma ínsita na própria relação de direito material volada, em face do ilícito civil praticado. Nesses casos, arbitrar o valor perseguido com a demanda é um ônus processual do postulante, não podendo ser relegado, em princípio, para fase processual posterior ou remetido para estipulação, de acordo com o prudente critério do julgador. (...) Em situações como essa e outras similares, não é função do Estado-juiz fixar o valor da indenização mediante o seu ‘prudente critério’ (conforme chavão forense), porquanto a expressão representa nada menos do que um pedido de julgamento

⁷ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2001. v. 4, tomo II, p. 92-93.

por equidade (critério equitativo), vedado como regra e só admitido nos casos previstos expressamente em lei (art. 127, CPC).”

Diante desse quadro, se a parte formula um pedido de indenização por danos morais e pretende que o Juiz arbitre o “*quantum*” da indenização, entendo que a mesma deve apresentar parâmetros e patamares mínimos, para que haja, em não sendo acolhida a pretensão mínima, possibilidade de recurso contra a sentença.

O pedido, então, deve ser formulado nos seguintes termos: “*requer a condenação do Réu/Reclamado na obrigação de pagar uma indenização por danos morais em valor a ser arbitrado e não inferior a R\$ ____*” (indicar o valor mínimo pleiteado). Portanto, deve ser apresentado um patamar mínimo para a indenização, de forma que o Juiz ficará livre para arbitrar um valor aquém, igual ou além do que foi indicado, sem que haja qualquer prejuízo para a interposição de um futuro recurso e sem que haja nulidade processual.

Além disso, como lembra Silva⁸:

inegável que a pessoa mais adequada para quantificar o quanto será necessário para lhe proporcionar um estado de conforto, em virtude de um dano experimentado, será o próprio autor da ação, cabendo ao juiz tão somente adequar o pedido em caso de exorbitância.

(...)

Partindo-se do pressuposto de que o objetivo da indenização do dano moral é o acima citado, tem-se que ninguém melhor do que o próprio ofendido para determinar a quantia ideal que lhe proporcionará um certo conforto, diante da situação vexatória pela qual passou, considerando-se também a impossibilidade de se restaurar uma situação pretérita.

(...)

Assim, se o ofendido é a pessoa mais adequada para estimar o tamanho do prejuízo de ordem íntima que sofreu, em decorrência do ato ilícito do qual foi vítima, é de se reconhecer que as ações fundadas em indenização por dano moral devem ter seu pedido certo e determinado, visto que não se incluem nas hipóteses previstas no artigo 286 do Código de Processo Civil.

Assim sendo, e não obstante a dificuldade de mensuração e quantificação dos danos morais, penso que o Autor deve, sim, apresentar parâmetros e, pelo menos, um valor mínimo para o pedido de danos morais.

⁸ SILVA, Gustavo Passarelli da. O valor da causa nas ações de dano moral.

Feitas essas considerações sobre os pedidos, passo a analisar a sucumbência, ocasião em que serão analisadas de forma mais detalhada as conseqüências desses pedidos.

3 A SUCUMBÊNCIA NAS AÇÕES DE INDENIZAÇÃO

A primeira situação a ser analisada diz respeito às ações em que se formula pedido de indenização certo e determinado, seja de dano material, moral, estético e/ou lucros cessantes. Nestas ações, entendo que como o pedido foi certo e determinado, haverá sucumbência recíproca se o pedido não for acolhido em sua integralidade, ou seja, for julgado procedente em parte. Nesse caso, como o “*quantum*” pedido pelo Autor não foi acolhido pelo Juiz, que fixou uma indenização aquém deste, houve, sim, a sucumbência recíproca, devendo as conseqüências desta (rateio das custas, dos honorários advocatícios, dos honorários periciais, etc) serem aplicadas em sua integralidade e de forma proporcional a sucumbência de cada parte.

Juris Síntese. São Paulo. n. 36, jul./ago., 2002.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 368-387, 2007.

A segunda situação é a das ações em que se formula pedido de arbitramento da indenização dos danos morais, sem que o Autor apresente qualquer parâmetro na petição inicial para a fixação da indenização.

Nesse caso, entendo que sendo acolhido o pedido e arbitrado um valor para fins de indenização, não haverá sucumbência do Autor, apenas do Réu.

Como relatado, o Autor, muitas vezes, se limita a apresentar vastas lições doutrinárias e jurisprudenciais na petição inicial sem, no entanto, especificar, detalhar e quantificar os alegados danos morais.

Ora, se o Autor não apresenta qualquer parâmetro nem indica um valor mínimo para o pedido de indenização, limitando-se a requerer a condenação do Réu na obrigação de pagar uma indenização por danos morais “*em valor a ser arbitrado*”, resta implícito e tacitamente afirmado que ficará satisfeito com qualquer valor que for deferido/arbitrado pelo Juiz. Nestes casos, o Autor carece de interesse recursal, por inexistir sucumbência, na hipótese de lhe ser deferida qualquer quantia, mesmo que ínfima, pois o pedido deve ser julgado procedente “*in totum*”⁹. Só haverá sucumbência do Autor se a pretensão for julgada totalmente improcedente.

⁹ Nesse sentido o seguinte julgado: **APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – PEDIDO GENÉRICO –**

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 368-387, 2007.

Com base nesses fundamentos, neguei seguimento a um Recurso Ordinário interposto em face de uma Sentença que prolatei. A parte interpôs Agravo de Instrumento visando destrancar o Recurso Ordinário, ao qual o e. Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região deu provimento. Eis a ementa do acórdão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. FIXAÇÃO. ARBÍTRIO DO JUIZ. RECLAMANTE. SUCUMBÊNCIA. INTERESSE EM RECORRER. PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE

ARBITRAMENTO JUDICIAL – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO E FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO – FALTA DE INTERESSE RECURSAL – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Em se tratando de pedido genérico de indenização por danos morais, o arbitramento do quantum reparatório pelo juiz a quo é o exato deferimento da pretensão deduzida em juízo. A decisão de procedência não acarreta sucumbência, porquanto dado aquilo que efetivamente foi postulado: o arbitramento da Indenização. Por tal razão, não detém o autor Apelante Interesse para, em sede recursal, pretender a elevação das verbas indenizatórias. Não conhecimento do recurso no que tange ao pedido de majoração das verbas reparadoras do dano moral. Todavia, conhece-se do mesmo no que se refere ao pedido de elevação do percentual dos honorários de sucumbência, negando-lhe, contudo, provimento. A fixação em 10% do valor da condenação é, de todo, satisfatória. Em que pese o indiscutível talento dos patronos, a relativa simplicidade do caso, o trabalho por eles desenvolvido e o valor imputado à causa não justificam o percentual máximo. De igual norte, não merece provimento o recurso adesivo, tendo em vista que o valor fixado, de certa forma, ficou até abaixo dos parâmetros rotineiramente estipulados por esta Câmara, em hipóteses tais. Conhecimento parcial do primeiro apelo, para, nesta parte, negar-lhe provimento. Improvido do recurso adesivo. (TJRJ – AC 19337/2001 – (2001.001.19337) – 11ª C.Cív. – Rel. Des. José C. Figueiredo – J. 14.11.2001 – destaques acrescentados)

JURISDIÇÃO. VIOLAÇÃO. Configura-se violação ao princípio do duplo grau de jurisdição a sentença que, em ação de indenização por danos morais sem pedido certo em relação ao montante da verba, por arbitramento do juiz, estabelece o quantum a ser ressarcido pela empresa-demandada e obsta a interposição de recurso ordinário pelo demandante, sob o fundamento da inexistência de sucumbência e falta de interesse em recorrer. Agravo de instrumento provido. (Agravo de Instrumento n.º 00443.2006.008.13.01-7)

Mesmo com o resultado do julgamento do Agravo de Instrumento, e com a devida vênua do e. Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, mantenho firme meu entendimento pessoal, manifestado na decisão que negou seguimento ao Recurso Ordinário. E o faço, basicamente, pelo fato de, data vênua, não me convencer dos argumentos usados pelo e. Tribunal, até porque, como se sabe, o princípio do duplo grau de jurisdição não é absoluto e sequer tem previsão constitucional expressa, decorrendo, pura e simplesmente, do contexto da organização judiciária brasileira. Além disso, da forma como o pedido foi formulado, não houve sucumbência, pois o pedido foi acolhido, tendo sido julgado procedente “*in totum*”, e arbitrada uma indenização no valor de R\$ 12.000,00.

Outrossim, não se admite que o Juiz ou o Poder Judiciário corrijam de ofício, e sem qualquer respaldo legal, os

equivocos dos Advogados. Se o Autor pediu de forma errada/equivocada, deve arcar com as conseqüências, não se admitindo que o Juiz, em nome do princípio da proteção ou de um suposto princípio do duplo grau de jurisdição absoluto e ilimitado, extrapole os limites da lide e admita o processamento de recurso quando não há sucumbência e interesse recursal.

Não obstante essas considerações, a jurisprudência maciça do c. Superior Tribunal de Justiça, no entanto, diverge do posicionamento defendido. De acordo com o entendimento daquele e. Tribunal, a estipulação do “*quantum*” da indenização a título de danos morais na petição inicial é meramente estimativa e sua redução ou deferimento parcial pelo Juiz não implica sucumbência recíproca. Além disso, como o Juiz não fica jungido ao “*quantum*” pretendido pelo Autor, ainda que o valor fixado seja consideravelmente inferior ao pleiteado pela parte, não há que se falar em sucumbência recíproca, pois a pretensão do Autor foi acolhida, mesmo que em parte.

Com a devida vênia, não concordo com esse entendimento.

Embora reconheça o amplo campo de liberdade do Juiz na fixação da indenização por danos morais, penso que o pedido deve ser certo e determinado e que há sucumbência

recíproca quando o mesmo for acolhido apenas de forma parcial, considerando o sistema processual vigente e todos os fundamentos expostos anteriormente.

A terceira hipótese, por sua vez, é a das ações em que se formula pedido de arbitramento da indenização dos danos morais, com indicação expressa e taxativa, na petição inicial, de parâmetros e patamares mínimos para o “*quantum*”. Neste caso, o Juiz terá ampla liberdade, pois poderá arbitrar/fixar o “*quantum*” da indenização em valor superior, igual ou inferior ao patamar mínimo pleiteado, sem que isso implique ou acarrete qualquer vício na decisão.

Ora, o Autor pediu que a indenização fosse arbitrada pelo Juiz e indicou um valor mínimo. Se o Juiz arbitrar a indenização em valor maior do que o que foi indicado como mínimo, não haverá sucumbência, pois a pretensão deduzida foi acolhida e o pedido julgado procedente “*in totum*”. O mesmo ocorrerá se a indenização for arbitrada no patamar mínimo do pedido, pois restou implícito e tacitamente afirmado pelo Autor que ficaria satisfeito com uma indenização fixada, pelo menos, naquele valor. Entretanto, se for fixada uma indenização em valor aquém do mínimo pleiteado, haverá sucumbência recíproca, devendo as conseqüências desta (rateio das custas, dos honorários advocatícios, dos honorários periciais, etc) serem aplicadas em

sua integralidade e de forma proporcional a sucumbência de cada parte. Nesta última situação, o Autor poderá interpor recurso contra a decisão, com o que o Tribunal terá liberdade para, reapreciando a lide, arbitrar/fixar o “*quantum*” da indenização em valor superior, igual ou inferior ao patamar mínimo pleiteado.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, concluo que nas ações de indenização deve ser formulado pedido certo e determinado, cujo “*quantum*” corresponderá, de regra, ao valor da causa. Concluo, também, que diante de pedidos genéricos e sem fixação de parâmetros ou patamares mínimos, o valor da causa deve ser estipulado pelo Autor com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Concluo, ainda, que pedidos de indenização genéricos e sem fixação de parâmetros ou patamares mínimos devem ser evitados, pois podem comprometer o interesse recursal na hipótese de acolhimento e arbitramento de qualquer valor pelo Juiz, mesmo que ínfimo, ante a inexistência de sucumbência.

REFERÊNCIAS:

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. v. 1

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. **Teoria geral do processo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DIDIER JR., Fredie. **Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva**. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2005.

FIGUEIRA JR, Joel Dias. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2001. v. 4, tomo II.

Juris síntese IOB: legislação, jurisprudência, jurisprudência comentada, doutrina, prática processual e dicionário latim-português. Porto Alegre: Thomsom-IOB, set./out. 2005. 1 cd-rom.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 368-387, 2007.

NEGRÃO, Theotônio. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 35. ed. atual. até 13.01.2003. São Paulo: Saraiva, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SARAIVA, Renato. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 2 ed. São Paulo: Método, 2005.

SILVA, Gustavo Passarelli da. O valor da causa nas ações de dano moral. **Juris Síntese**. Porto Alegre. n. 36, jul./ago. 2002. **Superior Tribunal de Justiça**. INTERNET. Disponível no site <www.stj.gov.br>. Acesso em 02.fev.2007.

Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região. INTERNET. Disponível no site <www.tst.gov.br>. Acesso em 02.fev.2007.

**EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA
“RATIONE LOCI” À LUZ DO ART. 651 DA
CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO
TRABALHO**

Pedro Aurélio Garcia de Sá¹

RESUMO

O escopo do presente artigo é fazer uma interpretação teleológica do artigo 651 da Consolidação das Leis do Trabalho, tendo como norte os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, como Estado social e democrático de direito, bem como a função inerente do magistrado trabalhista na interpretação e a aplicação da legislação em face do litígio exteriorizado na reclamação laboral.

¹ Pedro Aurélio Garcia de Sá é Advogado. Especialista em Direito Empresarial pela UFPB. Pós-graduando em Direito Material e Processual do Trabalho pela ESMAT da 13ª Região

PALAVRAS-CHAVE: Art. 651 da CLT – Princípios Fundamentais – Interpretação Teleológica – Exceção de Incompetência em Razão do Lugar.

1 INTRODUÇÃO

A jurisdição e a competência são temas clássicos da Teoria Geral do Processo.

Para Chiovenda, (1969, p. 3) “a jurisdição é função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade dos órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva”².

Carnelutti, por sua vez, manifesta-se contrariamente ao entendimento de Chiovenda, afirmando que a lei regula toda situação “*in concreto*”, defendendo, assim, que a jurisdição tem por finalidade a justa composição da lide.

As posições de Chiovenda e Carnelutti são antagônicas. O nosso ordenamento jurídico optou pela

² Chiovenda, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, trad. bras. de J. Guimarães Menegale, São Paulo, Saraiva, 3ª ed., 1969, Vol. II, p.3

primeira posição, considerando a função jurisdicional como aquela em que o Estado aplica a vontade concreta do direito objetivo, garantindo que as normas materiais efetivamente produzam os efeitos por ela preconizados.

A competência, seria, na definição mais popularizada, a medida da jurisdição. Seria, pois, um critério para racionalização e distribuição dos serviços.

Segundo Câmara³, “a competência é o conjunto de limites, dentro dos quais cada órgão do Poder Judiciário pode exercer legitimamente a função jurisdicional”.

Como critérios adotados pelo direito objetivo, para fixação da competência interna, têm-se os critérios: objetivo, funcional e territorial.

O critério objetivo determina a competência em razão do valor da causa ou da sua natureza (matéria).

O critério funcional tem sua competência determinada pela função que o órgão jurisdicional deve exercer no processo.

Por fim, o critério territorial, em que a distribuição da competência se faz em razão de aspectos ligados, exclusivamente, à posição geográfica, pretendendo-se, com

³ Câmara, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. v. I, pág. 95

este critério, aproximar o Estado-juiz dos fatos ligados à pretensão manifestada pelo autor.

O presente artigo se destina a uma análise detida da competência fixada pelo critério territorial, mais especificamente, do artigo 651 da Consolidação das Leis do Trabalho.

2 INTERPRETANDO O ART. 651 DA CLT

Diz o artigo 651, da Consolidação das Leis do Trabalho (2006, p. 96):

A competência das Varas do Trabalho é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutra local ou no estrangeiro.

§ 1º - Quando for parte de dissídio agente ou viajante comercial, a competência será da Vara da localidade em que a empresa tenha agência ou filial e a esta o empregado esteja subordinado e, na falta, será competente a Vara da localização em que o empregado tenha domicílio ou a localidade mais próxima.

§ 2º - A competência das Varas do Trabalho, estabelecida neste artigo, estende-se aos dissídios ocorridos em agência ou filial no estrangeiro, desde que o empregado seja

brasileiro e não haja convenção internacional dispondo em contrário.

§ 3º - Em se tratando de empregador que promova realização de atividades fora do lugar do contrato de trabalho, é assegurado ao empregado apresentar reclamação no foro da celebração do contrato ou no da prestação dos respectivos serviços.

A função principal do Direito Laboral e que lhe dá sentido em existir é o seu eminente caráter protetivo. O disposto no art. 651 da CLT não fugiu à regra geral de proteção. Ao estabelecer que a reclamação deve ser proposta na localidade onde o empregado prestou serviço, fê-lo em benefício do trabalhador, entendendo que no último local da prestação de serviço o mesmo teria mais facilidade para realizar as provas do seu direito. Entretanto, se o empregado entender que juízo diverso daquele atenderá melhor aos seus interesses, facilitando a defesa de seu direito, nada impedirá que lá demande em face de seu empregador, pois, se a regra do artigo em comento é favorecer o obreiro, não deve ser aplicada quando lhe for prejudicial.

Ocorre que, comumente, observa-se, no cotidiano forense, o empregado ajuizando ações trabalhistas em localidade distinta daquela em que laborou e os juízes acolhendo as exceções de incompetência em razão do lugar apresentadas pelos antigos empregadores. Porém, não se pode perder de vista que, comum e principalmente, na região rural,

muitos trabalhadores saem de seus domicílios para prestar serviços em localidades distantes do mesmo e, ao serem dispensados, não têm outra alternativa senão retornarem à sua terra de origem, muitas vezes sem nada receber.

Assim sendo, restará vulnerado o princípio constitucional da isonomia, emergindo situações de total desequilíbrio entre as partes se o trabalhador for obrigado a demandar seu empregador na localidade da prestação de serviços, pois estará restringindo o acesso ao Poder Judiciário, indo na contramão do Direito, que garante aos que a procuram facilitar o acesso da prestação jurisdicional, além de criar uma situação de total desigualdade, visto que se tornará oneroso e dificultoso ao trabalhador litigar em localidade distante de sua residência, aumentando ainda mais a disparidade entre capital e trabalho.

Caso não seja desta forma a interpretação do art. 651 da CLT, negar-se-á ao empregado, hipossuficiente na relação de emprego, o princípio constitucional do amplo acesso à justiça, exigindo que o mesmo demande seu empregador no local da prestação de serviço, o que inviabilizaria a obtenção da prestação jurisdicional:

porquanto não será difícil de imaginar que dentre os obstáculos mais frequentes, senão o mais grave, de inibição do direito

fundamental de acesso à justiça, é o de ordem econômica, que afasta impiedosamente os desvalidos da fortuna de acesso à ordem jurídica justa, privando-os, conseqüentemente, de verem reparadas ou evitadas as lesões contra si consumadas ou ameaçadas⁴.

Devemos extrair do art. 651 um entendimento que busque dar-lhe maior efetividade, pois "o Direito deve ser interpretado inteligentemente, não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis"⁵.

Interpretar é escolher, dentre os objetivos que o texto legal possa apresentar, o justo e conveniente.

Se o objetivo do art. 651 é facilitar a produção de provas pelo empregado, este tem a faculdade de eleger outro juízo que não o do local da prestação de serviços para dirimir sua demanda, se entender que dessa forma seu direito será melhor protegido e resguardado.

Não se pode interpretar o art. 651 celetista, isoladamente, sem considerar o disposto no art. 5º, XXXV, da CF/88, que facilita o acesso à justiça, possibilitando a todos

⁴ Pinto, Robson Flores. **Hipossuficientes:** assistência jurídica na Constituição, São Paulo: LTr, 1997. p. 28.

⁵ Maximiliano, Carlos. **Interpretação e aplicação do Direito**, 2ª ed., São Paulo: Ed. Globo, 1933. p. 183.

postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito. Desta forma, toda e qualquer lei que dificulte à parte exercer seu direito de acesso à justiça, atenta contra o direito de ação e por isso deve ser rechaçada.

Este é o caso do art. 651 da CLT que, se interpretado de forma restritiva, constituirá grande empecilho ao trabalhador. Portanto, não pode o sistema jurídico dizer e desdizer ao mesmo tempo, ou seja, facilitar o acesso à justiça e, simultaneamente, restringi-lo. Nesse sentido, o *caput* do art. 651 da CLT, tem de ser interpretado à sombra da referida norma constitucional.

Tendo o reclamante demandado em local diverso daquele da prestação de serviço, o risco de conseguir ou não provar o direito alegado é todo seu. Desta forma, não há razão para que o juízo trabalhista dê-se por incompetente, ante a apresentação de exceção por parte do empregador, porque esta decisão vulnera o sentido teleológico do art. 651 da CLT, além de criar uma situação que deixa o reclamante hipossuficiente impedido de obter a prestação jurisdicional do Estado.

Em vista da diferença de capacidade econômica existente entre o trabalhador e o empregador, não basta simplesmente à norma assegurar a igualdade formal entre ambos. Tem que garantir, na prática, a concreção de seus direitos. E isso é possível extraindo-se do art. 651 da CLT uma

interpretação que dê ao trabalhador privilégio de foro e assim maior segurança e proteção à parte mais fraca como, aliás, é uma garantia constitucional em um "Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social"⁶.

O não acolhimento da Exceção de Incompetência "Ratione Loci" intentada pelo empregador em Reclamação Trabalhista pelo magistrado, far-se-á cumprir o real sentido de existir da Justiça do Trabalho, que é proteger o mais fraco, evitando com isso maltrato ao princípio constitucional da isonomia e, com isso, concretizando a igualdade social, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, segue ementa de acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, publicada na Revista LTR de maio de 2004 (vol. 68, n.5, p. 632-6):

Apresentando a situação fática peculiaridades regionais, no que tange aos locais da contratação e do exercício laboral, deve o Juízo, atendendo ao princípio da proteção do hipossuficiente, quando vislumbrar que da aplicação do **caput** do art. 651 da CLT decorrerá verdadeira negativa de prestação jurisdicional, adotar a interpretação

⁶ Moraes, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 10 ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 199

teleológica da norma legal, reconhecendo, em favor do Obreiro, a faculdade prevista no § 3º do mesmo artigo, a fim de proporcionar-lhe melhores condições probatórias e de acessibilidade econômico/geográfica ao exercício do direito de ação, perante o órgão da Justiça do Trabalho (T RT 14ª Região RO 00439.2003.091.14.00-9 – Ac. 525/2003, 9.9.03, Rel. Juiz Osmar J. Barneze)” (g. n.) (fl. 26).

Cabe salientar que o papel do julgador vai muito além do que a simples aplicação do texto legal ao caso posto sob Juízo. Acontece que antes mesmo de aplicar o comando normativo ao caso concreto, cumpre ao julgador definir qual espécie normativa será apta e eficaz para a melhor entrega da prestação jurisdicional às partes.

Nesse sentido, é que muitas das vezes o Magistrado tem que fazer uso dos meios e/ou métodos interpretativos a fim de que possa dar a melhor solução para o litígio, ou seja, terá que constatar a verdadeira intencionalidade objetivada pelo Legislador que criou a espécie normativa.

A fim de evitar injustiças, o Legislador pretendeu reforçar o empregado de mecanismos técnico-jurídicos para que, diante da Lei, ficasse equiparado ao seu empregador. Dessa forma, quando o Legislador pretendeu estabelecer qual o foro competente para apreciação e julgamento das lides trabalhistas, não quis favorecer o empregador, mas, ao contrário, buscou proteger os interesses do trabalhador, que, de

fato, teria maiores dificuldades na produção das provas. Isso é o que se extrai de uma interpretação teleológica, cuja aplicação se faz imprescindível na análise de um caso concreto.

Sendo assim, não se pode permitir que a forma pela qual o Legislador voltou-se à proteção do trabalhador sirva também de instrumento para dificultar-lhe a entrega da prestação jurisdicional.

De fato, a aplicação do texto frio da Lei não beneficiaria em nada o empregado, muito ao contrário, lhe seria um instrumento indiscutivelmente prejudicial e de força impeditiva ao acesso ao judiciário, uma vez que a busca da prestação jurisdicional seria prejudicada com o acatamento da exceção de incompetência territorial, constituindo um enorme obstáculo ao trabalhador, quando a distância entre a cidade da prestação dos serviços é bem mais distante do que a Vara do Trabalho do seu domicílio.

Segundo a orientação da SDI-2, deve-se privilegiar o acesso mais fácil do trabalhador à justiça, devendo ser esta a interpretação extraída do dispositivo da CLT que faculta ao empregado ajuizar ação na localidade onde celebrou contrato de trabalho ou onde prestou serviços. De acordo com o Ministro Emmanoel Pereira, “diferentemente da lei processual comum, que adota como regra geral de competência a do foro

do domicílio do réu, no processo trabalhista a norma geral de competência está expressa na CLT”, e continua explicando que a norma legal “buscou atender interesse do economicamente mais frágil para demandar com maior comodidade e conveniência”. Na legislação trabalhista, afirmou, o trabalhador pode buscar o juízo da localidade mais acessível para realizar a prova de suas pretensões. “Trata-se de critério que se inscreve entre as normas protetivas ao empregado, princípio basilar do Direito do Trabalho”⁷.

O Direito do Trabalho é um direito eminentemente protetivo ao empregado, em razão da presumida hipossuficiência do mesmo. Assim é que o legislador, ao estabelecer que o local da prestação dos serviços é o que firma a competência em razão do lugar para a interposição da demanda trabalhista, certamente o fez em benefício do trabalhador, presumindo que, desta forma, seria facilitado o seu acesso à justiça. Por outro lado, a Constituição Federal assegura, no art. 5º, inciso XXXV, a todo cidadão o direito de acesso à justiça.

⁷ TST-CC-144.376/2004-000-00-00.2, DJ - 03/03/2006 – Ministro Relator Juiz Emmanoel Pereira. - http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=6208&p_cod_area_noticia=ASCS

Ora, a garantia do acesso à justiça cinge-se a duas finalidades básicas: a garantia de que as pessoas podem reivindicar os seus direitos, sob os auspícios do Estado e de que possam alcançar os resultados justos.

Desta forma, não se pode restringir o direito de ação, seja vedando ou restringindo aos cidadãos os meios hábeis para chegar-se às barras dos Tribunais.

Some-se que a Constituição, além de garantir a todos o acesso à Justiça, tem, ainda, como princípios fundamentais – cláusulas pétreas, “a dignidade da pessoa humana” e “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”, consubstanciados no art. 2º, incisos II e III.

Também a Carta Magna, no seu preâmbulo estabelece o Estado Democrático de Direito a que estamos submetidos a partir da sua promulgação, em 05 de outubro de 1988, de modo a “assegurar o exercício dos direitos individuais e sociais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça com valores supremos de uma sociedade fraterna...”(BRASIL. 2000)

Assim, garantir a democracia é garantir os direitos a ela inerentes. É garantir o agir, é a certeza de que nenhum pleito ficará sem resposta. Por esta ótica, Não se pode interpretar o art. 651, CLT de forma gramatical e sem

confrontá-lo com as normas constitucionais acima mencionadas.

Cumprе esclarecer, ainda, que os princípios insertos nos textos legais, de forma implícita ou explícita não poderão ser simplesmente ignorados, sabendo-se que estes, a par das regras positivadas, são espécies da qual a norma jurídica é gênero.

Os princípios fundamentam as leis. Seria um contrasenso ignorá-los ou mesmo traçar rota contrária aos mesmos. Ao contrário, deverá o intérprete guiar-se por eles, já que estes possuem uma carga ética a ser observada, esteja ou não prevista na lei.

Assim é que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que são princípios implícitos na Carta Constitucional de 1988 não poderão ser ignorados ou mesmo relegados ao esquecimento, pois que fundamentais ao Estado de Direito e inerentes ao devido processo legal.

O princípio da razoabilidade, embora não definido autonomamente, tem sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal. Trata-se, na verdade, de uma permissão ao Judiciário para, diante do caso concreto, aferir sobre a justeza das normas positivadas dentro do quadro de valores explícitos ou implícitos da Constituição. Este

princípio é de enorme abrangência e poder, pois deve conformar todos os atos normativos.

Por sua vez, o princípio da proporcionalidade apresenta-se como meio hábil ao concreto sopesamento de valores, a fim de encontrar a melhor solução para cada conflito. Sob tal ótica, o princípio da proporcionalidade representa a exata medida em que deve agir o Estado, em suas funções específicas, de modo a construir-se o Direito pela utilização da norma positiva de forma coerente e voltada para o interesse público, dentro da real noção de justiça.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após esta análise hermenêutica do artigo 651 da Consolidação das Leis do Trabalho à luz da nossa Constituição Federal de 1988, jamais poderemos considerar as normas de competência dispostas no artigo celetista em escopo de forma rígida e imutável, sob pena de afronta ao texto constitucional, na medida em que, deslocar a competência para o local da prestação dos serviços, muitas vezes pode ser sinônimo de negar ao trabalhador o seu acesso à justiça, em especial aos mais carentes.

Para finalizar, transcrevo lição do mestre Alvim ⁸ nesse sentido:

O acesso só é possível com juízes vocacionados (ou predestinados) a fazer justiça em todas as instâncias, com sensibilidade e consciência de que o processo também possui o seu lado perverso que precisa ser dominado, para que não faça, além do necessário, mal à alma do jurisdicionado.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J.E.Carreira. **Justiça**: acesso e descenso. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4078>

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. 33 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. **Constituição 1988**, de 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2000.

⁸ Alvim, J. E. Carreira. **Justiça**: acesso e descenso, <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4078>

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual**. 12 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 2.

MAXIMILIANO, Carlos. **Interpretação e aplicação do direito**. 2 ed. São Paulo: Globo, 1933.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 10 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PINTO, Robson Flores. **Hipossuficientes: assistência jurídica na Constituição**. São Paulo: LTr, 1997.

ACÓRDÃOS

ACÓRDÃO PROC. NU.: 00010.2006.002.13.00-0
RECURSO ORDINÁRIO
RECORRENTES: GABRIELA ALENCAR DOS SANTOS
C&A MODAS LTDA
RECORRIDAS: AS MESMAS

E M E N T A: EMPREGADO. CONDUTA
INCOMPATÍVEL.
COMPORTAMENTO MEDIANO
DO AGENTE. INCONTINÊNCIA
DE CONDUTA OU MAU
PROCEDIMENTO NÃO
CONFIGURADOS. JUSTA
CAUSA. INEXISTÊNCIA.
Tratando-se de comportamento do
empregado incompatível com o
ambiente de trabalho que, contudo,
pela sua naturalidade, se apropria à
conduta racional do ser humano
mediano, não há que se falar no mau
procedimento ou incontinência
previstos no art. 482, “b”, do
Compêndio Consolidado, mormente,
quando não há registros de outros

fatos que desaconselhem a permanência do trabalhador nos quadros da empresa, motivo pelo qual inexistiu a justa causa suscitada pela defesa. Recurso desprovido.

DANOS MORAIS.
INDENIZAÇÃO. FIXAÇÃO.
PARÂMETROS.

Constatando-se que os parâmetros adotados pela sentença revisanda não se afastam dos critérios da razoabilidade e proporcionalidade que devem prevalecer no ato de arbitramento do *quantum debeatur* da indenização por danos morais, e que os valores constantes de outras condenações, mesmo em casos ditos semelhantes, não vinculam o julgador em seu ato de decidir a lide, mantém-se o valor fixado pelo juiz de 1º Grau. Recurso não provido

Vistos *etc.*

Trata-se de recurso ordinário, proveniente da 2ª Vara do Trabalho de João Pessoa, sendo partes GABRIELA ALENCAR DOS SANTOS e C&A MODAS LTDA.

O Juízo de Primeiro Grau, às fls. 134/143, julgou procedente em parte o pedido formulado na presente reclamação trabalhista, condenando a reclamada a pagar à reclamante diferença salarial, aviso prévio, férias mais 1/3 e 13º salário proporcionais, multa de 40% sobre o FGTS, multa da convenção coletiva e indenização por danos morais. Custas no importe de R\$ 277,36, calculadas sobre R\$ 13.868,15, nos termos da liquidação de sentença de fls. 144/146.

Embargos de declaração manejados pela reclamada, fls. 147/152, via fac-símile, com originais às fls. 155/160, no prazo legal.

Recurso esclarecedor apresentado pela reclamante, fls. 153/154.

Decisão de fls. 162/163, rejeitando ambos os embargos de declaração.

Recurso ordinário interposto pela reclamante, fls. 166/170, asseverando que faz jus a todos os títulos perseguidos em sua peça de ingresso. Aduz que, como foi dispensada sem justa causa, deveria constar na condenação

a multa do art. 477, § 8º, da CLT. Alega ser devida a pena prevista na cláusula 39ª da CCT constante dos autos, por inobservância de obrigação de fazer, vez que a reclamada não pagava o salário normativo da categoria, não liberou seu TRCT e guias CD, como também não recolheu a multa de 40% sobre o FGTS. Requer o deferimento das horas extras postuladas na petição inicial. Por fim, pleiteia a majoração da indenização por danos morais e concessão dos benefícios da justiça gratuita. Requer o provimento do recurso e reforma da decisão guerreada.

Também irressignada, a reclamada recorre ordinariamente, fls. 171/191, afirmando que a dispensa por justa causa da reclamante foi legal, eis que a ex-empregada foi surpreendida em local e atividade estranha a sua função, em companhia e dialogando com colega de trabalho, caracterizando mau procedimento e incontinência de conduta, nos termos do art. 482, “b”, da CLT, fato, inclusive, admitido pela promovente. Argumenta que não há que se falar em gradação da pena aplicada à demandante, em face da gravidade de sua conduta. Aduz que não fora dado o real valor à prova documental carreada aos autos, em flagrante prejuízo ao seu direito de defesa. Esclarece que as verbas rescisórias da autora já foram regularmente quitadas, bem como que não pode subsistir a condenação por dano moral advinda da

Primeira Instância, eis que se encontra alicerçada em suposições. Além do mais, sustenta que a reclamante não foi vítima de qualquer prejuízo moral e a dispensa do empregado faz parte do *jus variandi* patronal. Que a promovente nada provou acerca da ofensa que lhe foi impingida, até porque sua prova documental foi devidamente impugnada. Que os elementos caracterizadores do dano moral não restaram configurados no caderno processual, ônus que era da ex-operária, *ex vi* dos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC. Impugna o valor extremado para indenização por dano moral, com fulcro no princípio da razoabilidade, bem como a multa advinda de convenção coletiva. Questiona a diferença salarial constante da condenação, vez que a reclamante laborava em jornada reduzida, incidindo, *in casu*, o art. 7º, V, da Carta Política.

Depósito recursal realizado, fl. 192 e custas pagas, fl. 193.

Contra-razões ofertadas pela reclamada, fls. 201/208 e pela reclamante às fls. 209/213.

Petição de fl. 217 colacionada ao feito pela promovente, com documentos em anexo, fls. 218/223.

A promovida, apesar de intimada à fl. 224 para se manifestar sobre os registros supramencionados, manteve-se inerte.

Petição protocolada pelo causídico da reclamada, fls. 228/229, cientificando da renúncia da advogada Joana Carneiro Amado aos poderes outorgados em procuração, bem como o substabelecimento a novo causídico, fls. 233/234.

Despacho à fl. 238, determinando a atualização do novo causídico no sistema, a fim de que todas as intimações e/ou notificações sejam endereçadas ao mesmo.

Desnecessária a remessa dos autos ao Ministério Público Trabalhista, uma vez que o caso sob exame não está previsto nas exceções do art. 31, § 1º, do Regimento Interno deste Regional.

É o relatório.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

Conheço dos recursos, eis que interpostos a tempo e modo.

Louvando-se da boa técnica processual, aprecia-se primeiro o apelo da reclamada.

RECURSO ORDINÁRIO DA
RECLAMADA

Recorre ordinariamente a demandada, aduzindo que a demissão por justa causa da demandante teve esteio legal, vez que a mesma foi apanhada em ambiente da loja não condizente com a sua função e em atividade estranha ao seu mister, dialogando e mantendo contato físico com colega de trabalho, caracterizando mau procedimento e incontinência de conduta, nos termos do art. 482, “b”, da CLT, fato, inclusive, admitido pela própria reclamante. Esta é a tese defendida no recurso ordinário.

A CLT, em seu artigo 482, elenca as situações que constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho, dentre elas, na letra “b”, figura a incontinência de conduta ou mau procedimento, citadas pela recorrente como eventos ensejadores da demissão da recorrida.

Acerca da incontinência de conduta e mau procedimento, afirma Mauricio Godinho Delgado, em Curso de Direito do Trabalho, LTr, 4ª Ed., pág. 1191, *ad litteram*:

“Incontinência de conduta (alínea ‘b’, *in fine*). Consiste na conduta culposa do empregado que atinja a moral, sob o ponto de vista sexual,

prejudicando o ambiente laborativo ou suas obrigações contratuais.

A falta está vinculada à conduta sexual imoderada, desregrada, destemperada ou, até mesmo, inadequada, desde que afete o contrato de trabalho ou ambiente laborativo. Obviamente, que desaparecerá a justa causa ‘ se não verificada repercussão no emprego do trabalhador incontinente.

Mau procedimento (alínea ‘b’, *in fine*). Trata-se de conduta culposa do empregado que atinja moral, sob o ponto de vista geral, excluído o sexual, prejudicando o ambiente laborativo ou as obrigações contratuais do obreiro.”

Arremata o citado doutrinador na mesma obra:

“A amplitude desse tipo jurídico é manifesto, mostrando a plasticidade da tipificação de infrações seguida pela CLT. Tal amplitude autoriza

enquadrar-se como mau procedimento condutas extremamente diferenciadas, tais como dirigir veículo da empresa sem habilitação ou sem autorização; utilizar-se de tóxico na empresa ou ali traficá-los; pixar paredes do estabelecimento; danificar equipamentos empresariais, etc.

No quadro dessa perigosa amplitude, é essencial ao operador jurídico valer-se, com segurança, técnica e sensibilidade, dos critérios subjetivos, objetivos e circunstanciais da aferição de infrações e de aplicação de penalidades no Direito do Trabalho. Em especial, dever avaliar a efetiva gravidade da conduta, para que o conceito de moral, naturalmente largo, não estenda desmesuradamente o tipo jurídico em exame.”

Como se vê, na tipificação da conduta do obreiro como incurso em mau procedimento, o empregador deve agir com parcimônia e equidade, evitando-se um verdadeiro abuso no poder disciplinar patronal.

Na incontinência de conduta os critérios se moldam na objetividade, devendo o empregador pautar sua atuação disciplinar nos estritos parâmetros dos fatos que delinearão a falta do operário.

In casu, a reclamada afirma que a demandante foi surpreendida em local e atividade estranha à sua função, dialogando e mantendo contato físico com colega de trabalho, nos termos da contestação de fls. 40/67, aqui transcritos:

“(…)

A autora, em horário de expediente, foi flagrada por funcionário da reclamada, na sala de máquinas da empresa com ex-associado, tal qual no 4º andar, onde apenas existe a sala de máquinas no elevador e não funciona qualquer atividade da loja no referido local.

Desta feita, a referida reclamante estava contrariando as normas da

empresa, bem como incorrendo em mau procedimento e incontinência de conduta, inclusive reconhecido pela própria demandante.

(...).”

É verdade que o registro de fl. 106, subscrito pela ex-funcionária, noticia que a promovente, no momento do evento que gerou a justa causa, encontrava-se negligenciando suas atribuições, quando esclarece que:

“Relato que estava com um funcionário da Empresa na sala do ar condicionado resolvendo problemas pessoais, não relacionados a empresa, no dia 31/08/05 às 19:15. E estava mantendo Contatos Físicos com ele (namorando) no meu horário de trabalho.” (*sic*)

Ora, tal atitude desairosa da ex-funcionária realmente carece de punição, todavia, não configura, necessariamente, incontinência de conduta ou mau

procedimento. Contato físico, como consta no citado documento, pode ser um simplório beijo ou mesmo abraço, não se equiparando a qualquer contato mais íntimo que possa desabonar a honra da recorrida. Pela naturalidade do comportamento da ex-obreira, levando-se em consideração a racionalidade do ser humano mediano, o evento poderia, em grau máximo, causar uma advertência ou suspensão por parte da firma. Todavia, se o fato voltasse a acontecer, aí sim, caberiam medidas mais enérgicas do ente patronal. Em suma, a pena aplicada realmente foi desproporcional à falta cometida pela trabalhadora.

Por outro lado, o documento referido em abono à defesa da reclamada, de fl. 106, foi apreciado com coerência na primeira instância, inexistindo qualquer prejuízo ao direito de defesa da reclamante.

Reconhecida a dispensa imotivada da trabalhadora, não há como prosperar a tese patronal de que suas verbas rescisórias já tinham sido devidamente quitadas, pois, como é cediço, o rol de direitos trabalhistas, em face da injusta dispensa, adquire novos contornos. Ademais, o TRCT de fl. 72 não espelha o adimplemento das verbas constantes da condenação, quais sejam: aviso prévio; férias mais 1/3 e 13º salário proporcional e multa de 40% sobre o FGTS, que têm como raiz a dispensa sem justa causa.

Com fulcro em tais argumentos, escoreita a sentença primitiva ao afastar a justa causa aplicada à reclamante pela sua ex-empregadora.

Aduz, também, a recorrente, que não pode subsistir a condenação por dano moral advinda da Primeira Instância, vez que a reclamante não foi vítima de qualquer prejuízo moral e a dispensa da empregada faz parte do *jus variandi* patronal.

Sem dúvida a rescisão do contrato de trabalho, por si só, não acarreta dano moral ao operário, todavia, em certas circunstâncias, tal evento pode ser caracterizado pela ação do empregador. Na cena vivida, restou comprovado na instrução processual que a empresa, após a dispensa da trabalhadora, assacou-lhe de um comportamento moralmente reprovável, como se verifica, *verbi gratia*, da declaração de fl. 28, confeccionada por empresa estranha à relação processual, na qual a reclamante buscava recolocação no mercado de trabalho e que transcreve-se:

“Declaro para quem de direito possa interessar, que em consulta de bons antecedentes, para a admissão da Sr^a. Gabriela Alencar dos Santos, em nosso quadro, mantive através de

contato telefônico com sua última empregadora, C & A Modas Ltda., e obtive como resposta da Sr^a. Angélica, que a pessoa acima, apesar de ser uma boa funcionária, havia sido demitida por justa causa, por a mesma haver praticado relações sexuais com um colega de trabalho no interior da loja.”

A Sr^a. Angélica, citada no referido documento, é justamente a preposta da empresa na atual ação, que, destaque-se, confessou em seu depoimento de fl. 131 que prestou informações acerca da dispensa da recorrida por telefone a outra pessoa, pondo por terra a impugnação do registro de fl. 28.

Ademais, a prova testemunhal colhida nos autos, fls. 131/133, foi assaz clara no sentido de que a reclamante foi acusada de praticar atos indecorosos no ambiente de trabalho, não equiparados ao popular “namoro”.

Ora, tais imputações não se coadunam nem sequer com a tese de defesa, pois a própria recorrente afirma que a demandante estava praticando a conduta descrita no documento de fl. 106, ou seja, namorando

e mantendo contato físico com seu consorte e não necessariamente em atitude mais íntima.

Também presentes os requisitos de configuração do dano moral suportado pela ex-funcionária, quais seja, ação ou omissão do agente; nexos causal e dano propriamente dito. Ação ou omissão do agente, inquestionável que o ponto nuclear da querela foi a demissão da autora. Ademais, pela sua conduta, a empresa concorreu sobremaneira para que a notícia do indigitado ato inquinado à ex-empregada ganhasse contornos públicos, inclusive em outros estabelecimentos privados, como é o caso da declaração de fl. 28. Presentes o dano e o nexo de causalidade exigido.

O extrato factual dos autos também comprova que as alegações da ex-empregada foram devidamente comprovadas pela prova testemunhal e documentação colacionada ao feito. Dessarte, satisfeito o ônus advindo dos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC.

Quanto ao valor da indenização pelo dano moral, andou bem a Primeira Instância, vez que a reclamante postulou ressarcimento no importe de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) e o Juízo *a quo* o delimitou no patamar de apenas R\$ 10.000,00 (dez mil reais). *In casu*, houve prevalência do princípio da razoabilidade e proporcionalidade, posto que, pelo montante arbitrado, não se

detecta exagero na condenação. Além disso, em face das informações prestadas pela reclamada no documento de fl. 28, patente o prejuízo da trabalhadora, podendo, inclusive, ser execrada no mercado de trabalho.

Saliente-se, sem qualquer embargo, que a ex-empregada também concorreu inconscientemente para o evento danoso, vez que estava realmente em atitude indevida e suspeita no ambiente de trabalho, minorando a culpa empresarial, sem todavia, evitar a condenação.

A reclamada insurge-se quanto à diferença salarial constante da condenação, vez que a reclamante laborava em jornada reduzida, incidindo, *in casu*, o art. 7º, V, da Carta Política. Por fim, impugna a demandada a sentença na parte que a condenou na multa advinda de convenção coletiva.

Ab initio, inexistente motivo para se considerar como tipicamente reduzida a jornada de trabalho de seis horas diárias, pois a Constituição Federal apenas a diferenciou do horário de oito horas para efeito intervalo intrajornada. Neste ponto, a *Lex Mater* foi firme em especificar como labor de oito horas diárias a jornada máxima a ser suportada pelo trabalhador, mas em nenhum instante definiu tal número de horas trabalhadas como regime obrigatório a ser seguido pelos empregados e empregadores.

Ademais, observa-se da Convenção Coletiva da categoria obreira, especificamente à fl. 09, Cláusula Primeira, que o referido avençado não faz distinção, para efeito de piso salarial, entre a jornada de oito e seis horas.

Por oportuno, a CLT, em seu artigo 58-A, admite o regime de trabalho por tempo parcial, bem como o adimplemento de fração do salário em casos análogos, como se transcreve:

“Art. 58-A. Considera-se trabalho em regime de tempo parcial aquele cuja duração não exceda a vinte e cinco horas semanais.

§ 1º O salário a ser pago aos empregados sob o regime de tempo parcial será proporcional à sua jornada, em relação aos empregados que cumprem, nas mesmas funções, tempo integral.

§ 2º Para os atuais empregados, a adoção do regime de tempo parcial será feita mediante opção manifestada perante a empresa, na

forma prevista em instrumento decorrente de negociação coletiva."

Entretanto, tal situação só é albergada pelo regime jurídico pátrio quando presentes os requisitos basilares do referido instituto, ou seja, quando o trabalhador só mourejar durante vinte e cinco horas semanais, no máximo, além disso, quando houver manifesta e legítima opção do empregado pelo citado sistema. Ora, tais requisitos não constam dos autos, o que torna inócua a tentativa patronal de caracterizar o trabalho da recorrida como sendo em regime de tempo parcial, com o desiderato de minorar sua contraprestação salarial.

Por outro lado, os autos não espelham qualquer ajuste, acordo ou convenção coletiva, reduzindo a jornada de trabalho da ex-empregada, tampouco minorando seu salário normativo, condição imprescindível para a progressão da tese elencada no recurso ordinário.

Sobre o tema transcreve-se frondosa jurisprudência exigindo prévio ajuste para o adimplemento parcial do salário-mínimo ou da categoria obreira:

“DIFERENÇAS SALARIAIS –
JORNADA INFERIOR A OITO

HORAS DIÁRIAS – DIREITO AO SALÁRIO MÍNIMO INTEGRAL – O pagamento do salário mínimo proporcional somente é válido se houver ajuste prévio e expreso entre as partes. Não configurada esta hipótese, é assegurado o direito ao salário mínimo integral, independentemente da jornada elaborada. Recurso parcialmente provido.” (TRT 19ª R. – RO 00582.2003.058.19.00.9 – Red. Juiz José Abílio Neves Sousa – J. 20.04.2004)

“SALÁRIO MÍNIMO LEGAL PROPORCIONAL – JORNADA REDUZIDA – POSSIBILIDADE – O pagamento do salário mínimo proporcional à jornada de trabalho é possível apenas nos casos em que as partes realizam prévio e expreso ajuste nesse sentido. Inexistindo prova nos autos de acordo

autorizativo da redução da jornada, com a respectiva redução salarial, é devido o salário mínimo na sua integralidade.” (TRT 13ª R. – RO 1731/2001 – (66482) – Rel. Juiz Ubiratan Moreira Delgado – DJPB 13.03.2002)

“JORNADA REDUZIDA –
SALÁRIO MÍNIMO –
PAGAMENTO PROPORCIONAL
ÀS HORAS TRABALHADAS –
Inegável que o salário mínimo pode ser pago proporcionalmente às horas laboradas. Todavia, a proporcionalidade entre o salário percebido e as horas de efetivo serviço exige expressa pactuação. Na hipótese dos autos, o Eg. Colegiado a quo, não obstante faça referência à alegação do reclamado de que havia jornada reduzida, depreende-se que se cuida de cargo de professor, cuja jornada contratual de quatro ou cinco

horas não enseja pagamento proporcional. Recurso de revista não conhecido.” (TST – RR 637599 – 4ª T. – Rel. Min. Conv. José Antonio Pancotti – DJU 07.11.2003)

No mesmo diapasão, devida a multa da Cláusula Trigésima Nona da Convenção Coletiva de fls. 09/18 dos autos, levando-se em consideração que a recorrente descumpriu obrigação de pagar advinda do mesmo instrumento de classe.

Nada a reformar.

Isto posto, nego provimento ao recurso ordinário da reclamada.

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE

Busca a reclamante o deferimento de todos os títulos postulados em sua peça inicial. Afirma que, como foi dispensada sem justa causa, deveria constar na condenação a multa do art. 477, § 8º, da CLT. Pugna pelo deferimento do benefício da justiça gratuita.

Em primeiro plano, irrelevante o pleito de benefício da justiça gratuita elencado no apelo, eis que contra a reclamante não foi delimitada qualquer despesa ou encargo processual de jaez econômico.

Indevida a multa do art. 477, § 8º, da CLT, vez que a causa de pedir da reclamante se relaciona a verbas que só foram reconhecidas na seara judicial. Na verdade, a referida *astreinte* só é devida quando a empresa, ao dispensar seus empregados, não paga as verbas rescisórias no prazo legal (*in casu*, dez dias, art. 477, § 6º, da CLT), hipótese que nem sequer foi ventilada na petição inicial. Ademais, na ótica do antigo empregador, como a dispensa foi por justa causa, não existia obrigação de adimplemento, por exemplo, de aviso prévio e outros títulos oriundos da rescisão injusta.

Busca a reclamante, o deferimento da multa prevista na Cláusula 39ª da CCT constante dos autos, por inobservância de obrigação de fazer, vez que a reclamada não liberou seu TRCT e guias CD e, por fim, não recolheu a multa de 40% sobre o FGTS. Há óbice à apreciação do referido pleito, no atual momento processual, eis que, em nenhum instante, em sua peça de ingresso, fls. 02/07, a reclamante afirmou que a sua ex-empregadora deixou de entregar as guias CD ou seu TRCT, tampouco alicerçou a

multa em comento no não pagamento da multa de 40% sobre o FGTS, tratando-se, assim, de verdadeira inovação recursal.

Ademais, ainda quanto à multa de 40% sobre o FGTS, conforme já exposto, na visão primitiva do antigo empregador, como a dispensa foi por justa causa, a princípio, não existia obrigação de adimplemento do referido título.

Ainda, no que concerne ao pedido formulado no recurso de aplicação da multa prevista na cláusula mencionada, em especial no que pertine ao não pagamento correto do salário de categoria, impõe-se observar que o Juízo a quo agindo corretamente, já deferiu a multa pela inobservância do piso salarial como penalização por descumprimento de obrigação de pagar, devendo-se registrar, inclusive, que este procedimento se mostre mais vantajoso à demandante, eis que calculada com alicerce no percentual de 100%, enquanto que para o descumprimento da obrigação de fazer a multa é calculada considerando o percentual de 50% do piso salarial.

Requer, por fim, a reclamante, o deferimento das horas extras postuladas na petição inicial, bem como o acréscimo da indenização por danos morais.

Corroborando com o Juízo *a quo*, os autos não apresentam qualquer prova em abono à tese da recorrente de que mourejava em sobrejornada, sendo assim, indevido o pedido de horas extras.

A justeza do valor arbitrado a título, de indenização por dano moral, foi devidamente apreciada quando do exame do recurso ordinário manejado pela reclamada.

Por fim, irrelevante, para efeito de acréscimo da indenização por dano moral, o documento de fls. 218/223, já que não gera efeito vinculante para o presente julgado.

Nada a reformar.

Isto posto, nego provimento ao recurso da reclamante.

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, com a presença do(a) Representante do Procuradoria Regional do Trabalho, Emxº(a) Sr(a) Procurador(a): JOSÉ CAETANO DOS SANTOS FILHOS, RECURSO DA RECLAMADA – por maioria, negar provimento ao recurso, contra o voto do Juiz Carlos Coelho de

Miranda Freire, que lhe dava provimento para julgar improcedente o pedido; RECURSO DA RECLAMANTE – por unanimidade, negar provimento ao recurso, com ressalva de voto do Juiz Edvaldo de Andrade.

João Pessoa, 22 de novembro de 2006.

ANA CLARA DE JESUS MAROJA NÓBREGA
Juíza Relatora

DJ 17/12/2006

ACÓRDÃO PROC. Nº 00345.2003.009.13.00-0
AGRAVO DE PETIÇÃO

AGRAVANTE: TELEMAR NORTE LESTE S/A
AGRAVADOS: MARIVALDO GONÇALVES DE
 MELO E INSTITUTO NACIONAL
 DO SEGURO SOCIAL – INSS

E M E N T A: PRINCÍPIO DA ISONOMIA.
 DISTRIBUIÇÃO EQÜITATIVA
 DO ÔNUS DA DURAÇÃO DO
 PROCESSO. EFETIVIDADE DA
 DECISÃO JUDICIAL. Os modernos
 processualistas ressaltam que a
 questão do tempo é absolutamente
 inseparável da noção de processo.
 Este, em obediência ao princípio da
 isonomia, não pode deixar de
 distribuir segundo a eqüidade o ônus
 do tempo entre os litigantes, pois a
 demora do processo, por si só,
 prejudica o autor que tem razão. Sob
 essa ótica, atribuir unicamente ao
 reclamante o ônus da espera é ir de

encontro àquele princípio, que se afigura como um dos mais importantes da Constituição Cidadã. Sob essa ótica, se o juiz declara a existência do direito, não há razão para o vindicante ser obrigado a suportar (sozinho) o tempo do recurso. A sentença, até prova em contrário, é ato legítimo e justo, principalmente quando corroborada por acórdão de tribunal imediatamente superior. Sendo assim, mais ainda a decisão da Justiça deve poder realizar os direitos e interferir na vida das pessoas, para que o processo seja efetivo e a função do juiz valorizada. Nesse contexto, uma forma de se dividir o gravame da duração do processo entre as partes, deixando-se de imputá-lo exclusivamente ao vindicante, é passar para a parte ré igualmente os riscos da demora. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. CPC,

ART. 475-O. COMPATIBILIDADE COM O PROCESSO DO TRABALHO. APLICAÇÃO. As novas regras de execução provisória contidas no CPC são, em sua maioria, compatíveis e perfeitamente aplicáveis ao Processo do Trabalho, passando ao largo de qualquer violação ao devido processo legal, devendo-se ressaltar a manutenção das características ínsitas do Processo Laboral, que lhe dão essência própria e autonomia conceitual. Nesse sentido, conquistas como a postura inquisitorial do magistrado – inexistente no âmbito civil, mesmo após as mais recentes reformas – e a irrecorribilidade das decisões interlocutórias devem permanecer, pois são em grande parte responsáveis pela celeridade buscada pelo legislador constituinte derivado ao inserir, na Carta Magna, o princípio da razoável duração do

processo. Em conseqüência, considero que as disposições contidas no art. 475-O do CPC são perfeitamente harmonizáveis com o Processo do Trabalho, naquilo que não ferem princípios norteadores desse ramo jurídico.

Vistos etc.

Agravo de petição oriundo da 3ª Vara do Trabalho de Campina Grande/PB, interposto pela TELEMAR – NORTE LESTE S/A em face da decisão à fl. 631, que, com fundamento no CPC, art. 475-O, III, com a redação dada pela Lei nº 11.232/05, determinou a liberação do crédito equivalente a 60 (sessenta) salários mínimos, em favor do reclamante MARIVALDO GONÇALVES DE MELO.

A agravante sustenta que o mencionado dispositivo processual não é aplicável ao Processo do Trabalho. Afirma, em síntese, que a CLT possui regra própria sobre a execução provisória (art. 899), não sendo a hipótese de aplicação subsidiária do CPC, sob pena de violação ao devido processo legal, previsto na Constituição Federal, art. 5º, LIV e LV (fls. 644/648).

A decisão foi mantida pelo despacho à fl. 650.

O Juízo foi garantido mediante depósito em dinheiro (fls. 582 e 616). Há ainda comprovantes de depósito recursal à fl. 498 e de custas processuais pagas à fl. 499.

Não foi apresentada contraminuta.

O representante do Ministério Público do Trabalho, em cota às fls. 664/665, ante a ausência de interesse público primário, deixa de emitir parecer circunstanciado.

É o relatório.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

Conheço do agravo, eis que presentes os pressupostos legais.

MÉRITO

Objetiva a agravante que seja desconstituído o despacho exarado pelo Juízo da execução à fl. 631, que determinou a liberação do crédito equivalente a 60 (sessenta) salários mínimos em favor do reclamante, fundamentado no CPC, art. 475-O, III, com a redação da Lei nº 11.232/05.

Segundo alega, a CLT estabelece procedimento próprio para a execução provisória na esfera trabalhista (art. 899), não sendo o caso de aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, sob pena de violação ao devido processo legal.

Inicialmente, cabe destacar que não resta dúvida quanto à provisoriedade do procedimento de execução em apreciação, uma vez que está pendente de apreciação no Colendo Tribunal Superior do Trabalho agravo de instrumento em recurso de revista, como se verifica na certidão à fl. 503.

A questão, portanto, gravita em torno da possibilidade, ou não, de eventual adoção das recentes transformações ocorridas no ordenamento processual civil, à esfera trabalhista.

Por se tratar de tema novo, peço vênha para transcrever o teor do art. 475-O do CPC, que trata da liberação de valores na execução provisória:

Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exeqüente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;

II – fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento;

III – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

§ 1º. No caso do inciso II do *caput* deste artigo, se a sentença provisória for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução.

§ 2º. A caução a que se refere o inciso III do *caput* deste artigo poderá ser dispensada:

I – quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário-mínimo, o exeqüente demonstrar situação de necessidade;

II – nos casos de execução provisória em que penda agravo de instrumento junto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação.

(...)

Embora no âmbito trabalhista a celeridade processual seja parâmetro primordial, ante a natureza geralmente alimentar do crédito exequendo, que torna a sua satisfação ainda mais importante, não se pode perder de vista que a legislação processual comum é a primeira fonte subsidiária na fase de conhecimento (CLT, art. 769), porém secundária na fase executória (CLT, art. 889).

Para que se possa cogitar da compatibilidade, ou não, de norma do processo civil com a do trabalho, é necessário que a CLT se revele omissa a respeito da matéria, em razão de a execução da sentença no âmbito trabalhista ser um processo autônomo, com normas e princípios próprios (arts. 876 a 892).

Apesar de a questão acerca das normas inerentes à execução provisória não ser ainda unânime entre os doutrinadores, filio-me ao entendimento de que, conquanto sejam sistemas processuais autônomos, é perfeitamente viável a aplicação do ordenamento comum nesta esfera laboral, no particular.

Em recente artigo publicado na Revista “O Trabalho” nº 119, de janeiro de 2007, pág. 3680, intitulado A Execução Provisória Trabalhista e as Novas Perspectivas Diante da Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, o Juiz Wolney de Macedo Cordeiro disserta com

maestria sobre a matéria objeto da controvérsia ora trazida a exame deste Colegiado, concernente às repercussões da Lei nº 11.232/2005 na execução provisória no âmbito desta Justiça Especializada.

Discorrendo sobre o marco normativo regulador da execução provisória trabalhista, o ilustre magistrado alerta que a única menção na CLT acerca do assunto está exposta no art. 899, cuja parte final dispõe que é “...permitida a execução provisória até a penhora”. Lembra que o laconismo é justificado porque o texto do Código de Processo Civil de 1939, vigente à época, dispensava pouca importância ao tema.

Todavia, diz que o texto do CPC evoluiu, especialmente a partir da Lei nº 10.444/2002, que trouxe: a) a possibilidade de desencadeamento da execução provisória sem a necessidade de caucionamento; b) a exigência do caucionamento apenas para a prática de atos de transferência de domínio; c) a possibilidade de dispensa da prestação de caução quando a obrigação objeto da execução fosse inferior a sessenta salários mínimos e o exequente demonstrasse se encontrar em “estado de necessidade”.

Novas mudanças advieram com a edição da Lei nº 11.232/2005, que modificou profundamente a execução baseada em título judicial, inclusive fazendo

desaparecer a necessidade de ingresso de ação autônoma para criar o sincretismo processual, mediante o qual a execução é conduzida nos mesmos autos em que foi proferida a sentença cognitiva. No que se refere à execução provisória, destaca-se na nova regra jurídica a possibilidade de dispensa de prestação de caução para a prática de atos de transferência de domínio na pendência de agravo de instrumento em face de recurso extraordinário ou especial.

Observando-se tais transformações na sistemática processual civil, não há como admitir o argumento de que a CLT não é omissa em relação à execução provisória e, por isso, o CPC não poderia ser subsidiariamente aplicado na esfera trabalhista, no particular.

Ora, como supor que a simples expressão “...permitida a execução provisória até a penhora” regulamenta o instituto, se, na verdade, ela apenas sinaliza a possibilidade de tal espécie de execução ser utilizada no Processo do Trabalho? Veja-se que sobre a matéria não existe disciplinamento na CLT. Nas palavras do ilustre magistrado citado, a locução “até a penhora” não “estabelece um limite intransponível para a continuidade do procedimento executório. O texto limitou-se a adotar a sistemática vigente quando de sua edição (1943), não sendo possível visualizar

(...) a fixação de qualquer elemento normativo definidor ou limitador da prática dos atos relativos à execução provisória”.

Ainda colhendo elementos no sobremencionado artigo doutrinário, assinale-se que a menção à execução provisória na CLT é simplesmente referencial, tal como acontece em relação a outros pontos importantes do trâmite processual, a exemplo das liquidações por arbitramento e por artigos (art. 879, *caput*) e da penhora (art. 883), situações nas quais o texto consolidado traz referências expressas, mas não exhibe nenhum tipo de normatização específica, deixando para o CPC as suas particularizações.

Quanto ao argumento de que a primeira lei subsidiariamente aplicável à execução trabalhista é a dos executivos fiscais, nos termos do art. 889 da CLT, diga-se de logo que ela não é adequada para o caso – execução provisória – porque aqui se trata de execução de título judicial, enquanto a Lei 6.830/80 baseia-se fundamentalmente em execução de ativos fiscais, materializados na Dívida Ativa da Fazenda Pública, portanto, de caráter extrajudicial.

As idéias até aqui expostas estão longe da unanimidade no seio doutrinário e jurisprudencial pátrio, até porque defluem de legislação bastante nova, que não foi objeto de suficientes debates a lhe darem a mais perfeita e última hermenêutica. Contudo, existem grandes

juristas, entre eles José Augusto Rodrigues Pinto, que sempre defenderam a integral aplicação do processo civil em matéria de execução provisória, mesmo antes das mais recentes reformas do CPC. Com efeito, em sua obra *Execução Trabalhista* (LTr, 7ª ed., 1996, São Paulo, pág. 49) abordando o tema, ele assim conclui: “Portanto, sustentamos que, por aplicação subsidiária da lei formal comum, inteiramente compatível com a índole da trabalhista, também na execução provisória de sentenças proferidas em dissídios individuais se deve ir até o último dos atos de constrição, a sentença que julga a execução, vedada apenas a prática de atos processuais de alienação do patrimônio do devedor”.

Outros pronunciamentos podem ser citados, como aquele publicado na Revista Eletrônica do TRT da 4ª Região, acessível na Rede Mundial de Computadores (www.trt4.gov.br), de autoria do Juiz Ricardo Fioreze. Quanto ao tema aqui enfocado, ele ressalta:

“...conquanto o art. 899 da CLT autorize a prática de atos executivos somente até a penhora, não o contravém a prática de atos tendentes ao levantamento de depósito em dinheiro e que

importem alienação de propriedade, quando for prestada caução suficiente e idônea (CPC, art. 475-O, inc. III), porque, em tese, a prestação de caução importa em oferecimento de garantia capaz de assegurar a restituição das partes ao estado anterior; e c) por extensão, **sendo aplicável a previsão que autoriza a prática de atos tendentes ao levantamento de depósito em dinheiro e que importem alienação de propriedade, quando for prestada caução suficiente e idônea, incidem as regras que excepcionam a exigibilidade de caução** (CPC, art. 475-O, § 2º, incisos I e II – esta última, obviamente restrita a hipóteses de interposição de agravo de instrumento perante o Supremo Tribunal Federal)” (grifos acrescidos).

A ilação a que se chega é que também não há óbice a que seja aplicado ao Processo do

Trabalho o disposto do CPC, art. 475-O, § 2º, que trata das hipóteses de dispensa de caução para levantamento de valores, ou seja, sem que o credor ofereça garantia, tendo em vista que os créditos postulados no nosso ordenamento laboral têm caráter indubitavelmente alimentar.

O mesmo se diga com relação à situação de necessidade mencionada no CPC, art. 475-O, § 2º, inc. I, também pressuposto básico para a dispensa de caucionamento, pois o fato de a lide versar sobre créditos alimentares já evidencia o estado em que vive o reclamante, muitas vezes desempregado e precisando de suporte mínimo para sua subsistência.

Por oportuno, vale ressaltar os ensinamentos proferidos por Manuel Antonio Teixeira Filho, em recente artigo intitulado Processo do Trabalho – Embargos à Execução ou impugnação à Sentença? (A Propósito do art. 475-J do CPC), publicado na LTr, ano 70, vol. 10, pág. 1182, no qual o renomado autor, apesar de suas observações contrárias à aplicabilidade geral das alterações sofridas pelo art. 475 do CPC, com o advento da Lei nº 11.232/05, no Processo do Trabalho, especificamente em relação ao dispositivo legal aqui tratado, dispõe:

(...)

7. Adoções supletivas possíveis. Para que não nos acoimem de resistentes às mudanças, devemos dizer que **podem ser aplicadas ao processo do trabalho, em caráter supletório, disposições outras da Lei nº 11.232/05, porquanto, em tais casos, não haverá antagonismo, e sim, harmonia delas com o art. 769 da CLT.**

Dentre estas disposições, podemos referir as seguintes:

(...)

c) art. 475-O – Contém disposições acerca da execução provisória.

Antes do advento da Lei nº 11.232/05, a matéria era disciplinada pelo art. 588 do CPC. Este, porém, foi revogado pelo art. 9º da mencionada norma legal.

Entendo, portanto, que as novas regras de execução provisória contidas no ordenamento processual comum são, em sua maioria, compatíveis e

perfeitamente aplicáveis ao processo do trabalho, passando ao largo de qualquer violação ao devido processo legal.

Devo ressaltar, apenas, que na aplicação das novidades da execução civil no âmbito da Justiça do Trabalho, como não poderia deixar de ser, o julgador deve se preocupar em manter as características ínsitas do Processo Laboral, que lhe dão essência própria e autonomia conceitual. Nesse sentido, conquistas como a postura inquisitorial do magistrado – inexistente no âmbito civil, mesmo após as mais recentes reformas – e a irrecorribilidade das decisões interlocutórias devem permanecer, pois são em grande parte responsáveis pela celeridade buscada pelo legislador constituinte derivado ao inserir, na Carta Magna, o princípio da razoável duração do processo.

Por todo o exposto, concluo que os termos do despacho exarado à fl. 631 se coadunam tanto com a Carta Magna quanto com a legislação infraconstitucional, motivo pelo qual não vejo razão jurídica para modificá-los.

Em acréscimo aos argumentos acima, outros se entremostam com bastante evidência no caso específico dos autos.

A presente ação foi ajuizada em março de 2003, de modo que completará quatro anos dentro de menos de dois meses. O processo foi julgado, na fase

cognitiva, nas instâncias ordinárias, havendo a ré interposto agravo de instrumento dirigido ao Excelso TST, que ainda não foi julgado, encontrando-se, desde o dia 16/02/2006, portanto, há um ano, no Setor de Guarda e Controle de Processos Distribuídos (segundo informação extraída do *site* da Corte Superior). Como se vê, não há previsão para que a decisão transite em julgado, com o julgamento daquele agravo, ante as dezenas de milhares de processos pendentes de julgamento naquele Tribunal Superior.

Diante desse quadro, convém refletir sobre a efetividade do processo, tão proclamada por aqueles que labutam na órbita jurídica, mas tão mistificada, a ponto de se afigurar como tênue feixe de luz na esperança daquele que almeja o bem de vida que lhe foi tolhido, em razão de cuja falta buscou a Justiça, na ânsia de ver recomposto o que seria natural, mas que lhe foi retirado mediante ato de força por aquele que detinha o poder de simplesmente deixar de adimplir, como no caso, as verbas decorrentes do contrato de trabalho.

Os modernos processualistas têm ressaltado que a questão do tempo é absolutamente inseparável da noção de processo. Essa é a razão de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart proclamarem que “o processo, para cumprir o princípio da isonomia, não pode

deixar de distribuir de forma isonômica o ônus do tempo entre os litigantes, pois o tempo do processo, por si só, prejudica o autor que tem razão” (*in* Manual do Processo de Conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª ed. 2006, pág. 492).

Sob essa ótica, atribuir unicamente ao reclamante o ônus da demora do processo é ir de encontro a um dos mais importantes princípios da Constituição Cidadã, precisamente o da isonomia. Observe-se que a ânsia recursal da ré tem especificamente o intuito de procrastinar indefinidamente a solução definitiva da lide, embora ela se sustente na proclamada segurança jurídica que a multiplicidade de graus de jurisdição eventualmente lhe pudesse conferir. Entretanto, novamente citando os Marinoni e Arenhart, “se o juiz declara a existência do direito, não há razão para o autor ser obrigado a suportar (sozinho) o tempo do recurso. A sentença, até prova em contrário, é ato legítimo e justo. (...) A sentença, para que o processo seja efetivo e a função do juiz de primeiro grau valorizada, deve poder realizar os direitos e interferir na vida das pessoas” (Obra citada, pág. 493). Na hipótese em descortino, repita-se que se está falando de um processo que foi julgado em duas instâncias, havendo o Órgão Colegiado acrescentado direitos em relação àqueles que foram deferidos ao autor na instância originária.

Portanto, uma forma de se dividir o gravame da duração do processo entre as partes, deixando-se de imputá-lo exclusivamente ao vindicante, é passar para a parte ré igualmente os riscos da demora. No caso em descortino, mediante o pagamento de parte do crédito do autor, limitado ao valor previsto em lei – sessenta salários mínimos (CPC, art. 475-O, § 2º, I).

Diga-se de passagem que essa quantia, equivalente a R\$ 21.000,00 (vinte e um mil reais), não é expressiva, se se considerar o valor integral do débito, que supera a casa dos R\$ 170.000,00 (cento e setenta mil reais), conforme cálculos à fl. 614, correspondendo a menos de 10% do total. Frise-se também que os embargos à execução opostos pela executada foram rejeitados, e contra essa decisão não foram interpostos quaisquer recursos, havendo, portanto, transitado em julgado (fl. 606).

Contudo, há ainda outro relevante argumento que contribui para a manutenção da decisão atacada.

O agravo de instrumento pendente de recurso, que se encontra, como já dito, aguardando julgamento entre milhares de outros perante o TST, foi interposto contra o despacho à fl. 501, que denegou

seguimento ao recurso de revista, em face da ausência dos pressupostos legais.

Acontece que essa inadmissibilidade é manifesta, pois o acórdão abordou matérias alusivas a horas extras, adicional noturno, domingos e feriados trabalhados, indenização decorrente de dispensa em período de estabilidade acidentária, diferenças salariais por exercício de dupla função e salários-família, tendo sido acrescidos à condenação originária apenas horas extras e domingos e feriados, ao passo que a promovida, em seu recurso de revista, surpreendentemente, insurge-se contra suposta concessão ao reclamante de diferenças da multa de 40% do FGTS, resultantes da incidência dos planos econômicos Verão e Collor, argüindo, na peça recursal (fls. 488/497), matérias não apreciadas pelas instâncias ordinárias, a exemplo da ilegitimidade passiva *ad causam* da recorrente e da carência de ação, por inépcia da inicial em face da impossibilidade jurídica do pedido.

Por essa razão é que o despacho que negou seguimento ao recurso de revista conclui que ele “aborda uma questão totalmente estranha ao que foi decidido no acórdão recorrido, às fls. 463/469, tendo-se como desfundamentado o apelo revisional”.

A evidência que se extrai dessa narrativa é que o agravo em curso no Tribunal Superior do Trabalho não tem a menor possibilidade de obter guarida daquela Corte. Por isso mesmo, dar provimento ao presente recurso seria totalmente inconcebível e contra a melhor razão, ferindo frontalmente os princípios constitucionais da isonomia e da razoável duração processual, além da efetividade das decisões judiciais.

Isto posto, nego provimento ao agravo de petição.

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, por unanimidade, negar provimento ao agravo de petição.

João Pessoa, 07 de março de 2007.

EDVALDO DE ANDRADE

Juiz Relator

ACÓRDÃO NU.: 01406.2005.008.13.00-2
RECURSO ORDINÁRIO
RECORRENTES: CONDOMÍNIO DO SHOPPING
CENTER IGUATEMI CAMPINA
GRANDE E MINISTÉRIO
PÚBLICO DO TRABALHO
RECORRIDOS: OS MESMOS

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO
AMBIENTE DO TRABALHO.
CONDOMÍNIO DE SHOPPING
CENTER. CONSTRUÇÃO DE
BANHEIROS. OMISSÃO.
RESPONSABILIDADE DO DONO
DO SHOPPING. MULTA POR
DANO COLETIVO. OBRIGAÇÃO
DE FAZER. POSSIBILIDADE.
As áreas comuns do Shopping
Center, como por exemplo às
instalações sanitárias, integram o
meio ambiente de trabalho dos
empregados das lojas sediadas no
estabelecimento. Afronta direito
transindividual de ordem coletiva,
infringido normas de ordem pública

que regem a saúde e meio ambiente do trabalho e do trabalhador, a conduta de dono de shopping center que insiste em não construir mais banheiros em suas instalações atuais, máxime quando os que existem são insuficientes para atender, com dignidade, os empregados das lojas, do próprio Shopping Center e, de uma forma geral, o público consumidor. Recurso Ordinário a que se nega provimento para manter a sentença recorrida em todos os seus termos, inclusive quanto ao valor arbitrado a título de dano moral coletivo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de RECURSO ORDINÁRIO, provenientes da 2ª Vara do Trabalho de Campina Grande, PB, sendo recorrentes, CONDOMÍNIO DO SHOPPING CENTER IGUATEMI CAMPINA GRANDE e MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO e, recorridos OS MESMOS.

O CONDOMÍNIO DO SHOPPING

CENTER IGUATEMI CAMPINA GRANDE recorre da sentença que julgou procedente em parte a Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público do Trabalho (fls. 640/658), pretendendo a reforma do julgado que o condenou na obrigação de fazer consistente em construir, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, após a publicação da sentença, outra bateria de banheiros, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00, bem como a pagar uma indenização no valor de R\$ 200.000,00, decorrente dos danos morais coletivos a que deu causa. Em suas razões recursais argúi as preliminares de incompetência da Justiça do Trabalho, ilegitimidade ativa do Ministério Público para ajuizar a demanda e impossibilidade jurídica do pedido e, no mérito, afirma que não *“praticou nenhum ato ilícito que justifique a sua condenação. Não houve lesão aos interesses dos trabalhadores, nem negação de um ambiente sadio e adequado aos mesmos”*.

Igualmente recorre o Ministério Público do Trabalho (fls. 663/684) pretendendo a majoração do valor do dano moral coletivo fixado na sentença de primeira instância para R\$ 980.000,00, em favor do FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador.

Contra-razões apresentadas por ambas as partes (fls. 703/705 e 708/714).

O Ministério Público do Trabalho manifesta-se às fl. 718, informando que “os argumentos expostos nas razões recursais e nas contra-razões ao recurso ordinário do promovido já traduzem o posicionamento do *Parquet* neste processo”.

É o relatório.

V O T O

1. ADMISSIBILIDADE

Conheço dos recurso, vez que satisfeitos os pressupostos legais de admissibilidade.

RECURSO DO RECORRENTE DO
CONDOMÍNIO SHOPPING CENTER IGUATEMI
CAMPINA GRANDE.

2. PRELIMINAR

2.1 De Incompetência da Justiça do Trabalho.

O Condomínio do Shopping Center Iguatemi Campina Grande, em suas razões recursais, renova a preliminar de incompetência da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar a demanda. Argumenta que não se discutem

nos autos questões decorrentes da relação de emprego, mas, interesses, exclusivamente ligados ao Direito do Consumidor.

Sem razão o recorrente.

Com efeito, tendo a presente ação civil pública como causas de pedir disposições trabalhistas e pedidos voltados à preservação do meio ambiente do trabalho e, portanto, aos interesses dos empregados, a competência é da Justiça do Trabalho.

A matéria já se encontra pacificada pelo Verbete nº 736 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “*Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores*”.

Rejeito a preliminar.

2.2. De ilegitimidade ativa ad causam do Ministério Público do Trabalho.

Argumenta o recorrente que o Ministério Público do Trabalho não tem legitimidade para ajuizar demanda que pretende discutir questões de interesse do público consumidor (construção de mais banheiros no interior de um Shopping Center) e não do trabalhador.

A ação civil pública foi instituída pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que em seu art.1º, I, estabelece a adequação da ação civil pública na proteção do meio ambiente e em seu inciso IV inclui também o caso de danos causados a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, de forma que é plenamente viável falarmos na existência da Ação Civil Pública **para resguardar os direitos dos trabalhadores de terem um ambiente de trabalho sadio e ecologicamente equilibrado, como preceituado no art.225 da Constituição Federal.**

Por sua vez, o art. 83, inc. III, da Lei Complementar nº 75/93 autoriza o Ministério Público do Trabalho a *promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos.*

A presente ação civil pública tem por escopo garantir a higidez física e mental de grupo de trabalhadores e, em razão disso, a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para figurar no pólo ativo da ação é inequívoca.

Rejeito a preliminar.

2.3. Da impossibilidade jurídica do pedido.

A questão relativa à impossibilidade jurídica do pedido é totalmente infundada, haja vista que as pretensões do Autor podem ser, em tese, deferidas pelo Judiciário. Apresenta-se claro o interesse de agir do Ministério Público do Trabalho, estando presentes, ainda, a necessidade e a utilidade de buscar a via judicial para obtenção do bem jurídico pleiteado, *in casu*, **resguardar os direitos dos trabalhadores das lojas do Condomínio Shopping Center Iguatemi Campina Grande a um ambiente de trabalho sadio.**

É tranqüila, portanto, a jurisprudência no sentido de que não há impossibilidade jurídica do pedido, quando o provimento jurisdicional solicitado pela parte não encontra vedação no ordenamento jurídico pátrio.

Rejeito, também, esta preliminar.

3. MÉRITO

O recorrente pretende seja reformada a sentença de primeiro grau, que o condenou na obrigação de fazer consistente em construir, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, após a publicação da sentença, mais banheiros no interior

do Shopping, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00, bem como a pagar uma indenização no valor de R\$ 200.000,00, decorrente dos danos morais coletivos que praticou.

Esclarece que não *“praticou nenhum ato ilícito que justifique a sua condenação. Não houve lesão aos interesses dos trabalhadores, nem negação de um ambiente sadio e adequado aos mesmos”*.

Aduz que não tem qualquer obrigação legal de construir mais sanitários no interior do Shopping, e que isso é obrigação dos donos das lojas, que não o fazem por uma razão muito simples: não têm interesse em diminuir o espaço físico do estabelecimento, razão porque os seus empregados *“utilizam os banheiros existentes no Shopping”*.

É objeto da presente ação civil pública, ajuizada em face do Condomínio Shopping Center Iguatemi Campina Grande, *a imposição imediata ao réu de obrigação de fazer consistente na construção de mais banheiros nas instalações atuais, porque os que existem são insuficientes para atender ao público em geral e, em especial, os empregados das lojas que formam o condomínio.*

A matéria debatida nestes autos é nova e ainda não existe nos Tribunais do Trabalho um posicionamento firme e definitivo sobre a questão. A

jurisprudência do TST, também, não registra precedente sobre o tema.

Como cediço, a sanidade do meio ambiente de trabalho não se resume à questão do trabalho perigoso ou insalubre e da infortunística. As condições sanitárias do local de trabalho, decerto, também, contribuem para proteção e a saúde dos trabalhadores.

Como ensina José Afonso da Silva, o meio ambiente do trabalho é “*o local em que se desenrola boa parte da vida do trabalhador, cuja qualidade de vida está, por isso, em íntima dependência da qualidade daquele ambiente*”. (In *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 4-5).

Ninguém duvida, pelo menos teoricamente, que em uma complexidade comercial que envolve um Shopping Center as áreas comuns, como por exemplo, os sanitários, integram, o conceito de meio ambiente do trabalho, principalmente para a maioria das lojas as quais, devido ao tamanho da área privada, não possuem banheiros em suas instalações.

No caso em espécie, a maioria das lojas sediadas no estabelecimento do Réu, não possui banheiros internos não por opção dos seus proprietários, mas sim porque quem elaborou o projeto arquitetônico para a

edificação do Shopping optou pelas instalações sanitárias de uso comum.

É fato incontroverso nestes autos, conforme amplamente noticiado na imprensa local (fls. 67/71), que o Condomínio Shopping Center Iguatemi Campina Grande não possui banheiros e sanitários suficientes para atender, com dignidade, aos seus funcionários, aos empregados das lojas ali sediadas e, de uma forma geral, ao público que diariamente usa suas dependências.

Para elucidar a questão, peço *vênia* para transcrever trechos dos depoimentos das testemunhas das partes, a começar pela primeira testemunha do Autor, Sr. João Batista Leôncio de Souza, registrados às fls. 510, *in verbis*:

“que freqüenta o estabelecimento reclamado todos os finais de semana; que por duas vezes a filha do depoente teve necessidades fisiológicas e não conseguiu chegar ao banheiro do Shopping Center; que na primeira vez a criança contava com dois anos de idade e o depoente estava com a mesma no estacionamento do Shopping,

próximo à saída do Hiper Bompreço, não conseguindo a mesma chegar ao banheiro do Shopping; que numa segunda oportunidade, o mesmo fato ocorreu, há cerca de seis meses, contando a criança com sete anos, todavia estavam o depoente e sua filha próximo à Segunda porta de saída do Shopping, mais próxima da Praça de Alimentação, em relação à Loja do Hiper Bompreço; que na ocasião a criança tomava laxante”.

A segunda testemunha da MPT, Sra. Edivânia Moreira Cardoso, disse, às fls. 511/512, o seguinte:

“que a depoente trabalha na Visolux Ótica; que uma colega sua de trabalho **já passou pelo constrangimento de ter que fazer suas necessidades num balde, tendo em vista não poder usar o banheiro por estar sozinha na loja;** que não é permitido pelo Shopping o

fechamento da loja durante o horário de expediente, e na ocasião os outros dois empregados que trabalham na loja maior, próxima ao Hiper Bompreço, estavam ocupados, não podendo se ausentar; que até os próprios lojistas não querem que as lojas sejam fechadas durante o horário de expediente; que acerca da proibição de fechamento da loja foi informada pelo proprietário da mesma; que a depoente considera constrangedora, além do fato de por ser vendedora e receber comissões, a necessidade de deslocar-se ao toailete, por ser muito distante; que por causa disso a depoente costuma reter e retardar a hora de ir ao banheiro, razão pela qual foi acometida de uma sistite; que foi informada pela sua médica que a infecção foi gerada pela retenção; que a depoente já presenciou uma criança fazendo xixi no interior da

loja, por não ter conseguido, junto com sua mãe, chegar ao banheiro, que fica próximo aos cinemas; que a depoente também presenciou um adulto urinando, num banco de praça próximo à loja em que trabalha, no Shopping”.

O depoimento da terceira testemunha do Ministério Público do Trabalho é um impressionante relato da situação precária do meio ambiente de trabalho do demandado, *verbis*:

“que a distância entre a Loja Insinuante e a única bateria de banheiros existente no Shopping é **de cerca de trezentos metros**; que foi narrado ao depoente, por parte dos empregados da Loja citada, fato como o de um empregado que **não conseguiu chegar a tempo ao banheiro, tendo inclusive que a gerência, contatada por celular, comprar uma calça para que ele**

pudesse sair do banheiro, posto que tinha feito as necessidades nas calças que usava, ou então de empregados que usaram garrafas para fazer as necessidades, tendo em vista a Loja estar cheia e não poderem ausentar-se; que em relação ao empregado que não chegou ao banheiro a tempo, foi informado que, pelo constrangimento, cerca de quarenta dias depois, o mesmo pediu demissão;(depoimento do Sr. José Alberto de Jesus)

Denota-se, pelos depoimentos constrangedores e isentos de interesse supramencionados, que a questão de fato discutida nestes autos é um exemplo típico de descaso deliberado com o meio ambiente de trabalho, que nos envergonha ou devia envergonhar a todos que lutam por um Direito do Trabalho comprometido com a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Digo isto porque o próprio preposto do Shopping Iguatemi reconhece que tem condições de

construir uma nova bateria de sanitários e só não o faz por ausência de vontade própria, *verbis*:

“que sobre o depoimento prestado junto ao Ministério Público do Trabalho, em que o depoente **afirma sobre a possibilidade de construção de nova bateria de banheiros entre a Loja Onildo Cabelereiros e o Hiper Bompreço, esta possibilidade realmente existe, mas não está havendo a execução de qualquer obra em relação à mesma**; que a única obra sendo executada atualmente é a limpeza de uma área para ser utilizada como estacionamento”. (fls. 510).

Com efeito, o dono do shopping center almeja tirar proveito da organização do empreendimento, obtendo ganhos, participando do sucesso comercial de cada loja. Nessa linha de raciocínio, os serviços administrativos, operacionais e de manutenção das áreas comuns são de responsabilidade do condomínio.

Como bem pontuou a decisão recorrida: “*se um Shopping Center, de direito, não é uma sociedade (dos lojistas juntamente com o empreendedor) por falta da affectio societatis, nem um condomínio (por inexistência de domínio compartilhado por várias pessoas, já que as instalações pertencem apenas ao empreendedor) e nem mesmo uma locação (posto que as inúmeras outras obrigações concernentes aos lojistas, inclusive o ingresso compulsório na Associação de Lojistas e repartição de seus lucros, em nada se assemelham com uma locação) apesar de ser tratado em nossa legislação como tal (locação, digamos, atípica), de FATO, o Shopping Center é um misto disto tudo, com mais repercussões no que diz respeito à sua aparência com uma sociedade comercial.*”(fls. 650/651). E mais: *Se há norma que fixe como distância máxima entre o local de trabalho e os sanitários como sendo de 150 metros – NR 18 do TEM – há de ser a mesma aplicada. Afinal, seja qual for o serviço prestado, o deslocamento entre o posto de trabalho e os gabinetes sanitários deverá, sempre, obedecer ao princípio da razoabilidade. Fixando a obrigação, a norma citada preceitua:*

18.4.2.3 As instalações sanitárias devem:

- a) *ser mantidas em perfeito estado de conservação e higiene;*
- b) *Ter portas de acesso que impeçam o devassamento e ser construídas de modo a manter o resguardo conveniente;*
- c) *Ter paredes de material resistente e lavável, podendo ser de madeira;*
- d) *Ter pisos impermeáveis, laváveis e de acabamento antiderrapante;*
- e) *não se ligar diretamente com os locais destinados à refeições;*
- f) *ser independente para homens e mulheres, quando necessário;*
- g) *Ter ventilação e iluminação adequadas;*
- h) *Ter instalações elétricas adequadamente protegidas;*
- i) *Ter pé-direito mínimo de 2,50m(dois metros e cinquenta centímetros) ou respeitando-se o que*

determina o Código de obras do Município da obra;

j) estar situadas em locais de fácil e seguro acesso, não sendo permitido um deslocamento superior a 150m do posto de trabalho aos gabinetes sanitários, mictórios e lavatórios.

Seria possível nós imaginarmos que inexistindo normas específicas, aos demais empregadores não seria necessário cumprir qualquer de seus ditames? Seria possível imaginarmos que os demais trabalhadores não teriam as mesmas necessidades acima? Penso que tal interpretação literal é irracional. Sendo razoável e, interpretando sistematicamente o sistema jurídico, pensamos que, havendo necessidade, aplica-se a norma mais adequada. Assim sendo, pensamos nós que houve, de fato, descumprimento por parte do demandado de sua obrigação legal, neste aspecto”.

De tudo quanto foi exposto firmo a convicção de que o Réu é plenamente responsável pela inobservância das normas alusivas ao meio ambiente do trabalho, que causou e vem causando tantos danos aos empregados das diversas lojas, sem prejuízo, dos reflexos

externos, a quem não é parte na relação de trabalho, como, por exemplo, os consumidores que diariamente freqüentam aquele estabelecimento comercial.

Nessa linha, entendo correta a decisão recorrida que condenou o Réu na obrigação de fazer consistente em construir, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, após a publicação da sentença, outra bateria de banheiros no interior do Shopping, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00, bem como a pagar uma indenização no valor de R\$ 200.000,00, decorrente dos danos morais coletivos que praticou.

Nesse caminho, andou bem o Juízo de origem ao antecipar os efeitos práticos da decisão definitiva, para que a demora na prestação jurisdicional não acarrete mais danos aos trabalhadores que se utilizam dos banheiros construídos na área comum do Shopping.

Por todo exposto, conheço do recurso e lhe nego provimento.

RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

1. ADMISSIBILIDADE

Conheço do recurso, vez que satisfeitos os pressupostos legais de admissibilidade.

2. MÉRITO.

Pretende o Ministério Público do Trabalho, em virtude da gravidade dos fatos narrados na petição inicial um aumento da indenização pelos danos morais coletivos praticados pelo Réu.

A sentença recorrida fixou em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais). O autor entende, pela gravidade dos fatos, que a multa deva ser fixada em R\$ 980.000,00 (novecentos e oitenta mil reais), em favor do FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador.

Nosso ordenamento não adotou um critério para fixação do dano moral. Cabe ao Julgador, atendendo as circunstâncias do caso concreto, definir o valor dessa indenização.

Todavia o valor do dano moral não deve ser irrisório, a ponto de nada representar ao causador do ilícito e nem exagerado a ponto de configurar o enriquecimento sem causa ou se constituir peso financeiro exagerado a quem suporta o ônus.

No caso em espécie, o eminente magistrado de primeiro grau, considerando as circunstâncias que envolvem o caso concreto, para chegar ao valor indenizatório, ponderou:

“De fato, há diversos constrangimentos narrados na inicial, que acabaram por serem comprovados em Juízo, mesmo assim, entendemos que o valor de R\$ 980.000,00 (novecentos e oitenta mil reais) é por demais elevado, se considerarmos que danos à vida já mereceram na jurisprudência tratamento bem diferenciado, chegando à média de R\$ 160.000,00 (cento e sessenta mil reais).

É bem verdade que o dano aqui presente é coletivo, ao passo que o dano à vida acima descrito é individual, todavia, há uma grave desproporção.

Como na indenização devida em face do dano coletivo tem por objetivo básico a penalização do infrator para que os erros do passado não se repitam no futuro e, devem ainda levar em consideração a capacidade de pagamento do agente,

para que esta pena tenha, de fato, função educativa, fixamos a indenização devida pelo demandado em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), a ser revertida em favor do Fundo de Amparo ao Trabalhador”.

Não vejo, portanto, motivos para se majorar o valor dos danos morais quando este for fixado de forma razoável, sendo suficiente para penalizar o ofensor e compensar o sofrimento da vítima, sem implicar seu enriquecimento ilícito.

No caso em tela, observado o delineamento fático existente nos autos, o valor fixado mostra-se razoável, razão pela qual nego provimento ao recurso do Autor.

É como voto.

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, com a presença do(a) Representante da Procuradoria Regional do Trabalho, Exmo(a). Sr(a). Dr(a). Procurador(a): Ramon Bezerra dos Santos, RECURSO DO RECLAMADO: por unanimidade, rejeitar a preliminar de incompetência da Justiça do Trabalho;

por unanimidade, rejeitar a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam*, com ressalva de voto do Juiz Paulo Américo Maia de Vasconcelos Filho; por unanimidade, rejeitar a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido; Mérito: por maioria, negar provimento ao recurso, vencido o Juiz Revisor que lhe dava provimento parcial para excluir da condenação a indenização por danos morais no importe de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais); e contra os votos dos Juízes Edvaldo de Andrade, que negava provimento ao recurso; e Paulo Américo Maia de Vasconcelos Filho, que reduzia a referida indenização para R\$ 100.000,00 (cem mil reais); RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO: por unanimidade, negar provimento ao recurso.

João Pessoa, 20 de setembro de 2006

VICENTE VANDERLEI NOGUEIRA DE BRITO
Juiz Relator

Ciente em / / 2006.

RAMON BEZERRA DOS SANTOS

Representante do MPT

ACÓRDÃO PROC. Nº 01389.2005.002.13.00-5
 RECURSO ORDINÁRIO
 RECORRENTES: MARIA DA PENHA MIGUEL
 RODRIGUES E OUTROS
 RECORRIDA: USINA SÃO JOÃO

EMENTA: PRELIMINAR DE NULIDADE
 POR CERCEIO DE DEFESA.
 NÃO-CARACTERIZAÇÃO.
 Incorre cerceio de defesa se a parte
 que o suscita não renova seu
 inconformismo com o encerramento
 da instrução processual por ocasião
 das razões finais. Ademais, não há
 que se falar em nulidade quando o
 juiz indefere prova por entendê-la
 desnecessária, à vista de já ter
 firmado seu convencimento, desde
 que fundamente sua decisão, a teor
 do artigo 130 do CPC. Prefacial que
 se rejeita.
 DANOS MORAIS E MATERIAIS.
 MORTE DO EMPREGADO.

AUSÊNCIA DE CONEXÃO COM A ATIVIDADE LABORAL. LEGÍTIMA DEFESA. COISA JULGADA PENAL NA ESFERA CÍVEL. NÃO-CONFIGURAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE ACIDENTE DE TRABALHO OU DE RESPONSABILIDADE CIVIL. DESPROVIMENTO. Comprovado nos autos que, tanto a vítima, quanto o acusado, ambos empregados da empresa, encontravam-se em momento de lazer no momento da briga que resultou no evento morte, impossível reconhecer a ocorrência de acidente de trabalho. Acrescenta-se a isso o fato de que o acusado foi absolvido com fundamento na tese de legítima defesa, fazendo irradiar os efeitos da coisa julgada da sentença penal na esfera cível, consoante previsto no art. 65 do CPP.

Assim, ausentes os requisitos para a configuração de ocorrência de acidente de trabalho ou de responsabilidade civil, impossível acolher a tese autoral.

Vistos etc.

Trata-se de Recurso Ordinário proveniente da 2ª Vara do Trabalho de João Pessoa/PB, nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais proposta por MARIA DA PENHA MIGUEL RODRIGUES E OUTROS em face da USINA SÃO JOÃO.

O Juízo de origem, em cumprimento ao acórdão de fls. 171/175, acrescido da decisão dos embargos de declaração (fls. 194/197), proferiu nova decisão, julgando improcedente a postulação (fls. 201/213). Custas, pelos reclamantes, fixadas em R\$ 1.600,00, dispensadas na forma da lei.

Inconformados, recorrem os autores às fls. 220/222, suscitando, em sede de prefacial, a nulidade do julgado por cerceio do direito de defesa, sob o argumento de que não foi permitida a produção de prova postulada desde a exordial. Acrescentam que a sentença baseou-se, tão-somente, na declaração do órgão policial, sem a mínima validade

perante esta Justiça Obreira. No mérito, aduzem que o acervo dos autos comprova que a briga que resultou na morte do Sr. Manoel Cândido Rodrigues ocorreu nas dependências da reclamada, e que o crime foi perpetrado pelo capataz da ré. Salaria que a lei visa a proteger o empregado contra eventuais abusos do empregador, o que não foi observado pelo Juízo de origem. Ao final, pugna pelo provimento do apelo.

Não há contra-razões.

Não há remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, em face do disposto no art. 31 do Regimento Interno desta Corte.

É o relatório.

V O T O

PRELIMINAR DE NULIDADE PROCESSUAL POR CERCEIO DO DIREITO DE DEFESA

Suscitam os recorrentes a prefacial em tela, sob a alegação de que foram tolhidos no direito à produção de prova. Afirmam que desde a exordial foi requerida a produção de prova testemunhal e a oitiva da “representante legal do espólio”, mas que tais requerimentos foram ignorados pelo Juízo de primeiro grau, em clara violação ao art. 5º, LV, da CF/88.

De início, urge salientar o equívoco dos recorrentes ao denominar uma das autoras do presente feito como “representante do espólio”.

O espólio compreende a universalidade de bens móveis e imóveis porventura existentes em nome do falecido, além dos direitos, dívidas e ações que compunham o seu patrimônio, neste incluídos, assim, *v.g.*, eventuais créditos de natureza trabalhista não satisfeitos em vida pelo devedor.

Na hipótese vertente, o que se discute é o direito dos sucessores do agricultor MANOEL CÂNDIDO RODRIGUES à eventual indenização por danos morais e materiais decorrentes de sua morte. O direito, se existente, não é relativo ao espólio do empregado, mas direito próprio dos seus familiares. As pessoas legítimas ou legitimadas para pretender esta indenização seriam a companheira do falecido e seus filhos, em nome próprio, e não por intermédio do espólio. Este direito não se constitui em patrimônio deixado pelo *de cuius*.

Deveras, se o alegado dano somente teria surgido com a morte do empregado, é óbvio que o direito jamais integrou o patrimônio do falecido. É indubitável que a ação de reparação por danos morais, tendo em vista o objetivo da condenação, possui natureza patrimonial, de forma que

poderá ser transmitida aos herdeiros do autor. Ocorre que, no caso dos autos, é exatamente a morte do sr. Manoel Cândido Rodrigues que fez surgir para seus herdeiros o direito de, pessoalmente, postular indenização em decorrência desse fatídico acontecimento, e não por meio do espólio, porquanto este pressupõe a transmissão de um direito existente em vida do *de cuius*.

Ressalte-se, aliás, que este Regional, quando do exame do recurso ordinário anteriormente manipulado (acórdão de fls. 171/175), determinou, de forma expressa, a correção do pólo ativo da demanda, para fazer constar como autores aqueles originalmente apontados na exordial, em face da inexistência do espólio da presente contenda.

Ultrapassado tal registro, passo à análise da prefacial propriamente dita.

Na espécie destes autos, embora tenha o patrono dos autores consignado seu protesto contra o encerramento da instrução processual (fl. 143), tem-se que tal irresignação não foi renovada por ocasião das razões finais, não restando ali consignado nenhum protesto dos recorrentes que se dizem cerceadas no direito de defesa. Assim, resta preclusa a manifestação.

Ademais, o art. 765 da CLT atribui ao Juízo ampla liberdade na condução do processo, autorizando-o, *ipso facto*, em atenção, inclusive, aos princípios da celeridade e economia processuais, a indeferir as provas desnecessárias, seja por incontrovertidos os fatos, seja por já elucidados pelos elementos de convicção colhidos. Na mesma linha, o art. 130 do Código de Processo Civil.

Vale ressaltar que o princípio da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, CF/88) foram plenamente observados, tendo o indeferimento da prova e o encerramento da instrução processual se pautado no fato de que o juiz entendeu suficientes para seu convencimento as provas e os depoimentos já constantes nos autos. Não podemos perder de vista que o juiz é quem dirige o processo e as provas devem a ele ser dirigidas para formar seu posicionamento. Assim, uma vez que o magistrado, pelas outras provas existentes nos autos, já tem condições suficientes para formar sua convicção, não há porque protelar o caminhar dos autos, até mesmo porque a Justiça do Trabalho tem como princípios norteadores a celeridade e economia processuais, compreendendo nessa órbita o dever de indeferir diligências inúteis ou meramente protelatórias (arts. 125 e 130 do CPC).

Oportuna a transcrição de alguns arestos que seguem tal posicionamento:

“NULIDADE PROCESSUAL – CERCEIO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO – Cabe ao julgador a direção do processo (art. 125 do CPC) e, neste mister, compete-lhe zelar pelo bom andamento da marcha processual. Daí dimana que pode indeferir provas inúteis e desnecessárias, desde que respeitados os princípios constitucionais do processo. Não constitui cerceio de defesa o indeferimento de produção de prova testemunhal quando a prova documental colacionada aos autos, e eleita como meio de prova pelo Autor, dirime a matéria fática controvertida.” (TRT – 5ª Reg. – RO 00814-2002-134-05-00-2 – (15.997/05) – 2ª T. – Relª Juíza Luíza Lomba – J. 28.07.2005)

“INDEFERIMENTO DE OITIVA DE TESTEMUNHA. CERCEIO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. Em face do que dispõe o artigo 131 do CPC, estando o magistrado reitor do processo convencido de que as provas colhidas na instrução processual são suficientes à formação de seu convencimento para a solução da controvérsia, tem ele a faculdade de indeferir a oitiva de outras testemunhas, pelo que não se há falar em cerceio ao direito de ampla defesa da empresa reclamada.” (TRT – 23ª Reg., RO 2128/2001- Ac. TP 2270/2001. Ac. TP 2270/2001 - Rel. Juiz Edson Bueno).

Portanto, não se vislumbra qualquer cerceio ao direito de defesa do direito dos reclamantes, pois o fato de o Juízo *a quo* ter indeferido a produção de provas consideradas dispensáveis para a solução da lide, ante o seu

prévio convencimento, não configura transgressão a nenhum dos direitos e garantias constitucionais.

Prefacial que se rejeita.

MÉRITO

Sustentam os recorrentes a existência de danos morais e materiais, em decorrência do falecimento do sr. Manoel Cândido Rodrigues, cônjuge e pai dos autores e ex-empregado da Fazenda Espírito Santo, de propriedade da reclamada, vítima de assassinato perpetrado pelo Sr. Amaro Vicente de Melo, preposto e administrador da ré. Apontam a ocorrência de acidente de trabalho, posto que o *de cujus* foi morto no trabalho e por empregado da apelada.

Impossível acolher a tese recursal.

Primeiramente, destaco que acidente de trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa (...), provocando lesão corporal ou perturbação funcional que causa a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho (Lei nº 8.213/91, art. 19).

Também se equiparam ao acidente de trabalho, segundo a dicção do art. 21 do mencionado diploma legal:

I - o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação;

II - o acidente sofrido pelo segurado no local e no horário do trabalho, em conseqüência de:

a) ato de agressão, sabotagem ou terrorismo praticado por terceiro ou companheiro de trabalho;

b) ofensa física intencional, inclusive de terceiro, por motivo de disputa relacionada ao trabalho;

c) ato de imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro ou de companheiro de trabalho;

d) ato de pessoa privada do uso da razão;

e) desabamento, inundação, incêndio e outros casos fortuitos ou decorrentes de força maior;

III - a doença proveniente de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade;

IV - o acidente sofrido pelo segurado ainda que fora do local e horário de trabalho:

a) na execução de ordem ou na realização de serviço sob a autoridade da empresa;

b) na prestação espontânea de qualquer serviço à empresa para lhe evitar prejuízo ou proporcionar proveito;

c) em viagem a serviço da empresa, inclusive para estudo quando financiada por esta dentro de seus planos para melhor capacitação da mão-de-obra, independentemente do meio de locomoção utilizado,

inclusive veículo de propriedade do segurado;

d) no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado.

§ 1º Nos períodos destinados a refeição ou descanso, ou por ocasião da satisfação de outras necessidades fisiológicas, no local do trabalho ou durante este, o empregado é considerado no exercício do trabalho.

§ 2º Não é considerada agravação ou complicação de acidente do trabalho a lesão que, resultante de acidente de outra origem, se associe ou se superponha às conseqüências do anterior. (Sem grifos no original)

Examinando-se a prova carreada aos autos, em especial os depoimentos prestados durante a instrução do inquérito policial e da ação penal (fls. 48/53, 61,

71/74 e 103), tem-se que, tanto a vítima Manoel Cândido, quanto o autor do crime Amaro Vicente encontravam-se em momento de lazer, sem exercer quaisquer tarefas relacionadas com suas atividades laborais, quando tiveram uma discussão e chegaram às vias de fato, com o falecimento do Sr. Manoel Cândido Rodrigues, em decorrência de disparo de arma de fogo efetuado pelo Sr. Amaro.

Dessume-se dos ditos documentos que no dia 12/02/2000, sábado, o *de cujus* encontrava-se bebendo em uma barraca – fato que lhe era habitual após o trabalho, segundo o relato das testemunhas ouvidas. Da mesma forma, colhe-se do depoimento do acusado que este já tinha encerrado sua prestação de serviços quando se dirigiu ao bar onde ocorreu o infortúnio. Oportuna a transcrição de trecho de seu depoimento, extraído dos autos da ação penal:

“(…) Que no dia e hora do fato narrado na denúncia o denunciado, na qualidade de administrador e funcionário da Usina São João, encontrava-se a fazer o pagamento dos empregados da Fazenda Espírito Santo; Que por volta das 15:30 horas ao terminar o pagamento, foi

convidado pelo outro administrador José Henrique de Melo para tomar cerveja; Que aceitou o convite e foram até a casa da testemunha Edmilson Paulino Castelo, conhecido seu, que morava nas proximidades (...)” (fl. 61) (Grifos acrescidos).

Nesse contexto, patente a inexistência de nexo causal entre o sinistro e o exercício das atividades laborais por quaisquer das pessoas envolvidas. Percuciente a transcrição de trecho dos bem postos fundamentos da sentença de primeiro grau:

“Destarte, sendo imprescindível para a configuração do acidente de trabalho, que haja nexo de causalidade entre o infortúnio e o exercício das atividades laborais, este elo encontra-se ausente na presente lide. Mesmo por equiparação (incisos do artigo 21), não há como estabelecer vínculo ou

nexo de causalidade entre o infortúnio, as atividades laborais ou estar o *de cuius* a disposição da ré.

Os argumentos de que o falecido encontrava-se na propriedade da ré, indica apenas o fato comum do trabalhador rural, que é morar na propriedade rural em que trabalha, esclarecido pelo depoimento da autora Maria da Penha Miguel Rodrigues, as folhas 48, ao informar que 'a declarante encontrava-se em sua residência a qual fica por traz da residência onde ocorreu o crime'.

Tal fato por si é suficiente para demonstrar que a vítima morava na propriedade da ré (Fazenda Espírito Santo), o que não traduz labuta, disponibilidade para o trabalho nas 24h do dia, ou exercício de vigilância da ré durante as 24h do dia. Ao contrário, apenas atesta o fato comum na área rural que é o empregado residir na propriedade

rural em que trabalha (artigo 9º §5º da Lei 5.889/1973).

Não estando o falecido e o autor do infortúnio a serviço ou a disposição da ré, porém estando ambos em momento lúdico, de lazer, não é possível tipificar o fato ocorrido em uma das situações previstas nos artigos 19 a 23 da Lei 8.213/1991.” (fl. 210).

Some-se a tais fundamentos o fato de que a Denúncia ofertada pelo Ministério Público Estadual contra o Sr. Amaro Vicente de Melo foi julgada improcedente, em razão do acolhimento da tese de legítima defesa, sendo o acusado absolvido pelo Tribunal do Júri a que foi submetido (fls. 106/109).

Assim, uma vez absolvido o réu com fundamento numa causa excludente de ilicitude, qual seja a legítima defesa, tal decisão exerce inegável influência na jurisdição civil, fazendo irradiar os efeitos da coisa julgada da sentença penal na esfera cível, consoante previsto no art. 65 do Código de Processo Penal, que se transcreve:

“Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”.

Ausentes, pois, os requisitos para a configuração da responsabilidade civil (conduta ilícita, dano sofrido pela vítima e nexo de causalidade), bem como a ocorrência de acidente de trabalho, impossível acolher a tese autoral.

O julgado prescinde de reparos.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, com a presença da Representante da Procuradoria Regional do Trabalho, Sua Excelência a Sra. Procuradora FRANCISCA HELENA DUARTE CAMELO, por unanimidade, rejeitar a preliminar

de nulidade processual por cerceio do direito de defesa;
MÉRITO: por unanimidade, negar provimento ao recurso.

João Pessoa, 25 de abril de 2007.

FRANCISCO DE ASSIS CARVALHO E SILVA
Juiz Relator

ACÓRDÃO PROC. NU.: 01842.2005.006.13.00-9
RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE: SINTECT/PB – SINDICATO DOS
TRABALHADORES EM
CORREIOS E TELÉGRAFOS NA
PARAÍBA, EMPREITEIRAS E
SIMILARES

RECORRIDA: ECT – EMPRESA BRASILEIRA
DE CORREIOS E TELÉGRAFOS

E M E N T A: EXPOSIÇÃO SOLAR. RAIOS
ULTRAVIOLETAS.
NOCIVIDADE. ACORDO
COLETIVO DE TRABALHO.
PROTETOR SOLAR. O trabalho a
céu aberto, ou seja, realizado sob a
exposição solar, é nocivo à saúde,
fato comprovado por estudos
científicos que atestam ser o sol é a
principal fonte de raios ultravioletas
e que a excessiva exposição a ele e à
radiação ultravioleta está associada a
vários tipos de câncer de pele,

envelhecimento precoce da pele, catarata e outras doenças oculares, podendo também contribuir para que o organismo fique menos resistente a infecções. O fato do protetor solar não estar enumerado entre os equipamentos de proteção individual – EPIs, nos termos da NR 06, não é por si só suficiente a determinar que seu fornecimento seja uma mera liberalidade do empregador, ainda mais quando o empregador, por norma coletiva, obriga-se a fornecê-lo. Indevida, outrossim, a limitação de fornecimento de protetor solar a FPS nº 25, em virtude de situações médicas especiais que exigem ao carteiro da ECT uma maior proteção à sua pele, a critério de médico especializado. Recurso da entidade sindical provido.

Vistos, *etc.*

Recurso Ordinário interposto pelo SINTECT/PB – SINDICATO DOS TRABALHADORES EM CORREIOS E TELÉGRAFOS NA PARAÍBA NA PARAÍBA, EMPREITEIRAS E SIMILARES, promovente, nos autos do Processo NU.: 01842.2005.006.13.00-9 (Ação Civil Pública), oriundo da 6ª Vara do Trabalho de João Pessoa/PB, tendo por promovida a ECT – EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS.

O Juízo de origem, às fls. 192/198, julgou improcedente o pleito contido na Ação Civil Pública. Custas pelo autor, no importe de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), calculadas sobre o valor atribuído à causa.

Irresignado, o demandante interpôs Recurso Ordinário às fls. 204/215. Inicialmente, afirma não lhe ser exigível o preparo recursal por força do disposto no artigo 18 da Lei n.º 7.347/1985 (Ação Civil Pública). Adiante, pugna pela total reforma do sentenciado *a quo*, a fim de que seja reconhecido o direito postulado exordialmente, impondo-se à demandada a obrigação de fornecer filtro de proteção solar (FPS) aos seus empregados que são obrigados, por força de suas atividades, à exposição a raios solares, sendo o fator de proteção aquele prescrito pelo médico que atender ao trabalhador, não ficando o profissional adstrito a limites antecipadamente estabelecidos pela empresa, sob pena de

aplicação de multa, por cada caso de desobediência, no importe de R\$ 5.000,00.

Contra-razões apresentadas pela ECT às fls. 221/227, que, em preliminar, suscita o não conhecimento do apelo por deserção.

O Ministério Público do Trabalho, em parecer às fls. 231/235, opina pelo conhecimento e provimento do recurso ordinário, para julgar procedente o pleito exordial.

É o relatório.

V O T O

PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO POR DESERÇÃO, ARGÜIDA PELA RECORRIDA

Afirma a recorrida que, ausente recolhimento das custas processuais, o presente apelo não deve ser conhecido, em face da deserção.

Em suas razões recursais, o recorrente alega que, por força do disposto no artigo 18 da Lei n.º 7.347/1985, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo

comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais.

A sentença que julga improcedente a ação civil pública, de regra, não contempla um capítulo condenatório concernente à sucumbência, por força do citado artigo 18 da Lei n.º 7.347/1985. Assim, sequer existirá execução desta parte acessória, em geral agregada às sentenças de improcedência, porquanto o juiz não condenará o autor derrotado ao pagamento de despesas com custas, salvo quando comprovada má fé.

Logo, não há que se cogitar, por força de permissivo legal, em deserção, motivo pelo qual rejeito a preliminar e, encontrando-se preenchidos os demais requisitos, conheço do Recurso Ordinário.

MÉRITO

Em sua peça de ingresso (fls. 02/19), o ora recorrente afirma que a ECT, nacionalmente, instituiu critérios para o fornecimento de protetor solar aos seus empregados que executam atividades de distribuição domiciliária, baseada no procedimento CI/CMT-

CST/DPSS/DESAU-051/2005, cujo texto preconiza que o FPS 25, fornecido pelos Correios é suficiente e eficaz para toda espécie de fototipo de pele (I a IV), não se enquadrando o fornecimento de FPS acima de 25 nos critérios por ele estabelecidos.

Alega que a ECT não está autorizada a negar o fornecimento de FPS acima de 25 aos trabalhadores que executam atividades de distribuição domiciliária, pois, no seu entendimento, trata-se de um equipamento de proteção individual e, por isso, deve ser adequado às características e ao risco da atividade desenvolvida, atendendo às particularidades de cada profissional, que, no caso em estudo, refere-se ao tipo de pele dos empregados, a fim de prevenir patologias decorrentes da contínua exposição ao sol. Dessa forma, entende que o fornecimento do FPS deve ocorrer tendo em vista as características do tipo de pele do trabalhador, atestado por médico conveniado da ECT.

Mais adiante, assevera que a ECT não pode limitar a distribuição de protetor solar ao FPS 25 pois, além de infringir as normas de segurança e medicina de trabalho, contraria o Acordo Coletivo 2005/2006, em sua Cláusula 33, §§ 4º, 6º, 7º e 8º.

Em sua contestação (fls. 53/62), a promovida alega a inexistência de previsão legal a amparar o

pedido, citando a OJ n.º 173 da SBDI-1, bem assim afirma que a citada Cláusula 33 do ACT 2005/2006 deve ser corretamente interpretada. Assevera que há o fornecimento de protetor solar com FPS 25 a todos os trabalhadores que executam atividades domiciliárias e que tal fator de proteção, se utilizado corretamente, atende à necessidade de todos os usuários, podendo ser fornecido protetor solar com FPS superior a 25 em casos excepcionais, desde que preenchidos os requisitos estabelecidos por seu Departamento de Saúde – DESAU, ou seja, a solicitação de fornecimento de protetor solar por dermatologista com as devidas especificações e a correspondente justificativa, com a homologação pelo Serviço Médico da Empresa, bem assim nas seguintes situações: comprovação através de consulta e relatório de dermatologista de reação alérgica ao produto nacional e em casos de prescrição médica efetuada em pós-operatório de lesão dermatológica de caráter maligno ou pré-maligno e homologado pelo Serviço Médico da Empresa.

Aduz, ainda, que o fornecimento de filtro solar FPS 25 atende aos requisitos estabelecidos pela Sociedade Brasileira de Dermatologia, sendo inclusive superior ao mínimo exigido pela citada Sociedade.

A Cláusula 33 do Acordo Coletivo de Trabalho 2005/2006, dispõe (fl. 68/69):

“Cláusula 33 – ITENS DE USO
E PROTEÇÃO AO EMPREGADO

A ECT fornecerá, sem ônus aos empregados, uniformes adequados ao sexo, à atividade desenvolvida na empresa e ao clima, de acordo com a região, no prazo de reposição previsto para cada peça e testado previamente pelos trabalhadores, por amostragem, quando do desenvolvimento do modelo.

§ 1º *Omissis*

§ 2º *Omissis*

§ 3º *Omissis*

§ 4º O fornecimento de Equipamento de Proteção Individual (EPI) aos empregados será feito conforme a NR 06.

§ 5º *Omissis*

§6º - A ECT fornecerá, sem ônus para o empregado, protetor solar, óculos de sol ou ‘clip on’ para os trabalhadores que executam

atividades de distribuição domiciliaria, de acordo com a NR 06, conforme recomendação médica, homologada pelo Serviço Médico da ECT.

§ 7º A ECT garantirá a elaboração do Programa de Prevenção de Riscos Ambientais – PPRA nos seus estabelecimentos e a adoção das medidas por ele indicadas.

§ 8º - A ECT promoverá campanhas de conscientização contra os perigos da exposição solar.” (grifei)

Em inspeção realizada pela Delegacia Regional do Trabalho da Paraíba, o auditor fiscal, dispôs, *in verbis* (fl. 151):

“(…)

O FPS (Fator de Proteção Solar) deve ser, no mínimo 15, sendo que para as pessoas com fenótipo I, II e

III (peles claras, olhos claros, cabelos loiros ou ruivos e sardas) recomenda-se FPS 30 ou mais. Para pessoas de fenótipo IV, V ou VI (pele clara ou morena clara, cabelos castanho-escuros e olhos escuros, pele morena ou negra) recomenda-se FPS 15.

(...)

Diante do exposto, a empresa apesar de estar desobrigada do fornecimento de filtro solar com FPS, pois não constituiu EPI à luz das Normas Regulamentadoras de Segurança e Medicina de Trabalho, o faz em consonância com a recomendação da Sociedade Brasileira de Dermatologia para a maioria dos seus trabalhadores cuja pela se enquadra nos fenótipos IV, V e VI.” (grifei)

A senhora Zuleika Maria Vieira de Andrade, médica dermatologista credenciada dos Correios, em

depoimento prestado ao Juízo de origem, afirmou, *in verbis* (fls. 155/156):

“que é médica credenciada dos Correios; (...) que o FPS adequado é questão controversa; que cientificamente não existe diferença de proteção entre os diversos fatores; que mais importante do que os fatores são os componentes dos diversos filtros solares; (...) que os pacientes do correios pedem com muita frequência um filtro de proteção com fator maior e também com uma cosmética diferenciada em razão do clima da região; que costuma prescrever na prática médica fator de proteção solar acima de 30; (...) que concorda com a classificação FitzPatrick, cujo quadro é apresentado nesta oportunidade pelo sindicato; que acha que nessa classificação a reclamante estaria entre o tipo I e II;

que o filtro solar não é um produto curativo, mas sim preventivo e que não oferece uma proteção 100% e deve ser usado com outros tipos de proteção.” (grifei)

A classificação de FitzPatrick refere-se aos fotótipos, que se encontram em tabela à fl. 159, que traz, ainda, a descrição de cada um deles, bem assim o grau de sensibilidade ao sol.

A Constituição Federal, em seu artigo 7º, inciso XXII, assegura a todos os trabalhadores a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

A CLT, por seu turno, através do artigo 155, recepcionado pelo citado preceito constitucional, determina que a matéria de segurança e medicina do trabalho compete a órgão de âmbito nacional, hoje o Ministério do Trabalho e Emprego, que, então, estabelece normas sobre a segurança e a medicina do trabalho, as chamadas NRs – Normas Regulamentadoras.

A NR 01, que traz disposições gerais, determina:

“1.1 - As Normas Regulamentadoras - NR, relativas à segurança e medicina do trabalho, são de observância obrigatória pelas empresas privadas e públicas e pelos órgãos públicos da administração direta e indireta, bem como pelos órgãos dos poderes legislativo e judiciário, que possuam empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.”

Já a NR 06, que dispõe sobre Equipamento de Proteção Individual, determina:

“6.1 - Para os fins de aplicação desta Norma Regulamentadora - NR, considera-se Equipamento de Proteção Individual - EPI, todo dispositivo ou produto, de uso individual utilizado pelo trabalhador, destinado à proteção de riscos suscetíveis de ameaçar a segurança e a saúde no trabalho.”

Como se vê, a NR 01 impõe, como obrigação do empregador, a adoção de medidas para eliminação ou neutralização da insalubridade e das condições inseguras do trabalho, havendo determinação legal, prevista na CLT, bem assim normativa, inserta na NR 06, de que a empresa forneça aos seus trabalhadores, de forma gratuita, os equipamentos de proteção individual – EPIs, adequados aos riscos a que eles estão expostos, havendo a citada NR 06 definido o EPI como todo dispositivo ou produto, de uso individual utilizado pelo trabalhador, destinado à proteção de riscos suscetíveis de ameaçar a segurança e a saúde no trabalho.

Discorrendo sobre o trabalho a céu aberto, caso dos presentes autos, há a NR 21, que determina:

“21.2 - Serão exigidas medidas especiais que protejam os trabalhadores contra a insolação excessiva, o calor, o frio, a umidade e os ventos inconvenientes.” (grifei)

A Organização Pan-Americana de Saúde – OPAS, em artigo denominado Clima e Saúde, de março de 2003, dispõe:

“O sol é a principal fonte de raios ultravioleta (UV) que, de acordo com seus comprimentos de onda, podem ser subdivididos em UVA, UVB e UVC. Dos três, os raios UVB são os mais nocivos ao homem, embora sejam normalmente absorvidos pela atmosfera. Os UVA alcançam a Terra de maneira mais intensa, mas não são tão prejudiciais quanto os UVB. Os raios UVC não chegam à Terra.

(...)

A excessiva exposição ao sol e à radiação ultravioleta está associada a vários tipos de câncer de pele, envelhecimento precoce da pele, catarata (opacidade das lentes oculares) e outras doenças oculares. Também pode contribuir para que o organismo fique menos resistente a infecções.

De acordo com o PNUMA, a cada ano entre 2 e 3 milhões pessoas

são vítimas de câncer de pele não-melanoma e cerca de 130 000 do tipo melanoma maligno. Entre 12 e 15 milhões de pessoas estão cegas, no mundo inteiro, devido à catarata, e segundo estimativas da OMS, cerca de 20% deste total (mais ou menos 3 milhões), podem ter tido como causa a exposição excessiva aos raios UV. (ver <http://www.who.int/inf/en/pr-2002-60.html>)

As conseqüências desta exposição à saúde humana foram consideradas tão sérias que na Agenda 21, adotada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1992, foram especificamente recomendadas, com urgência, pesquisas sobre os efeitos do aumento da radiação ultravioleta na superfície da Terra, provocado pela redução na camada de ozônio.

(...)

Medidas de proteção pessoal contra a exposição à radiação ultravioleta incluem roupas adequadas, chapéus e uso de filtros solares, de preferência com fator de proteção alto. Para os olhos, óculos escuros com lentes anti- raios UV. “

(*in*

<http://www.opas.org.br/sistema/fotos/Clima.pdf>) Grifei.

A NR 15 cuida das atividades e operações insalubres e determina:

“15.1 - São consideradas atividades ou operações insalubres as que se desenvolvem:

15.1.1 - Acima dos limites de tolerância previstos nos Anexos nºs 1, 2, 3, 5, 11 e 12.

(...)

15.1.4 - Comprovadas através de laudo de inspeção do local de

trabalho, constantes dos Anexos nos 7, 8, 9 e 10.

15.1.5 - Entende-se por Limite de Tolerância, para os fins desta Norma, a concentração ou intensidade máxima ou mínima, relacionada com a natureza e o tempo de exposição ao agente, que não causará dano à saúde do trabalhador, durante a sua vida laboral.” (grifei)

O aludido anexo 3º cuida dos limites de tolerância para exposição ao calor, dispondo sobre a submissão excessiva ao calor em ambientes externos com carga solar.

Já o citado anexo 7º, que dispõe sobre as radiações não ionizantes, determina:

“1 - Para os efeitos desta norma, são radiações não ionizantes as microondas, ultravioletas e laser.

2 - As operações ou atividades que exponham os trabalhadores às

radiações não ionizantes, sem a proteção adequada, serão consideradas insalubres, em decorrência de laudo de inspeção realizada no local de trabalho.”

Apesar de haver comando constitucional assegurando a todos os trabalhadores a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, bem como haver estudos demonstrando os inúmeros efeitos prejudiciais ao empregado que trabalha exposto ao sol, o Tribunal Superior do Trabalho – TST, através da OJ n.º 173 da SBDI-1, dispõe:

“ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. RAIOS SOLARES. INDEVIDO. (Inserida em 08.11.00) Em face da ausência de previsão legal, indevido o adicional de insalubridade ao trabalhador em atividade a céu aberto (art. 195, CLT e NR 15 MTb, Anexo 7).”

Em face do posicionamento adotado pelo C. TST, inúmeros julgados negam a existência da insalubridade quando o trabalhador, para o exercício de suas atividades, expõe-se a raios ultravioletas de origem solar.

Ora, o entendimento supra contraria os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, incisos III e IV, da CF/1988), o direito social referente à saúde e segurança (art. 6º da CF/1988), bem assim, a garantia de redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, inciso XXII, da CF/1988).

Outrossim, a NR 15, em seu anexo 7º, ao discriminar as radiações não ionizantes, enumera as ultravioletas, determinando que as operações ou atividades que exponham os trabalhadores às radiações não ionizantes, sem a proteção adequada, serão consideradas insalubres, em decorrência de laudo de inspeção realizada no local de trabalho.

Ademais, como já demonstrado, trabalho a céu aberto, ou seja, realizado sob a exposição solar, é nocivo à saúde, fato comprovado por estudos científicos que atestam ser o sol a principal fonte de raios ultravioletas e que a excessiva exposição a ele e à radiação ultravioleta está

associada a vários tipos de câncer de pele, envelhecimento precoce da pele, catarata (opacidade das lentes oculares) e outras doenças oculares, podendo também contribuir para que o organismo fique menos resistente a infecções.

Embora a referida OJ, contrariando estudos científicos e o disposto no Anexo 7º da NR 15, seja um óbice à concessão do adicional de insalubridade pela exposição do trabalhador aos raios solares, há um outro agente nocivo ao empregado que trabalha a céu aberto e que tem previsão normativa, qual seja, a submissão excessiva ao calor em ambientes externos com carga solar, prevista no Anexo nº 3 da NR 15.

O excesso de calor é prejudicial à saúde, podendo gerar os seguintes efeitos: 1) tonturas, vertigens, convulsões e delírios, ocasionando até a morte; 2) dor de cabeça, mal-estar, fraqueza e inconsciência; 3) câimbras de calor; 4) catarata e outras manifestações como desidratação e erupções na pele.

Portanto, apesar de fartos julgados baseados na OJ 173, há decisões que concedem a insalubridade não pela exposição a raios solares, mas por outros motivos nocivos, tais como o calor excessivo.

Destarte, mesmo que não se considere a exposição a raios ultravioletas, o trabalho sob

condições de calor excessivo é considerado insalubre, devendo a empresa, em face das normas acerca do tema exigirem, preocupar-se com o fornecimento e uso de EPIs para os empregados envolvidos nessas atividades.

Por fim, o fato do protetor solar não estar enumerado entre os equipamentos de proteção individual – EPIs, nos termos da NR 06, não é por si só suficiente a determinar que seu fornecimento seja uma mera liberalidade do empregador.

Como bem consignado na parecer elaborado pela d. representante do *Parquet*, à fl. 233, “as normas de saúde e segurança do trabalho não se limitam às disposições celetistas sobre o tema nem aos regulamentos emitidos pelo Poder Executivo da União. Tal conclusão advém do próprio art. 154 da CLT, o qual enumera um rol amplo e diversificado de atos considerados fontes de normas de saúde e segurança, incluindo ainda, entre elas, os instrumentos de negociação coletiva.

Assim, a ECT, ao instituir o fornecimento do protetor solar aos seus trabalhadores que executam atividades de distribuição domiciliária, citando inclusive a NR 06, erigiu o protetor solar à categoria de EPI.

Há que se ter em vista o respeito ao comando constitucional inserto no inciso XXVI do artigo 7º,

que determina o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, bem como em respeito aos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, incisos III e IV, da CF/1988), ao direito social referente à saúde e segurança (art. 6º da CF/1988), bem assim, à garantia de redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, inciso XXII, da CF/1988).

Dessa forma, passa-se à análise do fator de proteção solar, que, segundo o recorrente, deve observar o fenótipo de cada trabalhador, considerando-se as necessidades individuais, e não ser distribuído de forma indistinta, como realiza hoje a ECT.

Como já demonstrado, estudos científicos, depoimento de médica conveniada e fiscalização da DRT determinam que, para pessoas de fenótipo I, II e III (pele clara, olhos claros, cabelos loiros ou ruivos e sardas) é recomendável FPS 30 ou superior.

Assim, descabido é o procedimento adotado na empresa ao restringir o fornecimento de protetor solar aos carteiros ao Fator de Proteção nº 25, eis que situações específicas de cada trabalhador podem indicar um tratamento especial e conseqüentemente, a necessidade de um protetor com FPS superior a 25, como é o caso, por exemplo da

servidora Ana Paula Buzzeto que, em depoimento de fls. 144/145, afirmou que, em virtude de sua pele clara, a recomendação médica era de que usasse FPS 60, o que não foi aceita pela empregadora. Para não prejudicar a própria saúde a obreira resolveu custear a compra do protetor solar prescrito pela médica.

Diante do que foi exposto, reputo merecer acolhida a postulação formulada na inicial de modo a que a demandada se abstenha de restringir o fornecimento de protetor solar àquele de FPS cujo número máximo seja 25, devendo ser observado o fenótipo de cada trabalhador que executa atividade de distribuição domiciliária, fornecendo-se o protetor com o fator de proteção solar adequado, atestado por médico conveniado da empresa.

Em caso de descumprimento da obrigação ora imposta, entendo razoável a multa de R\$ 1.000,00 por cada caso que vier a ser detectado – não os R\$ 5.000,00 perseguido pelo recorrente.

Isto posto, dou provimento parcial ao Recurso Ordinário do SINTECT/PB – SINDICATO DOS TRABALHADORES EM CORREIOS E TELÉGRAFOS NA PARAÍBA, EMPREITEIRAS E SIMILARES, para, julgando procedente em parte os pedidos formulados na presente Ação Civil Pública, declarar indevida a limitação imposta pela Ré

no sentido de somente fornecer protetor solar com o fator 25, e determinar que a EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRÁFOS – ECT, forneça aos seus trabalhadores que executam atividades de distribuição domiciliária protetor solar com fator correspondente ao fenótipo de cada indivíduo, atestado por médico conveniado da empresa, sob pena de aplicação de multa, por cada caso de desobediência, no importe de R\$ 1.000,00.

Custas invertidas, a cargo da demandada.

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, com a presença do Representante da Procuradoria Regional do Trabalho, Sua Excelência o Senhor Procurador: RILDO ALBUQUERQUE MOUSINHO DE BRITO, por unanimidade, dar provimento parcial ao Recurso Ordinário do SINTECT-PB - SINDICATO DOS TRABALHADORES EM CORREIOS E TELÉGRAFOS NA PARAÍBA, EMPREITEIRAS E SIMILARES, para, julgando procedente em parte os pedidos formulados na presente Ação Civil Pública, declarar indevida a limitação imposta pela ré, no sentido de somente fornecer protetor solar com o fator 25, e determinar que a EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT, forneça aos seus trabalhadores que executam atividades de

distribuição domiciliária protetor solar com fator correspondente ao fenótipo de cada indivíduo, atestado por médico conveniado da empresa, sob pena de aplicação de multa, por cada caso de desobediência, no importe de R\$ 1.000,00. A Corte impôs, outrossim, condenação relativa a honorários advocatícios, em razão da sucumbência da recorrida, no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), equivalente a 10% (dez por cento) de R\$ 100.000,00, valor atribuído à condenação para o referido fim, tudo, de acordo com o art. 20, § 3º, do CPC. Custas invertidas, a cargo da demandada.

João Pessoa, 29 de maio de 2007

AFRÂNIO NEVES DE MELO

Juiz Relator

Ciente em, / /2007

RILDO ALBUQUERQUE MOUSINHO DE BRITO

Representante do MPT

DJ/PB 14.07.2007

ACÓRDÃO PROC. NU.: 00922.2006.022.13.00-7
RECURSO ORDINÁRIO
RECORRENTE: CALÇADOS BEIRA RIO
RECORRIDO: JBM CALÇADOS LTDA.

EMENTA: CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONFLITO ENTRE DUAS PESSOAS JURÍDICAS. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. A relação de trabalho determinante da competência da Justiça do Trabalho corresponde ao liame obrigacional cujo objeto é uma prestação de serviços, e que vincule um trabalhador, necessariamente pessoa física, a um tomador, pessoa física ou jurídica. A Justiça do Trabalho é incompetente para apreciar e julgar os conflitos decorrentes de contratos de prestação de serviços firmados entre duas pessoas jurídicas, pois sua

vinculação não materializa uma relação de trabalho.

Vistos *etc.*

Recurso Ordinário interposto, às fls. 212/218, por CALÇADOS BEIRA RIO, recorrente, contra JBM CALÇADOS LTDA., recorrida.

A empresa-recorrente investe contra a decisão registrada na ata de fls. 187, através da qual Sua Excelência o Juiz Titular da 7ª Vara do Trabalho de João Pessoa/PB determinou o arquivamento da AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR QUEBRA CONTRATUAL C/C PEDIDO DE RESSARCIMENTO DE VALORES POR DESCONTO INDEVIDO, ajuizada pela empresa recorrida, em virtude da ausência desta na audiência inaugural.

As razões do apelo se resumem à insurgência quanto ao indeferimento do pedido formulado pela recorrente, no sentido da condenação da empresa recorrida ao pagamento de honorários advocatícios, ex vi do disposto na Instrução Normativa nº 07/2005 do TST.

A condenação se resumiu às custas processuais, no importe de R\$ 2.000,00, a cargo da empresa-recorrida.

Contra-razões, às fls. 251/253.

O Recurso Adesivo de fls. 246/250 teve seu seguimento negado na fl. 254, por deserção, haja vista o anterior indeferimento do pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita à empresa recorrida.

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.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

Interposição regular.

Conheço do Recurso Ordinário.

MÉRITO

PRELIMINAR DE
INCOMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO
TRABALHO, SUSCITADA DE OFÍCIO PELO JUIZ-
RELATOR.

Ao ampliar a competência da Justiça do Trabalho, a Emenda Constitucional nº 45/2004 revelou uma

opção jurídico-política com nítidos fundamentos axiológicos, consistentes no reconhecimento desta Especializada como Órgão Jurisdicional apto à adequada apreciação das demandas decorrentes das relações entre capital e trabalho, haja vista o seu compromisso histórico com a Justiça social e a valorização da pessoa humana.

Nessa linha, DOUGLAS ALENCAR RODRIGUES¹:

Em função da própria especialização da matéria que administram, os juízos trabalhistas estão mais bem qualificados para solucionar, com a sensibilidade e a celeridade necessárias, e ainda com economia de atos processuais, todas as questões ligadas ao universo das relações que envolvem a prestação de trabalho humano.

A alusão à tendência humanitária e socializante da Justiça Laboral é norte a ser seguido pelo exegeta no intuito de alcançar a correta interpretação quanto conteúdo jurídico da expressão **RELAÇÕES DE TRABALHO**, a que se referem as disposições contidas no inciso I do artigo 114 da Constituição Federal.

Assim, a mencionada relação de trabalho – determinante de nossa competência – corresponde

¹ O Dano Moral Acidentário e a Justiça do Trabalho após a EC n. 45-2004. In *Justiça do Trabalho: competência ampliada*, coordenadores, Grijalbo Fernandes Coutinho e Marcos Neves Fava. São Paulo: LTr, 2005, p. 58

ao liame obrigacional cujo objeto é uma prestação de serviços, e que vincule um trabalhador, necessariamente pessoa física, a um tomador, pessoa física ou jurídica.

No mesmo sentido, são as lições de GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO², in verbis:

Nesse diapasão, para que a Justiça do Trabalho seja competente em razão da matéria, a relação socioeconômica deve ser de tal natureza que envolva intimamente alguma vinculação jurídica apta a afetar ou condicionar o próprio trabalho como projeção da personalidade humana, desafiando o princípio de tutela insculpido no artigo 1º, III, da CRFB (dignidade da pessoa humana). Noutras palavras, aquela competência supõe que a relação de fato ou de direito apresente cumulativamente as seguintes características:

(a) prestação de trabalho humano (elemento objetivo ou fenomênico - há de ser, portanto, um contrato de atividade, ou um contrato de fim com obrigações de meios); [grifei]

Pois bem.

De tantas razões, decorre logicamente a incompetência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar os conflitos decorrentes de contratos de prestação de serviços firmados entre duas pessoas jurídicas, pois sua vinculação não materializa uma relação de trabalho.

² Justiça do Trabalho - nada mais, nada menos. In Justiça do Trabalho: competência ampliada, Coordenadores: Grijalbo Fernandes Coutinho e Marcos Neves Fava. São Paulo: LTr, 2005, p. 125.

In casu, a Justiça do Trabalho é materialmente incompetente para apreciar e julgar a ação proposta por JBM CALÇADOS LTDA em face de CALÇADOS BEIRA RIO.

Ante a incompetência, é nula a decisão registrada na fl. 187, consistente na determinação de arquivamento da ação, por ausência da parte autora no momento da audiência inaugural.

Pelas suas conseqüências, a aludida determinação corresponde, analogicamente, à homologação da desistência da ação, ato que, pelo seu conteúdo decisório, o juízo incompetente não pode praticar.

Isto posto, de ofício, suscito a presente preliminar para declarar a incompetência material da Justiça do Trabalho, motivo pelo qual anulo a decisão registrada na fl. 187, consistente na determinação de arquivamento, para determinar a remessa dos autos à distribuição dos feitos da Justiça Comum Estadual da Comarca de João Pessoa/PB.

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, com a presença do Representante da Procuradoria Regional do Trabalho, Sua Excelência o Sr. Procurador Márcio Roberto de Freitas Evangelista; **PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA**

MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO, SUSCITADA DE OFÍCIO POR SUA EXCELÊNCIA O SENHOR JUIZ RELATOR: por unanimidade, declarar a incompetência material da Justiça do Trabalho, anular a decisão registrada na fl. 187 e determinar a remessa dos autos à distribuição dos feitos da Justiça Comum Estadual da Comarca de João Pessoa-PB.

João Pessoa/PB, 02 de maio de 2007.

CARLOS COELHO DE MIRANDA FREIRE
Juiz Relator

ACÓRDÃO PROC. NU. 00947.2005.022.13.00-0
RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTES: JOSEMBERG DE ARAÚJO PAIVA
VARIG S/A – VIAÇÃO AÉREA
RIOGRANDENSE E FUNDAÇÃO
RUBEM BERTA

RECORRIDOS: OS MESMOS E INSTITUTO
NACIONAL DO SEGURO
SOCIAL –INSS

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. DANOS
MORAIS DECORRENTES DE
OFENSAS E DE
DISCRIMINAÇÃO DE
EMPREGADO EM RAZÃO DA
ORIENTAÇÃO SEXUAL.
HOMOSSEXUALIDADE
PRESUMIDA POR SUPERIOR
HIERÁRQUICO. EMBARAÇOS E
CONSTRANGIMENTOS
PÚBLICOS, COM ABALO À
IMAGEM E À HONRA DO
TRABALHADOR.

RESPONSABILIDADE DA EMPRESA.

A vida privada é amparada pela proteção jurídica, e esse amparo tanto possibilita ao trabalhador o direito à exteriorização de sua orientação sexual, como também garante o seu resguardo, manifestado pela deliberação unipessoal do seu titular acerca da oportunidade e conveniência de tornar pública tal característica. Outrossim, a dignidade humana é um valor e, ao mesmo tempo, um bem jurídico, erigido a *status* de direito humano, cuja tutela é a todos assegurada. Logo, a violação a bem desse jaez, por um superior hierárquico, a partir de comentários grosseiros e insultos ultrajantes, camuflados sob tons jocosos e de supostas galhofas, com conteúdo socialmente classificado como segregador e discriminatório, causando ao empregado embaraços e

constrangimentos públicos, além de abalo à sua imagem e à sua honra, exige que o Direito responda à altura, para que o alicerce da sociedade democrática não seja atingido, mormente no que se refere ao princípio da não discriminação. A responsabilidade da empresa, pelos graves danos morais daí advindos, decorre de culpa *in eligendo*, por não ter ela sabido fazer uma boa escolha do preposto promovido para cargo de direção dentro do quadro. A reprimenda judicial satisfaz, portanto, ao regramento jurídico maior, consubstanciado na Constituição Federal, além de fazer valer os compromissos relativos à dignidade da pessoa humana, assumidos pelo Estado Brasileiro, na órbita jurídica internacional. Condenação por danos morais que se mantém. Recurso patronal desprovido.

Vistos etc.

Trata-se de recursos ordinários provenientes da 7ª Vara do Trabalho de João Pessoa/PB, interpostos nos autos da reclamação trabalhista movida por JOSEMBERG DE ARAÚJO PAIVA, reclamante, em face da VARIG S/A – VIAÇÃO AÉREA RIOGRANDENSE (PRESIDÊNCIA), VARIG S/A – VIAÇÃO AÉREA RIOGRANDENSE (FILIAL) e FUNDAÇÃO RUBEN BERTA, reclamadas.

A Juíza de origem, às fls. 818/825, rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* da Fundação Ruben Berta e julgou procedentes em parte, os pedidos formulados, para condenar as rés, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 24.240,00. Custas pelas vindicadas, no importe de R\$ 484,80.

O reclamante opôs embargos de declaração, fls. 830/834, os quais foram acolhidos, para rejeitar-se o pedido de condenação da primeira reclamada por litigância de má-fé, fls. 836/837.

A Fundação Ruben Berta recorre, às fls. 848/852, reiterando a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, sob o fundamento de que nunca foi empregadora do autor, e que sua relação com as demais reclamadas e o reclamante consistia apenas em prestação de serviços sociais e

de assistência médica. Pede, assim, sua exclusão da lide e, conseqüentemente, a extinção do processo, sem resolução do mérito. No mérito, pugna pelo afastamento de sua responsabilidade pela condenação.

Guias de recolhimento do depósito recursal e das custas processuais, fls. 853/854.

A VARIG S/A – VIAÇÃO AÉREA RIOGRANDENSE (FILIAL E PRESIDÊNCIA) recorre, às fls. 855/877, argüindo, inicialmente, nulidade do processo, em razão da oitiva de testemunhas supostamente suspeitas. Afirma que o Juízo de Primeiro Grau não inquiriu as depoentes sobre as contraditas suscitadas. Pugna pela declaração da nulidade do processo, a partir da audiência em que suscitou a contradita. No mérito, alega que não houve ofensas ao trabalhador, tampouco discriminação sexual, fundamentando sua tese no fato de que não há prova ou declaração de que o reclamante seja homossexual. Entende que não houve nexo de causalidade entre o trabalho e as brincadeiras dirigidas pelo empregado Pedro Deon ao reclamante, já que algumas dessas brincadeiras ocorriam fora do ambiente de trabalho. Alega que o autor e o referido Sr. Pedro Deon nunca laboraram no mesmo local, sendo esporádico o encontro entre ambos. Defende que o Sr. Pedro Deon foi alertado verbalmente para que cessasse qualquer ato considerado impróprio em relação

aos funcionários e, em especial, ao acionante. Por tal motivo, afirma que não houve nenhuma omissão de sua parte, que ensejasse responsabilidade. Sustenta que não cabe dano moral por ocorrências rotineiras das atividades profissionais, simples melindres, contrariedades ou pequenas mágoas; além do que, a imagem do trabalhador não teria sido atrelada à condição de homossexual, tampouco teria havido discriminação. Por fim, questiona o valor do *quantum* indenizatório, alegando ser ele excessivo. Pugna pela redução do montante, caso a ação não seja, de todo, julgada improcedente.

Guias de recolhimento do depósito recursal e das custas processuais, fls. 902/903, respectivamente.

Por sua vez, o reclamante também recorre, às fls. 904/916, sob a alegação de que não apenas foi ofendido durante a relação de emprego, como também o vínculo teria sido rompido por motivo de discriminação. Sustenta que não procede o argumento de que a demissão decorreu de dificuldades financeiras da ré, pois, à época do desenlace, teria havido a contratação de outro funcionário para o substituir. Aduz que o caso repercutiu entre seus colegas de trabalho, além de ter sido veiculado na imprensa, o que teria contribuído para lhe ser atribuído o “rótulo” de homossexual. Acrescenta que não está mais conseguindo emprego. Pede a

elevação da indenização. Noutro aspecto, requer a condenação das rés por litigância de má-fé.

Contra-razões, pelo reclamante e pelas reclamadas, às fls. 921/927 e 929/959, respectivamente.

O representante do Ministério Público do Trabalho, em promoção lançada à fl. 968, informa que seu parecer já está estampado às fls. 798/810.

É o relatório.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

Apenas a título de esclarecimento no que toca à tempestividade, as notificações dirigidas às partes tiveram de ser reenviadas, por um lapso da Vara, fl. 846. Em sendo assim, as cartas às fls. 842/845 foram remetidas em 30.06.2006 (sexta-feira), presumindo-se recebidas em 04.07.2006 (terça-feira), consoante Súmula nº 16 do TST. O prazo recursal, portanto, mediu de 05.07.2006 (quarta-feira) a 12.07.2006 (quarta-feira seguinte). Assim, os recursos foram apresentados no prazo.

Preenchidos todos os requisitos e pressupostos de admissibilidade, conhecimento dos recursos ordinários.

PRELIMINAR DE NULIDADE DO
PROCESSO, ARGÜIDA PELA VARIG S/A

A VARIG pugna pela nulidade do processo, em razão da oitiva de testemunhas supostamente suspeitas. Afirma que o Juízo de Primeiro Grau não inquiriu as depoentes sobre as contraditas suscitadas. Pede a declaração da nulidade do processo, a partir da audiência em que suscitou a contradita.

A prefacial não prospera.

Observa-se que a reclamada anuiu com o indeferimento da contradita, na medida em que não esboçou nenhum protesto naquele momento. Em sendo certo que, no Processo do Trabalho, as nulidades devem ser argüidas na primeira oportunidade em que tem para se manifestar, e considerando-se que a demandada deixou que o depoimento transcorresse integralmente, sem nenhuma oposição, a letargia da parte fez precluir tal direito.

Por oportuno, é esse o entendimento do TRT da 14ª Região, *in verbis*:

“TESTEMUNHA – CONTRADITA
– INDEFERIMENTO – NÃO
INSURGÊNCIA – PRECLUSÃO –
Não havendo insurgência no

momento processual próprio, acerca do indeferimento da contradita, resta caracterizada a preclusão. Horas extras. Análise em conformidade com as provas. Encontrando-se a sentença em perfeita sintonia com o conjunto fático-probatório, inclusive respaldada na inspeção judicial realizada no banco reclamado, deve ser mantida na íntegra a sentença de 1º grau”. (TRT 14ª R. – RO-RA 00532.2005.141.14.00-7 – Rel. Juiz Conv. Shikou Sadahiro – DOJT 15.03.2006)

Logo, não há que se falar em violação a nenhum dispositivo legal.

Aliás, ainda que assim não fosse, conforme bem destacado pelo Juiz que presidiu a audiência às fls. 438/447, as testemunhas Adriana de Moraes Castro e Jadeína Gomes Ribeiro Silva, apresentadas pelo reclamante, foram empregadas da reclamada, tendo sido despedidas sem justa causa. Se a dispensa das testemunhas se deu sem justo motivo, não procedem as alegações de que elas teriam sido

despedidas por desvio de conduta e atos de improbidade. Entendimento em contrário daria à acionada a possibilidade de impor, ao seu bel prazer, uma tardia repreensão às trabalhadoras, desprovida de razões justificadoras. Estar-se-ia, portanto, dando azo a um abuso de direito.

Não há, pois, nenhuma suspeição das referidas depoentes, sendo incabíveis os argumentos suscitados a esse respeito, até porque o castigo a uma suposta falta funcional haveria de ter sido aplicado imediatamente, não sendo sucedâneo de nota promissória para saque em ocasião mais cômoda aos interesses da empregadora.

Em reforço, o Juiz não está obrigado a inquirir as testemunhas quanto aos motivos da contradita suscitada pela parte, quando há elementos claros, concretos e convincentes para o indeferimento da contradita. Em tais casos, o Juiz não apenas pode, como deve assim proceder, indeferindo pretensões descabidas, mediante decisão fundamentada. Foi justamente esta a hipótese dos autos.

Isto posto, rejeito a preliminar.

PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE
AÇÃO, POR ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*,
SUSCITADA PELA RÉ, FUNDAÇÃO RUBEN BERTA

A acionada reitera a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam, sob o fundamento de que nunca foi empregadora do autor, e que sua relação com as demais reclamadas e o reclamante consistia apenas em prestação de serviços sociais e assistência médica. Pede, assim, sua exclusão da lide e, conseqüentemente, a extinção do processo, sem resolução do mérito.

A legitimidade de parte, assim como as demais condições da ação, são aferidas no plano abstrato, isto é, da mera leitura da peça exordial. Se o autor atribui à reclamada, Fundação Ruben Berta, a responsabilidade pela satisfação dos títulos pleiteados, é o que basta para torná-la legítima para responder ao pleito.

Eventual constatação da procedência, ou não, do pedido formulado em face da litisconsorte, mediante o estudo das provas colhidas, é matéria afeita ao mérito, devendo nele ser analisada. Aplicação, in casu, da teoria do direito abstrato.

Isto posto, rejeito a prefacial.

RECURSO DA RECLAMADA,
FUNDAÇÃO RUBEN BERTA

MÉRITO

Pelo documento à fl. 103, verifica-se que a litisconsorte, Fundação Ruben Berta, foi criada pela

Varig, demandada principal, para prestação de assistência médica e social aos empregados e dependentes desta última. Isso poderia, em tese, excluir a recorrente de responsabilidade por indenizações devidas pela empregadora.

Ocorre que, no caso concreto, restou provado que a Fundação – inicialmente constituída com objetivos assistenciais – passou efetivamente a integrar o conglomerado econômico-empresarial.

Afora a documentação não impugnada, juntada às fls. 16/18 – que evidencia a integração da recorrente ao grupo econômico da Varig –, são muito curiosas as esquivas apresentadas pela insurgente, na tentativa de isentar-se da responsabilidade pelo adimplemento do título executivo.

Na petição inicial, o trabalhador suscitou que a obrigação da litisconsorte decorria da sua participação no grupo. Porém, na peça de defesa, fls. 59/61, a ré passou ao largo dessa questão de suma relevância, defendendo a sua natureza assistencial e aduzindo que jamais atuou como empregadora do autor. Nesse contexto, a vindicada não rebateu a existência do agrupamento empresarial.

Por outro lado, em nenhum momento, o reclamante postulou vínculo de emprego com a

litisconsorte. Ao contrário disso, salientou que a responsabilidade da recorrente se dava em virtude da configuração do grupo – matéria esta, como já dito, que não foi impugnada especificamente, tampouco negada pela postulada.

Ademais, os bastidores do tumultuado processo de reestruturação da Varig, bem como os núcleos controladores da firma, vieram à tona, quando da sucessiva concessão e cassação de decisões judiciais, ora permitindo, ora impedindo a continuidade da recuperação judicial e da transferência de controle da empresa, tendo a Fundação Ruben Berta sempre figurado no centro de poder empresarial. Em sendo certo que fatos públicos e notórios independem de prova, não pode o Juiz – mormente o do Trabalho, jungido que está ao princípio da primazia da realidade –, passar-se por alienígena quanto ao que acontece no cenário nacional.

Acresça-se que, independentemente da notoriedade da interferência da Fundação Ruben Berta na consecução do empreendimento econômico – conforme também espelhado nas contra-razões às fls. 922/927 –, a ausência de impugnação específica, aliada à prova apresentada pelo postulante acerca do conglobamento capitalista, conduzem à fixação do panorama fático ensejador da

incidência da responsabilidade solidária da recorrente, nos termos do art. 2º, § 2º, da CLT.

Em reforço, o TRT do Rio Grande do Sul – Tribunal mais próximo da realidade, por se situar na mesma Unidade Federativa da sede da litisconsorte – já teve a oportunidade de examinar a matéria, concluindo pela formação do grupo econômico, adotando posicionamento semelhante ao ora defendido, como consta nos fundamentos de voto daquela Corte (RO 00781.2002.026.04.00-3, Relatora: Vanda Krindges Marques, DJ 27.01.2005), *in verbis*:

“3. CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA.

Pretendem as reclamadas a reforma da sentença, a fim de que a Fundação Ruben Berta seja absolvida da condenação solidária.

Sem razão.

Incontroverso que as demandadas constituem grupo econômico, nos termos do § 2º do artigo 2º da CLT, não merecendo qualquer reparo a sentença, no tópico.

Nega-se provimento.”

Em remate, o Juízo *a quo* apercebeu-se da responsabilidade aqui demonstrada, fl. 824. Igual caminho trilhou o representante do Ministério Público do Trabalho, na qualidade de *custos legis*, fl. 809.

O apelo não procede.

Isto posto, nego provimento ao recurso ordinário.

RECURSO DA VARIG S/A
(PRESIDÊNCIA E FILIAL)

MÉRITO

A recorrente alega que não houve ofensas ao trabalhador, tampouco discriminação sexual, fundamentando sua tese no fato de que não há prova ou declaração de que o reclamante seja homossexual. Por inexistir prova nesse sentido, entende não ser possível ter havido discriminação, pois só haveria tal conduta se o autor realmente o fosse.

Aduz, ainda, que não concorreu com culpa objetiva nem subjetiva para as agressões à honra e à moral do empregado, decorrentes de brincadeiras e piadas feitas por um colega de trabalho. Acrescenta que a empresa repreendeu a conduta, quando tomou conhecimento da

ocorrência, aduzindo, ainda, que as piadas sobre homossexuais não eram dirigidas especificamente ao reclamante.

Conclui, por fim, que as supostas ofensas à honra, moral ou imagem do autor não restaram caracterizadas, pelo fato de as brincadeiras do colega terem ocorrido fora do ambiente de trabalho, não havendo repercussão no espaço laboral, nem interferência na execução das tarefas.

Não lhe assiste razão.

Na petição inicial, o reclamante fundamentou seu pedido, não apenas em discriminação por orientação sexual, como também nas ofensas que lhe teriam sido diuturnamente dirigidas. Como causa de pedir, o postulante argüiu, ainda, humilhações sofridas no ambiente de trabalho, por atos do superior hierárquico.

Destarte, é plenamente plausível o pedido de indenização por danos morais, decorrente dos fatos narrados na peça vestibular, em face da gravidade do relato e da forma como os fatos teriam se desenvolvido. O pleito há de ser analisado em sua inteireza, com aprofundamento no mérito do litígio, não se podendo fazer um juízo teórico sobre a matéria.

A questão de não haver prova de que o reclamante seja homossexual é irrelevante. Eventual

tentativa do suposto ofensor em minar a auto-estima e imagem do trabalhador, mediante comentários e ultrajes dirigidos ao autor sobre essa temática, teria a mesma repercussão na personalidade do empregado, independentemente de sua orientação sexual.

Isto porque, a dignidade humana é um valor e, ao mesmo tempo, um bem jurídico, cuja tutela é a todos assegurada. E a violação a bem desse jaez, a partir de comentários grosseiros e galhofas ultrajantes, com conteúdo socialmente classificado como segregador e discriminatório, exige que o Direito responda à altura, para que o alicerce da sociedade democrática não seja atingido, mormente no que se refere ao princípio da não discriminação.

A fixação da desnecessidade de prova da orientação homossexual é da máxima importância, mesmo porque a vida privada é amparada pela proteção jurídica. E tal amparo tanto possibilita ao cidadão o direito à exteriorização dessa característica, como também garante o seu resguardo, manifesto pela deliberação unipessoal do seu titular acerca da oportunidade e conveniência de tornar pública a sua orientação sexual.

Logo, sob qualquer ótica – sendo ou não homossexual –, a situação descrita na exordial é grave, além de caracterizadora de discriminação, pelo seu conteúdo e

direcionamento – assunto que merece um detido estudo deste Tribunal, a fim de se verificar se há prova da ocorrência sustentada pelo postulante.

Como dito, ninguém é obrigado a declarar sua orientação sexual, não sendo dado a outrem se imiscuir nessa seara da vida privada. Cada indivíduo há de ser plenamente respeitado em seu modo de ser e de viver. Nesse ínterim, o Direito serve como garantia dessa proteção, diante de qualquer manifestação discriminatória. E, sem dúvida, por melhor que seja a sociedade, é evidente a existência de fator de discrimen, pautado na orientação sexual. Ratifica essa certeza – a qual se constitui em máxima de experiência comum – o vasto anedotário em torno do tema da homossexualidade.

Com efeito, todos os dias, somos bombardeados por sátiras e programas em que o destaque recai justamente sobre esse assunto. Para tanto, basta que se rememorem personagens encarnados por Chico Anysio, Jô Soares, dentre outros humoristas, nos quais prevalece a visão estereotipada acerca dos homossexuais, sempre depreciativas.

Contudo, no evoluir do princípio democrático, o trato da questão vem redirecionando a sociedade, garantindo-se ao segmento homossexual, dia após dia, o padrão de dignidade humana tido como ideal – assim

como, tempos atrás, ocorreu, e ainda ocorre, com a mudança de ótica em relação ao segregacionismo imputado aos negros, baseado em idéias pré-concebidas.

Nesse aspecto, calha a transcrição de trecho da fundamentação de voto oriundo da 6ª Turma do C. TST (AIRR-560/2005-013-10-40.3, DJ 17/11/2006), *in verbis*:

“(...) É inconcebível que no limiar do terceiro milênio ainda se nutram sentimentos de depreciação à pessoa humana em decorrência de sexo, credo, raça, cor, estado civil, posição social ou por ostentar qualquer outro traço distintivo dentro de um grupo. O respeito à pessoa humana, independente de tais aspectos, como também a inviolabilidade à sua honra e imagem são garantias constitucionais jungidas a um dos fundamento [*sic*] do próprio Estado Democrático de Direito, qual seja, a dignidade (art. 1º, III, da Constituição Federal). Destacado, ainda, a corroborar os fundamentos

da decisão impugnada, a incidência das disposições contidas no art. 932, inciso III, do Código Civil, que atribui a responsabilidade pela reparação civil do empregador pelos danos causados por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele. (...).”

Por outro lado, a sociedade brasileira é necessariamente diversificada, sendo este um dos marcos distintivos de um autêntico Estado Democrático de Direito, previsto de forma expressa no Preâmbulo Constitucional, que serve de bússola às ações estatais e particulares, nos seguintes termos:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o

desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e na ordem internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.” (grifou-se)

A busca pela pluralidade e fraternidade democráticas já pode ser sentida no meio televisivo, mormente nas últimas novelas de costumes, levadas ao ar em horário nobre, que externam a diversidade de orientação sexual com naturalidade, inserida em um contexto social despido de estereótipos.

Também se observam reflexos dessa nova ordenação do seio social, no desforço dos operadores de Direito e dos grupos organizados da sociedade civil, que vêm atuando em debates e ações civis públicas, de modo a estabelecer uma visibilidade digna aos homossexuais; isto é, o seu direito de existência dentro das peculiaridades de

manifestação enquanto grupo de expressão. Cite-se, ainda, a recente realização da Parada do Orgulho Gay na cidade de São Paulo – a maior manifestação mundial dessa natureza. O Ministério Público do Trabalho, inclusive, instituiu curadoria específica, denominada COORDIGUALDADE – Coordenadoria Nacional de Promoção da Igualdade de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho –, a fim de rebater qualquer tipo de marginalização às camadas minoritárias da sociedade.

O presente voto, portanto, não se apega a falsos moralismos, tampouco proclama uma visão “politicamente correta” – até porque essa concepção facilmente se confunde com a hipocrisia. Não se está, aqui, a cogitar de padrões de comportamento liberais ou rígidos, mas sim, da análise do tratamento dispensado ao reclamante, cotejando-o com o inquebrantável padrão jurídico de dignidade assegurado a todos os seres humanos. Discutem-se, também, responsabilidades empresárias decorrentes da eventual transgressão ao núcleo sensível da proteção jurídica humana.

E, na situação posta, o comportamento do funcionário graduado, Sr. Pedro Deon, extrapolou – e muito – o limite do razoável no trato com o empregado, descambando no ataque sistemático e gratuito aos

brios do trabalhador – conduta que merece a pronta reprimenda do Poder Judiciário.

De início, a ré rebateu as acusações veementemente, negando toda e qualquer atitude lesiva por parte do gerente de contas, Sr. Pedro, fls. 58/90. Contudo, ao se ver acuada pelas evidências que emergiram da instrução do feito, a ré inovou sua tese, classificando como piadas e brincadeiras, em contexto extra-laboral, as ofensas irrogadas contra o funcionário.

Em verdade, o que se percebe é que a acionada mudou sua tática para esquivar-se de responder pelos danos, apoiando-se na alegação de que o gerente geral, Sr. João Luciano, punira o ofensor, Sr. Pedro Deon, acerca de seu procedimento incorreto, mediante advertência verbal.

É o que está estampado nas razões finais, fl. 786, *in verbis*:

“(…) imbuído do poder disciplinar que possui o Sr. João Luciano Moreira, advindo da Bahia, exerceu o segundo seus critérios administrativos, não pessoais, mesmo porque é praxe da empresa a alternância de seus gerentes para que

não haja perpetuidade de funcionários em cargos de gerências numa mesma localidade ou criação de vínculos pessoais, afetivos ou de amizade que interfiram no gerenciamento das filiais. O Sr. João Luciano entendeu que o alerta verbal era o ato conveniente e suficiente, o quê [sic] de fato se mostrou suficiente, segundo a própria assertiva do autor.”

Já em sede recursal, à fl. 876, a ré confessa e pede que.

“(…) seja provido o recurso ordinário no sentido de reconhecer não ter havido omissão por parte da VARIG quanto à imposição da disciplina necessária ao provimento de um ambiente de trabalho equilibrado e saudável, bem como, de ter concorrido com eficácia e pronta repreensão ao funcionário Pedro

Deon, que não mais procedeu de forma imprópria após ter sido advertido verbalmente pelo seu superior hierárquico, (...).”

Ora, no Direito do Trabalho, o pressuposto básico para a imposição de penalidade a um empregado é, justamente, que tenha havido uma falta. Não seria razoável supor-se que alguém viesse a ser repreendido por uma conduta regular, ou que pudesse ser classificada, pelo menos, como aceitável. Caracterizada, portanto, a transgressão funcional do acusado.

Outrossim, a primeira testemunha da ré, Sra. Sarah Emília Barbosa da Silva, expôs traços do caráter do agente ofensor, mesclados a várias outras afirmações que, supostamente, mitigariam o mau comportamento. Ela também não tinha certeza acerca da efetiva inexistência de perseguições ao trabalhador, baseando seu julgamento em uma mera suposição. Em linhas gerais, são estas as impressões da depoente acerca da personalidade do gerente, fls. 417/418, *in verbis*:

“(...) ;que as brincadeiras do Sr. Pedro Deon chegavam a ser chatas e

enjoadas; (...) que o Sr. Pedro Deon já chegou a perguntar coisas indiscretas a depoente; (...) que havia antipatia recíproca entre o Sr. Pedro Deon e o Sr. Josemberg, contudo, acredita, não ter havido perseguição [*sic*] alguma; (...) que as brincadeiras do Sr. Pedro Deon, na visão da depoente, revelavam a vontade do Sr. Pedro Deon de ser popular entre os funcionários e algumas eram de mal [*sic*] gosto; (...).” (grifou-se)

Também é estranho notar que a testemunha registrou não se lembrar das ofensas do Sr. Pedro Deon em relação ao postulante, fl. 417, reiterando essa informação no depoimento seguinte, fls. 444/445, acrescentando, no entanto, que o agressor era um contumaz invasor do espaço alheio, como segue, fl. 445:

“(...); que o reclamante várias vezes foi à depoente reclamando porque trabalhava no aeroporto, porque era muito corrido e achava que Pedro

“marcava ele”; que aquela antipatia existia por conta das reclamações feitas pelo reclamante em relação a Pedro Deon; que os demais funcionários achavam que o sr. Pedro Deon se metia na esfera da depoente; (...).”

É muito peculiar a alegada alienação da depoente quanto ao que acontecia em seu entorno, nos seguintes termos, fl. 445:

“(...) que a depoente não prestava atenção à reação das pessoas quando o sr. Pedro fazia piadas, mas que todos riam; que nunca prestou atenção em relação ao reclamante (...).”

Ora, a testemunha tinha ciência de que havia, no mínimo, uma animosidade entre as citadas pessoas, de modo que, em sendo uma dos superiores hierárquicos do trabalhador, é inverossímil que não tenha conhecimento mais pormenorizado do motivo da desarmonia

entre ambos, tampouco da razão pela qual o Sr. Pedro Deon supostamente “marcava” o reclamante, muito menos que não prestasse atenção no que ocorria no ambiente de trabalho. Se essa falta de percepção da realidade suscitada pela depoente realmente procede, então seu testemunho não se presta ao esclarecimento dos fatos controvertidos ora investigados.

Já a segunda testemunha da vindicada, Sr. Mathias Almeida Pereira de Luna, de início, disse não se lembrar, nem ter presenciado, palavras indecorosas do gerente de contas ao vindicante. Todavia, esclareceu que soubera, por meio de terceiros, acerca da “brincadeira” levada a cabo pelo acusado, no sentido de que “o Sr. Josemberg sabia pegar em pau”, fls. 415/416 e 445 – galhofa esta de conteúdo nitidamente segregador e discriminatório, com fundamento em suposta homossexualidade do funcionário. Mais grave: o testemunho denota o caráter recorrente e geral das “piadas”, gerando comentários entre os colegas de trabalho.

Ficou claro, ainda, que o Sr. João Luciano Moreira dos Santos, gerente geral da Varig e preposto da firma, omitiu o que sabia. É o que se deduz do cotejo entre o depoimento que ele prestou na Procuradoria do Trabalho e o testemunho judicial dado pela já referenciada segunda

testemunha da ré (Sr. Mathias Almeida), fls. 419 e 446, respectivamente.

Com efeito, assim falou o Sr. João Luciano Moreira, fl. 419:

“(…); que nunca viu nenhuma brincadeira do Sr. Pedro Deon para alguém, mas que, em confraternizações, era natural que houvesse uma descontração maior; que não se lembra de ter ouvido o Sr. Pedro Deon taxar o denunciante de *meio homem meio veado*; que também não recorda do fato do Sr. Deon dizer que o Sr. Josemberg *sabia pegar em pau*, quando se servia de comida japonesa; (...)”

Por seu turno, a testemunha da postulada, Sr. Mathias, contradizendo o preposto, asseverou que, fl. 446:

“(…) ouviu um comentário que o sr. Pedro tinha dito, na confraternização

do Porto Madeiro que o reclamante sabia ‘pegar em pau’, mas esse comentário foi dito ao depoente depois da confraternização; que o sr. João Luciano comentou sobre o ocorrido na confraternização; que o sr. João Luciano perguntou ao depoente se tinha ouvido aquele comentário lá naquele restaurante; (...).”

Tenha-se que o fato de alguns dos comentários grosseiros e vexatórios do representante graduado da demandada terem sido feitos fora do ambiente físico da empresa não elide a gravidade da conduta; ao revés, acaba por acentuá-la.

Isto porque, na dinâmica empresarial, um evento de confraternização, além de constituir-se em extensão do ambiente laboral, destina-se a estreitar os laços entre os funcionários, exatamente para torná-los mais pessoais e afetuosos, bem como para estimular o corpo funcional a se sentir co-participante nos destinos do empreendimento econômico. Isto na clara visão de integração

inerente ao capitalismo social – modo de produção ao qual o Brasil se filia, por orientação maior da Carta Política de 1988.

Tais encontros jamais poderiam ser fonte de desarmonia, constrangimento e abalo pessoal a um empregado, por aspectos de sua vida privada, presumidos pelo ofensor. Mais grave, perpetrados justo por funcionário que, na estrutura hierárquica, deveria, por meio de seu próprio comportamento, nortear a conduta geral. Aliás, a atitude indecorosa estava estimulando outros funcionários a também tratarem o reclamante de forma imprópria, como se verifica pelo testemunho à fl. 443.

Por outro lado, ainda que assim não fosse, as ofensas também eram realizadas em plena reunião de serviço, como se verá mais adiante. Desse modo, sob qualquer ótica, as difamações vinculavam-se ao labor.

Em se tratando de uma empresa de porte nacional, a competência de um gerente, que exerce parcela de poder organizacional e diretivo, também é avaliada no relacionamento interpessoal com os subalternos, por ser este um aspecto profissional tão importante quanto – ou até mais importante que – o desempenho produtivo do administrador. Logo, a falta do gerente é atribuível à reclamada, e o nexa causal entre o ato e o dano decorre de culpa *in eligendo*, por não ter ela sabido fazer uma boa escolha

do preposto promovido para cargo de direção dentro do quadro. Patente, pois, a responsabilidade empresarial.

Por outro lado, os depoimentos das testemunhas trazidas pelo autor corroboram as assertivas vestibulares, bem como se amoldam às provas e às lacunas apresentadas pela ré, revelando, com detalhes, a atitude do ofensor frente ao ofendido.

Com efeito, a primeira depoente, Sra. Adriana Moraes, afirmou que, fls. 441/442:

“(…) existiram alguns fatos em que o sr. Pedro Deon insinuava que o reclamante era homossexual; que essas insinuações ocorriam em reuniões, na presença da depoente e de todos os empregados que se encontravam nas reuniões; que o sr. Pedro, à época, exercia o cargo de gerente de contas; que o sr. Pedro Deon se dirigia ao reclamante com as seguintes expressões: ‘mulherzinha’, ‘afeminado’; que a depoente estava no dia 09/12/2003 na confraternização de final de ano

da VARIG, no restaurante Porto Madeiro, no Cabo Branco; que nessa ocasião o sr. Pedro Deon também ficou soltando piadinhas com o reclamante, com cunho homossexual; que a depoente e o reclamante estavam comendo comida japonesa 'com pauzinhos' e, nessa ocasião, o sr. Pedro Deon insinuou que o reclamante sabia pegar muito bem no pau; que nessa ocasião o reclamante ganhou um CD de música evangélicas; que não se lembra se por conta desse presente o sr. Pedro Deon chegou a falar alguma coisa; que na reunião do dia 17/06/2004, na loja da Epitácio Pessoa, houve uma reunião de todos os funcionários da área da depoente, na qual estava presente dra. Suely, advogada presente à audiência; que durante esse período a depoente estava no aeroporto cobrindo as férias de outro funcionário, e foi para

a reunião já fora do horário de trabalho, isto é, de 18h/19h; que a depoente não estava uniformizada e o reclamante disse à depoente que a mesma se escondia atrás dos uniformes, porque achava os uniformes muito sérios e tirava a beleza dela, depoente; que nessa ocasião o sr. Pedro Deon insinuou: ‘um homossexual não se esconde atrás de uniforme’; que isso ocorreu na presença do reclamante outras pessoas [sic], inclusive dra. Suely; que só chegou a presenciar o sr. Pedro Deon fazendo algumas insinuações para o reclamante; que no restaurante Porto Madeiro, quando o sr. Pedro Deon declarou as palavras acima registradas em relação ao reclamante, estavam presentes não só a depoente e o reclamante, mas todo o staff da Varig; (...) que o sr. Pedro Deon sempre fazia piadinhas insinuante

[sic] de homossexual para com o reclamante.” (grifou-se)

Já a segunda testemunha do acionante, Sra. Jadeína Gomes, asseverou que, fl. 443:

“(...) o sr. Pedro Deon fazia algumas insinuações em relação ao reclamante, as quais consistiam em brincadeiras e comentários jocosos em relação ao homossexualismo; que tratava o reclamante como se fosse uma menina, inclusive o chamava ‘menina’, isso na presença de outros funcionários e não de clientes; que a depoente estava na confraternização que ocorreu no restaurante Porto Madeiros [sic], em 09/12/2003; que aconteceu um episódio muito ofensivo em relação ao reclamante; que antes da troca de presentes foram comer comida japonesa e a depoente, juntamente como [sic] reclamante e Adriana, Márcio e

Emerson, da manutenção, se dirigiram em direção ao buffet; que a depoente esqueceu de pegar os pauzinhos e pediu para o garçom trazer com a liga para si, no que foi atendida; que quando o reclamante foi usar pensava que tirava a liga, quando a depoente disse que era difícil usar sem a liga, mas o reclamante ainda assim conseguiu, quando então o sr. Pedro Deon disse que aquilo não era problema para o reclamante, pois ele estava acostumado a 'pegar em pau'; que p [sic] reclamante nessa noite recebeu um CD de música evangélica; que a depoente lembra porque foi o reclamante quem a tirou como amiga secreta; que foi então que o sr. Pedro Deon perguntou se o reclamante ainda era crente, tendo ele afirmado que sim, mas estava afastado da igreja; que não sabe dizer se nessa ocasião ou depois o sr. Pedro Deon

declarou alguma palavra ofensiva ao reclamante; que sempre ia nas reuniões realizadas na loja da Epitácio Pessoa; que todos os funcionários estavam, nessa reunião; que sempre nessas reuniões o Pedro Deon fazia insinuação para o reclamante, pois era seu costume contar piadas de homossexuais, normalmente quando o reclamante estava presente; que quando o reclamante estava ausente o sr. Pedro Deon contava piadas eróticas; que na loja da E. Pessoa só havia um homem, Mathias, e as demais eram mulheres, entre as quais a depoente, Adriana, Sarah, Anne; que tem conhecimento que na loja do aeroporto o sr. Pedro Deon fez piadas de homossexuais, uma vez na presença do reclamante; que todos os funcionários, inclusive o gerente geral João Luciano Moreira Santos, tinham conhecimento das

brincadeiras que o sr. Pedro Deon fazia com o reclamante; (...) que na época do sr. Pedro Deon fazer uma piada para o reclamante, na presença de Ana Campos, e esta falou para a depoente que o sr. Pedro havia perguntado ao reclamante se o mesmo ainda ‘andava desmaiando’, porque ‘passamento é coisa de mulher’; que o reclamante, dias antes, chegou a desmaiar e foi levado para o hospital; que era costume do sr. Pedro Deon fazer piadas em relação a homossexuais, direcionadas para o reclamante, e também em relação às mulheres; (...).” (grifou-se)

O comportamento acima descrito é totalmente incompatível com o meio ambiente do trabalho vivenciado pelas partes.

De relevo destacar que o caráter danoso e discriminatório da ofensa, bem como sua gravidade, restaram ainda mais contundentes, posto que os depoimentos

acima transcritos deixam claro que o ocupante do mais alto cargo administrativo da ré – o gerente geral, Sr. João Luciano Moreira – sabia das injúrias e difamações perpetradas. E, naquele momento, sua inércia punitiva delata uma omissão lesiva própria diante dos misteres de seu cargo.

Outrossim, a tardia “punição” do agressor, mediante advertência verbal – a mais branda das penalidades aplicáveis na relação de emprego –, após reiterações da conduta ofensiva em reuniões mensais, e somente depois de o empregado ofendido invocar a autoridade hierárquica do gerente geral para fazer cessar a lesão, não é adequada resposta – nem elide – a confessa convivência faltosa. Evidenciado, mais uma vez, o nexo de causalidade entre evento e dano, a atrair a responsabilidade empresária, desta feita, por negligência.

A tentativa da ré em banalizar a ocorrência é aviltante, mormente quando atribui ao funcionário uma conduta pervertida do ponto de vista da sensibilidade humana, juntando fotos da confraternização do Porto Madero, em que supõe que o trabalhador – como resultado do vexame a que foi exposto –, estava com semblante de regozijo, fls. 66/130 – impressão esta totalmente divorciada do que revela a dilação probatória. Curiosamente, poucos dias após o evento festivo, sem ter anteriormente

apresentado problemas de saúde, o vindicante sofreu um desmaio no local de trabalho, resultando em seu afastamento do serviço, consoante documentado às fls. 44/47 e 137.

Nem mesmo se sabe se os registros fotográficos foram feitos antes ou depois do ultraje, fls. 130/132, e, de qualquer modo, as regras de boa convivência social sugerem que pessoas fotografadas apresentem fisionomia agradável e plácida, independentemente de seu estado emocional.

Nesse sentido, restou provado que o gerente de contas, Sr. Pedro Deon, sistematicamente abusava do reclamante, afetando-lhe a honra e a boa imagem. Os ataques eram camuflados sob tons jocosos e de supostas piadas e brincadeiras, expondo, em tom ferino, mediante comentários públicos e indecorosos, sua impressão pessoal acerca de aspecto inviolável da vida privada do trabalhador, quiçá se aproveitando do desnível hierárquico e do temor reverencial do empregado, que não poderia repelir os despautérios.

Ora, não é dado a nenhum superior, nem a colegas de trabalho, tratar outro empregado do sexo masculino como se mulher fosse, reiteradamente o chamando de “mulherzinha”, “menina”, “afeminado” e – pior – à vista de outros funcionários, causando-lhe embaraços e constrangimentos públicos, com abalo à imagem e à honra.

O tom de insulto – e não de anedota – era percebido pelas testemunhas do reclamante. O objetivo dissimulado revelou-se claro, por ocasião do fato narrado no restaurante Porto Madero (“saber pegar em pau”), em que o gerente geral questionou o Sr. Mathias – segunda testemunha da ré –, se ele ouvira o comentário. Se piada fosse, ou se em tom de piada tivessem sido pronunciadas aquelas palavras, certamente, não teria havido repercussões outras nem assombro entre os funcionários.

Também chama a atenção a dúvida deitada pelo agente, Sr. Pedro Deon, acerca da religiosidade do trabalhador, o que demonstra novamente sua visão estereotipada, como se eventual homossexualidade do empregado fosse fator excludente de sua espiritualidade – searas diferentes da vida do ser humano.

O autor foi de fato atingido em sua dignidade pessoal, e a grave lesão teve origem em uma homossexualidade presumida pelo ofensor que, partindo do axioma de que o trabalhador era homossexual, resolveu denegri-lo publicamente, e repetidas vezes, mediante observações mordazes a esse respeito.

Inafastável, pois, o conteúdo ofensivo e discriminatório.

Em sendo certo que em tal atuação o infrator não passa atestado ou recibo de sua própria conduta, é das expressões utilizadas que se deduz o caráter violador, bem como sua motivação. A gravidade do dano moral advém da comprovada falha da conduta profissional do funcionário graduado, bem como do atingimento de bem jurídico erigido a *status* de direito humano.

Plenamente aplicável ao caso a Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais, principalmente quando se está diante de uma relação de emprego, na qual existe um natural disparate de forças entre os contratantes.

Acerca dessa Teoria, cita-se artigo doutrinário do constitucionalista Rogério Magnus Varela Gonçalves, intitulado “Os direitos fundamentais e sua validade no âmbito das relações privadas” (Prim@ facie: Revista da Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, ISSN 1678-2593, Nº. 5, 2004 , pags. 73-100, disponível em <http://www.cj.ufpb.br/primafacie/prima/artigos/n5/direitos.pdf>):

“(...) Outro fator determinante para a validade dos direitos fundamentais no trato entre os particulares diz

correlação com a tese, hoje reinante, de que eles possuem uma dupla dimensão: a) a subjetiva, que é tradicional, consistindo na abstinência estatal de intromissão na vida dos cidadãos (os direitos fundamentais como direitos de defesa) e; b) a objetiva, esta se revestindo de um caráter prestacional, eis que ao Estado não basta não desrespeitar os direitos inerentes ao seu elemento subjetivo (povo), mas ele deve se aplicar na missão de evitar que quaisquer outros indivíduos (mesmo alheios aos muros do próprio Estado) o façam.

(...)

Em outras palavras, é de se entender que se houver uma relação jurídica privada de poder, ocasião em que um dos particulares exerce sobre o outro uma inconteste superioridade, há de se aplicar – como forma de

desfazimento da disparidade – imediatamente os direitos de índole fundamental. A aplicação direta dos direitos em apreço perpetraria um equacionamento da desigual balança negocial. Para além da relação consumerista, onde é evidente que o consumidor se apresenta como a parte contratante mais débil, merece destaque a situação do contrato de trabalho, onde é cristalina a fragilidade do empregado em face do empregador e, via de conseqüência, é premente a incidência de normas protetivas da relação de emprego, bem como a imediata incidência das normas de direitos fundamentais sociais. Contudo, caso a relação jurídico-privada for típica, ou seja, com os contraentes em patamar de igualdade negocial, não haveria que se cogitar da necessidade de incidência das regras fundamentantes, visto que o cânone

constitucional da isonomia já estaria salvaguardado. (...).”

É incontestável a responsabilidade da empresa pelas ofensas, mormente quando entre os funcionários envolvidos existia uma hierarquia que, conquanto negada pela ré, foi manifestamente demonstrada, até porque – ironia maior – o ofensor foi o signatário da carta de recomendações do ofendido, fl. 49, além de ser o substituto do gerente geral da firma, fls. 416 e 444. Acrescente-se que o trabalhador se reportava ao agressor, conforme se verifica no destinatário do *telex* juntado à fl. 48. Logo, as provas foram contundentes no sentido de haver subordinação – ora direta, ora indireta – entre o reclamante e o agressor.

Também caiu por terra o argumento de que os encontros entre o agente e a vítima eram raros. Como comprovado pelas testemunhas do trabalhador, as reuniões ocorriam mensalmente, o que demonstra periódica exposição do empregado às agressões. Também improcede a alegação de que os deboches ocorriam em clima de descontração e consumo de álcool, pois não se espera que haja pessoas ébrias em plena reunião de serviço.

Deste modo, ainda que diante do desforço da ré em encobrir a realidade, por meio da

inconsistente falta de memória inicial de suas testemunhas, a verdade dos fatos resultou da hábil condução instrutória, espelhada em minudente ata de audiência de 10 laudas, fls. 438/447 – trabalho este que, pela experiência desta Relatora, deve ter consumido numerosas horas de inquirição.

No caso concreto, bem andou o Juízo *a quo* na análise da prova, atuando de maneira vanguardista na leitura dos novos temas afetos ao Direito do Trabalho, e na sua posição de julgador de direitos humanos, indo além das convenções sociais, dando aplicabilidade concreta ao regramento jurídico maior, consubstanciado na Constituição Federal, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, nas Convenções da OIT, no Pacto de São José da Costa Rica (Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos), bem como nos demais compromissos relativos à dignidade da pessoa humana, assumidos pelo Estado Brasileiro, na órbita jurídica internacional. Eventual omissão estatal no caso poderia, inclusive, acarretar sanções ao Brasil no plano supranacional.

Em face da incontestável reprovabilidade jurídica e social dos achaques, do profundo devassamento de patrimônio imaterial do reclamante, das sucessivas humilhações por longo período de tempo, da condição da vítima e da ré, da gravidade e da repercussão das

lesões, da justa penalização da reclamada, da culpa empresarial, bem como dos reclamos em defesa da sociedade democrática, o montante indenizatório não deve ser reduzido, fl. 825.

Isto posto, nego provimento ao recurso da reclamada, VARIG S/A.

RECURSO DO RECLAMANTE

MÉRITO

O reclamante postula a majoração da condenação por danos morais. Fundamenta seu pedido não apenas na ofensa e discriminação por orientação sexual, como também argumenta que sua demissão ocorreu por esse fator. Diz que a ruptura do pacto não decorreu de dificuldades financeiras da demandada. Aduz que o caso repercutiu entre seus colegas, além de ter sido veiculado na imprensa, o que teria contribuído para lhe ser atribuída a condição de homossexual. Acrescenta que não está mais conseguindo emprego. Pede a condenação da acionada em litigância de má-fé.

Os autos demonstram que o trabalhador foi despedido pouco tempo depois de ter efetuado reclamação formal contra o agente.

O empregado denunciou expressamente as ofensas no final de junho de 2004 – embora o gerente geral já soubesse da ocorrência –; foi comunicado do aprazamento de suas férias no começo de julho – art. 135, *caput*, da CLT –; usufruiu desse descanso em agosto de 2004, e foi despedido no dia em que retornou ao serviço, 01.09.2004. É muito curiosa, portanto, a cadência desses fatos em tão curto espaço de tempo.

Também é certo que, ao contrário do alegado pela ré, a demissão não ocorreu por força da crise que se abateu sobre a Varig, já que o quadro empresarial ainda não era de paralisação das atividades em meados do ano de 2004. Prova maior disso é que os outros termos rescisórios juntados pela ré são de período anterior (2002) ou posterior (2005) à despedida do trabalhador, mas nenhum deles é concomitante, fls. 139/150. Frise-se que o demitido foi substituído por outro contratado, cujo processo seletivo desencadeou-se no curso das férias do reclamante, fls. 443/444. Não houve redução do quadro, pois. Ademais, a carta de recomendações é datada de 13.08.2004 – isto é, já estava pronta antes mesmo do advento da demissão –, e foi assinada pelo ofensor, fl. 346. Em reforço, o vindicante teve seu bom desempenho reconhecido em duas ocasiões, ao ser laureado com o *Top Premium*, consoante fls.

106/107, e página 32 do Livro dos Recordes Varig 2004, colacionado à fl. 138.

Nesse contexto, a negativa da reclamada e a manifesta ausência de comprovação de suas alegações constituem indício em seu desfavor.

Todavia, não se verifica que o ato demissional tenha sido acarretado por motivos discriminatórios nem pelas agressões.

O trabalhador realmente foi diuturnamente insultado – insultos estes empreendidos por uma única pessoa, o Sr. Pedro Deon. Ocorre que a reclamada já foi punida pela conduta inadmissível de seu preposto, mediante a condenação em danos morais.

Em acréscimo, além de a indicação para a rescisão contratual ter sido efetuada pela Sra. Sarah Emília, fl. 445, o reclamante havia sido advertido por uma falta, fl. 342, e, em seu depoimento, confessou a ocorrência de outra, fl. 440. Conquanto essas condutas estejam ao albergue do perdão tácito – não podendo, portanto, ser argüidas, de nenhuma forma, para lançar-se pecha negativa sobre um empregado –, é evidente que elas influem no espírito do empregador, no momento em que este decide, ou não, pela ruptura do pacto.

As provas apontam para um paulatino desgaste na relação laboral, ocasionado, em parte, pelos ataques sofridos pelo trabalhador, e, em parte, por conta das faltas obreiras. Não se vislumbra, na espécie, um efetivo liame entre a demissão ocorrida e a homossexualidade preconceituosamente presumida pelo agressor.

O montante indenizatório não deve ser majorado, eis que fixado em patamar correto, tendo sido ponderados a incontestável reprovabilidade jurídica e social dos achaques, o profundo devassamento de patrimônio imaterial do reclamante, as sucessivas humilhações por longo período de tempo, a condição da vítima e da ré, a gravidade e a repercussão das lesões, a justa penalização da reclamada, a culpa empresarial, bem como os reclamos em defesa da sociedade democrática. Um aumento do valor compensatório violaria a função social de uma empresa em processo de reestruturação.

Também não há evidência de que o malogro do postulante em obter novo posto no mercado decorra do abalo à sua imagem, em função das ofensas sofridas.

Noutro ponto, inexistente litigância de má-fé da vindicada.

A alegação do recorrente acerca desse tema foi lançada a destempo. Com efeito, “(...) o autor fez rápida e singela menção à anotação inserta na fl. 271, sem alegar sua falsidade ou cogitar em litigância de má-fé. Somente em razões finais veio o autor por em dúvida a boa fé processual da parte adversa” (fl. 837 da sentença dos embargos de declaração).

Em conseqüência, conclui-se que as provas apresentadas e os argumentos utilizados se inserem no exercício regular do direito de ação e contestação.

A sentença de Primeiro Grau é irretocável, pois.

Isto posto, nego provimento ao recurso ordinário do reclamante.

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, com a presença do (a) Representante da Procuradoria Regional do Trabalho, Sua Excelência o (a) Sr. (a) Procurador(a): MÁRCIO ROBERTO DE FREITAS EVANGELISTA, por unanimidade, acolher o pleito formulado pelo advogado do reclamante/recorrente, por ocasião de sua sustentação oral e retirar a determinação de Segredo de Justiça do presente feito; por unanimidade, rejeitar a preliminar de nulidade do processo, argüida pela VARIG S/A, com declaração de voto de Sua Excelência o Senhor Juiz

Carlos Coelho de Miranda Freire, no sentido de que ao invés de ser empregado o termo "abuso de direito", deveria se usar "ilicitude do ato"; por unanimidade, rejeitar a preliminar de carência de ação, por ilegitimidade passiva *ad causam*, suscitada pela ré, Fundação Ruben Berta; EM RELAÇÃO AO RECURSO DA RECLAMADA, FUNDAÇÃO RUBEN BERTA: por unanimidade, negar provimento ao recurso; EM RELAÇÃO AO RECURSO DA VARIG S/A (PRESIDÊNCIA E FILIAL): por maioria, negar provimento ao recurso, com ressalva de voto de Sua Excelência o Senhor Juiz Carlos Coelho de Miranda Freire, quanto aos fundamentos axiológicos correlatos ao homossexualismo erigidos por Sua Excelência a Senhora Juíza Herminegilda Leite Machado, Relatora do feito, e com a divergência parcial de Sua Excelência a Senhora Juíza Ana Maria Ferreira Madruga, que reduzia à metade do valor imposto pela primeira instância a título de reparação do dano moral experimentado pelo reclamante/recorrido; EM RELAÇÃO AO RECURSO DO RECLAMANTE: por maioria, negar provimento ao recurso, vencido Sua Excelência o Senhor Juiz Edvaldo de Andrade, Revisor do feito, e com a divergência parcial de Sua Excelência o Senhor Juiz Carlos Coelho de Miranda Freire, que lhe davam provimento parcial para aumentar para R\$

50.000,00 o valor imposto pela primeira instância a título de reparação do dano moral sofrido pelo recorrente.

João Pessoa/PB, 13 de junho de 2007.

HERMINEGILDA LEITE MACHADO

Juíza Relatora

CIENTE

MÁRCIO ROBERTO DE FREITAS EVANGELISTA

Representante do MPT

ACÓRDÃO Nº 30066/07-PATR (Publicado DOE de 29/06/07, pág. 101)

PROCESSO TRT 15ª REGIÃO Nº 00681-2006-141-15-00-1
RECURSO ORDINÁRIO - 6ª TURMA -12ª CÂMARA
RECORRENTE: RODRIGO DE JESUS ZITTO
1º RECORRIDO: EDUARDO CÉSAR CRESPO
2º RECORRIDO: MILCE APARECIDA TRENTIN CRESPO
- ME
ORIGEM: VARA DO TRABALHO DE MOCOCA (Juíza
Renata dos Reis D'Avilla Calil)

**DANOS MORAL E MATERIAL.
ACIDENTE DE TRABALHO.
PRAZO PRESCRICIONAL
APLICÁVEL.** Tratando-se de
matéria trabalhista, o artigo 7º,
Inciso XXIX da Carta Magna
estabelece, quanto aos créditos
resultantes das relações de trabalho,
o prazo de “5 (cinco) anos para os
trabalhadores urbanos e rurais, até
o limite de 2 (dois) anos após a
extinção do contrato de trabalho”, o
que é consubstanciado pelos termos
do art. 11 da CLT, dispondo no
mesmo sentido. E a reparação de ato
ilícito, embora seja regida por
instituto de direito civil, no caso
vertente tem sua gênese em uma
relação de trabalho subordinado e,
portanto, deve ser tratada como
verba laboral, atraindo a incidência

da prescrição trabalhista. (Decisão por maioria, acompanhada pelo Exmo. Sr. Juiz Eurico Cruz Neto).

PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. SUSPENSÃO DO FLUXO DURANTE SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO EM DECORRÊNCIA DE DOENÇA PROFISSIONAL. INOCORRÊNCIA - Não se confundem a suspensão do contrato de trabalho e a suspensão do curso da prescrição, pois tratam-se de situações jurídicas distintas: a primeira traduz a inexecução do pacto laboral e tem por objetivo precípuo resguardar o posto de trabalho do empregado, seu bem maior; a segunda, cinge-se ao direito de ação e tem por escopo proteger a estabilidade e a paz das relações sociais. (Decisão por maioria, acompanhada pelo Exmo. Sr. Juiz Eurico Cruz Neto).

PRESCRIÇÃO. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO PELA PERCEPÇÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA. NÃO INTERRUPTÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. Como brilhantemente exposto pelo Juiz Antônio Umberto de Souza Júnior, Juiz Titular da 6ª Vara do Trabalho

de Brasília, em artigo sobre a teoria da dupla suspensão,

*“Mostra-se mais ponderada a solução onde se suponha que o fluxo prescricional possa ser suspenso, nas hipóteses de suspensão do contrato de trabalho, **somente quando** o trabalhador afastado esteja, temporária ou definitivamente, **incapacitado civilmente** (Cód. Civil/2002, art. 198, I), ou seja, quando o trabalhador integre o grupo dos menores de 18 anos (CLT, art. 440) ou dos ‘que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos’ ou dos ‘que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade’ (Cód. Civil/2002, art. 3º)”*.

Assim, embora o contrato de trabalho firmado entre as partes estivesse suspenso, em razão da percepção de auxílio-doença previdenciário, encontrando-se o reclamante em plenas condições de pleitear judicialmente, não havendo razão plausível ou justificativa para que tenha se quedado inerte por tão longo período e não ocorrendo qualquer das causas estabelecidas no Código Civil ou na CLT como interruptiva, impeditiva e suspensiva da prescrição, impõe-se reconhecer

que o direito de ação do autor foi fulminado pela prescrição. Recurso a que se nega provimento. (Decisão por maioria, acompanhada pelo Exmo. Sr. Juiz Eurico Cruz Neto).

PRESCRIÇÃO. ACIDENTE DO TRABALHO. MARCO INICIAL. BIENAL OU QÜINQÜENAL. A doutrina e a jurisprudência têm apresentado soluções para o **marco inicial** da contagem da prescrição, após o acidente de trabalho.

Para uns, seria o dia em que ocorrido o sinistro. Para outros, a data em que o empregado tenha tomado ciência da exata gravidade da lesão a sua saúde, através de laudo médico; para outros, ainda, a partir do momento em que passou a receber o auxílio-doença previdenciário.

Também persiste a discussão (já que suspenso o contrato de trabalho) se a prescrição aplicável seria a bienal ou a qüinqüenal.

No caso presente, ainda que aplicável como marco inicial o dia em que o acidentado passou a receber auxílio-doença previdenciário, e ainda que aplicável a prescrição qüinqüenal (marcos que mais favoreceriam o postergamento da ocorrência da prescrição), constata-se que encontra-se irremediavelmente prescrito o direito

do reclamante de postular a pretendida indenização pela lesão de seus direitos. (Decisão por maioria, acompanhada pelo Exmo. Sr. Juiz Eurico Cruz Neto).

Trata-se de recurso ordinário proposto pelo reclamante, às fls. 126/133, contra a r. sentença de fls. 54/57, complementada por embargos de declaração de fls. 120, que extinguiu a ação, com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, IV, do CPC, por se encontrar prescrito o direito de ação.

Contra razões às fls.137/143 e 145/151, pelo primeiro e segundo recorridos, respectivamente.

Reclamante isento do recolhimento de custas (fls. 57).

Não houve remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, em consonância com o Regimento Interno deste E. TRT, aprovado na Sessão Administrativa do Tribunal Pleno, realizada em 24 de outubro de 2002.

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, por regular e tempestivo.

MÉRITO

Propôs o reclamante, ajudante de caminhão, a presente reclamação trabalhista objetivando a **percepção de indenização por danos materiais e morais**, em face de acidente automobilístico sofrido durante a jornada de trabalho e no exercício de suas atividades laborais, do qual resultaram severas lesões a sua coluna, encontrando-se, até o tempo da propositura desta ação, afastado de suas funções e percebendo benefício previdenciário.

A MM. Juíza prolatora da decisão combatida entendeu que, em face do longo interregno transcorrido entre o acidente e o ajuizamento desta ação, a iminência da aposentadoria por invalidez do autor e inexistindo nos autos notícia de que o reclamante estivesse impossibilitado de buscar o provimento jurisdicional ora pleiteado, seu direito de ação foi fulminado pela prescrição bienal, nuclear.

Contra esta decisão, insurge-se o reclamante.

Por primeiro, consigne-se que, no que pertine ao prazo prescricional a ser observado, em matéria trabalhista, o artigo 7º, inciso XXIX da Carta Magna estabelece, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, o prazo de “5 (*cinco*) anos para os trabalhadores

urbanos e rurais, até o limite de 2 (dois) anos após a extinção do contrato de trabalho”, o que é consubstanciado pelos termos do art. 11 da CLT, dispondo no mesmo sentido.

E a reparação de ato ilícito, embora seja regida por instituto de direito civil, no caso vertente tem sua gênese em uma relação de trabalho subordinado e, portanto, deve ser tratada como verba laboral, atraindo a incidência da prescrição trabalhista - art. 7º, XXIX.

Neste espeque, não há que se falar em aplicabilidade de prazos estabelecidos em outros diplomas legais, em face da existência de disposições específicas a reger o instituto em epígrafe. Esta, aliás, é a exegese do art. 769 do Texto Consolidado, no sentido de que nos “*casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste título*”.

Verifica-se, portanto, que não há na hipótese ventilada, omissão a ensejar a aplicação de forma subsidiária do Código Civil.

Assim, decorrendo a pretensão de fatos havidos na relação de emprego mantida com a reclamada, caracteriza-se a indenização pleiteada em crédito trabalhista o que, além de estabelecer a competência desta Justiça Especializada para análise do tema, nos termos do

artigo 114 da Constituição Federal, impõe, outrossim, a aplicação do prazo prescricional disposto em seu artigo 7º, inciso XXIX.

Nesse mesmo sentido, a jurisprudência desta E. 12ª Câmara:

“DANO MORAL. ÂMBITO TRABALHISTA. PRESCRIÇÃO TOTAL Decorrendo a pretensão dos autores de fatos havidos na relação de emprego mantida com a reclamada, caracteriza-se como crédito trabalhista a indenização por danos morais pleiteada. Disso resulta o estabelecimento da competência desta Justiça Especializada para análise do tema, nos termos do artigo 114 da Constituição Federal, o que impõe o acolhimento da prescrição bienal àquela aplicável, ainda que se trate de matéria de natureza civil. (Ac. 3218/04-PATR - Proc. 00684-2002-032-15-00-2 RO - TRT/15ª Região, 6ª T., 12ª Câmara – DOE 13/02/04, pág. 44. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri)”.

Superada essa questão, procede-se à análise da controvérsia.

Quanto ao reconhecimento da prescrição bienal pela origem, não obstante os concisos, mas

densos fundamentos expostos pela MM. Julgadora de primeiro grau, impõe-se aqui proceder a um alargamento dos motivos do julgado quanto ao reconhecimento da prescrição bienal, evidenciando, também, a ocorrência da prescrição quinquenal. Senão, vejamos:

Com efeito, consoante já exposto anteriormente, a Constituição Federal, em seu artigo 7º, inciso XXIV, impõe prazo prescricional de cinco anos, até o limite de dois anos **após a extinção do contrato de trabalho**. Ou seja, o marco inicial da contagem do biênio prescricional é o rompimento do pacto laboral, o que não ocorreu no presente caso, uma vez que o contrato de trabalho encontra-se suspenso, em virtude da percepção de auxílio doença previdenciário pelo obreiro.

Por esse motivo, **defensores da teoria da dupla suspensão (tanto do contrato de trabalho como do fluxo prescricional)**, diriam que inexistente a prescrição bienal porque teria sido suspensa juntamente com o contrato de trabalho. A matéria é, efetivamente, polêmica e cheia de nuances.

Cumpramos aqui abrir um parêntesis para lembrar que não se confundem a suspensão do contrato de trabalho e a suspensão do curso da prescrição, pois tratam-se de situações jurídicas distintas: a primeira traduz a

inexecução do pacto laboral e tem por objetivo precípua resguardar o posto de trabalho do empregado, seu bem maior; a segunda, cinge-se ao direito de ação e tem por escopo proteger a estabilidade e a paz das relações sociais. Aliás, neste sentido, a ementa desta Relatora, transcrita na sentença ora recorrida (fls. 56). Também, nesse mesmo sentido, o artigo cujo trecho ora se transcreve abaixo:

“Prescrição e Suspensão do Contrato de Trabalho. Antônio Umberto de Souza Júnior - Juiz Titular da 6ª Vara do Trabalho de Brasília - DF. (in **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, Artigos,-sentenças - Ementário de Jurisprudência** - v. 14, nº 14 - 2005).

(...) é importante destacar que nem toda suspensão contratual derivada de licença previdenciária ou aposentadoria por invalidez pressupõe privação de sentidos, de consciência ou de meios de expressão. A fratura de um fêmur, por exemplo, deixará o trabalhador braçal sem condições para a atividade laboral durante o período de imobilização e fisioterapia, mas não lhe reduz nem lhe elimina a capacidade de discernimento das coisas a seu redor.

Portanto, não é sustentável, à luz do artigo 199, I, ou de qualquer outra disposição dedicada a situações de impedimento ou suspensão da prescrição, que a suspensão contratual induza a suspensão do prazo prescricional, mas, sim, a situação peculiar do trabalhador com contrato suspenso.

E, assim dizendo, passo a enfrentar o segundo argumento, de cunho eminentemente empírico.

A tese de CARRIÓN, embora espelhe a sensibilidade de um homem com uma biografia devotada ao Direito do Trabalho, é digna de reparo, se se quer preservar o instituto da prescrição utilmente. Sustenta o saudoso jurista que as contingências das licenças por doença ‘na realidade lhe impedem de ajuizar a ação que ponha termo à prescrição. Isto em virtude não só de suas dificuldades primárias, como a de arcar com os custos dos remédios, de subsistência, de locomoção e de incertezas de saúde, como pela sua inexperiência e isolamento de seu mundo laborativo, que é mais evoluído do que o de seu círculo pessoal’. Ora, as dificuldades relatadas, lamentavelmente, não são monopólio do doente ou acidentado: a maioria da massa trabalhadora experimenta, em doses variadas, as

mesmas vicissitudes narradas. Preocupação com a subsistência, ignorância dos direitos violados, orçamento doméstico comprimido, tais situações não são exclusivas de empregados com contratos suspensos.

O que quero dizer, em síntese, é que, afora a incontornável falta de previsão legal de adoção de outros motivos obstativos do fluxo prescricional em tema de base constitucional (prescrição trabalhista), aceitar as razões humanitárias postas levaria, forçosamente, a estendê-las, isonomicamente, para todo o conjunto de trabalhadores, tornando a prescrição um vácuo jurídico. Por conseguinte, pairaria eternamente sobre as empresas a ameaça de ações reparatórias, mesmo depois de decorridas algumas décadas, o que atenta contra o princípio da segurança jurídica, corolário fundamental do instituto da prescrição e de qualquer Estado Democrático de Direito que se preze.

Mostra-se mais ponderada a solução onde se suponha que o fluxo prescricional possa ser suspenso nas hipóteses de suspensão do contrato de trabalho, somente quando o trabalhador afastado esteja,

temporária ou definitivamente, incapacitado civilmente (Cód. Civil/2002, art. 198, I), ou seja, quando o trabalhador integre o grupo dos menores de 18 anos (CLT, art. 440) ou dos 'que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos' ou dos 'que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade' (Cód. Civil/2002, art. 3º).

Perceba-se que, nas hipóteses aventadas, é irrelevante que esteja o contrato de trabalho suspenso ou rompido. Se, por exemplo, um ano depois de dispensado, o trabalhador sofre um acidente vascular cerebral que o impeça de exprimir sua vontade, o prazo prescricional não fluirá enquanto perdurar tal situação. Não será, pois, necessariamente, o evento intracontratual o fator decisivo para franquia do elastecimento do prazo prescricional, mas o sinistro grave que, dentro ou fora do contrato de trabalho, redunde na incapacitação civil do trabalhador.

Em suma: a aceitação da tese da dupla suspensão - aqui refutada - passa, necessariamente, pela equiparação entre as situações de incapacidade civil e de incapacidade

laboral. E tal equiparação é absolutamente artificial, pois toda incapacidade civil compromete a capacidade laboral (ainda que se conte com a exceção do trabalho infantil, proibido, mas tutelado pelo Direito do Trabalho no interesse da criança ou adolescente), mas nem toda (ou, na prática, quase nenhuma) incapacidade laboral leva à incapacidade civil.

As doenças profissionais em geral e as seqüelas de acidentes de trabalho típicos nem sempre interferem na capacidade civil das vítimas. Em muitos casos, nada impede que tais vítimas possam praticar os atos da vida civil. Procurar inteirar-se de eventuais direitos, constituir advogado e comparecer à audiência são atos cotidianos sem maiores dificuldades para sua prática. Logo, a suspensão contratual não induz a suspensão prescricional.

Sensível a tal realidade empírica e jurídica, o Tribunal Superior do Trabalho já decidiu:

PRESCRIÇÃO. AUXÍLIO-DOENÇA. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. VIOLÊNCIA AOS ARTIGOS 168 E SEQUINTE E 172, INCISO V, DO CPC. NÃO CONFIGURAÇÃO. NA FORMA DO INCISO V DO ARTIGO 485 DO CPC. *A suspensão*

do contrato de trabalho em virtude de gozo de auxílio-doença e posterior decretação de aposentadoria por invalidez não está taxativamente incluída na CLT e no Código Civil como causa interruptiva, impeditiva e suspensiva da prescrição; portanto, a hipótese não configura violação literal dos artigos 168 e seguintes e 172, inciso V, do CPC, conforme determina o inciso V do artigo 485 do CPC. Ademais, Tribunais superiores (TST E STJ) têm decidido que a circunstância do presente feito não guarda relação direta com as causas suspensivas ou interruptivas da fluência do prazo prescricional definidas no Código Civil.'”

Assim, suspenso o contrato de trabalho entre reclamante e reclamada, entendo que no caso presente se operou, sim, a prescrição bienal, total. Os defensores da teoria da dupla suspensão diriam que isso não ocorreu porque, com a suspensão do contrato de trabalho pelo recebimento do pagamento do auxílio-previdenciário, não ocorreria a prescrição bienal porque não existiria o seu **marco inicial**, que seria a data da **extinção** do contrato de trabalho. Respeitamos, mas não aderimos a essa teoria.

Por outro lado, ainda que tal teoria fosse aceita, verificamos que seu raciocínio já não se aplicaria à prescrição quinquenal, **que tenha como seu marco inicial a data da lesão de um direito do empregado**. A partir daí, a cada dia, estará correndo a prescrição quinquenal, interrompendo-se somente com a distribuição da reclamatória trabalhista.

Ora, observa-se que o acidente que deu causa a esta ação aconteceu em **09.02.2001**, sendo que, logo depois do ocorrido, o autor teve ciência de que as seqüelas seriam gravíssimas, uma vez que, conforme narrativa preambular, após o acidente, em **09.02.2001**, ele permaneceu com risco de morte, internado na UTI, asseverando *os médicos que o atenderam que certamente não andaria mais, pois sofreu traumatismo na coluna torácica, sendo submetido à atrodese de coluna via posterior com haste metálica e amarrada sob-lâminas no dia 19.02.2001. Após isso, o reclamante, por muito tempo foi dependente de cadeira de rodas*” (fls. 5/6).

Por outro lado, cumpre notar que, pelas anotações apostas em sua CTPS (fls. 41), desde 28.03.2001 o autor está em gozo de auxílio previdenciário.

Nesses termos, ainda que nos primeiros meses, após o ocorrido, o autor estivesse impossibilitado, física e emocionalmente, de buscar reparação

judicial, não há qualquer razão plausível ou justificativa nos autos, para que tenha se quedado inerte por tão longo período, somente protocolizando esta ação em **22.06.2006**, quando já decorridos **mais de cinco anos (cinco anos e quatro meses) do acidente que deu origem ao pedido de indenização, mote desta reclamatória.**

Ora, a prescrição é instituto assecuratório da segurança jurídica no qual se ampara o ordenamento jurídico do Estado de direito, proporcionando estabilidade e trazendo a paz nas relações sociais.

Desse modo, iniciando-se a contagem do prazo prescricional, seja o prazo de dois anos a partir da suspensão do contrato de trabalho, seja o prazo de cinco anos a partir do momento em que a parte interessada tiver conhecimento da lesão de seu direito ou em que passou a receber o auxílio-previdenciário (28.03.2001) e, não tendo o reclamante buscado temporaneamente a reparação pelos danos que tenha sofrido, impõe-se reconhecer que seu direito de ação, quanto a quaisquer indenizações decorrentes do acidente ocorrido em 09.02.2001, encontra-se fulminado, seja pela prescrição bienal, seja pela prescrição **qüinqüenal**, nos termos dispostos no artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal.

Diante do quanto acima exposto, mantém-se a extinção da ação, com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, inciso IV, do Código de Processo Civil, por se encontrar alcançado, seja pela prescrição bienal, seja pela quinquenal, o direito de ação do reclamante.

Ante o exposto, decide-se conhecer do recurso interposto pelo reclamante e **negar-lhe provimento**, nos termos da fundamentação.

OLGA AIDA JOAQUIM GOMIERI

Juíza Relatora

SENTENÇAS

**PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 13ª
REGIÃO
VARA DO TRABALHO DE SANTA RITA/PB**

SENTENÇA

PROCESSO 01248.2007.027.13.00-0

**RECLAMANTE: EDUARDO BELARMINO MOREIRA
FREIRE**

RECLAMADO: BRASTEX S/A

Vistos etc.

I RELATÓRIO

Trata-se de reclamação trabalhista formulada por EDUARDO BELARMINO MOREIRA FREIRE, em desfavor de BRASTEX S/A, em que se postula indenização por danos morais decorrentes de acidente de trabalho e adicional de insalubridade.

A reclamada, após negativa em conciliar, apresentou defesa escrita (fls. 32/45), em suma, negando a sua responsabilidade pelo evento lesivo à integridade física do reclamante. Juntou procuração, substabelecimento, carta de

preposto e alguns poucos documentos, que foram vistos sem impugnação pela parte contrária.

Alçada fixada.

Colhidos depoimentos das partes.

Interrogadas duas testemunhas.

Homologada a desistência do pedido de adicional de insalubridade.

Sem outras provas, foi encerrada a instrução.

Razões finais aduzidas.

Rejeitada a segunda proposta conciliatória.

Designada sentença para hoje.

É o Relatório.

II FUNDAMENTAÇÃO

1 Justiça Gratuita

Defere-se ao autor os benefícios da justiça gratuita uma vez declarada na inicial a condição de miserabilidade em que se encontra, sendo certo que tal declaração pode ser feita pelo seu causídico, nos moldes da OJ nº 331, da SDI I, do TST, que assim disciplina: “JUSTIÇA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. MANDATO. PODERES ESPECÍFICOS DESNECESSÁRIOS. DJ 09.12.03. Desnecessária a outorga de poderes especiais ao patrono da causa para firmar declaração de insuficiência econômica, destinada à concessão dos benefícios da justiça gratuita”.

2 Danos Morais / Acidente de Trabalho

Informa o reclamante que sofreu acidente no mês de março de 2005, cujas seqüelas ocasionaram a amputação traumática de parte dos dedos médio e indicador da sua mão esquerda.

Afirma que naquela oportunidade estava operando serviços de limpeza em máquinas denominadas CARDAS,

utilizando-se de um pedaço de cabo de vassoura ou bambu, o qual deveria ser enfiado com as mãos entre as lâminas das máquinas referidas.

Alega que o sensor de segurança do equipamento estava desregulado, fato este de conhecimento dos supervisores da ré, mas que nenhuma providência foi adotada para a solução do problema.

Argumenta que o acidente ocorreu pouco mais da meia noite do dia 12 de março de 2005, em horário cujas estatísticas comprovam exatamente ser o mais suscetível a eventos desta natureza.

Afirma que no momento do acidente o posto de primeiros socorros estava fechado.

Menciona que naquele momento ficou desesperado e em pânico, saindo correndo pelos corredores da fábrica, ensangüentado, segurando a própria mão, gritando por socorro.

Alega que, após a licença para recuperação, retornou ao trabalho e teve que lidar com o pesadelo de operar as mesmas máquinas, além de outras para as quais não tinha sido submetido a treinamento.

Por fim, afirma que em seguida ao término do período estabilitário foi demitido pela empresa. Justifica, portanto, o pedido de danos morais em face do abalo psíquico

auferido com o trauma psicológico decorrente da amputação de partes de seus dedos, justamente na sua faixa etária mais produtiva.

Assiste-lhe razão.

O dano moral, como dor psíquica, muitas das vezes não exteriorizada, proporciona um sentimento ao ser humano de mitigação de sua auto-estima, de minoração de atributos de sua personalidade.

Buscando definir e caracterizar o dano moral, Luiz de Pinho Pedreira da Silva (*in A Reparação do Dano Moral no Direito do Trabalho*, p. 14, LTr , 2004) traz importante contribuição ao afirmar:

“Há dois conceitos de dano: o vulgar e o jurídico. Na primeira acepção, dano é prejuízo, estrago, deterioração, ofensa. O aspecto a salientar, como faz Cristina Mangarelli, citando Ordoqui Y Oliveira, é que ‘a noção de dano evoluiu de um conceito estático, que o considerava como o fato em consequência do qual se ocasionava um menoscabo, para outro, sujeito a um conceito dinâmico: o dano como a situação desfavorável a que se vê submetido o indivíduo em consequência do fato’. E acrescenta que aqueles civilistas uruguaios proporcionam o seguinte exemplo: o dano não é a ruptura da mandíbula em consequência de um golpe, mas a situação de menoscabo em que se encontra a vítima, a qual não poderá falar ou comer comodamente nem poderá comparecer ao seu trabalho, perdendo o

salário durante o período em que se veja impedido de desempenhar tarefas.

Inspirando-se em Fischer, José Aguiar Dias, em sua notabilíssima obra sobre a responsabilidade civil, define o dano sob o ponto de vista jurídico, dizendo ‘que é ele o prejuízo sofrido pelo sujeito de direitos em consequência da violação destes por fato alheio’. O conceito é satisfatório, pois embora contenha a expressão prejuízo, não se pode concluir que se refira apenas a prejuízo patrimonial, pois está bem claro na definição que se trata dos prejuízos pelo titular de direitos em decorrência de violação destes, que podem ser também morais. O conceito de dano que elaborou Aguiar Dias atende a todas as premissas acima estabelecidas, inclusive a de considerar o prejuízo o resultado da lesão, mas não explicita, embora deixe implícito, que o dano reparável pode ser moral. Atendendo à evolução do direito brasileiro sobre a responsabilidade civil, com a consagração pela nova carta constitucional da responsabilidade pelo dano moral, concordamos com João Casillo em que o dano deve ser entendido como ‘o resultado da ofensa feita por terceiro a um direito, patrimonial ou não, que confere ao ofendido, como consequência, a pretensão a uma indenização’ ”.

Nesta mesma linha, Eduardo Gabriel Saad, (Curso de Direito do Trabalho, p. 305, LTr, 2000) leciona:

“Por dano moral entende-se, correntemente, uma lesão ao patrimônio de valores ideais de uma pessoa, tendo como pressuposto a dor, o sofrimento moral causado por ato ilícito ou pelo

descumprimento do ajustado contratualmente.

Como se depreende desse conceito de dano moral, tem ele vinculação com a dor moral ou física e, para sua configuração, é indiferente que haja, ou não, lesão patrimonial.

É inoculável a fragilidade do argumento de que a dor não tem preço e, por isso, impossível a reparabilidade desse dano.

Na linha desse entendimento ter-se-ia de concluir que o direito se mantém alheio às lesões sofridas por uma pessoa em sua honra.”

Ainda de forma mais específica ao contrato de trabalho, não há dúvidas de que nele, por ser de trato sucessivo, ou seja, por ter sua execução prorrogada no tempo, via de regra, por prazo indeterminado, exsurge como um campo fértil para lesões de diversas ordens, decorrentes de dano material, dano moral e, para alguns, ainda, de dano estético.

Acerca do dano moral, que é o que mais interessa na solução da *quaestio vexata*, consabido que pode ser fruto de desrespeito a normas de segurança (v.g. acidente de trabalho), de uma verbalização injusta do empregador frente ao empregado e vice-versa, ou mesmo da utilização indevida da imagem por qualquer uma das partes contratantes.

Nesse panorama é que, minuciosamente, Maurício Godinho Delgado discorre:

“Há, em primeiro plano, as indenizações por dano moral ou dano à imagem que não tenham vinculação com o campo da saúde e segurança laborativas. Neste plano situar-se-iam, por exemplo, a indenização em face de discriminação racial promovida pela empresa contra o obreiro, a par da indenização por indevido uso da imagem do trabalhador nas atividades empresariais.

Em um segundo plano, há as indenizações relativas a danos à segurança e saúde físicas e morais do empregado no contexto do cumprimento contratual (lesões acidentárias). Desponta aqui a possibilidade de distintas indenizações, todas englobadas nos efeitos conexos do contrato de trabalho: por dano material, por dano moral e, finalmente, até mesmo por dano estético”.

Detendo-se atenção aos danos morais decorrentes de acidente de trabalho, acrescenta Godinho:

“As lesões acidentárias também podem causar dano moral ao trabalhador. Este, conforme visto, consiste em toda dor física ou psicológica injustamente provocada em uma pessoa humana. Nesse quadro, a doença ocupacional, a doença profissional e o acidente do trabalho podem, segundo sua gravidade, provocar substanciais dores físicas e psicológicas no indivíduo, com intensidade imediata ou até mesmo permanente, ensejando a possibilidade jurídica de reparação. Ressalte-se que tanto a higidez física, como a mental, inclusive emocional, do ser humano são bens fundamentais de sua vida, privada e pública, de sua intimidade, de sua auto-

estima e afirmação social e, nesta medida, também de sua honra. São bens, portanto, inquestionavelmente tutelados, regra geral, pela Constituição (art. 5º, V e X). Agredidos em face de circunstâncias laborativas, passam a merecer tutela ainda mais forte e específica da Carta Magna, que se agrega à genérica anterior (art. 7º, XXVIII, CF/88)”.

A par das definições acima, da caracterização do dano moral à luz da doutrina mais autorizada, evidente que a dor sofrida pelo reclamante, ao se deparar, dia-a-dia, com as seqüelas decorrentes do acidente que sofrera, seqüelas que podem ser constatadas a partir das fotos constantes à f. 12, *resultam no menoscabo de sua saúde mental, na minoração de sua higidez psíquica, ou na violação ao conjunto de valores que imantam a sua personalidade.*

A empresa, como uma célula coletiva social, ou como ser tipicamente coletivo, deve guardar respeito à sua função social, e, neste contexto, deverá prover o ambiente de trabalho de condições adequadas para o seu desenvolvimento, até porque a responsabilidade por sinistros ocorridos no meio ambiente de trabalho, à luz da melhor doutrina, é objetiva, ainda mais quando se está diante de empresa que trabalha em atividades *potencialmente de riscos* para os seus empregados, dotada de maquinários que sequer possuem dispositivos automáticos de segurança que parem imediatamente ao

manuseio inadequado (*conforme declaração do próprio preposto na audiência instrutória, especificamente à fl. 28*).

A razão para uma nova elaboração da teoria da culpa, erguida sobre os pilares da objetivação, é apontada por Sebastião Geraldo de Oliveira, em artigo publicado na Revista LTr de abril de 2004:

“No entanto, a complexidade da vida atual, a multiplicidade dos fatos de risco, a estonteante revolução tecnológica, a explosão demográfica e os perigos difusos ou anônimos da modernidade acabaram por deixar vários acidentes ou danos sem reparação, uma vez que a vítima não lograva demonstrar a culpa do causador do prejuízo, ou seja, não conseguia se desincumbir do ônus probatório quanto ao fato constitutivo do direito postulado. Assim, ainda hoje, é comum depararmos com uma situação tormentosa para os operadores jurídicos: o dano sofrido pela vítima é uma realidade objetiva indiscutível, mas a falta ou a dificuldade de prova do elemento subjetivo da culpa impede o deferimento da indenização. No caso do acidente do trabalho, tem sido freqüente o indeferimento do pedido por ausência de prova da culpa patronal ou por alegação de ato inseguro do empregado ou, ainda, pela conclusão da culpa exclusiva da vítima.

O choque da realidade com a norma legal impulsionou os estudiosos na busca de soluções para abrandar, ou mesmo excluir, o rigorismo da culpa como pressuposto para indenização, até porque o fato concreto, colocado em pauta para incômodo dos juristas, era o dano

consumado e o lesado ao desamparo. Pouco a pouco, o instrumental da ciência jurídica começou a vislumbrar nova alternativa para acudir as vítimas dos infortúnios. Ao lado da teoria subjetiva, dependente da culpa comprovada, desenvolveu-se a teoria do risco ou objetiva, segundo a qual basta o autor demonstrar o dano e a relação de causalidade, para o deferimento da indenização. Os riscos da atividade, em sentido amplo, devem ser suportados por quem dela se beneficia”.

A partir de estudo doutrinário específico, semelhante constatação chegou Adib Pereira Netto Salim (em artigo denominado “A teoria do Risco Criado e a Responsabilidade Objetiva do Empregador em Acidentes de Trabalho”, LTr, 69-04/459):

“Destacam os doutrinadores que foram a Revolução Industrial, a explosão demográfica e o progresso científico os fatos que ensejaram uma nova concepção de responsabilidade civil.

O maquinismo que desenvolveu a indústria gerou também um grande número de acidentes de trabalho. O progresso científico colocou diversos veículos nas ruas, advindo daí muito (sic) acidentes. A explosão demográfica é decorrência da Revolução Industrial.

Em razão do crescimento da indústria e com a mecanização da produção, grande foi o número de acidentes de trabalho, sendo que o operário não tinha nenhum amparo. Mesmo após o acidente, a situação do trabalhador era de

desamparo, porque não havia meios para provar a culpa do empregador. Foi quando os juristas perceberam que a teoria subjetiva não mais atendia à demanda surgida com a transformação social, principalmente ante o pesado ônus da prova que recaia sobre os trabalhadores.

Assim, em final do século XIX, destacam-se os trabalhos dos juristas Raymond Saleilles e Louis Joserand, que, buscando um fundamento para a responsabilidade objetiva, desenvolveram a teoria do risco”.

A propósito dessa necessidade, a teoria do risco, a partir da renovação havida do Código Civil, foi, definitivamente, incorporada ao direito brasileiro nas relações privadas, ao dispor no § Único do Artigo 927 que “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou *quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*”. Foi o que a doutrina passou a chamar de *risco criado, como avanço ou variação do risco proveito*.

Nesse sentido, são válidas as lições do Procurador do Trabalho Fábio Goulart Villela:

“A teoria do risco criado bem sendo considerada pela doutrina como uma evolução da teoria do risco proveito.

Enquanto esta última responsabiliza o autor do fato que o desencadeia com o objetivo de obtenção de um proveito econômico, a primeira dispensa a prova de que o autor do fato obtenha vantagens econômicas da atividade que acarretou o dano, uma vez que o risco incidirá em todas as atividades desenvolvidas pelo agente, tenha proveito econômico ou não. Desta forma, caberá a responsabilização do autor do evento danoso, que tenha decorrido do risco inerente à atividade por ele normalmente desenvolvida, desde que perfeitamente configurado o nexo de causalidade existente entre o risco criado e o dano ocorrido”.

Repise-se que a atividade desenvolvida pela reclamada naturalmente promove riscos aos seus empregados, ao tempo em que auferem ganhos deste risco, o que resultaria concluir que a incidência da responsabilidade sem culpa tanto poderia ocorrer pela modalidade do risco proveito, como também do risco criado.

É tão evidente a existência natural de riscos no ambiente de trabalho que a testemunha da empresa afirma (f. 29), em outras palavras, *que outros acidentes foram registrados de 2003 para cá, inclusive neste ano. Mais gritante, ainda, é o fato da própria testemunha do reclamante ter sofrido acidente semelhante, na mesma máquina em que o reclamante sofrera, muito embora não tenha havido*

amputação de dedos de suas mãos, houve mutilação de alguns deles.

Nem se venha argumentar que a Constituição somente prevê (Art. 7º, XXVIII), a responsabilidade subjetiva do empregador em casos de acidentes do trabalho.

Pensar deste modo viabilizaríamos uma construção interpretativa desprovida de silogismo com o *caput* do mesmo artigo que, com clarividência, ressalva a possibilidade de criação de outras normas que visem à melhoria de condição social do trabalhador, já que a constituição, ali, apenas tratou de direitos mínimos.

Não se olvide de mencionar, por último, acerca da responsabilidade objetiva, que uma outra linha doutrinária conclama a responsabilidade pelos danos ocorridos no meio ambiente (incluindo o do trabalho) como modalidade de culpa objetiva pura.

A razão para este pensamento é apontada por Antônio Carlos F. Chedid Junior (LTr, 68-11/1351):

“É de sabença geral no mundo jurídico que, diante das lesivas condutas humanas em relação ao meio ambiente, o legislador originário resolveu, reverenciando o clamor social, impor a reparação àquele que causasse danos ao meio ambiente sem a cogitação de sua culpa, arts. 225, § 3º, da CRFB e 14, § 1º, da Lei n. 6.983/81.

O meio ambiente natural é, essencialmente, o físico, formado pelo solo, água, ar atmosférico, fauna, flora e de toda energia e matéria que reagem com a natureza, incluindo os ecossistemas responsáveis pelo equilíbrio dinâmico entre os seres humanos e o meio em que vivemos (art. 225, *caput* e § 1º, da CRFB). O meio ambiente cultural é formado por todo o patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico e científico que exprime a vida de um povo durante sua formação (arts. 215 e 216, da CRFB). Já o meio ambiente artificial é compreendido pelo conjunto de edificações, públicas ou privadas, equipamentos, rodovias e demais elementos da vida moderna construídos pela ação do homem (arts. 5º, XXIII, 21, XX, e 182, da CRFB). Pontifica Andreas J. Krell que é possível incluir no conceito de meio ambiente artificial o de meio ambiente do trabalho, pois o 'alargamento conceitual se deve à teoria do desenvolvimento sustentável, cada vez mais aceita depois da Conferência da ONU sobre o Desenvolvimento e Meio Ambiente (ECO-92), segundo o qual é necessário adotar uma visão interdisciplinar e integral do meio ambiente'.

Como demonstrado alhures, o meio ambiente do trabalho está inserido no conceito geral de meio ambiente. Imediatamente, a reparação através da teoria objetiva aos danos individuais originados no meio ambiente de trabalho é medida certa e indubitosa. Desta feita, nos casos de acidente de trabalho, o empregador, além da multa devidamente imposta, é compelido a responder pelos danos coletivos ocasionados por sua

conduta nociva em relação ao meio ambiente”.

Só por estes argumentos, ou seja, *só pela teoria da responsabilidade empresarial objetiva por acidentes de qualquer natureza ocorridos no ambiente de trabalho, com fulcro no dispositivo cível, baseado no risco criado pela atividade mecanizada da empresa, ou mesmo na responsabilidade objetiva pura fulcrada em dispositivos constitucionais, já constituiria manancial suficiente para deferir o direito postulado, sendo este, inclusive, o nosso entendimento.*

No entanto, por amor ao debate, e para que não sobejem dúvidas alguma acerca da responsabilidade empresarial pelo abalo moral sofrido pelo reclamante, *passaremos a analisar a responsabilidade empresarial, também, pelo critério da culpa.*

Com efeito, sustenta a reclamada (essa inclusive é a tese de defesa mais comum em tais situações) culpa exclusiva do reclamante no evento que causou a sua mutilação.

Sustenta assim que para que haja a sua responsabilização, mister que estejam presentes aqueles quatro requisitos fundamentais à caracterização da responsabilidade com culpa, quais sejam: ação ou omissão; culpa ou dolo do agente; relação de causalidade ou nexos causal; e, dano.

Ora, quanto à ocorrência do nexo causal, decerto é inquestionável. De fato, foi o acidente quem mutilou/amputou o autor.

Dano também houve. A mutilação é prova disto. E, como consequência, a dor psíquica pela perda de qualquer parte do corpo é factual e inevitável. Será que alguém teria dúvidas disto?

Noutro prisma, no presente caso concreto, poderia sim haver dúvidas em relação aos dois primeiros requisitos: ação ou omissão (entenda-se: do agressor - empresa) e culpa ou dolo. Dúvidas que afastaremos.

Com efeito, a reclamada alega que todos os seus empregados recebem amplo e completo treinamento antes de assumirem seus postos de trabalho, no setor específico em que irão desempenhar as suas atividades.

Afirma que sempre mantém, nos três turnos de trabalho, serviço de primeiros socorros, estando presente, inclusive, permanentemente, uma brigada de incêndio, também apta para prestar tal tipo de socorro.

Argumenta ainda que possui uma equipe técnica responsável pela saúde e segurança de seus empregados, composta por médico do trabalho, engenheiro do trabalho e um técnico em segurança do trabalho.

Na verdade, para a reclamada, como já dito em linhas pretéritas, o reclamante foi quem agiu de forma imprudente e imperita ao proceder na conduta que lhe ocasionou o acidente, já que não estava habilitado a fazer o procedimento que desaguou na sua lesão.

Data vênia, a prova dos autos caminha na contramão da tese patronal.

De forma alguma restou caracterizada a culpa obreira no procedimento que o mutilou.

Vale frisar, a propósito, que o ônus probatório da culpa exclusiva do reclamante era da reclamada, já que não negado o evento danoso. Ônus do qual não se desincumbiu com satisfação, tendo em vista algumas conclusões inevitáveis a que se chega a partir dos depoimentos das partes e das testemunhas, conforme linhas a seguir.

Inicialmente, repise-se, pois já dito acima, a própria testemunha do reclamado, quando indagada, informou (fl. 29) que na empresa, desde o ano de 2003 (quando do seu ingresso no quadro de empregados) outros acidentes foram registrados, inclusive neste ano de 2007, o que aponta para uma *presunção de fragilidade empresarial na manutenção de condições de trabalho salubres para os seus empregados*.

A testemunha empresarial declarou que a empresa mantém técnicos de segurança em determinados horários.

Porém, também informou que tal serviço não existe no período das 17h30 às 22h00, *o que mitiga a atenção que a reclamada deveria dispensar com a fiscalização de seus empregados.* Não bastasse, a testemunha (diga-se de passagem, gerente-geral, pessoa bem esclarecida) não soube informar se no momento do acidente existiam técnicos de segurança no local.

Também foi informado pela testemunha trazida pela empresa que as máquinas operadas pelo reclamante só paravam 4 vezes por ano, o que corrobora a tese autoral de que a limpeza era feita com as máquinas em movimento, afrontando, assim, a tese empresarial de que as máquinas paravam a cada 8 horas.

Descrito restou ainda pela testemunha da empresa de que existiam dois tipos de limpeza que eram feitas nas máquinas operadas pelo autor, uma superficial e outra mais profunda, sendo que esta somente poderia ser feita por mecânicos ou supervisores. Contudo, afirma referida prova que eram disponibilizadas varas de bambu para o reclamante proceder à limpeza da máquina e foi justamente com uma destas varas que o autor afirma em seu depoimento que se acidentou, descrevendo o incidente do seguinte modo: “que quando foi fazer a limpeza e sofreu o acidente, estava dispondo de uma vara de bambu menor e ao manuseá-lo o bambu bateu no tambor da frente e direcionou sua mão para o

tambor de trás, sendo este o motivo da mutilação”. Parece, portanto, irrelevante se trazer à lume os dois tipos de limpeza descritos pela testemunha, já que o procedimento adotado pelo autor era o corriqueiro e utilizava as varas de bambu que a própria testemunha da empresa afirmou (fl. 30, últimos trechos do depoimento) que ficavam à sua disposição, do autor.

Ora, os relatos destes fatos, sem receio em afirmarmos, demonstram e caracterizam a *omissão* (requisito da responsabilidade com culpa) da ré na manutenção de fiscalização técnica no ambiente de trabalho. Ainda que o reclamante não estivesse habilitado a fazer o serviço de limpeza que o acidentou, o que não foi esta a hipótese, deveria a empresa manter fiscalização ostensiva nas suas atividades, evitando-se que acidentes como o do reclamante fossem evitados.

Dessarte, mais do que patente a *omissão* da empresa, mais do que evidente a sua *culpa*, o que conclama, *também pela teoria da responsabilidade com culpa*, que se considere evidenciado que a reclamada se descuidou das obrigações a que faz menção o artigo 166 da CLT.

Assim, *seja pela teoria da responsabilidade objetiva* (que do nosso ponto de visada é a mais coerente), *seja pela teoria da responsabilidade subjetiva*, factual se torna a

necessidade de responsabilização patrimonial pelo evento danoso à saúde do trabalhador.

Desse modo, levando-se em consideração que a fixação deverá observar a condição econômica do empregado, a do empregador, o caráter pedagógico que da fixação deverá exsurgir para o agressor, e, por fim, no caso presente, o fato de que a empresa prestou auxílio ao empregado ao transportá-lo até o hospital (conforme depoimento do próprio reclamante), é que fixamos o valor dos danos morais em R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

III CONCLUSÃO

Isto posto, decide este juízo: **CONCEDER** os benefícios da justiça gratuita ao reclamante; e, no mérito, **JULGAR procedente, em parte**, a postulação de **EDUARDO BELARMINO MOREIRA FREIRE** em desfavor de **BRASTEX S/A** para **CONDENAR** esta na indenização decorrente do acidente de trabalho sofrido pelo reclamante no valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

Para efeito de contribuições previdenciárias e fiscais fica discriminada como de natureza indenizatória a parcela aqui deferida.

Juros e correção monetária a partir desta decisão, tendo em vista que o valor fixado ao condeno teve como marco a data de hoje.

Tudo nos termos da fundamentação supra que integra este dispositivo como se o conteúdo nela constante aqui estivesse transcrito literalmente.

Incide à execução o quanto disposto no artigo 475-J do CPC, ficando o réu com o prazo de 15 dias, independente de intimação superveniente, para cumprir as obrigações estipuladas neste dispositivo, sob pena de multa de 10%.

Custas de R\$ 1.000,00 (um mil reais), pelo réu, calculadas sobre o valor total da condenação.

Partes cientes nos termos da Súmula 197 do TST.

Santa Rita/PB, 15 de junho de 2007.

JOSÉ ARTUR DA SILVA TORRES
Juiz do Trabalho

JOAREZ LUIZ MANFRIN
Diretor de Secretaria

**PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 4ª REGIÃO**

SENTENÇA

PROCESSO: 00590-2005-512-04-00-2

Pedro Martini, Thair Cunha Martini, Cristiane Cunha Martini e Pedro Henrique Cunha Martini ajuízam ação de indenização na Justiça Comum Estadual contra **Companhia Riograndense de Saneamento – CORSAN e Paulo Roberto Muller**, qualificados na inicial, afirmando, em síntese, que: a) os autores são respectivamente marido e filhos da ex-empregada da reclamada Ana Maria Cunha Martini vítima de acidente de trabalho fatal; b) a *de cujus* trabalhava para a reclamada desde 21/03/1984 na função de engenheira civil fazendo inspeção nas diversas obras da primeira ré; c) na data do acidente a *de cujus* deslocou-se de Bento Gonçalves a Bom Jesus para inspecionar e avaliar as condições da barragem de captação de água a pedido da defesa civil; d) normalmente a reclamante se deslocava em veículo da primeira reclamada acompanhada de motorista, mas no dia do acidente o deslocamento foi efetuado em veículo alugado e a primeira reclamada designou o segundo reclamado para dirigir

o veículo apesar de não exercer a função de motorista; e) no retorno de Bom Jesus em horário posterior ao término da jornada normal o segundo reclamado perdeu o controle do veículo, saiu da pista no lado esquerdo da mão de direção e chocou-se com uma árvore; f) no momento do acidente chovia muito e era reduzida a visibilidade; g) o acidente foi causado pelo excesso de velocidade e imperícia do condutor, sem a participação de outros veículos; g) a culpa da reclamada decorre da designação de servidor inabilitado e em desvio de função para responsabilizar-se pelo deslocamento da *de cujus*; h) o acidente causa dano moral ao privar o autores do convívio da esposa e mãe, em especial das filhas adolescentes, assim como dano material posto que dependentes dos rendimentos maternos; i) a responsabilidade da reclamada é objetiva porque prestadora de serviço público nos termos do art. 37, parágrafo 6º, da CF/88; j) não tem condições de demandar sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Em razão desses fatos postulam as seguintes reparações trabalhistas: a) pensão mensal vitalícia equivalente a 4/5 da remuneração da *de cujus*; b) indenização por dano moral de 200 remunerações da *de cujus* ao espólio; c) honorários de advogado de 20% do valor da causa; d) assistência judiciária gratuita. Atribui à causa o valor de R\$ 1.500,00.

A primeira reclamada sustenta que: a) o segundo reclamado era o empregado previamente designado pela gerência para conduzir a *de cuius* na execução dos serviços que exigissem deslocamentos e trabalhava com a *de cuius* há pelo menos quatro anos; b) o litisconsorte passivo em que pese não enquadrado como motorista dirigia veículo sempre que necessário porque possuía a habilitação concedida pelo órgão de fiscalização de trânsito; c) a troca do veículo usualmente utilizado decorreu da necessidade de fornecer veículo mais atualizado para deslocamento longo; d) o primeiro autor reconhece ao prestar depoimento no inquérito policial que normalmente os deslocamentos ocorriam em corcel I de propriedade da primeira ré e dada as condições do tempo providenciou-se veículo em melhores condições de uso; e) não houve excesso ou prorrogação do horário para a inspeção da barragem na medida em que o trabalho não foi possível em razão das condições do tempo; f) o acidente ocorreu em virtude de caso fortuito; g) “em decorrência da derrapagem do veículo na pista, fruto da chuva que caía no dia do infortúnio”; h) a morte não ocorreu no acidente, mas no deslocamento para o hospital, podendo ser evitada com atendimento mais célere; i) a derrapagem do veículo em dia de chuva não pode ser considerada fato previsível, mas ao contrário configura caso fortuito; j) os autores não eram dependentes economicamente

da *de cuius* dada a atividade remunerada exercida pelo primeiro autor; k) o primeiro reclamado não constava como dependente na declaração de imposto de renda da *de cuius*; l) a ré contrata seguro de vida para seus empregados e os autores foram beneficiados com prêmio de R\$ 40.481,19; m) a responsabilidade da reclamada não é dirimida pelo art. 37, parágrafo 6º, da CF/88 porque este dispositivo aplica-se aos terceiros e não à *de cuius* que mantinha relação de emprego com a ré; n) a pensão não pode ser vitalícia, mas deve partir de estimativa do tempo de vida até os 65 anos; o) o pensionamento aos menores está limitado a quando completem 25 anos.

O segundo reclamado levanta preliminar de ilegitimidade de parte sob o fundamento de que não agiu com culpa na ocorrência no acidente e a responsabilidade é do empregador, independentemente de culpa nos termos do art. 37, parágrafo 6º, da CF/88. No mérito, acrescenta que: a) era colega de trabalho da *de cuius* há quatro anos e sempre o responsável pelos deslocamentos necessários para as inspeções nas obras e barragens da primeira reclamada; b) a visibilidade no momento do acidente era boa e o autor não conduzia o veículo em velocidade incompatível; c) o autor nunca se envolveu em acidente de trânsito prestando serviços para a reclamada e tampouco cometeu infrações de trânsito; d) é

irrelevante que o reclamante não estivesse enquadrado na função de motorista porque desde longa data era responsável por dirigir o veículo nos deslocamentos com a *de cuius*; e) o reclamado não lembra como ocorreu o acidente; f) o valor atribuído à indenização é excessivo.

Rejeita-se a preliminar do segundo réu. O segundo réu agrava de instrumento. As partes convencionam a suspensão do processo. O E. Tribunal de Justiça nega provimento ao agravo de instrumento. Ouvem-se os depoimentos de duas testemunhas. A Justiça Comum Estadual declina da competência material em benefício da Justiça do Trabalho. Produz-se prova documental. Razões finais por escrito. Propostas conciliatórias rejeitadas.

É o relatório. Decide-se:

I FUNDAMENTAÇÃO

1 Preliminarmente

As partes concordam com o encerramento da instrução e declaram que não há outras provas a produzir (ata – fl. 336). Em razão disso, não poderiam os autores apresentar

documentos junto com as razões finais (fls. 339/45). A parte contrária sequer teve vista de referidos documentos na medida em que não retirou os autos em carga para apresentação das suas razões finais.

Em razão disso, não conheço dos documentos de fls. 339/45 porque encerrada a instrução processual e não se tratam de documentos novos.

2 Competência Material - Direito Do Espólio Em Face Do Empregador

A Justiça Comum Estadual declina da competência em benefício da Justiça do Trabalho. As partes tacitamente aceitam a competência material da Justiça do Trabalho ante os termos da EC 45/2004 e a decisão do Supremo Tribunal Federal no CC 7204-01/MG. Portanto, a rigor sequer haveria necessidade de fundamentar que efetivamente a competência material é da Justiça do Trabalho. Contudo, ante a existência de controvérsia jurisprudencial marcada por algumas decisões do TRT-RS suscitando conflito negativo de competência em casos como o presente convém que se registre que em sede de preliminar não cabe discutir a transmissibilidade da indenização patrimonial do dano moral aos sucessores.

A petição inicial ao alegar que a *de cujus* sofreu dano moral e material próprio decorrente do acidente de trabalho apresenta postulação que se encaixa com perfeição na competência da Justiça do Trabalho, em absoluta identidade com qualquer outra parcela não satisfeita durante a relação de emprego. As postulações são de clareza meridiana “pagamento de indenização equivalente a pensão mensal vitalícia (...) *ao espólio*” e de indenização por dano moral “no valor a ser arbitrado por V. Exa. (...) *auferida pelo espólio*” (fl. 15 – grifo nosso). A questão se a indenização pelo dano moral alegado na petição inicial poderia ou não ser transmitida à sucessão é nitidamente de mérito: diz não sobre a competência, mas sobre a existência ou inexistência do direito alegado na petição inicial.

Para os que afirmam que o direito à indenização por dano moral não se transmite aos herdeiros, desaparecendo junto com o perecimento da personalidade ocorrido com a morte da vítima, não mais existe o direito próprio da *de cujus* alegado na petição inicial, mas somente o direito à indenização por dano moral reflexo ou por repique sofrido pessoalmente pelos sucessores. Não se discute que existiu uma relação de emprego entre a reclamada e a *de cujus* que gerou controvérsias e que para dirimi-las a única justiça competente é a do Trabalho.

Trata-se de raciocínio semelhante aos pedidos de reconhecimento de relação de emprego anteriores à Emenda Constitucional 45/2004. A inexistência da relação de emprego não resultava na incompetência da Justiça do Trabalho, mas na improcedência do pedido. Precisamente porque dizia respeito ao mérito da pretensão formulada pela parte na petição inicial. Da mesma forma que somente a Justiça do Trabalho tem competência para dizer a respeito da existência ou não da relação de emprego, tem competência para dizer sobre a existência ou não do direito a dano moral do empregado falecido em acidente de trabalho. O fato de o pedido ser formulado pelo empregado ou por sua sucessão é absolutamente irrelevante.

Neste sentido, embora invocando matéria de mérito, convergem os seguintes julgamentos, do Tribunal Superior do Trabalho, do TRT-RS e do Superior Tribunal de Justiça:

“INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAL E MORAL. ACIDENTE DE TRABALHO COM ÓBITO AÇÃO MOVIDA PELOS SUCESSORES. COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO. I - É incontroversa a competência da Justiça do Trabalho para julgar ação de indenização por danos moral e material provenientes de infortúnio do trabalho quando movida pelo empregado. II - A competência material assim consolidada não sofre alteração na hipótese de, falecendo o empregado, o direito de ação for exercido pelos seus sucessores. III - Com efeito, a transferência dos direitos sucessórios deve-se à norma do artigo 1784 do Código Civil

de 2002, a partir da qual os sucessores passam a deter legitimidade para a propositura da ação, em razão da transmissibilidade do direito à indenização, por não se tratar de direito personalíssimo do de cujus, dada a sua natureza patrimonial, mantida inalterada a competência material do Judiciário do Trabalho, em virtude de ela remontar ao acidente de que fora vítima o ex-empregado. Recurso desprovido” (TST – RR n. 165/2006-076-03-00, Rel. Min. Barros Levenhagen, publicado no DJ de 27/04/2007).

“ACIDENTE DO TRABALHO. MORTE DO EMPREGADO. INDENIZAÇÃO DE DANO MORAL E PATRIMONIAL VINDICADO PELA VIÚVA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Os danos decorrentes de acidente de trabalho, inclusive a pretensão de dano moral e material vindicado pela viúva, se inserem na órbita de competência desta Justiça Especializada. Recurso provido”. (RO 00534-2006-811-04-00-7, Rel. Juiz Pedro Luiz Serafini).

“No caso, o empregado sofreu acidente no local de trabalho em razão do vínculo de emprego mantido com o empregador, vindo a falecer. Em razão disso, a ação objetivando a reparação material e moral foi ajuizada pela viúva e filhos. Ora, se o trabalhador não tivesse falecido e viesse ajuizar a ação reparatória, é inconteste que ele teria legitimidade para tanto e que seria competente esta Justiça Especializada. Ainda, se ele tivesse ajuizado a ação reparatória em função do acidente sofrido e viesse a falecer no curso da demanda, a titularidade passaria para a viúva e filhos (sucessão) e, do mesmo modo, não restaria dúvida de que competente esta Justiça do Trabalho. O fato em si, acidente do trabalho, que ocasionou o óbito do trabalhador permanece. Da mesma forma, a competência para julgamento da ação reparatória dos danos materiais e morais oriundos de acidente do trabalho, conforme se infere do disposto nos arts. 7º, XXVIII e 114, da Constituição Federal, permanece com esta Justiça Especializada. Ademais, este último dispositivo constitucional não fixa a competência desta Justiça Especializada para julgar ações de indenização por danos materiais e morais decorrentes de acidente do trabalho em função da titularidade do direito de ação, mas sim em

decorrência da relação de trabalho. Tanto é assim, que neste caso a Justiça Comum determinou a remessa dos autos a esta Justiça do Trabalho (fl. 360, vol. II), visto que ajuizada a ação lá, originalmente”. (fundamentação do RO 00804-2005-662-04-00-5, relatado pelo Juiz Ricardo Carvalho Fraga – grifos no original).

“PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DO TRABALHO. SERVIDOR PÚBLICO. ARTS. 109 E 114 DA CF. 1. O Supremo Tribunal Federal no julgamento do Conflito de Competência 7.204/MG entendeu que, mesmo antes de ser editada a Emenda Constitucional 45/2004, a competência para julgar as ações que versem sobre indenização por dano moral ou material decorrente de acidente de trabalho já seria da Justiça Laboral. (...). 4. *Tem natureza trabalhista a reclamatória intentada pelos herdeiros do trabalhador falecido e em nome dele com o fito de ver reconhecida a indenização por danos morais e materiais ocasionadas por acidente de trabalho.* (...) 6. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo da 2ª Vara do Trabalho de Americana - SP, o suscitado”. (Conflito de Competência nº 61.587 – SP, Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Carlos Meira – grifo itálico nosso).

A se entender que a morte do empregado afasta a competência da Justiça do Trabalho forçosamente teriam que ser remetidas para a Justiça Comum Estadual todas as reclamações trabalhistas versando sobre os mais variados direitos previstos no art. 7º da CF/88 e na CLT cujo empregado não esteja mais com vida. Todos os processos e não somente os que versem sobre acidente de trabalho na medida em que não há diferença quanto à origem entre os créditos decorrentes do acidente com ou sem morte e os

demais créditos oriundos da relação de emprego. Caso o empregado faleça o curso do processo, cessaria imediatamente a competência da Justiça do Trabalho. Seguramente não é esta a finalidade das alterações do art. 114 da CF/88 introduzidas pela Emenda Constitucional 45/2004. Ainda que adotado entendimento restritivo às alterações do art. 114, I e IV da CF/88, a competência para decidir sobre a existência de créditos de titularidade material da empregado, exercido o direito de ação pelo empregado em vida ou pelos sucessores, é e sempre foi da Justiça do Trabalho.

O pedido é expresso quanto a se tratar de direito pertencente à *de cuius* transferido ao espólio for força do art. 943, do CC. Não impressiona a circunstância do marido e das filhas integrarem pessoalmente o pólo ativo na medida em que o Processo do Trabalho conta com regra própria quanto à representação processual do empregado falecido a permitir a postulação pessoal dos sucessores nos termos da Lei 6858/80, independentemente de inventário e da representação prevista no art. 12, do CPC. Os autores são exatamente os beneficiários da *de cuius* arrolados perante a previdência social (ofício – fl. 282).

3 Competência Material – Responsabilidade Solidária do Preposto

O art. 114 da CF/88, com a redação anterior à Emenda Constitucional 45/2004, delimitava a competência da Justiça do Trabalho nos seguintes termos: “Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos *entre trabalhadores e empregadores (...)*”. A dicção da norma constitucional reserva à Justiça do Trabalho desde a promulgação em 5 de outubro de 1988 a competência para julgar as ações decorrentes de acidente de trabalho movidas pelo empregado contra o empregador. Entre outros fundamentos, pela simples razão de que somente é acidente de trabalho o que ocorre entre empregado e empregador. Nada mais evidente para estabelecer a competência da Justiça do Trabalho nos casos de acidente de trabalho que a supressão da exceção contida no parágrafo 2º do art. 142 da CF/67 com a seguinte redação:

“Artigo 142. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores e, mediante lei, outras controvérsias oriundas de relação de trabalho. (...)”

§ 2º Os litígios relativos a acidentes do trabalho são da competência da Justiça ordinária dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, salvo exceções estabelecidas na Lei Orgânica da Magistratura Nacional”.

A este respeito leia-se o excelente artigo do Juiz do Trabalho Vander Zambeli Vale publicado na Revista LTr - Legislação do Trabalho nº 8, volume 60, agosto/96, página 1.069. A competência da Justiça do Trabalho para as ações decorrentes de acidente de trabalho entre empregado e empregador é sustentada por este Juízo desde o ingresso na magistratura, sendo exemplo as sentenças publicadas nos processos nº 00253-402-01-8 em 28/06/2001, nº 00015-402-02-9 em 31/07/2002, entre outras.

O Supremo Tribunal Federal no julgamento do Conflito de Competência 7204-01/MG afirma categoricamente o óbvio: a competência para julgar pedido de indenização por acidente de trabalho do empregado contra o empregador era desde 5/10/1988 da Justiça do Trabalho. Na fundamentação do voto o Exmo. Min. Relator Carlos Ayres Brito destaca com todas as letras que:

“Com efeito, *estabelecia* o caput do art. 114, *em sua redação anterior*, que era da Justiça do Trabalho a competência para conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, além de outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho. Ora, um acidente de trabalho é fato ínsito à interação trabalhador/empregador. A causa e seu efeito. Porque sem o vínculo trabalhista o infortúnio não se configuraria; ou seja, o acidente só é acidente de trabalho se ocorre no próprio âmago da relação laboral(...)

Nesse rumo de idéias, renove-se a proposição de que a nova redação do art. 114 da Lex Maxima só veio aclarar, expletivamente, a interpretação aqui perflhada. Pois a Justiça do Trabalho, que *já era competente*

para conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, além de outras controvérsias decorrentes da relação trabalhista, agora é confirmativamente competente para processar e julgar as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho (inciso VI do art. 114)” (grifos nossos).

Diante de tais constatações indaga-se: *será que nada mudou com a edição da Emenda Constitucional 45/2004?* A lei e, com muito maior razão, a Constituição Federal, não contém expressões inúteis. Não é possível deixar de atribuir significado à atual redação dos incisos I e IV da Constituição Federal, inseridos pela Emenda Constitucional 45/2004, *verbis*:

“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; (...) VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho”;

A competência da Justiça do Trabalho foi alterada e significativamente ampliada. Não por fruto do acaso, mas de tendência que remonta à origem da Constituição Federal em 5/10/1988, que estabeleceu sensível incremento estrutural à Justiça do Trabalho com a previsão de pelo menos um Tribunal Regional do Trabalho em cada estado e no Distrito Federal (art. 112), passando pela Lei 10.770 de 21/11/2003 que criou 269 Varas do Trabalho em todo o território nacional.

A alteração imposta pela Emenda Constitucional 45/2004 é efetivamente de paradigma. Com base na redação anterior da norma constitucional era corrente a afirmação de que a competência da Justiça do Trabalho era delimitada em razão da qualidade das pessoas litigantes (*in*, Direito Processual do Trabalho, Wagner Giglio, 10^a. Edição, Saraiva, 1997, pág. 45).

A partir da Emenda Constitucional 45/2004 tornou-se irrelevante a qualidade dos litigantes. A competência não é mais definida em razão da pessoa, mas da matéria. A força inercial causada pelo hábito arraigado dos operadores jurídicos da Justiça do Trabalho de enxergar sempre e invariavelmente o empregado e o empregador nos pólos ativo e passivo das ações, eximindo-se de julgar sempre que isso não ocorre, precisa necessariamente ser rompida. Não há tarefa mais árdua que modificar o modo de pensar dos operadores jurídicos, resistente até mesmo a alterações na Constituição Federal.

A competência da Justiça do Trabalho passou a delimitar-se pela matéria, repita-se que independentemente da qualidade dos litigantes. São as matérias pertinentes à relação de trabalho e os danos morais e patrimoniais oriundos desta relação os critérios eleitos na Constituição para delimitar a competência da Justiça do Trabalho. Entre os diversos danos

que em tese podem estar vinculados à relação de trabalho por liame de causa e efeito seguramente o mais relevante é o que atinge a integridade física do trabalhador.

O acidente de trabalho pode acarretar diversas conseqüências jurídicas: a) ação penal quando configurado fato típico penal como, por exemplo, um homicídio culposo (art. 121, § 3º, do CP) na hipótese da morte do trabalhador ser resultado de imperícia, negligência ou imprudência do empregador ou seu preposto; b) ação dos dependentes contra a previdência social para obtenção de pensão por morte (art. 18, II, *a*, *c/c* 74 e seguintes da Lei 8213/91); c) ação da previdência social contra o empregador para obter direito de regresso quando afrontadas normas de segurança e higiene do trabalho (art. 120, Lei 8213/91); d) ação de indenização fundada na responsabilidade civil (arts. 186 e 927 e seguintes do Código Civil).

As ações fundadas na responsabilidade civil podem ser divididas em três subespécies: a) as ações que postulam indenização pelo dano sofrido pelo próprio empregado; b) ações que postulam indenização sofrida pessoalmente pelos sucessores ou outras pessoas vinculadas à vítima do acidente de trabalho, no que se convencionou denominar dano por ricochete, indireto ou reflexo; c) ações movida pela vítima ou pelo empregador contra o empregado que ao agir com culpa

causou o prejuízo, nos precisos termos do art. 942, parágrafo único, do CC.

A ação penal não se encaixa no “dano patrimonial ou moral” previsto no art. 114, da CF. As ações movidas pela e contra a previdência social estão subordinadas à regra do art. 109, da CF/88 que disciplina a competência em razão da qualidade da pessoa litigante. As ações envolvendo a responsabilidade civil são todas de competência da Justiça do Trabalho porque invariavelmente estão vinculadas por nexo de causa e efeito ao acidente de trabalho e, por corolário lógico, à relação de emprego.

É esta a única interpretação que confere efeito e significação jurídica à reforma introduzida pela Emenda Constitucional 45/2004 ao acrescentar os incisos I e VI no art. 114 da Constituição Federal.

A distribuição de competência não é aleatória ou fortuita, desvinculada de razão e sentido. As competências são delimitadas levando em conta especialmente a afinidade da matéria com o respectivo ramo do judiciário escolhido e a necessidade de manutenção de coerência lógica visando evitar tanto quanto possível a contradição de decisões calcadas no mesmo fato. O Supremo Tribunal Federal ao reconhecer que é a Justiça do Trabalho a habilitada para decidir sobre a observância das normas de segurança, higiene e saúde dos

trabalhadores (Súmula 736), assim como para dirimir os litígios decorrentes de acidente de trabalho (CC 7204-01/MG), atrai para esta Justiça todas as repercussões patrimoniais decorrentes do acidente.

É a reunião em um único ramo do Poder Judiciário das controvérsias fundadas no mesmo fato que permite a aplicação das regras previstas na norma processual destinadas a evitar a contradição de julgamentos (arts. 102 e 103 do CPC). A unidade de convicção que serviu de fundamento para o voto do Min. Cezar Peluso no AI 527.105/SP é de extrema relevância para concluir-se pela competência da Justiça do Trabalho, *in verbis*:

“É que, na segunda hipótese, em que se excepciona a competência da Justiça do Trabalho, as causas se fundam num mesmo fato ou fatos considerados do ponto de vista histórico, como suporte das qualificações normativas diversas e pretensões distintas. Mas o reconhecimento dessas qualificações jurídicas, ainda que classificadas em ramos normativos diferentes, *deve ser dado por um mesmo órgão jurisdicional*. Isto é, aquele que julga o fato ou fatos qualificados como acidente ou doença do trabalho deve ter competência para, apreciando-os, qualifica-los, ou não, ainda como ilícito aquiliano típico, *para que não haja risco de estimas contraditórias*” (grifo nosso).

À Justiça do Trabalho compete pacificamente decidir se no acidente de trabalho estão presentes os requisitos que geram a obrigação de indenizar estabelecendo a existência de nexos de causa, culpa ou dolo e o prejuízo e sua extensão. É um

total despropósito remeter para outro ramo do Poder Judiciário a averiguação exatamente da presença dos mesmos requisitos em relação a idêntico fato para verificação da responsabilidade do agente do empregador que participou do acidente.

É perfeita a lição do Juiz Reginaldo Melhado, *verbis*:

“É como se um cardiologista fosse chamado a diagnosticar o doente e identificasse uma doença grave, concluindo pela necessidade do transplante cardíaco. Esse médico inicia então a cirurgia. Abre o tórax do paciente e faz o afastamento do esterno. Separa a rede de veias e artérias e liga a circulação sanguínea extracorpórea. Arrancando o órgão enfermo, instala o novo coração. Mas, no momento de religar as artérias e veias, o procedimento é interrompido. O cirurgião é incompetente e o paciente deve procurar um outro médico: o especialista em nexos de causalidade” (Melhado, Reginaldo. *Justiça do Trabalho: competência ampliada*, São Paulo: LTr, 2005. pág. 413).

4 Legitimidade de Parte

A legitimidade passiva cabe a quem, segundo as regras de direito material, pode vir a suportar as conseqüências da demanda. No caso, os autores postulam a responsabilidade solidária do segundo reclamado, que pode ser considerado responsável pelas conseqüências da ação e, portanto, é parte legítima para respondê-la. A procedência ou não do pedido de responsabilidade solidária é questão afeta ao mérito da causa.

5 Acidente de Trabalho

O dever do empregador indenizar os danos sofridos pelo empregado em razão da ocorrência de acidente de trabalho está positivado em sede constitucional no art. 7º, inc. XXVIII, segundo o qual: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXVIII – seguro contra acidente de trabalho, a cargo do empregador, *sem excluir a indenização a que este está obrigado quando incorrer em dolo ou culpa*” (grifo nosso). A norma infraconstitucional aplicável ao caso por força do art. 8º, da CLT é a genérica do art. 159, do Código Civil vigente na época do sinistro: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

A doutrina e a jurisprudência clássicas, com base no art. 159, do CC, estruturam o dever de indenizar no tripé: a) culpa ou dolo do agente; b) nexo causal; c) dano. O dolo consiste no desejo de obter o resultado alcançado. Na culpa o agente não deseja o resultado, mas este decorre de negligência, imperícia ou imprudência. O nexo causal é a relação de causa e efeito entre o ato praticado pelo agente e o dano sofrido pela

vítima. O dano é o prejuízo, patrimonial ou não, a um bem jurídico da vítima.

No presente caso, o acidente é típico e incontroverso razão pela qual não se discute a existência do nexo de causa. A consequência do acidente é igualmente incontroversa na medida em que resultou na morte da empregada. A defesa restringe-se a negar a existência de culpa e a pretender restringir a repercussão patrimonial do acidente em razão da condição financeira pessoal dos autores.

No que diz respeito à culpa impõe-se constatar que a responsabilidade da primeira reclamada é subjetiva e não objetiva, como alega a petição inicial. Primeiro, porque o acidente ocorreu antes da vigência do art. 927, parágrafo único, do CC/02. Segundo, porque a responsabilidade objetiva de que trata o art. 37, parágrafo 6º, da CF/88 não se aplica à *de cuius* na medida em que não era terceira em relação à primeira reclamada. A este respeito transcreve-se a correta lição de Sérgio Cavalieri Filho de que: “A segunda conclusão a ser destacada está relacionada com o vocábulo *terceiros*, constante do texto em exame. ‘Terceiro’ indica alguém estranho à Administração Pública, alguém com o qual o Estado não tem vínculo jurídico preexistente. Logo, o parágrafo 6º do art. 37 da Constituição *só se aplica à*

responsabilidade extracontratual do Estado” (in, Programa de Responsabilidade Civil, 6ª Ed. Malheiros, pág. 260).

Extrai-se da prova: 1. a *de cuius* recebe determinação da primeira reclamada para deslocar-se de Bento Gonçalves à Bom Jesus porque o vendaval ocorrido neste município no dia anterior trouxe preocupação quanto à segurança da barragem (fl. 195); 2. a *de cuius* utiliza para o deslocamento veículo locado pela primeira reclamada que é dirigido pelo segundo reclamado; 3. o veículo com o qual feito o deslocamento era mais novo que o usualmente utilizado (fl. 43); 4. o segundo reclamado há pelo menos quatro anos era o motorista que normalmente acompanhava a autora nos deslocamentos (fl. 44); 5. o serviço em Bom Jesus não pôde ser executado em razão do mau tempo e os preparativos para o retorno a Bento Gonçalves iniciaram às 15h30min (fl. 195); 6. o acidente ocorreu um pouco antes das 19h do dia 20/07/2001 (fl. 248); 7. no momento do acidente estava chovendo, era noite e a visibilidade reduzida (fl. 44 e relatório – fls. 52/3).

O relatório do Batalhão de Polícia Rodoviária é lacônico e assim descreve o acidente: “O V-1 trafegava pela RS 453, sentido Lajeado Grande à Caxias do Sul, quando no Km. 151, por condições ignoradas, o condutor perdeu o controle do veículo e ao sair da pista de rolamento, o V-1 chocou-se contra uma árvore à margem da rodovia” (fl. 50).

Não há indicação de nenhuma “circunstância influente” (fl. 49). O croqui de fl. 51 confere representação clara do local e condições do acidente.

Postos os fatos comprovados nos autos resta extrair a existência ou não de culpa, em qualquer grau, da primeira reclamada por ato do segundo reclamado (artigos 932 e 933, do CC/02 e Súmula 341 do STF). Para tanto os fatos de maior relevância são: as condições da pista e a derrapagem do veículo sozinho sem nenhuma interferência de terceiros. O segundo reclamado admite expressamente que “lembra que estava na rodovia em que acha que perdeu o controle do veículo, *pois chovia bastante*, colidindo com uma árvore (...) que o declarante lembra que era noite” (fl. 44).

Não há prova cabal da velocidade do veículo no momento do acidente. É impossível para os autores produzir prova direta da velocidade do veículo diante da inexistência de avaliação mais criteriosa da polícia e de perícia técnica na época do sinistro. O segundo reclamado afirma não se lembrar da velocidade. Não pode o Juízo exigir da parte a produção de prova impossível. Com prudência e cautela deve o Juízo extrair dos indícios disponíveis os fatos como efetivamente ocorreram.

A visualização do local no qual ocorreu o acidente (fl. 51) somada às condições de tempo narradas pelo segundo

reclamado e à redução da visibilidade a noite são indícios suficientes para levar a conclusão de que, sem a participação de terceiros, o acidente somente pode ter ocorrido em havendo imprudência ou imperícia do segundo reclamado decorrente da condução do veículo em velocidade incompatível com as condições da estrada. Observe-se que o veículo saiu da pista, arrebitou a grade de proteção (depoimento do segundo reclamado – fl. 44), deslocou-se por 65,40 metros para depois chocar-se violentamente contra uma árvore provocando no veículo os estragos evidenciados na fotografia de fl. 22 e o falecimento da *de cujus*.

Não é necessário sequer conhecimento técnico para concluir que seguramente se o segundo reclamado estivesse com velocidade compatível com as condições da pista o veículo não teria se deslocado por 65,40 metros e depois se chocado com árvore com a violência estampada na fotografia do veículo. No mais, o croqui de fl. 51 comprova que o ponto no qual o veículo saiu da pista não contém curva acentuada, mas é praticamente em linha reta, o que reforça a convicção de que para sair da estrada e perder o controle do veículo era indispensável o emprego de velocidade excessiva.

Por fim, a ação penal não concluiu pela ausência de materialidade ou de autoria para concluir pela improcedência do pedido de aplicação de pena privativa de liberdade. A

sentença penal de absolvição está calcada na ausência de prova. Em razão disso, não vincula o resultado da ação na qual se discute a responsabilidade civil do empregador. Porque especificamente alegado na defesa da primeira reclamada registra-se a chuva, as condições precárias da estrada e a própria derrapagem do veículo não podem sob nenhuma hipótese equivaler a caso fortuito de forma a excluir a responsabilidade civil. Não se tratam de fenômenos imprevisíveis e indetermináveis, mas bem ao contrário são fenômenos naturais usuais e previsíveis, em especial no mês de julho e na região da serra gaúcha na qual ocorreu o acidente. A derrapagem em pista molhada é outro fato que está dentro do previsível a exigir redobrada cautela.

6 Responsabilidade do segundo Reclamado

A responsabilidade civil do empregado decorrente da atividade exercida a mando e por conta do empregador deve ser aferida não somente à luz do art. 159 combinado com o art. 1518, parágrafo único, ambos do CC/16. A aplicação da legislação civil dá-se de modo subordinado às normas trabalhistas (art. 8º, da CLT) e estas disciplinam que cabe exclusivamente ao empregador arcar com os riscos do negócio

(art. 2º, da CLT), assim como as hipóteses em que é cabível transferir-se ao empregado os prejuízos causados ao empregador (art. 462, da CLT).

Veamos a lição do Ministro do Tribunal Superior do Trabalho João Oreste Dalazen:

“De um lado, há que levar em conta a regra tipicamente capitalista de que o empregador suporta os riscos da atividade econômica (art. 2º, da CLT). Ou seja, ocorrendo dano ao empregador causado em serviço pelo empregado, normalmente quem suportará é o próprio empregador. De outro lado, cumpre ter presente o princípio da intangibilidade salarial (CLT, art. 462). Bem se compreende, pois, em face dessas diretrizes fundamentais próprias, que o Direito do Trabalho repila a admissão em sua plenitude da teoria da responsabilidade civil contra o empregado pelo dano que cause ao empregador” (Dalazen, João Oreste. Indenização civil de empregado e empregador. Curitiba: Revista de Direito do Trabalho, n. 77; São Paulo: Revista dos Tribunais, Mar. 1992. pág. 47).

O art. 462, da CLT veda expressamente que o empregado responda com seu único meio de subsistência que é o salário pelos prejuízos causados ao empregador, excepcionando única e exclusivamente os que foram decorrência de dolo do empregado ou, em havendo norma contratual expressa, de culpa. Em outras palavras: para que o empregado responda civilmente pelos prejuízos causados ao empregador por culpa há necessidade de norma contratual expressa e específica. Os autores e tampouco a primeira reclamada trouxeram aos autos o contrato de trabalho do segundo reclamado de forma a comprovar que teria

responsabilidade civil no caso de culpa. Prevalece a regra geral de responsabilização restrita ao dolo. É absolutamente fora de dúvida que o reclamante não provocou dolosamente o acidente. Até porque o segundo reclamado sofreu sérios ferimentos.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul citada na defesa do segundo reclamado encaixa-se com perfeição ao caso:

“DENUNCIACAO DA LIDE - EMPREGADO - DESCABIMENTO. A EMPRESA E QUE ASSUME OS RISCOS FINANCEIROS DA ATIVIDADE ECONOMICA NAO PODENDO TRANSMITI-LA A SEUS EMPREGADOS. MOTORISTA DE ONIBUS QUE DIRIGE POR VARIAS HORAS EM TRAFEGO INTENSO, DELE EXIGIDO CUMPRIMENTO DE HORARIO E LUCROS. RISCO DA ATIVIDADE ECONOMICA INTEGRADO PELO CUSTO INSERTO NA PASSAGEM. IMPOSSIBILIDADE DO EMPREGADO, MEDIANTE SIMPLES REMUNERACAO SALARIAL, ASSUMIR O RISCO POR DANOS EM VEICULOS DE ELEVADO VALOR QUE CONDUZ, DE VEICULOS DE TERCEIROS OU DE VIDAS QUE SAO POSTAS EM RISCO PELA PERIGOSA ATIVIDADE LUCRATIVA. ATIVIDADE-RISCO QUE DEVE SER SUPTADA UNICAMENTE PELO EMPREGADOR SENDO INCABIVEL A DENUNCIACAO DA LIDE CONTRA O EMPREGADO QUE, SEGUNDO O PROPRIO EMPREGADOR, NAO AGIU COM DOLO, NEM MESMO CULPA. AGRAVO IMPROVIDO”. (Agravo de Instrumento Nº 196057756, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Alçada do RS, Relator: Moacir Leopoldo Haeser, Julgado em 30/05/1996, disponível no sitio <http://www.tj.rs.gov.br>).

7 Arbitramento e Natureza da Indenização

Com todo o respeito aos entendimentos em contrário, a indenização decorrente de acidente de trabalho com morte não é disciplinada pelo art. 948, do CC/02 ou pelo art. 1537, do CC/16 que se destinam a estabelecer critérios de indenização para os casos de homicídio. A disciplina da indenização decorrente de acidente de trabalho dá-se de modo específico e preciso no art. 950, do CC/02.

A indenização observa necessária e irrestrita correspondência com o dano (art. 944, do CC) pela aplicação do princípio consagrado em responsabilidade civil da *restitutio in integrum*. É exatamente por isso que o art. 950, do CC/02 estabelece que a indenização material decorrente do acidente de trabalho incluirá pensão “correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou”. O acidente de trabalho que reduz em 50% a capacidade de trabalho resulta em indenização equivalente à 50% da remuneração, assim como em remuneração integral o acidente que resulta em incapacidade total para o trabalho. O resultado mais grave que pode alcançar o acidente de trabalho – a morte do trabalhador – resulta em prejuízo material no mínimo equivalente à incapacidade total sem morte. A morte do trabalhador não pode ser eleita como critério a beneficiar o ofensor. Sob o

aspecto exclusivamente patrimonial de auferir salários a morte equivale em tudo e por tudo à inabilitação plena para o trabalho.

O argumento de que o empregado ao morrer deixa de ser sujeito de direitos e, por esta razão, não sofre prejuízo não prospera diante de norma fundante de que o direito à reparação nasce no exato momento em que violado o ordenamento jurídico (art. 189, do CC). O direito à indenização nasce no exato momento em que se dá a prática do ato ilícito. Nascido o direito à indenização transmite-se inexoravelmente aos herdeiros (art. 943, do CC/02). A transmissão da herança considerada como um todo unitário (art. 1791, do CC) dá-se no exato momento em que aberta a sucessão, ou seja, quando ocorre o óbito (art. 1784, do CC). O morto não é sujeito de direitos, mas o empregado necessariamente assim deve ser considerado e estes direitos são transferidos aos seus herdeiros. Afronta a lógica e o direito o argumento de que ser humano que morre no trabalho não sofre prejuízo próprio.

A aplicação e interpretação do art. 948, do CC de modo a excluir o prejuízo do *de cujus*, transferindo-o exclusivamente as pessoas a quem o morto devia alimentos gera conseqüência absurda: o fato mais grave que é a morte do trabalhador pode acarretar indenização inferior ao menos grave que é a incapacidade total ou parcial para o trabalho sem

morte. Basta que o empregado não tenha dependentes. Não parece razoável que a norma jurídica deixe sem nenhuma tutela o empregado que morre no trabalho pelo simples fato de que não tem dependente. Caso a vítima tenha dependentes a indenização afasta-se do princípio da *restitutio in integrum* (art. 944, do CC) para desaguar em infindáveis hipóteses: a) existência ou não de remuneração própria dos dependentes; b) idade dos dependentes; c) devida ou não aos pais e caso afirmativo até quando e em que valor. Todas as hipóteses reduzindo a repercussão do dano efetivamente causado pelo ofensor. A morte não tem o efeito transcendental próprio das religiões de perdão e exoneração do autor de ato ilícito de suas responsabilidades.

Não se argumente que adotada a natureza hereditária da indenização eventualmente pessoas que fossem dependentes da *de cuius*, mas não se constituíssem em sucessores (o que necessariamente ainda é uma exceção a regra geral) ficariam desprotegidas. Isso porque, do mesmo modo que se transferem ao espólio os créditos do *de cuius*, transferem-se as suas obrigações (art. 1792, CC) até os limites da herança.

É irrelevante a condição pessoal dos sucessores da *de cuius* simplesmente porque não tem nenhuma pertinência com a extensão do dano. O dano consistente na impossibilidade

material de prosseguimento da vida profissional da *de cuius* não muda porque seu marido detém rendimento pessoal, porque suas filhas trabalham ou porque ocorre qualquer situação excepcional que lhes aumente o rendimento. O dano existe e foi concretizado, sendo sua respectiva indenização integrada ao patrimônio da *de cuius* e transferida aos sucessores no exato momento em que praticado o ato ilícito.

A indenização deve estar adstrita com perfeição à integralidade do dano, sob pena de transferência do prejuízo para a vítima em benefício do ofensor. A indenização patrimonial no presente caso afere-se nos precisos termos do dano como correspondente às remunerações da *de cuius* desde a data do óbito até completar a expectativa de vida própria de seu sexo e idade, incluída a gratificação de natal e o terço de férias. A expectativa de sobrevida mede-se por tabela do IBGE confeccionada por força do parágrafo 7º, do art. 29, da Lei 8.213/91. No caso da reclamante, levando em conta que quando do acidente contava com 47 anos e o sexo feminino, a expectativa de sobrevida é de mais 32,7 anos, arredondados para 33 anos dada a região em que vivia cuja longevidade é superior ao resto do país (Tabela disponível em Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional, Sebastião Geral de Oliveira, LTr, 2005, pág. 219). A indenização por

dano material é limitada a 4/5 da remuneração por força do pedido (art. 128, do CPC).

A responsabilidade civil do empregador decorrente do acidente de trabalho não se confunde com o benefício previdenciário a cargo do INSS ou a complementação de aposentadoria para a qual contribuiu a *de cujus*. O art. 7º, inc. XXVIII da CF/88 é de clareza meridiana ao estabelecer que o seguro contra acidentes do trabalho não exclui a responsabilidade do empregador quando incorrer em dolo ou culpa. O art. 121, da Lei 8213/91 em sintonia com o comando constitucional estabelece que o pagamento pela Previdência Social das prestações por acidente do trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa. No mesmo sentido é a Súmula 229 do Supremo Tribunal Federal e a Jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça. Não poderia mesmo ser diferente na medida em que a prestação paga pela Previdência Social ou por plano privado de aposentadoria é meramente compensatória e de assistência social fundada em contribuição paga pelo empregado e pelo empregador, ao passo que a responsabilidade civil do empregador é indenizatória destinada a restabelecer a situação existente anterior ao dano.

A indenização por dano moral é de muito mais difícil atribuição em razão de seu caráter essencialmente subjetivo. O

critério proposto na petição inicial de multiplicação do salário da *de cuius* não pode ser aceito porque conduz à discriminação injustificada entre a vida de empregado com maior qualificação e, portanto, maior remuneração comparativamente a vida do trabalhador braçal que recebe remuneração muito inferior. Os critérios norteadores da indenização por dano moral são: a) a extensão do dano; b) as características pessoais e particulares das vítimas; c) o grau de culpa do ofensor; d) a capacidade econômica do ofensor em razão da natureza didático-punitiva da indenização.

A extensão do dano é a máxima possível: a morte da trabalhadora. As condições pessoais da *de cuius* constituindo-se em mãe de família com três filhos, sendo duas mulheres em idade adolescente agrava o prejuízo. A capacidade econômica do ofensor é fora de dúvida na medida em que se trata de empresa de economia mista de solvabilidade indiscutível. Por outro lado, o grau de culpa da primeira reclamada é leve o que reduz o valor da indenização. Está provado que o acidente ocorreu com motorista experiente, em veículo em melhores condições de uso em comparação aos normalmente empregados, providenciado precisamente por se tratar de viagem de risco: longa distância e sob chuva. Arbitra-se a indenização por dano moral em R\$ 200.000,00 atualizáveis a contar do acidente.

8 Assistência Judiciária Gratuita e Honorários de Advogado

A Lei 10.288, de 20 de setembro de 2001, acrescentou o § 10 ao artigo 789 da CLT, nos seguintes termos:

“O sindicato da categoria profissional prestará assistência judiciária gratuita ao trabalhador desempregado ou que perceber salário inferior a cinco salários mínimos ou que declare, sob responsabilidade, não possuir, em razão dos encargos próprios e familiares, condições econômicas de prover à demanda”.

A Lei 10.288/01 disciplinou integralmente a matéria referente aos honorários de advogado e assistência judiciária gratuita no Processo do Trabalho. Na forma do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil "a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou *quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior*" (grifo nosso). Portanto, é imposição lógica concluir que o art. 14, da Lei 5584/70 foi revogado pela Lei 10.288/01. A revogação faz com que o art. 14, da Lei 5584/70 deixe de existir no direito positivo brasileiro.

Nem se argumente que a posterior revogação da Lei 10.288/01 pela Lei 10.537/02 fez ressuscitar as disposições do art. 14, da Lei 5584/70 na medida em que novamente impõe-se cumprir as disposições da LICC mais especificamente do

art. 2º, § 3º, *in verbis*: "salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência".

A revogação do art. 14, da Lei 5584/70 pela Lei 10.288/01 e posteriormente desta pela Lei 10.537/02 acabou por excluir do Processo do Trabalho regra específica para a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita e dos honorários de advogado. A omissão do Processo do Trabalho sana-se mediante invocação subsidiária das disposições do Processo Civil, na forma prevista no art. 769, da CLT.

A norma do Processo Civil que disciplina a assistência judiciária gratuita é a Lei 1.060/50 que estabelece no art. 2º, parágrafo único, que "gozarão dos benefícios desta Lei os nacionais ou estrangeiros residentes no País que necessitarem recorrer à justiça penal, civil, militar, *ou do trabalho*" (grifo nosso) e que "Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do Processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família".

A Lei 1060/50 não cria monopólio para os sindicatos na representação judicial dos trabalhadores, mas expressamente dispõe no art. 5º, § 4º que "será preferido para a defesa da causa o advogado que o interessado indicar e que declare aceitar o encargo". Nada mais justo e razoável. O

advogado cumpre função personalíssima cujos atributos do profissional subjetivamente avaliados pelo cliente constituem-se em requisito indispensável para a contratação. Em razão disso, é de todo despropositado remeter para terceiro, muitas vezes alheio aos interesses do empregado, o direito de estabelecer monopólio na representação judicial dos trabalhadores. Mais injusto ainda é penalizar o trabalhador que livremente opta por profissional que acredita melhor representá-lo ao excluir de seus créditos a remuneração que será paga ao advogado.

Os autores declaram a impossibilidade de demandar sem prejuízo do sustento próprio ou da família, assumindo a responsabilidade pela não-veracidade da declaração, nos termos da Lei 7.115/83 e 1060/50.

9 Critérios para a Execução

A primeira reclamada é sociedade de economia mista integrante da administração indireta do Estado do Rio Grande Sul acerca da qual não há qualquer dúvida sobre a solvabilidade. A solvabilidade da primeira reclamada equipara-se à do próprio Estado do Rio Grande do Sul. Em razão disso, dispensa-se a primeira reclamada da constituição de capital para pagamento do pensionamento mensal fixado na

presente sentença, substituindo-o pela inclusão do valor respectivo na folha normal de salários. A este respeito veja-se a lição de Rui Stocco: “os entes públicos, por força do permissivo constante no parágrafo 5º, do art. 20 do CPC, podem ser dispensados da constituição de capital para garantir o pagamento de pensões, pois nada justifica colocar em dúvida a possibilidade dos entes da administração Federal, Estadual ou Municipal, suas autarquias e entidades paraestatais honrar suas dívidas” (*in*, Tratado de Responsabilidade Civil, 2004, pág. 1236).

A pensão deverá ser incluída em folha normal de salários e reajustada nos mesmos índices dos empregados em atividade na primeira reclamada. A critério do Juízo da execução, caso haja alteração nas condições econômicas da primeira reclamada, especialmente em razão de eventual privatização, poderá ser exigida a constituição de capital nos termos previstos no art. 475-Q, do CPC.

Do valor da indenização por dano moral e das parcelas vencidas da indenização por dano material deverá ser abatido os valores pagos por força de seguro obrigatório (fl. 273) e de seguro privado mantido pela primeira reclamada (fls. 133/5).

II DISPOSITIVO

ISTO POSTO, decide a MM. 2ª Vara do Trabalho de Bento Gonçalves – Posto de Nova Prata, na reclamação trabalhista n. 00590-2005-512-04-00-2, proposta por **Pedro Martini, Thair Cunha Martini, Cristiane Cunha Martini e Pedro Henrique Cunha Martini** contra **Companhia Riograndense de Saneamento – CORSAN e Paulo Roberto Muller**, rejeitar a preliminar de ilegitimidade de parte e, no mérito, julgar **IMPROCEDENTES** os pedidos em relação ao segundo reclamado e **ACOLHER EM PARTE** os pedidos para condenar a primeira reclamada a pagar:

- a) indenização por dano material consistente em pensão mensal de R\$ 3.306,71, acrescida da gratificação de natal, desde a data do acidente até que a *de cujus* completasse oitenta anos;
- b) indenização por dano moral arbitrada em R\$ 200.000,00 atualizada a contar da data do acidente;
- c) honorários de advogado de 15% sobre o valor integral da condenação.

Custas pela primeira reclamada no importe de R\$ 6.000,00, sobre o valor provisoriamente arbitrado à condenação de R\$ 300.000,00. Defere-se à parte autora o benefício da assistência judiciária gratuita. Não há incidência de descontos

previdenciários e fiscais. Juros e correção monetária na forma da lei, sendo observada para esta a Súmula 21 do E. TRT-4. Cumpra-se com o trânsito em julgado, observados estritamente os critérios delimitados no item 9 da fundamentação. Intimem-se as partes e à União. Nada mais.

MAURÍCIO MACHADO MARCA.

Juiz do Trabalho Substituto.

**TRABALHOS ACADÊMICOS
VENCEDORES DA VI SEMANA
DO JUDICIÁRIO**

AS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA DIANTE DA EFETIVIDADE DO PROCESSO

Renan Paes Felix¹

1 INTRODUÇÃO

Um dos elementos essenciais na constituição do Estado é o poder político, através do qual se toma decisões em nome da coletividade. O povo, fonte de onde emana a vontade geral, verdadeiro detentor do poder soberano, delega uma parcela de sua liberdade para que surja uma pessoa jurídica que passa a gerir os negócios da comunidade. É esta, em síntese, a idéia do pacto social de Rousseau², pois segundo esta aliança, os cidadãos se submetem a uma igualdade tal que se

¹ Bacharelado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional.

² ROUSSEAU. Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 32.

obrigam debaixo das mesmas condições, e todos devem gozar dos mesmos direitos.

O Estado, pessoa jurídica munida de poder, passa a se auto-organizar e atuar nas mais diversas esferas, sujeitando todos às suas decisões. No desdobrar dessas ações, a função de administrar e gerenciar os negócios estatais leva o Estado a se envolver em várias relações jurídicas, como, por exemplo, pagamento de pessoal, obras de infra-estrutura, aquisição de materiais de expediente, enfim, contratos dos mais variados tipos. Todas essas ações demandam manifestações de vontade e tomada de decisões, que são levadas a cabo pelos agentes estatais, pois a pessoa jurídica estatal necessita deles para exteriorizar a sua vontade.

O agigantamento do Estado, a massificação e a maior intensidade das relações sociais, para usar as palavras de Bueno³, acabam por exigir do Estado um aparato judicial eficaz para lidar com os atritos nas diversas facetas destas relações sociais, seja entre os particulares ou, como mais nos interessa, entre estes e o Estado.

Uma atuação tão diversa e abrangente enseja inúmeras lides judiciais, especialmente porque, embora o objetivo estatal seja a busca do bem comum e do

³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Liminar em Mandado de Segurança**: um tema com variações. São Paulo: RT, 1999. p. 26.

desenvolvimento nacional, estamos sujeitos à conduta humana, que nem sempre se compatibiliza com esse fins colimados. Ao lidarmos com a restrição de direitos fundamentais para a promoção do interesse público, não poucas vezes, abusos podem ser cometidos, pois o agente do Estado, como ser humano, às vezes não é capaz de tomar a melhor decisão dentro da competência de que lhe foi conferida.

Dado o alto grau de importância dos atos do Governo, o Estado necessita de certas prerrogativas quando figura em um processo judicial, pois os recursos públicos são formados por todos os cidadãos, através das contribuições e todas as outras formas de arrecadação. Em vista disso, o destino dessas verbas interessa diretamente à sociedade.

No direito pátrio, o Estado possui representação judicial em todas as esferas, Federal, Estadual e Municipal. No que concerne às finanças estatais, representando o aspecto financeiro do ente público, temos a *Fazenda Pública*. O termo se generalizou e passou a abarcar também o sentido de *Estado em juízo*, ou seja, em todo processo em que haja a presença de uma pessoa jurídica de direito público, esta pode ser designada genericamente de *Fazenda Pública*.

Pois bem. Como dito, a Fazenda Pública, por tratar de matérias de interesse supra individual e que interessam à

população (pois os negócios do Estado, em tese, interessam ao povo, visto que pagamos impostos e elegemos os representantes dos Poderes Executivo e Legislativo), necessita de certas prerrogativas processuais que lhe garantam uma atuação judicial proporcional ao interesse que defende.

Em razão dessa atividade de tutelar o interesse público, a Fazenda Pública ostenta vantagens como o reexame necessário das sentenças que lhes são desfavoráveis (CPC, art. 475, II e III), prazos especiais para contestar e recorrer (CPC, art. 188), restrições quanto à concessão de liminares ou cautelares em desfavor do Estado (Leis n.º 4.348/64 e 5.021/66), execução especial, na forma do art. 730 do CPC, e o pagamento das condenações por via de precatório (CF, art. 100).

O nosso trabalho pretende, em especial, analisar se todas essas prerrogativas processuais da Fazenda Pública ainda podem se sustentar diante da busca pela efetividade do processo. Sabe-se que o nosso Poder Judiciário anda um pouco “engessado” com um número quase infinito de processos e boa parte destes referem-se à lides contra a Fazenda Pública, que se perpetuam no tempo devido a essas prerrogativas. Todas essas prerrogativas criam uma proteção, que alguns autores

denominam privilégios⁴, para o Estado quando em juízo. Desse modo, tencionamos traçar um marco para saber até que ponto esses privilégios da Fazenda Pública podem rivalizar com direitos fundamentais, como a tempestividade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, LXXVIII), a dignidade da pessoa humana (CF, art.1º, III), o princípio da inafastabilidade, do devido processo legal, e, em especial, com o princípio da isonomia.

As prerrogativas processuais possuem o condão de impedir a concessão de emperrar a prestação jurisdicional? E os interesses protegidos pela Lei Maior constituem ou não balizas para a delimitação do alcance dessas prerrogativas? Procuraremos responder estas indagações nos tópicos a seguir na esperança de lograr um adensamento da força normativa da Constituição e, conseqüentemente, de sua efetividade como Norma Ápice no ordenamento jurídico brasileiro.

2 AS PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA

Especialmente em face do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, ocorre um

⁴ Por todos, DI PIETRO, Maria Sylvania. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 655-63.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 666-702, 2007.

desnívelamento das partes nas relações jurídicas processuais. Para tutelar esses interesses tão importantes para a sociedade, são conferidos alguns privilégios ao Estado quando atua em juízo.

São as seguintes as principais prerrogativas processuais:

1. *Juízo privativo*. Em várias comarcas das Justiças Estaduais existem varas especializadas da Fazenda Pública, exceto quando se tratar da União, entidade autárquica federal ou empresa pública, pois nesse caso a esfera de competência é da Justiça Federal.

2. *Prazos dilatados*. De acordo com o art. 188 do CPC, a Fazenda Pública tem prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer. A Lei nº 9.469/97, em seu artigo 10, estendeu esse prazo às autarquias e fundações públicas.

3. *Duplo grau de jurisdição*⁵. O art. 475, incisos I e II, do CPC, determina que está sujeita ao duplo grau de

⁵ Existe Projeto de Lei no Senado Federal (PLS 11/2005), de autoria do Senador Pedro Simon, que pretende revogar o instituto do reexame necessário da revisão das sentenças desfavoráveis à Fazenda Pública. Está assim disposto parte da justificação do referido Projeto de Lei: “O projeto não pretende diminuir a capacidade de defesa da Fazenda Pública, nem impedi-la de recorrer das decisões desfavoráveis. A intenção é, tão somente, limitar os recursos às hipóteses em que haja real interesse público pela revisão do julgado. Como se encontra, a legislação propicia, injustificadamente, ao administrado-litigante, a

jurisdição, não produzindo efeitos senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município e as respectivas autarquias e fundações de direito público, bem como a que julgar improcedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública. Trata-se do chamado reexame necessário. Excetua-se a essa regra a sentença proferida contra a União, suas autarquias e fundações públicas, quando a respeito da controvérsia o Advogado-Geral da União ou outro órgão administrativo competente houver editado súmula ou instrução normativa determinando a não-interposição de recurso voluntário (art. 12, Medida Provisória nº2.180-35 de 2001). Os tribunais, outrossim, em certas hipóteses não acatam o reexame necessário, com fulcro na redação dos §§ 2º e 3º do art. 475 do CPC, que dispensam tal recurso no caso de condenação de valor certo não excedente a 60 (sessenta salários mínimos), no caso de procedência dos

espera, pelo menos por mais um ou dois anos, da reparação por algum dano sofrido, a ficar com o nome constando nos cartórios de distribuição como alguém que está sendo processado, a permanecer com obra embargada ou o seu comércio fechado etc. Ademais, com a estruturação da Advocacia-Geral da União e dos demais órgãos de defesa judicial dos entes públicos, não mais se justifica a obrigatoriedade da revisão das sentenças que lhes forem desfavoráveis. Impõe-se, pois, a imediata revogação do instituto do reexame necessário, depreciativo das atividades administrativa e judiciária". Esperamos que o Congresso Nacional dê ao Projeto de Lei a sua devida importância para o aperfeiçoamento do nosso Processo Civil.

embargos de devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor, e, por último, quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste tribunal ou do tribunal superior competente para julgar a questão.

4. *Prescrição quinquenal.* As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem como das Fazendas federal, estadual e municipal, prescrevem em 5 (cinco) anos (Decreto nº. 20.910/32). Além disso, dispõe o Decreto-Lei nº 4.597, em seu artigo 3º que:

A prescrição das dívidas, direitos e ações a que se refere o decreto n. 20.910, de 6 de janeiro de 1932, somente pode ser interrompida uma vez, e recomeça a correr, pela metade do prazo, da data do ato que a interrompeu, ou do último do processo para a interromper; consumir-se-á a prescrição no curso da lide sempre que a partir do último ato ou termo da mesma, inclusive da sentença nela proferida, embora passada em julgado, decorrer o prazo de dois anos e meio.

Desse modo, existem características especiais no tocante ao reinício da contagem do prazo prescricional, após uma interrupção que porventura tenha ocorrido. Poderia dar-se o caso de esse prazo ser até menor que 5 (cinco) anos se a interrupção ocorresse na primeira metade do prazo. O STF, entretanto, diligentemente corrigiu a falha na lei editando a

Súmula nº 383, que reza o seguinte: “A prescrição em favor da Fazenda Pública recomeça a correr, por dois anos e meio, a partir do ato interruptivo, mas não fica reduzida aquém de cinco anos, embora o titular do direito a interrompa durante a primeira metade do prazo”. Há, pois, uma redução na contagem do prazo no seu reinício, após a interrupção, caracterizando mais um privilégio do Estado no terreno jurídico da prescrição.

5. Pagamento das despesas judiciais. De acordo com o art. 1º-A da Lei 9.494/97, com a redação dada pela MP 2.180-35/2001, determina que estão dispensados de depósito prévio, para interposição de recurso, as pessoas jurídicas de direito público federais, estaduais, distritais e municipais. É dizer, para a Fazenda Pública, recorrer não custa nada.

6. Processo especial de execução. A Constituição, em seu art. 100, disciplina a sistemática dos precatórios judiciais, abrangendo todas as entidades de direito público. Conforme previsto, o Presidente do Tribunal que proferir a decisão fará consignar no seu orçamento verba necessária ao pagamento dos débitos relativos aos precatórios apresentados até 1º de julho, pela ordem cronológica de apresentação, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte. Esse procedimento não se aplica aos débitos de natureza alimentícia e aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de

pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

7. Restrições à concessão de liminar e à tutela antecipada. As leis nº 8.437/92 e 9.494/97 contêm restrições, respectivamente, à concessão de medidas liminares contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em mandado de segurança; e restrições à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Essas leis, na lição de Fux⁶, chegam a criar um novo microsistema legislativo de restrição às liminares contra o Poder Público.

Todas essas prerrogativas acima elencadas se levantam como obstáculos para o bom andamento dos processos no âmbito do Poder Judiciário.

3 A FAZENDA PÚBLICA E O INTERESSE PÚBLICO

É consabido que um dos alicerces de todo o direito público é o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, pois, na medida em que todos compartilham desse

interesse, ele passa a ter mais relevo do que o interesse de apenas um particular. Toda a atuação do Poder Público é norteada pelo *interesse público* e constitui-se em finalidade precípua a sua constante concretização.

Esse princípio não restringe a irradiação de seus efeitos apenas à Administração, vinculando também o legislador no seu ofício. Em suma, como ensina Di Pietro, o interesse público “inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação”⁷. Em virtude disso, basilar é o princípio da legalidade, pois demonstra que os agentes públicos não agem ao seu talante, devendo seguir os mandamentos legais previamente estabelecidos, zelando sempre pela proteção do interesse público, devendo ser verdadeiros guardiões desse interesse, assim como, *mutatis mutandis*, ao STF cabe a guarda da Constituição Federal.

Destarte, mesmo não sendo a titular do interesse público, a Fazenda Pública se apresenta como o ente destinado a preservá-lo, o seu guardião, visando sempre conciliar os interesses contrapostos e buscar o bem comum, lutando

⁶ FUX, Luiz. O novo microssistema legislativo das liminares contra o Poder Público. Rio de Janeiro. **Revista de Direito Renovar**. n. 29, p.13-32, maio/ago. 2004.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 160.

sempre pelo fiel cumprimento do ordenamento jurídico e pela probidade administrativa.

Como leciona Carneiro da Cunha, “a Fazenda Pública não consiste num mero aglomerado de pessoas, com personalidade jurídica própria; é algo mais do que isso, tendo a difícil incumbência de bem administrar a coisa pública”⁸.

Visto que tutela o interesse público, o erário, que é formado pela contribuição de todas as pessoas que formam a sociedade, ostenta a Fazenda Pública privilégios quando atua em juízo. Ou seja, como a autoridade pública administra os recursos estatais, resta aí o fundamento para o tratamento diferenciado que recebe a Fazenda Pública em juízo.

Com efeito, em virtude da existência do interesse público, cabe:

ao próprio interesse público viabilizar o exercício dessa sua atividade no processo da melhor e mais ampla maneira possível, evitando-se condenações injustificáveis ou prejuízos incalculáveis para o erário e, de resto, para toda a coletividade que seria beneficiada com serviços públicos custeados com tais recursos⁹.

Emergiram, neste contexto, as já elencadas prerrogativas processuais da Fazenda Pública, propondo-se a

⁸ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 27.

⁹ *Idem*. p. 28.

dar melhores condições para a representação judicial do Estado.

Cumpre, entretanto, tecer mais algumas considerações a respeito do Estado na titularidade desse interesse público.

Sabe-se que o Estado é uma pessoa jurídica e possui interesses. Nesse prisma, de acordo com Bandeira de Mello:

o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas (as demais pessoas físicas e jurídicas), concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Estes (...) não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer sujeito¹⁰.

Invocando a doutrina italiana, o professor paulista conclui que esses interesses - ditos secundários - só podem ser buscados quando coincidentes com os interesses primários do Estado, ou seja, os interesses públicos propriamente ditos.¹¹

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 57.

¹¹ Podemos encontrar, na prática administrativa brasileira, vários exemplos de interesses públicos secundários. O Estado recusar-se administrativamente à responsabilidade patrimonial por atos lesivos a terceiros; o interesse em pagar valores ínfimos nas desapropriações; o interesse em tributar desmesuradamente os administrados, enriquecendo o Erário e empobrecendo a Sociedade; o pagamento da salários miseráveis aos servidores. Tais

Entendemos que o interesse público é aquele que melhor fomenta ou realiza os interesses e objetivos propugnados na nossa Constituição Federal. Por isso, Meirelles arremata que, salvo suas prerrogativas processuais, "a Fazenda Pública, como autora ou ré, assistente ou oponente, litiga em situação idêntica a do particular"¹².

Deve-se, portanto, analisar com cautela a questão do interesse público para que a Fazenda Pública não o invoque em sua defesa para, por exemplo, coibir a antecipação de tutela em seu desfavor quando, por vezes, está defendendo interesses públicos secundários e não os interesses públicos propriamente ditos.

Em suma, em se tratando de pessoa jurídica de direito público que defende interesses próprios, entendemos que fere o princípio da igualdade a concessão das prerrogativas processuais aludidas, ao passo que, quando esta pessoa jurídica esteja resguardando interesses que dizem respeito à toda coletividade, ao interesse público primária, aí sim justificam-se tais prerrogativas.

interesses não são públicos, pois o interesse público primário visa o bem-estar da coletividade.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 691.

4 PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Devemos ter em vista que, esses privilégios, por concederem vantagens ao Estado, não devem ser interpretados em sentido extensivo, pois como ensina Maximiliano, “consideram-se excepcionais as disposições que asseguram privilégio”¹³, restringindo-se às disposições legais, para que não ocorram abusos, pois todas as regras estão adstritas ao princípio da isonomia. Então, por exemplo, parece-nos claro que se a Lei nº 9.494/97 elenca os casos em que a tutela antecipada contra a Fazenda Pública é vedada, nas demais hipóteses a vedação não acontece.

É certo que o interesse público merece uma tutela especial, mas encontra limites nos princípios da isonomia material, proporcionalidade e razoabilidade. A isonomia material garante e justifica as prerrogativas concedidas à Fazenda Pública quando emana a idéia da isonomia de Aristóteles, segundo a qual os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente, na proporção de sua desigualdade. Assim, se a Fazenda Pública lida com interesses importantes para a sociedade, deve merecer tratamento

¹³ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 232.

processual diferenciado, desde que “afete a todos igualmente, que seja executado com fidelidade aos critérios legalmente estabelecidos, que esteja perfeitamente justificado o elemento discriminador e que guarde consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade”¹⁴.

Com efeito, de acordo com Bandeira de Mello em sua monografia sobre a igualdade, “a Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar eqüitativamente todos os cidadãos”¹⁵. Porém, é notório que numa sociedade tão complexa e dispar como a nossa, a isonomia formal é insuficiente e caduca, pois como assevera Kelsen:

“a igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles”¹⁶.

¹⁴ VAZ, Paulo Afonso Brum. **Tutela Antecipada na Seguridade Social**. São Paulo: LTr, 2003. p. 61.

¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 10.

¹⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1979. p. 203.

Partindo do autorizado conceito aristotélico de igualdade, Bandeira de Mello buscou aclarar o negrume que pairava sobre os critérios legitimamente aferíveis para determinar quem são os iguais e quem os desiguais, para que se conceda o tratamento jurídico diferenciado de forma coerente.

Desse modo, edificou ele três critérios básicos para identificar o respeito ou desrespeito à isonomia. Primeiramente, verifica-se o elemento tomado como fator de discriminação. Em seguida, cumpre averiguar a correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrimen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado. Por último, atina-se à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados. A hostilidade ao preceito isonômico pode residir em qualquer destes critérios.

O tema aqui tratado guarda semelhança especialmente com este último critério apontado pelo grande administrativista, quando fala da harmonia ou não do fator de desigualação com o sistema constitucional vigente.

Submetendo as prerrogativas processuais da Fazenda Pública ao crivo dos critérios para aferição do respeito ou desrespeito à isonomia, temos o seguinte: em relação ao primeiro critério, o que autoriza discriminar é a diferença que

as coisas, pessoas ou situações possuem em si. A Fazenda Pública defende o interesse público, o advogado particular defende o interesse da parte, interesse privado. Como o interesse público se sobrepõe ao do particular, temos aí elementos que rendem ensejo ao traço diferencial adotado no tratamento da Fazenda Pública quando em juízo.

Continuando a breve análise, constata-se que “o ponto nodular para exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de discrimen e a discriminação legal decidida em função dele”¹⁷. Assim, existe justificativa racional para que, por exemplo, a Fazenda Pública tenha prazo dilatado em quádruplo para contestar?

A discriminação não pode ser fortuita ou gratuita, deve haver uma adequação racional entre o tratamento diferenciado e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo¹⁸. A nosso sentir, existe correlação lógica para o prazo dilatado pois o advogado público é submetido a um volume de trabalho maior e, enquanto um advogado particular pode selecionar as causas que lhe interessam, recusando aquelas que não convêm, o advogado público não pode declinar de sua função, deixando de proceder com a defesa da

¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, op cit., p. 37.

¹⁸ *Idem*. p. 39.

Fazenda Pública¹⁹, sem falar na burocracia inerente à sua atividade, tendo dificuldade de ter acesso aos fatos, elementos e dados da causa e, finalmente, como não poderia deixar de ser, está exercendo a tutela do interesse público. Diante do exposto, entendemos que existe uma adequação lógica entre o tratamento diferenciado e o fator diferencial, ao menos no exemplo dado²⁰.

Por derradeiro, deve-se verificar a consonância da discriminação com os interesses protegidos na Constituição Federal. Um desses direitos é a tempestividade da tutela jurisdicional, que foi incluído no rol dos direitos fundamentais, através do inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição.

Entendemos que, desde que perfeitamente justificado o elemento discriminador, não se pode falar, via de regra, em violação ao princípio da igualdade. No caso, porém, da antecipação de tutela contra o Poder Público, não encontramos

¹⁹ CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. **A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 28-9.

²⁰ Tem-se caso em que o STF reconheceu que a instituição de privilégios à Fazenda Pública violava os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e, em consequência, ofendia o preceito isonômico. Na ADIN 1753/DF, questionou-se a respeito da constitucionalidade da ampliação do prazo para a Fazenda Pública propor ação rescisória. O Supremo entendeu que tratavam-se de privilégios inconstitucionais, pois as inovações discutidas, “de favorecimento unilateral aparentemente não explicável por diferenças reais entre as partes e que, somadas a outras vantagens processuais da Fazenda Pública, agravam a consequência perversa de retardar sem limites a satisfação do direito particular já reconhecido em juízo”. STF, Adin n.1753/DF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJU 12.06.98.

na ordem jurídica brasileira justificativa plausível para a sua proibição indiscriminada. A existência de óbices como a regra do reexame necessário constante no art. 475 do CPC e a sistemática do precatório no art. 100 da CF não veda a concessão da tutela antecipada contra o Poder Público, pois é flagrante a desproporção entre a vantagem obtida pela Fazenda Pública e o sacrifício imposto à parte que aparenta ter o direito ao provimento jurisdicional favorável.

Como constata Dinamarco, “apoiados no falso dogma da indisponibilidade dos bens do Estado, os privilégios concedidos pela lei e pelos tribunais aos entes estatais alimentam a litigiosidade irresponsável que estes vêm praticando”, mediante a propositura de lides temerárias, excessiva interposição de recursos, “tudo concorrendo ainda para o congestionamento dos órgãos judiciários e retardamento da tutela jurisdicional aos membros da população”²¹.

Não se pode, simplesmente, em nome da supremacia do interesse público, suprimir os direitos do particular, quando o dever do Estado é garantir a máxima efetividade da tutela jurisdicional.

²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 214.

5 A BUSCA PELA EFETIVIDADE DO PROCESSO

Uma vez que o Estado proibiu a autotutela privada, incumbiu-se na árdua tarefa de prestar a tutela jurisdicional adequada a cada conflito de interesses para o qual haja a provocação das partes. O jurisdicionado, portanto, não tem apenas direito à tutela jurisdicional, mas a uma resposta adequada e efetiva. Por vezes, o procedimento ordinário não se tem mostrado adequado para solucionar várias situações concretas.

Como se tornou notório na prática jurídica brasileira, o procedimento ordinário é por natureza extenso, uma vez que o juiz é chamado a proferir, nos processos que o seguem, julgamentos baseados em juízos de certeza, com cognição plena e exauriente. Há, porém, como ensina Freitas Câmara, “situações em que não se pode esperar o tempo necessário à formação do juízo de certeza exigido para a prolação de sentença no processo cognitivo, havendo a necessidade, para se tutelar adequadamente o direito material, de se prestar uma tutela jurisdicional satisfativa mais rápida”²². Em outras palavras, capaz de cumprir o objetivo precípua do processo,

²² CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 12.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 89.

que é a pacificação com justiça, dentro de um prazo razoável, que não prejudique as partes pela dilatação demasiada desse lapso temporal entre a petição inicial e o trânsito em julgado da ação judicial. O processo, nas palavras de Marinoni, "para ser justo, deve tratar de forma diferenciada os direitos evidentes, não permitindo que o autor espere mais do que o necessário para a realização do seu direito"²³.

É consabido que a idéia de processo está relacionada com o tempo, pois o seu resultado depende da prática de vários atos, sendo necessário o decurso de razoável prazo para seu término. Essa demora pode comprometer a efetividade processual, pois desde Beccaria²⁴ já se tem a idéia de que afirma que *justiça tardia não é justiça*. É aí que surge, entre outros institutos processuais, a tutela antecipada, pois o dano decorrente do prolongamento do processo é um dos requisitos que rendem ensejo à sua aplicação.

A antecipação da tutela veio à existência com o advento da Lei nº 8.952/1994, modificando a redação do art. 273 do Código de Processo Civil. Seguindo os reclamos pela efetividade da prestação jurisdicional, com a tomada de consciência de que o processo não é mero instrumento técnico

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. Malheiros. São Paulo, 1998. p. 107.

a serviço da ordem jurídica, mas poderoso instrumento ético destinado a servir à sociedade²⁵, surgiu instituto que consagra uma prestação jurisdicional de natureza cognitiva, sumária e satisfativa, através da qual, presentes os requisitos legais, se antecipa, provisoriamente, o próprio provimento jurisdicional almejado no processo de conhecimento²⁶.

Permite-se, assim, que o direito seja exercido desde logo. É uma forma diferenciada de prestação da tutela jurisdicional, em que se obtém tutela satisfativa com celeridade, com base em juízo de probabilidade, que corresponde a uma “quase-certeza”, razão pela qual exige-se, nesse campo, a existência de alguma produção probatória²⁷.

Sob a inspiração dos princípios da economia processual, celeridade e efetividade, materializa-se, com eficácia provisória, a própria proteção jurídica postulada em sede do processo de cognição, mas com vocação para, no futuro, ostentar a eficácia permanente, com a prolação da sentença e seu trânsito em julgado.

²⁴ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 87.

²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2005. p.47.

²⁶ CONTE, Francesco. **A Fazenda Pública e a antecipação jurisdicional da tutela**. Revista dos Tribunais. São Paulo. v.718, ago. 1995. p.18.

²⁷ CÂMARA, op. cit. p. 281.

Por se tratar de forma de tutela jurisdicional diferenciada, deve ter caráter excepcional e só pode ser prestada nos casos em que se faça estritamente necessária, é dizer, nos casos em que esta for a única forma de prestação da tutela jurisdicional adequada à tutela do direito substancial. Exige, além da probabilidade de existência do direito alegado, uma situação capaz de gerar fundado receio de dano grave (*periculum in mora*), de difícil ou impossível reparação, ou que tenha ocorrido abuso do direito de defesa por parte do demandado (CPC, art. 273, I e II).

Em última análise, o instituto da tutela antecipada veio à existência para tornar eficaz os dispositivos constitucionais que garantem o acesso à justiça²⁸, pois esta garantia tornar-se-ia inócua se a lei não viesse a dispor sobre o direito processual, viabilizando a atuação do Estado na adequada solução de conflitos.

De outra banda, os defensores das prerrogativas do Estado entendem que a execução das decisões contra o Estado só é cabível pela via do precatório e após o trânsito em julgado. Além disso, para o Estado, recorrer nada custa e a gama de recursos disponíveis é de perder de vista. Como,

²⁸ SCHEER, Milene de Alcântara Martins. A dimensão objetiva do direito fundamental ao acesso à justiça e a efetividade da norma constitucional.

então, compatibilizar uma tutela de urgência diante de todos esses obstáculos?

Acreditamos que existe esperança se recorrermos aos direitos que nos foram garantidos na Constituição Federal. Estes estão protegidos contra a dilapidação do Legislador Constituinte Reformador que, quase regularmente, não reflete e reforma a nossa Lei Maior apenas para satisfazer interesses momentâneos de um governante. Para Konrad Hesse²⁹, o Direito Constitucional, e conseqüentemente, a Constituição, não existe apenas para justificar as relações de poder dominantes e sim para estar a serviço de uma ordem estatal justa.

Sabemos que, embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor ou delegar tarefas e o efetivo cumprimento das condutas estabelecidas no texto constitucional corroboram para o adensamento de sua força normativa. Se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essas ordens³⁰, estaremos

Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo. n. 54, p. 276-92, 2006.

²⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005. p. 11.

³⁰ *Idem.* p. 18.

contribuindo para a eficácia social da nossa Norma Ápice, segundo a perspectiva kelseniana.

Trazer efetividade para o texto constitucional é o mínimo que se pode fazer para que tenhamos um Poder Judiciário que realize a justiça em cada caso concreto, especialmente quando a Fazenda Pública figurar no pólo passivo da relação jurídica processual.

Assim, quando houver pontos de tensão nos casos concretos entre as prerrogativas da Fazenda Pública e a busca pela efetividade da tutela jurisdicional, algo precisa ser feito.

A nosso sentir, uma solução bastante adequada para a questão posta encontra-se na vanguardista disposição encontrada no art. 18, inciso II da Constituição Portuguesa de 1974, a saber: "A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos". Em outras palavras, o chamado princípio da proporcionalidade tem o condão de preservar os direitos fundamentais que, mesmo podendo ser restringidos, devem preservar um mínimo de efetividade.

A proporcionalidade vem para lapidar e otimizar a defesa das garantias constitucionais que são, no dizer de Barbosa, "as defesas postas pela Constituição aos direitos

especiais do indivíduo. Consistem elas no sistema de proteção organizado pelos autores da nossa lei fundamental em segurança da pessoa humana, da vida humana, da liberdade humana"³¹.

Dessa maneira, o princípio da proporcionalidade³² e outros como a razoabilidade e a isonomia se consubstanciam em garantias fundamentais, com dimensão processual, de tutela de outros direitos e garantias fundamentais³³, pois não pode o acesso a uma ordem jurídica justa ser tolhido apenas porque a parte-ré é o Poder Público. O Estado não pode, por ter receio de sua justiça, torná-la praticamente inefetiva e ineficaz quando a pretensão é dirigida contra ele, criando quase que uma imunização ao Poder Judiciário³⁴.

³¹ BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1934. v. VI, p. 278.

³² Também denominado de princípio da proibição do excesso, de acordo com Canotilho, esse princípio "é, hoje, assumido como um *princípio de controle* exercido pelos tribunais quando à adequação dos meios administrativos (sobretudo coactivos) à prossecução do escopo e ao balanceamento concreto dos direitos ou interesses em conflito" CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 260.

³³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Devido Processo Legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 267.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todos os direitos constitucionalmente garantidos devem ser respeitados e cumpridos, de modo que estejam aptos a sempre produzir os efeitos que deles emanam. Entretanto, como já salientado, existem direitos que não podem ser aplicados simultaneamente e integralmente pelo simples fato de que eles são contrapostos.

A título de ilustração, temos o direito à intimidade, à vida privada e o direito à liberdade de informação jornalística, que podem, sem dúvida, em dado momento, colidir. Nestes casos, teremos, no dizer de Zavascki³⁵, os chamados fenômenos de tensão entre direitos fundamentais, gerando as conhecidas colisões de direitos fundamentais.

Considerando que inexistente hierarquia, no plano normativo, entre direitos fundamentais conflitantes, faz-se mister a devida ponderação dos valores e bens jurídicos tensionados, de modo a identificar uma possível relação de prevalência entre um deles, operando-se uma limitação de um

³⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **O Poder Público em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 196.

³⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 62.

em benefício daquele que se mostrar mais importante no caso concreto.

Para isso, utiliza-se a técnica da ponderação que, para Alexy:

corresponde ao terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade do direito constitucional alemão. (...) O princípio da proporcionalidade em sentido estrito deixa-se formular como uma lei de ponderação, cuja forma mais simples relacionada a direitos fundamentais soa: quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental tanto mais graves devem ser as razões que a justificam.

Com isso, percebe-se a estreita relação entre ponderação e proporcionalidade e sua influência para a solução desses conflitos existentes em nosso ordenamento jurídico.

Em relação ao tema específico do nosso trabalho, como já se fez notório, o decurso do tempo no processo, inevitável para a garantia plena do direito à segurança jurídica, é, muitas vezes, incompatível com a efetividade da jurisdição, notadamente, como salienta Zavascki³⁶, quando o risco de perecimento do direito reclama tutela urgente. Presente está aí

³⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. Brasília. **Revista do Tribunal Regional Federal: 1ª Região**. v. 7, n. 3, p. 15- 32, jul./set. 1995.

a colisão de direitos fundamentais, que deverá ser solucionada de acordo com os métodos aqui expostos.

Tudo o que já foi dito aqui de nada vale se não puder ser sair do papel e ser aplicado na prática. Por isso, nada mais salutar do que passar ao caso concreto.

Certo autor pretendia, através da antecipação de tutela, receber crédito contra a Fazenda Pública sem se submeter ao regime dos precatórios sob o fundamento de que estaria seriamente doente e em estado de necessidade, não lhe sendo possível aguardar o pagamento pela via legal do precatório. O valor objeto da execução excedia o limite de dispensa do precatório. O douto julgador entendeu que havia uma colisão de princípios entre a efetividade da prestação jurisdicional e a sistemática do precatório (prerrogativa da Fazenda Pública). Assim discorreu o eminente juiz:

a regra do precatório, que constitui verdadeiro princípio aplicável às execuções promovidas contra a Fazenda Pública, não é absoluta. Eventualmente, diante de situações verdadeiramente caracterizadas pela excepcionalidade, poderá ceder em benefício da eficácia da prestação jurisdicional. Não sendo a regra do precatório absoluta, o princípio da razoabilidade impõe que se prestigie, por seu maior peso, o princípio da efetividade da prestação jurisdicional e, porque não dizer, o princípio da dignidade da pessoa humana, seriamente ameaçado no caso concreto.

Como visto, diante das específicas circunstâncias do caso concreto, verificou-se que o princípio da dignidade da pessoa humana e da efetividade da tutela jurisdicional prevalecem sobre a sistemática dos precatórios.

Não defendemos, em hipótese alguma, o fim da segurança jurídica ou o direito alternativo, pois consideramos a segurança um princípio basilar de qualquer Estado Democrático de Direito. Contudo, precisamos estar atentos a estes casos específicos³⁷ onde as circunstâncias clamam por

³⁷ Outro julgado interessante para o estudo, apesar de não tratar da antecipação de tutela: “CREDOR PORTADOR DE MOLÉSTIA GRAVE E DE PROGNÓSTICO SOMBRIO. CONFLITO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. SISTEMÁTICA DE PRECATÓRIO. EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREPONDERÂNCIA DESTES. EXECUÇÃO DIRETA QUE SE IMPÕE. A sistemática de precatórios pode ser considerada como autêntico princípio constitucional apto a reger situações nas quais a Fazenda Pública está obrigada a adimplir obrigação imposta por título executivo judicial, mediante gozo do privilégio da execução indireta. Evidencia-se a existência de zonas de tensão entre princípios que encontram abrigo constitucional quando se chocam as sistemáticas do precatório e a imposição de efetividade da tutela jurisdicional, de respeito à dignidade da pessoa humana e ao direito à vida, que se vêem ameaçados vulneração pela tardança no pagamento ao credor que experimenta deterioração de seu estado de saúde em razão da moléstia grave e de prognóstico sombrio. Nesses casos, têm lugar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ‘que impõem ao juiz ponderar os interesses em conflito, para adotar a solução mais justa e adequada ao caso concreto’, harmonizando e integrando-os, ainda que estabelecendo preponderância de uns em relação a outros, ‘mas sempre buscando a paz social e a preservação dos direitos e garantias constitucionais’. A regra do precatório não é absoluta, impondo a razoabilidade que prepondere, em razão do maior vulto que assumem, os princípios da efetividade da tutela jurisdicional, da

uma ponderação e uma predominância da dignidade da pessoa humana e de todos esses direitos fundamentais que realizam a justiça no caso concreto. Medidas como estas não podem ser tomadas como regra geral, pois, como se sabe, a própria concessão da antecipação dos efeitos da tutela já requer uma situação de urgência, de excepcionalidade. Nesses casos, a ponderação das normas constitucionais, através do princípio da proporcionalidade, deve privilegiar o bem maior que é, sem dúvida, a vida³⁸.

Em última análise, entendemos que deve haver um equilíbrio entre a efetividade da tutela jurisdicional e as prerrogativas da Fazenda Pública, para que nenhum se sobreponha totalmente sobre o outro. Para isso, fundamental é a sensibilidade do julgador e a visão retrospectiva e prospectiva do legislador para aperfeiçoar os nossos institutos processuais a fim de que a máxima de Ulpiano ganhe cada vez mais força: *justiça é dar a cada um o que é seu*.

dignidade da pessoa humana e do direito à vida. Os trajetos percorridos nos campos do Direitos não estão balizados apenas por lei. Ausência desta não significa carência de plausibilidade jurídica. Execução direta determinada”. TRT - 13ª Região. Agravo de Petição 00265.1998.012.13.00-0, Relator Juiz Carlos Coelho de Miranda Freire, DJ 10.08.05. Veja-se, ainda, no mesmo sentido: STJ, AGRESP 397275; STJ RESP 447668; STJ RESP 409172.

³⁸ A título de exemplo, *vide* STJ, RESP 779969/RS.

REFERÊNCIA

BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1934.

v. VI.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Tradução de J. Cretella JR e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BRASIL. Decreto Lei n. 4.597, de 19 de agosto de 1942. Dispõe sobre a prescrição das ações contra a Fazenda Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaBasica.action> . Acesso em: 04 dez. 2007

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 666-702, 2007.

CONTE, Francesco. A Fazenda Pública e a antecipação jurisdicional da tutela. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol.718, ago. 1995.

CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. **A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Dialética, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

FUX, Luiz. O novo microssistema legislativo das liminares contra o Poder Público. **Revista de Direito Renovar**. Rio de Janeiro, n. 29, p.13-32, maio/ago. 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Princípio da Proporcionalidade e Devido Processo Legal*. SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Liminar em Mandado de Segurança**: um tema com variações. São Paulo: RT, 1999.

_____. **O Poder Público em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

SCHEER, Milene de Alcântara Martins. A dimensão objetiva do direito fundamental ao acesso à justiça e a efetividade da norma constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, n° 54, p. 276-92, 2006..

VAZ, Paulo Afonso Brum. **Tutela Antecipada na Seguridade Social**. São Paulo: LTr, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. **Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região. Brasília.** v. 7, n. 3, p. 15-32, jul./set. 1995.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 666-702, 2007.

O CONTROLE EXTERNO NO ESTADO E NA SOCIEDADE: O PAPEL DO TRIBUNAL DE CONTAS

Verônica Veríssimo Lopes

RESUMO:

A preocupação com o controle das finanças públicas sempre esteve presente na sociedade, antecedendo até mesmo os institutos específicos para esta função. Uma criação moderna é a instituição dos Tribunais de Contas ou institutos similares, exercendo o controle técnico sobre os gastos da Administração pública. A preocupação deste trabalho é verificar a atuação destes órgãos no exercício do controle externo, examinando o alcance de sua autonomia e independência bem como um breve panorama acerca do seu papel jurisdicional e o posicionamento doutrinário a respeito, parte da doutrina defende que o termo *julgar* empregado pela constituição refira-se a exame, o outro lado entende que o inciso II da Constituição Federal trata-se de uma exceção a prerrogativa

jurisdicional do Poder Judiciário. As decisões proferidas pelo Tribunal de Contas não podem ter o seu mérito apreciado pelo Judiciário, restringindo-se a apreciação deste a aspectos meramente formais e de legalidade.

PALAVRA-CHAVE: Controle externo. Tribunal de Contas.

1 INTRÓITO

A escolha do tema: *“O Controle Externo no Estado e na sociedade: o papel do Tribunal de Contas”* partiu da necessidade de conhecer mais sobre uma discussão ligada intimamente à vida da sociedade brasileira. A partir de alterações sem compromisso na academia verificamos a influência do mesmo na vida da coletividade brasileira e o imperativo de uma abordagem científica.

Tanto é verdade a importância do Controle das finanças públicas para o meio social que este não é um tema novo, verifica-se que as gerações passadas já se preocupavam com o mesmo.

Controlar o dinheiro público é uma preocupação que sempre esteve presente nos

mais diversos períodos da história da humanidade e que antecede a criação das atuais instituições voltadas exclusivamente para a verificação do bom uso do dinheiro público por parte dos governantes' (Teixeira, 2005, p. 1)

Este projeto visa discorrer sobre o controle da Administração Pública, de modo particular o controle externo exercido pelo Tribunal de Contas, que deve assegurar a efetiva e regular gestão dos recursos públicos em favor da sociedade e auxiliar o Poder Legislativo correspondente no controle externo. Levando em consideração o atual contexto em que a sociedade global e particularmente a sociedade brasileira está inserida, a evolução do Direito Administrativo que cada vez está ganhando mais importância e a necessidade de discussão acerca do interesse maior do Estado que é o interesse coletivo.

Este ensaio visa fazer uma abordagem do controle dos atos administrativos, dando ênfase àquele controle técnico exercido pelos Tribunais de Contas.

Será abordado o conceito de controle, esclarecendo a sua importância para a sociedade e o seu objetivo. Partindo de uma visão geral acerca do mesmo, as suas características e classificação para a compreensão específica do controle do Tribunal de Contas.

Segundo Di Pietro (2005) a Administração Pública está sujeita, no que diz respeito ao exercício de suas funções,

ao controle do Legislativo e do Judiciário bem como ao seu próprio. Assegurando a autora posteriormente também estão submetidos a controle os órgãos desses poderes quando no exercício de funções administrativas.

A doutrina nacional parece ser unânime na classificação entre controle externo e interno, todavia, alguns doutrinadores apontam outras classificações, bem como outros critérios para qualificar as suas modalidades.

O Tribunal de Contas exerce vital importância para o controle externo, uma vez que a constituição assegura uma série de competências para o TCU que inclui apreciar as contas anuais do Presidente da República, realizar auditorias nas unidades administrativas de todos os Poderes, representar sobre irregularidades que verificar, julgar as contas dos administradores públicos etc. Estas competências são estendidas às Cortes Estaduais e Municipais pelo Art. 75 da Lei Maior: “As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios”. (BRASIL, 2000, p. 60).

A atuação da Corte de Contas é um tema atual e relevante não só para o mundo acadêmico e científico, bem como para a sociedade. Compreendendo sua composição e

funcionamento para entender de que forma é exercido este controle, ressaltando a sua competência a luz da Constituição Federal, reportando-se ao que dita a doutrina nacional acerca deste tema.

A nossa pesquisa partirá de uma revisão bibliográfica e de um seu aprofundamento, na questão dos conceitos que servirão como base para o desenvolver do trabalho.

Diante do exposto, o estudo procura responder ao seguinte problema: qual a atuação e importância do Tribunal de Contas para o efetivo exercício do Controle Externo?

Para responder tal questão este estudo tem como objetivo geral:

- Verificar a atuação do Tribunal de Contas no exercício do controle externo.

Ao lado deste objetivo geral, encontram-se os seguintes objetivos específicos:

- Verificar a existência de autonomia e independência do Tribunal de Contas para o exercício do Controle Externo;
- Descrever o posicionamento doutrinário acerca da interpretação do inciso II do art. 71 da Constituição Federal.

2 O CONTROLE E OS PODERES

Estamos inseridos em uma democracia que é problemática, na verdade uma plutocracia. Mas na teoria o poder deve ser exercido pelo povo, um regime em que o povo governa a si mesmo, por meio de representantes eleitos, um “status” que se baseia em idéias da democracia clássica, desde a Grécia. Mas no nosso modelo sofremos, sobretudo as influências da revolução francesa, partindo do princípio de que cada povo é senhor do seu destino, assim como o povo é senhor da sua nação.

A nossa Carta Magna, lei maior, diz que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito. Rege-se por normas democráticas, adotando o chamado *principio democrático*, que exprime segundo Moraes (2000, p.49) “a exigência da integral participação de todos e de cada uma das pessoas na vida política do país”.

Em um Estado democrático o poder não pertence a uma só pessoa, nem a um só ente, na verdade pertence ao povo e só a este, mas a soberania popular não é ilimitada, existindo limitações naturais. Azambuja (1973, p. 325) defende um governo para a pessoa humana, respeitando os seus direitos

inalienáveis, afirmando ainda que, “se uma assembléia de todo um povo suprimisse um só direito individual fundamental, extingiria ‘ipso facto’ a Democracia”.

Como conseqüência do desenvolvimento de um Estado, de uma complexa atividade pública, do progresso material e também moral, surge a divisão dos poderes, de acordo com Locke apud Azambuja (1973) é necessário que as funções do estado seja exercida por órgãos diferentes. Mas é de Montesquieu apud Azambuja (1973) a teoria da divisão dos poderes que seguimos, ele foi o primeiro a falar das três espécies de Poderes, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

Segundo o artigo 2º da Constituição Federal (BRASIL. 2000, p. 13): “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Contudo não podemos confundir esta apresentação de poderes como uma divisão completa, sem elos e convergências, pois o PODER é um só, aquele que emana do povo, este fracionamento serve para viabilizar a atuação do Estado na busca do bem comum.

Diz a Constituição Federal (BRASIL. 2000. p. 13) no parágrafo único do artigo primeiro: “Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de

representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

A nossa constituição optou pela divisão dos três poderes tradicionais do Estado, aqueles de Montesquieu. Porém instituiu o Ministério Público, que deve cuidar da harmonia entre os Poderes e a figura dos Tribunais de Contas, ligado ao legislativo como um órgão independente, que cuida do controle técnico que deve ser exercido sobre as finanças públicas, fiscalizando até mesmo o próprio legislativo nos limites de suas atribuições.

O nosso Estado possui órgãos ligados aos três poderes, esses exercem de alguma forma, além de sua função primordial, função tipicamente administrativa, dentre eles no executivo esta função é elementar, em se tratar de controle consideraremos a Administração Pública neste sentido amplo.

Afirma Fazio Júnior (2002, p. 45) que “o sistema jurídico calcado na legalidade e na separação de poderes não se compraz com atuação administrativa irresponsável, quer dizer, sem controle”.

É salutar, desejável e extremamente necessário que a Administração Pública (considerada em sentido amplo) no exercício de suas funções sujeite-se a controle.

A finalidade de controle é assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade; em determinadas circunstâncias, abrange também o controle chamado de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa (Di Pietro, 2005, p. 636)

Tácito (1997, p. 318) afirma que “o controle da Administração Pública tem, certamente, um pressuposto elementar, que é a idéia do “*principio da legalidade*” esclarecendo que o exercício do controle está condicionado pelos princípios da legalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade. “A noção do controle da legalidade se vai aperfeiçoando, na medida da noção, de um lado, da extensão da legalidade; e de outro, em que se possa regular o respeito a essa legalidade”, para tanto se deve relacionar a legalidade com a razoabilidade e a proporcionalidade, sendo todos esses, para o referido autor, condicionantes do controle exercido sobre a Administração Pública.

A Lei Maior em seu primeiro artigo afirma: Art. 1º - “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em **Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos:” (BRASIL. 2000, p. 13 grifos não existentes no original).

Para Bandeira de Mello (2006, p. 879), “no Estado de Direito a administração Pública assujeita-se a múltiplos controles, no afã de impedir-se que desgarre de seus objetivos, que desatenda as balizas legais e interesses públicos ou dos particulares”.

O controle da Administração Pública não deve pautar-se apenas no aspecto da legalidade restrita, mas também sobre o direito dos administrados, observando os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e eficiência.

2.1 QUAIS SÃO AS FORMAS DE CONTROLE?

Para Bandeira de Mello (2006, p. 881) “a Administração Pública, direta, indireta ou fundacional, assujeita-se a controles interno e externo”.

A Constituição Federal prevê duas formas de controle, ao afirmar no seu artigo 70 que a fiscalização contábil, financeira e orçamentária será exercida, mediante controle externo, pelo Congresso Nacional, e interno por cada Poder. Diz, ainda, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV,

C.F.), o que é uma forma de controle externo exercido agora pelo Poder Judiciário.

A Lei 4.898/65 que “regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, nos casos de abuso de autoridade”, sendo assim, existe também a possibilidade do controle exercido por qualquer pessoa.

Bandeira de Mello (2006, p.881) divide o controle da Administração Pública em externo e interno. “Interno é o controle exercido por órgãos da própria administração” e conceitua controle externo como sendo aquele “efetuado por órgãos alheios à própria administração”.

Sobre o tema diz a Carta Magna:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. (BRASIL. 2000, p. 58)

Segundo a Constituição Federal (BRASIL, o Tribunal de Contas auxiliará o Congresso Nacional no exercício do controle externo: “Art. 71. O controle externo, a

cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União...” (BRASIL. 2000, p. 58)

Segundo Harada (1997), além do controle interno e externo se refere ao controle privado, também denominado controle popular por Di Pietro (2005), que não passam de uma forma importante de controle externo, se examinado em sentido *latu*. O primeiro autor conceitua como controle privado aquele exercido por qualquer cidadão, no exercício da faculdade constitucional de denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas.

3 O PAPEL DO TRIBUNAL DE CONTAS

Em casa, na família (a célula da sociedade), aprende-se a importância do controle sobre os gastos da mesma. Se um pai dá ao filho dinheiro para comprar um caderno, aquele procurará saber se a compra foi feita e quanto custou, diferente não pode e não deve com relação ao dinheiro público. A concretização do interesse social na maioria das vezes impõe algum dispêndio de dinheiro, este deverá ser realizado, contudo, não de forma arbitrária, devendo existir uma fiscalização, um controle para aquele gasto.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 703-742, 2007.

Eis o papel da Corte de Contas, assegurar a realização do interesse público, necessidade que a coletividade tem de controlar as contas dos administradores através do controle técnico.

Vilaça (1998) faz uma reflexão acerca do papel das Cortes de Contas para a coletividade, garantindo a cidadania e a dignidade, afirmando que esses órgãos “são fundamentais para garantia não só da cidadania expressa em direitos políticos, mas da cidadania representada pelo direito de cada um a uma vida digna e à participação na herança material e cultural da sociedade”.

Nos lembra ainda, Vilaça (1998, p. 20) que não se pode esquecer do papel crucial na indução do crescimento e na melhoria da qualidade de vida da população que o Estado deve exercer na sociedade, sobretudo nos países em desenvolvimento. É preciso assegurar este exercício, e o Tribunal de Contas tem um papel importante neste sentido, garantindo o bom uso do dinheiro público.

Os atos exercidos pela administração pública têm um objetivo, o bem coletivo, que é interesse de toda a sociedade. Assevera Mello (2006, p. 27) que “é o Estado, quem por definição, juridicamente encarna o interesse público”. Esclarecendo que a função pública, no Estado democrático de Direito, é a atividade exercida no cumprimento do dever de

alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica.

O interesse público, como interesse do todo é também o interesse da parte. Uma vez que cada pessoa, mesmo considerada individualmente, tem interesse de que seja alcançado o interesse coletivo. Bandeira de Mello (2006, p. 49) denuncia um falso antagonismo, nos esclarecendo que “o interesse público, ou seja, o interesse do todo, é ‘função’ qualificada dos interesses das partes, um aspecto, uma forma específica, de sua manifestação”. Apontando ainda, a dimensão pública dos interesses individuais, que é o interesse coletivo, afirmando:

É que, na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a *dimensão pública dos interesses individuais*, ou seja, dos interesses *de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado)*, nisto se obrigando também o *depósito intertemporal destes mesmos interesses*, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais (Bandeira de Mello, 2006, p. 49).

É inconcebível ao homem médio supor que o interesse do todo seja contra o interesse de cada uma das partes do mesmo, que o bem do todo pressupõe o mal de cada membro, uma vez que o conjunto dos membros forma o todo.

Nada impede que exista um interesse público que a um dado momento vá de encontro ao interesse da parte, ou de um grupo da sociedade, nesse caso, ou o interesse público está mal elaborado, ou o indivíduo cometeu alguma transgressão.

Para assegurar que o interesse coletivo seja alcançado, é preciso que haja um controle, uma vigilância, para a qual a Corte de contas tem um papel imprescindível uma vez que:

E se vigiar é preciso, fundamental é o papel dos Tribunais de Contas. São eles, sozinhos ou em parceria com outros órgãos de controle, os derradeiros incumbidos de fiscalizar a aplicação de recursos públicos. Deles, em última instância, depende o alcance dos interesses coletivos e dos objetivos maiores da sociedade (VILAÇA 1998, p. 21).

3.1 O TRIBUNAL DE CONTAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: INTEGRAÇÃO, FUNÇÃO E COMPETÊNCIA

3.1.1 Integração

O Tribunal de Contas não é órgão do Poder Legislativo, esta assertiva está correta se levarmos em conta o

texto Constitucional, uma vez que o art. 44 especifica que este Poder é exercido pelo Congresso Nacional, e este é composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal. Não quis o constituinte incluir aqui o Tribunal de Contas.

Opinião corroborada por Brito (2001, p.2) ao afirmar que da estrutura orgânica ou formal do Parlamento brasileiro “deixa de fazer a Corte Federal de Contas e o mesmo é de se dizer para a dualidade Poder Legislativo/Tribunal de Contas, no âmbito das demais pessoas estatais”.

Carvalho Filho (2005), quanto ao tema, diz que o Tribunal de Contas é órgão integrante do Congresso Nacional que o auxilia no controle financeiro externo da Administração Pública.

Data vênia, aos que aderem a idéia de Carvalho Filho (2005), mas concordamos com a opinião de Brito (2001), uma vez que se o constituinte desejasse teria inserido as Cortes de Contas na composição do Poder Legislativo, coisa que não o fez.

A lei Suprema ao tratar dos Tribunais de Contas afirma que este auxiliará o Congresso Nacional no Controle externo.

A interpretação do texto constitucional não deve ser feita de forma pobre, aceitando a malfadada idéia de que a Corte de Contas é subordinada hierarquicamente ao congresso,

esta idéia traz grandes prejuízos, uma vez que o TC exerce controle também sobre o Parlamento nas funções administrativas. Fiscalização no mínimo duvidosa e prejudicada se houvesse este tipo de subordinação. Acrescente-se que “além de não ser órgão do Poder Legislativo, o Tribunal de Contas da União **não é órgão auxiliar do congresso Nacional**, naquele sentido de inferioridade hierárquica ou subalternidade funcional”. (Brito. 2001, p.3).

De muita valia é a contribuição de Carvalho (2003, p. 195) sobre o assunto: “as Cortes de Contas são órgãos autônomos e independentes. Vale dizer, não integram nenhum dos três Poderes, nem muito menos subalternos ou auxiliares ao Poder Legislativo”.

As Cortes de Contas não devem ser vistas como um órgão submisso ao Legislativo, dependente deste, uma vez que a própria constituição assegura a sua autonomia. Ele auxilia o Congresso na mesma relação que o Ministério Público auxilia o Poder Judiciário, com toda certeza esta relação não é de auxílio subalterno, nem dependência.

Não sendo órgão do poder Legislativo, nenhum Tribunal de Contas opera no campo da subalterna auxiliaridade. Tanto assim que parte das competências que a Magna Lei confere ao Tribunal de Contas da União nem

passa pelo crivo do Congresso Nacional ou de qualquer das Casas Legislativas Federais (bastando citar os incisos III, VI e IX do art.71) (Britto, 2001 p.3).

O mesmo vale para os Tribunais de Contas dos outros entes da federação. Escolha feita pela Constituição Maior em seu art. 75 (BRASIL. 2000, p. 60) *in verbis*: “As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos tribunais de Contas dos Estados e do distrito federal, bem como dos tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios”.

Conclui-se que o TCU e os TC's dos outros entes federados são auxiliares do Poder Legislativo respectivo (auxiliador no sentido nobre de colaborador), sendo, autônomo e independente dos mesmos. Opção salutar para assegurar um real controle técnico.

3.1.2 Função e competência

Função não pode ser confundida com competência. A função dos Tribunais de Contas é compartilhada com o Poder Legislativo: o exercício do Controle Externo. Mas as

competências são diferentes, existindo aquelas em comum com o Legislativo e as exclusivas das Cortes de Contas.

Realmente, nem toda função de controle externo, a cargo do TCU, é compulsoriamente partilhada com o Congresso Nacional. Além disso, é preciso conceituar função e competência como coisas distintas, pois função é uma só e as competências é que são múltiplas. A função é unicamente a de controle externo e tudo o mais já se traduz em competência, a saber: competência opinativa, competência judicante, competência consultiva e informativa, competência sancionadora, competência corretiva, etc. (Brito, 2001, p. 06).

O exame do art. 71 nos mostra a competência do TCU que deve ser estendida, por dispositivo expresso da Constituição Federal, às Cortes de Contas dos outros entes da federação. Observa-se que algumas delas são desempenhadas como auxiliar (colaborador) ao Congresso, e outras são exclusivos dos Tribunais de Contas, dentre estas podem ser citadas:

Art. 71 (...)

III – apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas a melhorias posteriores

que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

VI – fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a estado, ao Distrito Federal ou a Município;

IX – assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade. (BRASIL. 2000, p. 58-9)

Bem como o exame das contas do Parlamento Federal no exercício de atribuições na condição de Administração Pública.

Di Pietro (2005, p. 653) sistematiza de forma clara a competência constitucional dos TC's.

1. **fiscalização financeira** propriamente dita, quando faz ou recusa o registro de atos de admissão de pessoal (excetuadas as nomeações para cargo em comissão) ou de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão; quando faz inquéritos, inspeções e auditorias; quando fiscaliza a aplicação de quaisquer recursos repassado pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao distrito Federal ou a Município;
2. de **consulta**, quando emite parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República;
3. de **informação**, quando as presta ao Congresso Nacional, a qualquer de suas Casas, ou a qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e

patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

4. de **juízo**, quando “julga” as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos e as contas daqueles que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao Erário Público; (...).

5. **sansionatórias**, quando aplica aos responsáveis, nos casos de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

6. **corretivas**, quando assina prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; e quando susta, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; nos termos do § 1º do artigo 71, no caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo, as medidas cabíveis; pelo § 2º, se o Congresso ou o Poder Executivo, no prazo de 90 dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito; isto constitui inovação da Constituição de 1998, já que, na anterior, a decisão final, de natureza puramente política, ficava com o Congresso Nacional;

7. de **ouvidor**, quando recebe denúncia de irregularidades ou ilegalidades, feita pelos responsáveis pelo controle interno ou por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, nos termos do art. 74, §§ 1º e 2º . (Di Pietro 2005, p 652 e 653).

Quando se tratar do exame anual das contas dos prefeitos, o parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas

competente só deixará de prevalecer por decisão da Câmara de Vereadores, por 2/3 de seus membros.

Como se verifica pelo exposto os TC's não têm apenas competência auxiliar e indireta, uma vez que pode sustar, como especificado no art. 71, IX da Constituição Federal, a execução de ato que tenha impugnado e que não tenha seguido suas determinações, “então há um efeito já direto da ação do tribunal, não apenas opinativo, mas de *interdição de atos violação*” (Tácito 1997, p. 319).

3.2 A CORTE DE CONTAS EXERCE PAPEL JURISDICIONAL?

Dirimidas as questões quanto à independência e autonomia dos TC's, paira uma dúvida que é motivo de grande divergência doutrinária: o Tribunal de Contas exerce algum julgamento sobre as contas dos responsáveis por dinheiro público ou trata-se de simples exame? Questionamento que gera um verdadeiro duelo doutrinário.

Independente da corrente seguida clara e irrefutável é idéia de que as contas apreciadas pelos Tribunais de Contas incluam-se aqui as licitações e os contratos da administração

direta e indireta são declaradas regulares, regulares com ressalva e irregulares, podendo o tribunal, impor multa e ressarcimento ao erário.

São consideradas irregulares aquelas contas em que seja comprovada “infração à norma legal ou regulamentar, omissão no dever de prestar contas, reincidência no descumprimento de determinação anterior, dano ao erário oriundo de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico e apropriação ou desvio de bens ou valores” (Fazio, 2002, p. 50). As contas consideradas regular com ressalva são aquelas que contém vício de natureza formal, que não resulte prejuízo a administração, funcionando como uma advertência.

Passaremos a um breve panorama sobre as duas correntes.

3.2.1 O inciso II do art. 71 da Constituição Federal deve ser interpretado como exame

A doutrina nacional, não é de agora, muito discute acerca desse tema, Di Pietro, Meirelles, Britto, dentre outros, defendem a posição da não função jurisdicional dos TC's.

Di Pietro (2005, p. 653) defende que as Cortes de Contas não exercem função jurisdicional, que apenas examina tecnicamente as mesmas, afirmando ainda “que o julgamento das contas é uma questão prévia, preliminar, de competência do Tribunal de Contas, que antecede o julgamento do responsável pelo Poder Judiciário”.

Harada (1997, p. 734), embora defenda que os TC's deveriam exercer um julgamento efetivo, afirma que “os membros do Tribunal de Contas da União estão muito longe de exercer uma atividade jurisdicional que, entre nós, se constitui em prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário”, e que este poderá invalidar qualquer decisão proferida pelos Tribunais de Contas, até mesmo aquelas que a Carta Magna atribui a prerrogativa de título executivo.

Brito (2001, p. 7) também adere a corrente do não exercício de função jurisdicional pelas Cortes em pauta, elencando elementos para tanto. Afirma que “os julgamentos dos Tribunais de Contas não se caracterizam pelo seu impulso externo”, e que não existe a figura do litigante e do advogado, estando ausente o contraditório.

Blume (2005, p. 1) sintetiza os principais argumentos dessa corrente, afirmando que:

todas as decisões das Cortes de Contas são de natureza administrativa e não jurisdicional, mesmo no caso de julgamento de contas (art. 72, II, da CF), onde residem as controvérsias. Primeiro porque, neste caso de processo de tomada de contas especial, não há o caráter substitutivo da Jurisdição, sendo a relação Estado-indivíduo linear, própria dos atos administrativos, eis que o próprio Tribunal de Contas é parte no processo em tela, promovendo o feito de tomada de contas e, ao mesmo tempo, julgando-as. Segundo, porque carece o julgamento de contas de um dos principais requisitos da jurisdição, qual seja, a inércia, na medida em que tal processo pode se iniciar de ofício. Terceiro, porque não existe propriamente uma lide no julgamento da contas, já que não há querela alguma neste processo que, por sua vez, tem como escopo a análise técnica contábil de execução do orçamento público; desta forma, não existe, na seara do Tribunal de Contas, o julgamento imediato de pessoas, mas apenas de processo de tomada de contas especial, não há necessidade de advogado para defender as contas da autoridade que, no caso, podem ser anuladas pelo Poder Judiciário, em caso de vício formal. Deve-se dizer, ainda, que as decisões da Cortes de Contas que imputem débito ou multa tem eficácia de título executivo extrajudicial. (Blume, 2005, p.1)

Com a máxima vênua, ao examinarmos a Lei Orgânica do TCE/PB verifica-se que existe a figura do contraditório, e quando um “processo” é considerado irregular é garantida ao interessado a ampla defesa, estando presente inclusive à figura dos recursos.(Lei Complementar N°. 18/93, art. 31 e seguintes).

Não se pode afirmar que não há uma lide no julgamento das contas, entendemos que existe, entre o interesse coletivo, a coletividade e o mau administrador.

3.2.2 O inciso II do art. 71 da Constituição federal deve ser interpretado como julgamento

Sobre a jurisdição dos TC's Melo apud Fernandes (1996, p. 13) assevera que: “o Tribunal de Contas não é simples órgão administrativo”, indo além, afirmando tratar-se de “uma verdadeira judicatura sobre os exatores, os que têm em seu poder, sob sua gestão, bens e dinheiros públicos”.

O próprio Brito (2001, p. 8), que adere a corrente descrita anteriormente, afirma que “algumas características da jurisdição, no entanto, permeiam os julgamentos a cargo dos tribunais de Contas”. Cita que os mesmos “julgam sob critério exclusivamente objetivo ou da própria técnica jurídica”, e que as suas decisões têm a “força ou irretratabilidade” próprias das decisões judiciais. Posteriormente afirma que as Corte de Contas fazem do julgamento o meio, dentre muitos outros, para realizar a sua atividade-fim que é o Controle externo.

Fagundes apud Fernandes (1996, p. 13) aponta que quando o TC, seguindo a determinação Constitucional, julga a “regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis por bens ou dinheiros públicos”, está investido de “parcial exercício da função judicante”.

Observando o art. 71 da Lei Maior constata-se que a mesma, ao tratar da competência dos TC's fala em *fiscalização, inspeção, auditoria, julgamento e apreciação*, cada vocábulo utilizado para um fim específico, formando assim as competências dos mesmos, o que demonstra a vontade consciente (poderia ter utilizado outro vocábulo) do constituinte em empregar o termo *julgar*. *In verbis*:

Art. 71 (...)

I...

II – *julgar* as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídos as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou a outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário. (BRASIL, 2000, p. 58)

O emprego do vocábulo *julgar* foi proposital, atribuindo esta competência (nos limites descritos na Constituição, no art. 71, II) as Cortes de Contas, uma vez que tal termo já se encontrava em constituições anteriores como a de 1934 e a de 1946, e o constituinte optou por mantê-lo.

Tanto é assim que a Constituição entendeu necessário equiparar os Ministros e Conselheiros, do TCU e TC's respectivamente, a membros do alto escalão do Judiciário, para assegurar a imparcialidade de seus julgamentos.

Não é à toa que a Constituição fala, dizendo assim: o Tribunal de Contas, composto de nove ministros, com sede no Distrito Federal, com quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o País. Não é à toa que a palavra jurisdição está sendo usada. Quando a Constituição fala dos auditores, diz que eles quando em substituição a Ministro, por exemplo o auditor do TCU, terá esse auditor os mesmos impedimentos e prerrogativas de um Ministro. E, quando no exercício da sua judicatura – não é à toa também a palavra judicatura –, ele é equiparado a Juiz de Tribunal Regional Federal. (Brito, 2003, p.3).

A investidura dos Ministros para o Tribunal de Contas da União e dos Conselheiros para os Tribunais de Contas Estaduais e Municipais, onde houver, pode prejudicar a imparcialidade de suas decisões. Apontando Harada (1997, p. 733-4) este como um dos motivos para a não obtenção dos resultados desejados. Afirma ainda que “os seus membros continuam sendo recrutados sem o desejado concurso público,

genérico, específico, através de um critério que não elimina de todo o subjetivismo de quem os nomeia”.

Como leciona Castro (2005, p.3) “inexistem palavras inúteis na Constituição, como também não há conflito de normas dentro dela, devendo todas serem analisadas harmonicamente”. Defende ainda, que o Tribunal de Contas exerce jurisdição, como Tribunais extrajudiciais que são.

Isto não significa que os TC's são de todo órgãos exercentes da função jurisdicional, exercendo-a em qualquer hipótese, confundindo-o com o próprio Judiciário, o que quis a Constituição foi que exercessem esta função em um caso específico, como assevera Fagundes *apud* Fernandes (1996, p. 13) “o Tribunal de Contas como regra não tem competência para dizer o direito no caso concreto, de modo definitivo, com força de coisa julgada; por exceção detém essa competência, na forma do art. 71, Inc. II, da Constituição Federal”.

Afirmam Lins Netto; Hermida (2005, p.4), que “Assim sendo, a jurisdição dos Tribunais de Contas, obedecidos os ditames legais, é tão una e indivisível quanto o próprio poder soberano, respeitadas as limitações internas de cada Estado.”

3.2.3 A revisão das decisões dos Tribunais de Contas pelo Judiciário

Independente da corrente seguida é certo que de alguma forma as decisões proferidas pelos Tribunais de Contas podem ser revistas pelo Poder Judiciário, importante saber qual a abrangência desta prerrogativa.

Observa Moura e Castro (2002, p.2), “que, relativamente ao *meritum causae*, ninguém, nem mesmo o Judiciário, tem competência para determinar que a Corte de Contas, prolatora do *decisum*, emita outro em substituição ao anterior”.

Portanto cabe ao judiciário o reexame das decisões proferidas pelos Tribunais de Contas, não do seu mérito, mas quanto a sua formalidade, ilegalidade.

Esclarece ainda Moura e Castro (2002, p. 3) que “o nosso legislador maior conferiu, sim, jurisdição a esses Tribunais extrajudiciais, reservando ao Judiciário (art. 5º, XXXV), tão-somente, o controle da legalidade das decisões das contas por eles emanadas”. Completa, ainda, o douto doutrinador que:

Ora, se as Cortes Judiciais estão impedidas de rejulgar as prestações de contas dos administradores públicos ou de qualquer responsável por dinheiro, bens e valores do Estado, ou mesmo determinar que o Tribunal de Contas profira outra decisão de *meritum* em substituição à originariamente pronunciada, como, então, sustentar, juridicamente, que tal Tribunal não tem *capacidade de dizer o direito em caráter final*. (Castro, 2005, p.4)

Esclarece Pontes de Miranda apud Fernandes (2003, p.10), que quanto às decisões proferidas “não havemos de interpretar que o Tribunal de Contas julgue e outro juiz as rejulgue depois”. Segundo o qual ficaria caracterizado o “absurdo *bis in idem*”.

Esta posição é acatada pela STJ, quanto à abrangência da revisão do Poder Judiciário às decisões dos TC's:

É logicamente impossível desconstituir ato administrativo aprovado pelo Tribunal de Contas, sem rescindir a decisão do colegiado que o aprovou; e, para rescindi-la, é necessário que nela se constatem irregularidades formais ou ilegalidades manifestas (1ª T do STJ. Resp. n. 8.970/SP. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 09/03/1993, p. 2.533).

Também no STF podemos encontrar decisões que respaldam este posicionamento, cita-se, dentre outras: “Pode o Judiciário sobrepor-se ao Tribunal de Contas, quando contra

este impetrado o mandado, mas não, como dito, substituí-lo em sua competência constitucional” (STF. MS cit, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, acórdão de 10/9/97).

4 CONCLUSÃO

O controle das finanças públicas faz-se ainda mais importante em uma democracia problemática, como esta que estamos inseridos, caracterizada como uma plutocracia, e o Tribunal de Contas tem um papel crucial para a coletividade, garantindo a cidadania, a democracia e o próprio direito. Não deve pautar-se apenas no controle da legalidade, mas também nos outros princípios Constitucionais, especialmente os previstos especificamente para a Administração Pública na Carta Magna, sobretudo da eficiência, proporcionalidade e razoabilidade.

O interesse coletivo é o fim do Estado, e a Corte de Contas tem um importante papel para a sua garantia, uma vez que fiscaliza a aplicação dos recursos públicos utilizados para assegurar o seu alcance.

Não são órgãos dependentes do Legislativo ou de nenhum dos outros Poderes, servindo como órgão auxiliador

que possui também atribuições próprias que se desvinculam do auxílio puro e simples ao Congresso e as assembleias, quando for o caso. Comungando com estes a função do controle externo, mas lhes são atribuídas competências que podem ser comuns ou diversas. A relação entre os TC's e o Poder Legislativo, para fins de entendimento, pode ser comparada àquela entre o Ministério Público e o Judiciário, ou seja, não de subalternidade mais de cooperação.

Pelo exame de suas competências verifica-se que algumas dessas podem ser exercidas de forma direta, isto é, que são iniciadas e terminadas no âmbito desse Tribunal, cite-se a sustação de alguns atos de violação, prevista no Constituição Federal.

É unânime que os TC's são órgãos autônomos e independentes, uma vez que só assim poderiam exercer um controle efetivo e eficiente. Outro órgão não pode rever o mérito das suas decisões, e os mesmos não podem delegar suas funções constitucionais.

Dentre as competências do Tribunal de Contas especificadas no artigo 71 da Lei Suprema o inciso II é o maior motivo de divergência entre os juristas, pairando a eterna discussão acerca do exercício ou não de função jurisdicional neste caso específico.

Existem duas correntes, uma que interpreta o termo julgar deste inciso com o sentido de exame, a outra defende o seu sentido literal.

A primeira corrente assevera que o Tribunal neste caso exerce um exame, uma vez que o julgamento compete exclusivamente ao Judiciário. Bem como, dentre outros argumentos, que não estão presentes o litígio, o contraditório e a ampla defesa. Verifica-se pelo exame da Lei orgânica da Corte paraibana que estas figuras processuais estão presentes.

Acreditamos que o inciso em pauta é uma exceção à exclusividade da prerrogativa jurisdicional do Poder Judiciário, realizada pela própria Constituição Federal. O que não impede o exame da legalidade, o exame formal dessas decisões proferidas pelas Cortes de Contas.

Contudo, a Corte de Contas não é um órgão jurisdicional propriamente dito, julgando em todas as suas competências, uma vez que só o faz especificamente no que se refere ao inciso II do Art. 71, ou seja, no exame das contas dos responsáveis por dinheiro público.

Também não julga apenas as contas, uma vez que imputa débitos e responsabilidades e para tanto se faz imprescindível à especificação da pessoa. Do contrário seria um julgamento inútil, por não sanar a irregularidade não

apontando, por exemplo, quem é o culpado e quanto deverá ser restituído à Administração Pública.

Não poderíamos deixar de fazer uma crítica à forma de investidura dos Ministros e Conselheiros do TCU e dos TCE's respectivamente, algo no mínimo preocupante, que não assegura a imparcialidade do mesmo. Facilitando a interferência através de pressões do Poder Executivo e do Legislativo nestes órgãos. E se controlar é preciso, é ainda mais imperioso que seja exercido de forma imparcial.

Não se pretende que os Tribunais de Contas passem a fazer parte do Poder Judiciário. Até por ser salutar que esteja intimamente ligado, embora independente, ao Poder Legislativo para exercer o Controle externo, por ser este o Poder, **teoricamente**, mais próximo do povo. Contudo não podemos negar-lhes as suas competências Constitucionais, fazendo-se necessário que os mesmos sejam vistos com todas as suas responsabilidades e passe a haver um maior controle e exigência quanto à legalidade e eficiência das decisões, exames e pareceres.

Os Tribunais de Contas não podem ter usurpadas as suas atribuições Constitucionais, da mesma maneira que não pode, por sua vez a Corte de Contas usurpar da coletividade o direito de ver essas competências efetivamente realizadas.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 5 ed. Porto alegre: Globo, 1973.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BLUME, Daniel. **Decisões do tribunal de Contas**. Disponível em: <<http://www.pge.gov.br/pagina.php?dst=artigoetitdst=%20Ultimo%20Artios&id=99>> Acesso em: 09 ago. 2006.

BRASIL. Constituição, 1988. Edição atualizada em 2000. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2000. 393 p.

BRASIL. Lei 4.898, de 9 de dezembro de 1965. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 dez. 1965. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L4898.htm>>.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 703-742, 2007.

BRITO, Carlos Ayres de. **A Real Interpretação Da Instituição Tribunal De Contas**. Minas Gerais: Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais, 2002. Disponível em: www.tce.mg.gov.br/revista Acesso em: 07 set. 2006.

_____. **O Regime Constitucional dos tribunais de Contas**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v.1, nº. 9, dez. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 9 ago. 2006.

CARVALHO, Lucas Borges de. Os Tribunais de Contas e a construção de uma cultura da transparência: reflexões a partir de um estudo de caso. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 231, p. 193-216, jan./mar. 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Jures, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2005.

FAZIO JUNIOR, Waldo. **Fundamentos de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 703-742, 2007.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Da Função Jurisdicional pelos tribunais de Contas. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 83-108, abr./jun. 2003.

_____. **O Julgamento pelos Tribunais de Contas**. Brasília: Jornal União do Tribunal de Contas da União, 1996. Disponível em <
<http://www.leidsonfarias.adv.br/julgamen.html> Acesso em: 9 ago. 2006.

HARADA, Kiyoshi. Controle da administração pública: o poder de autotutela (controle interno); atuação do Tribunal de Contas (controle externo), eficácia do controle popular. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, ano XII, n. 11, p. 732-5, nov. 1997.

LINS NETTO, Jair; HERMIDA, Henrique Eugênio Barros. **Jurisdição dos Tribunais de Contas: espaço na estrutura do estado federativo brasileiro. Órgãos constitucionalmente autônomos?**. Minas Gerais: Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais, 2005. Disponível em:
www.tce.mg.gov.br/revista Acesso em: 07 set. 2006.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 703-742, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MOURA E CASTRO, Flávio Régis Xavier de Moura e. **Os Tribunais De Contas a sua Jurisdição**. Minas Gerais: Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais, 2005. Disponível em: <www.tce.mg.gov.br/revista> Acesso em: 07 set. 2006.

PARAÍBA. Lei Complementar Nº. 18/93, de 13 de julho de 1993. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado e dá outras providências. Diário Oficial do Estado da Paraíba. João Pessoa, 15 jul. 1993. Disponível em: www.tce.pb.gov.br. Acesso em: 05 dez. 2007.

TÁCITO, Caio. Controle da administração pública: o poder de autotutela (controle interno); atuação do Tribunal de Contas (controle externo), eficácia do controle popular. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, ano XIII, n. 5, p. 318-320, mai. 1997.

TEIXEIRA, Marco Antonio Carvalho. **Os tribunais de contas e o controle financeiro da administração pública no Brasil**. Disponível em:

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 703-742, 2007.

http://www.pucsp.br/nemp/artigos/artigo_45.htm Acesso em 09 ago. 2006.

VILAÇA, Marcos Vinícios. Os Tribunais de Contas e a qualidade do serviço público. **Revista do TCU**. Brasília, ano 34, n. 98, p. 19-24, out./dez. 2003.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 703-742, 2007.

ANÁLISE CONSTITUCIONAL ACERCA DO AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL INDENIZADO

Eddla Karina Gomes Pereira¹

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O aviso prévio é a declaração por uma das partes da relação laboral no sentido de romper, sem justa causa, o contrato de trabalho por prazo indeterminado ou, excepcionalmente, o contrato por prazo determinado com cláusula assecuratória de direito recíproco de rescisão. O referido instrumento é, pois, basilar para garantia da estabilidade das relações de trabalho, já que pretende minorar os efeitos advindos da rescisão unilateral do contrato de trabalho, evitando-se, dessa forma, que empregado e

¹ Acadêmica de Direito do UNIPÊ
Trabalho apresentado à Comissão de trabalhos acadêmicos da VI Semana do Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho 13ª Região.

empregador sejam surpreendidos com o súbito rompimento do pacto.

Dessa forma, a Consolidação das Leis Trabalhistas prescreve que deve haver uma antecedência mínima da exteriorização da vontade de pôr fim ao pacto laboral:

Art. 487 - Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato deverá avisar a outra da sua resolução com a antecedência mínima de:

...

II - 30 (trinta) dias aos que perceberem por quinzena ou mês, ou que tenham mais de 12 (doze) meses de serviço na empresa. (BRASIL.2006, P. 66)

O aviso prévio, pois, nos moldes do citado dispositivo legal, ocorre no caso de rescisão unilateral do contrato de trabalho, desde que não haja justo motivo². Pode

²Art. 482 Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: a) ato de improbidade; b) incontinência de conduta ou mau procedimento; c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço; d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena; e) desídia no desempenho das respectivas funções; f) embriaguez habitual ou em serviço; g) violação de segredo da empresa; h) ato de indisciplina ou de insubordinação; i) abandono de emprego; j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima-defesa, própria ou de outrem; k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima-defesa, própria ou de outrem; l) prática constante de jogos de azar.Parágrafo único. Constitui

derivar de iniciativa tanto do empregado, que, nesse caso, perde direito a determinadas verbas decorrentes do rompimento do contrato de trabalho, como também do empregador, que, sendo sua a iniciativa da rescisão contratual, arcará com o ônus referente ao rompimento daquela relação.

O aviso prévio pode ser trabalhado ou indenizado. Na primeira hipótese, há prestação laborativa pelo obreiro na jornada e horários habituais ao longo dos trinta dias (art. 488 da CLT). Pode, também, o trabalhador cumprir integralmente a jornada de trabalho diária durante o mês, sendo que, nos últimos sete dias do pré-aviso, há dispensa do labor para que a parte surpreendida com a ruptura possa ajustar-se à nova situação. Vê-se, pois, que no caso do pré-aviso trabalhado, sob o ponto de vista deste estudo, não há de existir alteração pela respectiva lei regulamentadora que discipline a proporcionalidade do pré-aviso. Os preceitos contidos na legislação específica acerca do prazo de cumprimento do aviso prévio, sob o ponto de vista deste estudo, já são considerados razoáveis e possibilita à parte surpreendida com a rescisão contratual uma considerável margem de tempo para adaptação à nova realidade fática. Portanto, no que tange ao prazo de

igualmente justa causa para dispensa de empregado, a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional.

comunicação à parte adversa acerca da intenção de rescisão contratual, qual seja, trinta dias, entende-se que a lei que disciplinará tal questão não deverá alterá-lo, estabelecendo prazo diferente do vigente hodiernamente. Conforme outrora aludido, se considera o dito interregno plenamente justo e perfeitamente aplicável a qualquer contrato de trabalho, independente da duração do contrato de trabalho.

O aviso prévio indenizado corresponde àquele que não cumprido mediante labor pelo empregado, será pago em pecúnia pelo empregador ou, quando a iniciativa de rescisão emanar do empregado, consiste no desconto do valor a ser pago ao empregado, caso a iniciativa da rescisão fosse do empregador. Desse modo, a prestação do labor será suprimida de imediato pelo empregador e, por isso, o empregado faz jus ao recebimento do salário integral, mesmo sem ter efetivamente trabalhado. Nesse contexto é que se suscita a importância da regulamentação do art. 7º, XXI, da Constituição Federal, pois, a razoabilidade impõe que seja considerada a duração do contrato de trabalho para que se fixe o montante da indenização a ser prestada a título de aviso prévio.

Frise-se, porém, que, não obstante já tenha sido comunicado o intuito da rescisão do vínculo trabalhista, o período de exercício da referida garantia constitucional se integra para todos os fins legais à duração do contrato laborativo, tanto que a data de rescisão a ser lançada na CTPS será o dia final do aviso prévio.

Por outro norte, sendo o aviso prévio indenizado, não há natureza salarial nessa prestação, tendo em vista que a parcela paga não teve como fato gerador o trabalho, a prestação de um serviço, mas reflete, puramente, um caráter indenizatório. Em sentido contrário, tratando-se de pré-aviso trabalhado, a verba paga a título de aviso prévio terá caráter salarial, já que a prestação do serviço é que determina o direito à percepção da referida verba. Reitera-se, porém, que em todo caso será considerado o aviso prévio no cômputo do tempo de contrato de trabalho para todos os fins legais (inclusive para fins previdenciários).

Convém aludir que, mais que um meio de conferir segurança às relações trabalhistas, o aviso prévio é uma garantia fundamental ao indivíduo, e, como toda ela, deve ser prestigiada de forma incisiva e inconteste.

2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O AVISO PRÉVIO

A partir da Constituição Federal de 1988, o prazo mínimo do aviso prévio é de trinta dias. Ela estabeleceu, ainda, que tal dispositivo deveria ser regulamentado por uma norma infraconstitucional, edificada na intenção de tornar o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço do trabalhador. O dispositivo Constitucional que prescreve a proporcionalidade do aviso prévio, pois, é uma norma de eficácia contida. Em decorrência dessa previsão legal, o pré-aviso foi erigido à garantia de direito constitucional do empregado, funcionando como um organismo que confere segurança às relações trabalhistas em face do cometimento de ações arbitrárias no que tange à rescisão do contrato laboral, tanto por parte do trabalhador, como também em se tratando do empregador. Por oportuno, frise-se o artigo 7º, XXI, da Carta de Outubro:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

...

XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; (BRASIL, 2000, p.20-1)

Depreende-se, então, que a intenção do legislador originário pauta-se na idéia de que o aviso prévio deve ser diretamente proporcional ao tempo de serviço do trabalhador. Nada mais correto, já que não é eqüitativo tratar da mesma forma relações de trabalho com diferentes lapsos temporais.

O Supremo Tribunal Federal (STF), governado por sua atribuição embrionária de guardião da Carta Magna, já se posicionou (Mandado de Injunção 369, de relatoria do Min. Francisco Rezek³) a respeito da proporcionalidade do aviso prévio no sentido do reconhecimento de mora do Congresso Nacional. Assim sendo, vê-se que a inexistência da norma infraconstitucional regulamentadora desse instituto obsta o exercício de uma garantia constitucional, o que deve ser reprovado com veemência, tendo em vista o caráter imprescindível da percepção de uma indenização condizente com o tempo de trabalho.

³ Mandado de injunção. Artigo 7º, XXI da Constituição. <Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Situação de mora do legislador ordinário na atividade de regulamentar o aviso prévio, como previsto no artigo 7º, XXI da Constituição. Falta de perspectiva de qualquer benefício ao peticionário, visto que dispensado em perfeita sintonia com o direito positivo da época, circunstância impeditiva de desdobramentos, no caso concreto, em favor do impetrante. Mandado de injunção parcialmente deferido, com o reconhecimento da mora do Congresso Nacional. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa/artigo.asp#ctx1>>. Acesso em: 07 set 2006

Não obstante o STF tenha declarado a omissão do Legislativo frente à regulamentação do pré-aviso, observa-se uma passividade desta Egrégia Corte, já que Mandado de Injunção não demonstrou ter caráter prático, tanto que desde 19 de agosto de 1992, data em que a Suprema Corte decidiu acerca do citado remédio constitucional, não houve o adimplemento da mora por parte do Congresso Nacional.

Acerca dessa postura, é interessante expor o pronunciamento do Ministro Néri da Silveira⁴ acerca da postura que o STF deve assumir quando, conquanto procedida à notificação ao Congresso de sua omissão, este se queda inerte, lesando os direitos de toda uma coletividade:

Partilho do entendimento que o Congresso Nacional é que deve elaborar a lei, mas também tenho presente que a Constituição, por via do mandado de injunção, quer assegurar aos cidadãos o exercício de direitos e liberdades, contemplados na Carta Política, mas dependentes de regulamentação. Adoto posição que considero intermediária. Entendo que se deva também, em primeiro lugar, comunicar ao Congresso Nacional a omissão inconstitucional, para que ele, exercitando sua competência, faça a lei indispensável ao exercício do direito constitucionalmente assegurado aos cidadãos. Compreendo, entretanto, que, se o

⁴ Pronunciamento do Ministro Néri da Silveira, Ata da 7ª (sétima) sessão extraordinária do Supremo Tribunal Federal, realizada em 16 de março de 1995 e publicada no Diário da Justiça, 4 abr. 1995, Seção I, p. 8.625.

Congresso Nacional não fizer a lei, em certo prazo que se estabelecerá na decisão, o Supremo Tribunal Federal pode tomar conhecimento de reclamação da parte, quanto ao prosseguimento da omissão, e, a seguir, dispor a respeito do direito *in concreto*. É, por isso mesmo, uma posição que me parece concilia a prerrogativa do Poder Legislativo de fazer a lei, como o órgão competente para a criação da norma, e a possibilidade de o Poder Judiciário garantir aos cidadãos, assim como quer a Constituição, o efetivo exercício de direito na Constituição assegurado, mesmo se não houver a elaboração da lei. (BRASIL, 1995, p. 8.625)

Além do mais, importa ressaltar que a proporcionalidade da duração do aviso prévio ao tempo de serviço, mencionada no art. 7º, XXI, da Constituição, por ser direito social, inserido no “Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, deve ter aplicabilidade imediata, já que “qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político”⁵.

Todavia, o entendimento jurisprudencial contemporâneo posiciona-se no sentido de que as garantias aos trabalhadores dispostas no artigo 7º da Constituição não são auto-aplicáveis, uma vez que são normas de eficácia contida, que carecem de regulamentação por lei ordinária. Por isso,

⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Almedina Editora. 3. ed. p. 1102.

enquanto não houver previsão legal regulamentando a proporcionalidade do aviso prévio, a decisão que o defere, na visão dos tribunais superiores, afronta o próprio dispositivo constitucional, e, sobretudo, o princípio da legalidade.

Diante da omissão legislativa, porém, não deve o Judiciário quedar-se inerte, sob pena de ser, além de omissivo, passivo. É nessa direção que leciona o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, quando dispõe que, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” Nesse diapasão, frise-se, por oportuno, que o art. 126 do Código de Processo Civil adverte que o “juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei.”. Dessa forma, sempre deve existir uma prestação jurisdicional, mesmo nas situações em que calhar omissão do Legislativo.

Nesse sentido, deliberou o Tribunal Superior do Trabalho (TST), conforme se depreende da Orientação Jurisprudencial n.º 84 da SBDI-1/TST, aplicada quando do julgamento do Recurso de Revista n.º 561.097/1999.⁶, *in verbis*:

Aviso prévio. Proporcionalidade. A proporcionalidade do aviso prévio, com base no tempo de serviço, depende da legislação

⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/>>. Acesso em: 07 set 2006.

regulamentadora, posto que o art. 7º, inc. XXI, da CF/1988 não é auto-aplicável. O Tribunal Regional, como visto, deferiu ao Reclamante a complementação do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço prestado à Reclamada. Assim, considerando que o acórdão regional destoava da jurisprudência consolidada nesta Corte, dou provimento ao Recurso de Revista para excluir da condenação o pagamento do aviso prévio proporcional.

Nota-se, então, que o TST, aliado ao STF, assume a postura de que a regulamentação da proporcionalidade do aviso prévio é procedimento essencial para o reconhecimento, ou melhor, para prestigiar a existência desse direito inerente à relação de trabalho. A mora legislativa, portanto, além de refletir uma postura de irresponsabilidade do ponto de vista funcional do parlamento, ainda acarreta a não aplicabilidade de um direito fundamental constitucionalmente reconhecido.

Ao assumir essa conduta, os citados tribunais indiscutivelmente afrontam o princípio da proteção ao hipossuficiente, bem como o princípio da isonomia. Aquele, por desconsiderar a posição desprivilegiada do trabalhador, de forma a não “atenuar, no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho”⁷. E, quanto ao princípio da isonomia, há ofensa a seus termos a partir de

quando se passou a tratar de forma simétrica trabalhadores em condições fáticas e jurídicas diferentes. Sim, porque a partir da ocasião em que não se reconhece a proporcionalidade do aviso prévio, limitando-o aos trinta dias mínimos prescritos pela Constituição, restringe-se a aplicação dessa orientação tanto ao contrato de trabalho com cinco anos de duração, como também àquele contrato de vinte anos, o que confere reflexos relevantes para determinados trabalhadores.

Além do mais, o art. 5º da citada Lei de Introdução ao Código Civil estabelece que, ao julgar, o juiz deve atender os fins sociais a que a lei se dirige e às exigências do bem comum, ou seja, para atender à presente determinação legal, o entendimento dos referidos órgãos judiciais deveria ser diametralmente oposto ao que externaram.

Conquanto as ofensas aos princípios supra mencionados justifiquem, sob a direção seguida por este trabalho, a aplicação imediata do art. 7º, XXI, da CF/88, este não é único argumento que tem o fito de embasar tal postura.

Como outrora afirmado, os direitos trabalhistas disciplinados, por via de regra, no capítulo II – Dos Direitos Sociais, compõem o acervo dos chamados Direitos e Garantias Fundamentais (Título I da CF/88), diferentemente do que

⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 198

ocorria nas Cartas anteriores, em que estes se encontravam dispersos no âmbito da ordem econômica e social.

Ora, as normas relativas aos direitos fundamentais, segundo ordena o art. 5º, § 1º da CF/88, têm aplicabilidade imediata. Então, o que dizer do argumento trazido pelo STF, ratificado pelo TST, que afirma a não-auto-aplicabilidade da proporcionalidade do aviso prévio?

O fato de a norma do art. 7º, XXI da CF/88 não estar plenamente completa na sua hipótese e no seu dispositivo, não traduz sua inaplicabilidade. Aliás, a função da jurisprudência, por meio do Poder Judiciário, utilizando o emprego dos princípios gerais de direito é justamente conferir máxima plenitude às normas que prescrevem direitos e garantias essenciais aos indivíduos. Assim, conquanto a condição de seu mandamento possua lacuna, isto é, não estabeleça uma escala de proporcionalidade a ser seguida, observa-se o intuito cristalino do legislador originário de tratar de forma privilegiada aquele trabalhador cujo contrato de trabalho se prolongou por determinado período.

A respeito da aplicabilidade imediata disposta no art. 5º, § 1º da CF/88, é interessante destacar⁸:

⁸ UCHÔA, Marcelo Ribeiro apud Paulo G. G. Gonet. **Direitos Fundamentais: noções gerais e resolução de conflitos**. Disponível em: <<http://www.gomeseuchoa.adv.br/publicacoes/Direitos%20Fundamentai>

O significado essencial dessa cláusula é o de ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e, não, meramente programático. Explicita-se, além disso, que os direitos fundamentais se fundam na Constituição, e, não, na lei. (...) Os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são, também, e sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas.

Importante, neste tocante, é perceber que a norma supra mencionada garante a possibilidade do exercício do direito fundamental, independentemente da existência de norma infraconstitucional reguladora. A constatação é polêmica no meio jurisprudencial e doutrinário porque há os que defendem que a aplicabilidade imediata do direito fundamental está condicionada ao teor do que diz seu próprio enunciado. No caso, por exemplo, do direito de exercício de greve pelos servidores públicos a garantia estaria inviabilizada em face de não existência da lei específica requerida no texto do inciso VII, do art. 37, da Constituição Federal de 1988. (UCHOA apud GONET, 2006)

De forma acertada se posicionou o Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul (TRT/RS), que, à luz do Precedente n.º 13, decidiu que o aviso prévio proporcional tem como prazo mínimo trinta dias, acrescidos

[s%20-%20no%C3%A7%C3%B5es%20gerais%20e%20resolu%C3%A7%C3%A3o%20de%20conflitos.doc](#). >. Acesso em: 08 set 2006.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 743-765, 2007.

gradualmente de acordo com a duração do contrato de trabalho, *in verbis*:

PRECEDENTE N.º 13: AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL ADAPTADO PARA LIMITAR A 60 (SESSENTA) DIAS O PRAZO MÁXIMO DO AVISO - D.J. DE 14.08.95. "Fica assegurado aos integrantes da categoria profissional um aviso prévio de 30 (trinta) dias acrescido de mais 5 (cinco) dias por ano ou fração igual ou superior a seis meses de serviço na mesma empresa". (BRASIL. 1995)

Dessa forma, observa-se a intenção do TRT da 4ª Região em suprir, através da jurisprudência, as lacunas legais, prestigiando, assim, os já aludidos princípios da proteção ao hipossuficiente e da isonomia. Todavia, conquanto o TRT/RS tenha esboçado uma postura mais ativa diante da inércia dos parlamentares, tal precedente encontra-se cancelado (DJU 21/11/2002), em razão da reprovável e violadora postura do Tribunal Superior do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal.

Vê-se, pois, mesmo após a maioria da promulgação da Carta Magna, apesar de haver vários projetos-de-lei, não existe empenho do parlamento no sentido de regulamentar a matéria. Fomenta-se, com isso, o crença popular de que a justiça só funciona para a parcela privilegiada da nação, o que resulta na instabilidade das instituições ligadas

ao Poder Público, enfraquecendo a solidez deste Estado Democrático de Direito.

3 OS PROJETOS-DE-LEI ACERCA DO AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL

Dos vinte e dois projetos-de-lei que tramitam no Congresso Nacional, verificam-se ainda idéias que, muito embora regulamentem plenamente a condição do trabalhador, impõem um denso encargo ao empregador, o que não satisfaz o intuito do art. 7º, XXI da CF/88. É de se ressaltar, pois, que o reconhecimento de uma garantia em benefício do trabalhador não deve significar a imposição de um ônus insustentável ao empregador, sob pena, até mesmo, de serem afetados os postos de trabalho.

No anseio de regulamentar a questão, depara-se como vários modos de disciplinamento desse instituto: o projeto-de-lei PL n.º 3978/1989, por exemplo, propõe que o aviso prévio será devido de forma proporcional ao tempo de serviço, em valor não inferior a trinta dias. Assim, para aquele obreiro que trabalha de um a dois anos em determinada empresa, há o direito a trinta dias de pré-aviso; já para o que

trabalha de dois a quatro anos, há direito a sessenta dias; de quatro a seis anos de trabalho, noventa dias; de seis a oito anos, cento e vinte dias; de oito a dez anos de trabalho, cento e cinquenta dias; e, por fim, para aqueles que têm mais de dez anos de carteira assinada por um mesmo empregador, cento e oitenta dias.

Há, no caso, determinadas questões a serem suscitadas, por exemplo, no que diz respeito àqueles trabalhadores com menos de um ano de carteira assinada. A lei foi omissa e, em contrapartida, a Constituição Federal limitou o mínimo a trinta dias de aviso prévio – prazo este já destinado aos empregados com contrato de trabalho entre um e dois anos de serviço para determinado empregador. O ideal, então, seria que o mínimo constitucional garantido fosse aplicado aos contratos de trabalho de empregados com até dois anos de pacto laboral com aquele mesmo empregador. Outro contrasenso do citado projeto é o fato de somente haver gradação do recebimento do aviso prévio até dez anos de contrato de trabalho. Vê-se, pois, que o trabalhador com dez anos de contrato de trabalho terá direito a cento e oitenta dias de pré-aviso, assim como o empregado de vinte e cinco anos de contrato de trabalho. Ora, é um tratamento tão desproporcional como o utilizado contemporaneamente, fato que resta por

concluir que o citado projeto não satisfaz às necessidades existentes no que tange às relações trabalhistas.

Desse modo, caso a matéria seja regulamentada através da fixação de faixas gradativas, o ideal é que haja a maior quantidade possível dessas faixas proporcionais, sob pena de haver uma regulamentação insatisfatória e desigual do instituto em comento.

Outro projeto-de-lei que merece menção é o PL n.º 3989/1989. Tal dispositivo sugere que o trabalhador com até quatro anos de contrato deverá ter direito a quinze dias por ano de trabalho ou fração superior a seis meses. Nesse sentido, o projeto prescreve, ainda, que aquele empregado contratado entre quatro e oito anos de serviço, deverá fazer jus a dez dias por ano de aviso prévio ou fração superior a seis meses, sem prejuízo do direito adquirido nos quatro primeiros anos de serviço. Por fim, a partir dos oitos anos de contrato, o pré-aviso deveria, segundo tal prescrito, corresponder a cinco dias por ano de trabalho ou fração superior a seis meses, sem prejuízo do montante obtido nos anos anteriores de trabalho. Dessa forma, o empregado contratado há vinte anos por determinada empresa teria direito a cento e sessenta dias de aviso prévio.

Conquanto seja clara a intenção do legislador constituinte de promover maior estabilidade ao trabalhador

quando este estiver às vésperas do desemprego (ou, pelo menos, da mudança de emprego), nota-se que os projetos outrora mencionados impõem consideráveis ônus aos empregadores.

Tomando-se por base o PL n.º 3941/1989, tal matéria é disciplinada do seguinte modo: para o trabalhador com contrato de trabalho de até um ano de duração, há o dever de pagar o mínimo constitucional de trinta dias de pré-aviso; cada ano trabalhado, porém, acrescenta três dias sobre os trinta dias de aviso prévio adquiridos após o primeiro ano de serviço, até o limite máximo de sessenta dias. De acordo com esta proposta, pois, o máximo que poderia ser pago a título de aviso prévio seria noventa dias.

Nesse contexto, resta nítido que o ônus imposto ao empregado é plenamente suportável. Verifica-se ser um projeto plausível, posto que há razoabilidade na forma como está sendo regulamentada a questão.

Por fim, importante frisar que o PL n.º 2466/1989 apresenta conveniente diferencial com relação ao tema abordado. Tal projeto sugere que o aviso prévio proporcional deve ser pago em dobro no caso de despedida arbitrária. Conquanto o aviso prévio seja devido apenas nos casos em que não haja justa causa para a rescisão contratual, nos casos em que a tal resolução contratual revelar-se abusiva, o

empregador deve ser punido, tanto para desestimular a reincidência dessa conduta, com também para minorar a incidência dos efeitos dessa abusividade na vida do trabalhador.

3 CONCLUSÃO

O posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal, aliado à postura do Tribunal Superior do Trabalho, mais que transgredir as próprias bases deste Estado Democrático de direito, corrói a esperança de toda a sociedade da construção de um ordenamento jurídico-social menos desigual.

Se, em tempos remotos, havia transgressão dos direitos inerentes à condição humana, por não-reconhecimento (jurídico-positivo) da sua relevância, atualmente, grande parte dos direitos já reconhecidos como fundamentais ao indivíduo é violado por omissão da própria instituição estatal, que, viola, no mais das vezes, também pelo excesso de formalismos e burocracias.

Dessa forma, do conflito entre condutas omissivas, por um lado, e posturas passivas, por outro, o trabalhador, que

na verdade só deveria ser beneficiado com o comando do texto constitucional, é, mais uma vez, a parte desprivilegiada. Assim, a hipossuficiência, que deveria ser um guia para as decisões atinentes à esfera trabalhista, sobretudo quando essa deliberação emanar da justiça especializada, na maioria das vezes não passa de mero elemento formal, que, muito embora tenha o condão de favorecer o trabalhador, não tem passado de um princípio, sem meio e sem fim.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. 33 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. **Constituição 1988**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ata da 7ª sessão extraordinária do Supremo Tribunal Federal, realizada em 16 de março de 1995. **Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 04 abr. 1995. Seção I, p. 8.625.

BRASIL. Tribunal regional do Trabalho 4ª Região. **Precedente n. 13**. Aviso prévio adaptado para limitar a 60 dias o prazo máximo do aviso. Disponível em: <www.trt4.gov.br/portal/page/portal/Internet/Home/Consultas/Jurisprudência/Precedentes%20do%20TRT>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Orientação Jurisprudencial n. 84**. Aviso Prévio. Proporcionalidade. Disponível em: <http://www.tst.gov.br> Acesso em 07 set. 2006

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

DELGADO, M. G.. **Introdução ao direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

_____. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 743-765, 2007.

GOMES, Paulo G. G. Direitos fundamentais: noções gerais e resolução de conflitos. Disponível em: <http://www.gomeseuchoa.adv.br/publicacoes/Direito%20Fundamentais%20-%20no%C3%B5es%20gerais%20e%20resolu%C3%A7%C3%20de%20conflitos.doc>. Acesso em :08 set. 2006

LUCENA, Socorro; BRITO, Adjalmira. **Regras de metodologia científica para produção de trabalhos acadêmicos**. João Pessoa, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NASCIMENTO, A. M.. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: LTr, 2002.

RÜDIGER, D. S.. **Tendências do Direito do Trabalho para o Século XXI**: globalização, descentralização produtiva e novo contratualismo. São Paulo: LTr,1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.